
РОЗДІЛ 7. АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС; ФІНАНСОВЕ ПРАВО; ІНФОРМАЦІЙНЕ ПРАВО

УДК 342.9

DOI <https://doi.org/10.24144/2788-6018.2021.04.22>

СПРАВА НОВАКА ДЖОКОВИЧА: АНАЛІЗ ДЕЯКИХ ПРИНЦИПІВ АДМІНІСТРАТИВНОЇ ПРОЦЕДУРИ

Бойко І.В.,

кандидатка юридичних наук,

доцентка кафедри адміністративного права

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

<https://orcid.org/0000-0003-3878-5985>

Бойко І.В. Справа Новака Джоковича: аналіз деяких принципів адміністративної процедури.

У статті зроблено аналіз змісту деяких принципів адміністративної процедури на прикладі доволі відомої справи щодо відкликання Міністром міграції, громадянства, мігрантських служб та мультикультурних справ Австралії візи, виданої сербському тенісисту Новаку Джоковичу. Акцентовано увагу на принципі захисту довіри (законного інтересу) особи до збереження чинності адміністративного акту, відповідно до якого особа може розраховувати на те, що дія прийнятого по відношенню до неї сприяючого адміністративного акту не буде свавільно припинена, а тому закон має чітко окреслити умови, за яких адміністративний орган може відкликати адміністративний акт. Визначено, що повноваження щодо відкликання адміністративного акта носить дискреційний характер, в законі закріплюється через юридичну конструкцію «може», а отже, його застосування має відбуватися згідно принципу законності із дотриманням таких вимог: передбачення законом; здійснення у межах та у спосіб, що передбачені Конституцією України та законом; спрямовано на досягнення мети, з якою надано дискреційне повноваження; неможливість відступлення від попередніх рішень, прийнятих тим самим адміністративним органом в однакових чи подібних справах, крім обґрунтованих випадків. Досліджено зміст публічного інтересу як однієї з підстав для відкликання адміністративного акту, наведено тлумачення публічного інтересу в українській правовій доктрині. Окреслено важливість обґрунтування адміністративного акту як гарантії належного застосування дискреційних повноважень при відкликанні адміністративного акту з підстав захисту публічного інтересу, що дасть змогу особі ознайомитися з мотивами, якими керувався адміністративний орган при прийнятті негативного для особи адміністративного акта, і може слугувати запобіжником проти подальшого конфлікту і оскарження особою такого рішення.

Ключові слова: адміністративна процедура, захист довіри (законного інтересу) особи до збереження чинності адміністративного акта, відкликання адміністративного акта, дискреційне повноваження, публічний інтерес.

Boiko I.V. Novak Djokovic's case: analysis of some principles of administrative procedure.

The article analyzes in detail the content of some principles of administrative procedure on the example of the well-known case of revoking the Minister of Migration, Citizenship, Migrant Services and Multicultural Affairs of Australia visa issued to Serbian tennis player Novak Djokovic. Emphasis is placed on the principle of protection of trust (legitimate interest) of the person to maintain the administrative act, according to which a person can count on the fact that the action taken against him will not be arbitrarily terminated, and therefore the law must clearly define the conditions which the administrative body may revoke the administrative act. It is determined that the power to revoke an administrative act is discretionary, which is enshrined in law through the legal construction of «may», and therefore, its application should be in accordance with the principle of legality in compliance with the following requirements: law; implementation within the limits and in the manner provided by the Constitution of Ukraine and the law; aimed at achieving the purpose for which the discretionary power was granted; impossibility to deviate from previous decisions made by the same administrative body in the same or similar cases, except in justified cases. The content of public interest as one of the grounds for revocation of an administrative act is studied, the

interpretation of public interest in the Ukrainian legal doctrine is given. The importance of substantiating an administrative act as a guarantee of proper exercise of discretion in revoking an administrative act on the grounds of protection of public interest, which will allow a person to get acquainted with the motives of the administrative body in adopting a negative administrative act the person of such a decision.

Key words: administrative procedure, protection of trust (legitimate interest) of a person in maintaining the validity of an administrative act, revocation of an administrative act, discretionary power, public interest.

Постановка проблеми. Нам уявляється вельми цікавим і корисним для розуміння основних ідей і принципів адміністративної процедури досліджувати її проблематику на прикладі гучних справ, що відбуваються не лише в Україні, а й в інших країнах світу.

Доволі відомим останнім часом став випадок із видворенням із Австралії першої ракетки світу, сербського тенісиста Новака Джоковича.

Отже, всесвітньо відомий тенісист Новак Джокович мав намір взяти участь у чемпіонаті Australian Open з 17 по 30 січня 2022 року.

Австралія, як і більшість країн світу, встановила певні правила для в'їзду іноземців в країну. Ці правила пов'язані з впровадження протиепідемічних заходів та спрямовані на подолання коронавірусної хвороби. Умовою для в'їзду в Австралію була наявність у особи щеплень від COVID-19 за затвердженим переліком (Pfizer, AstraZeneca, Moderna, Janssen, Sinovac, Sinopharm China и Bharat Biotech) або ж медичні виключення (протипоказання до вакцинації чи стан одужання після хвороби).

Новак Джокович не був вакцинований від COVID-19, але перехворів на коронавірус у грудні 2021 року, що підтверджувалося висновками лікарів та результатами тестування.

Крім того, Джокович був відомий своєю негативною позицією щодо обов'язкової вакцинації проти COVID-19, яку неодноразово демонстрував через засоби масової інформації.

Наприкінці 2021-го року Джокович отримав від офіційних органів Австралії візу для в'їзду в країну з метою участі в тенісному турнірі. В основу такого рішення було покладено інформацію про те, що спортсмен одужав від COVID-19 і мав негативний тест.

5 січня 2022 р. Новак Джокович прибув літаком до Мельбурна. Після прибуття його доставили на імміграційне оформлення та допитали співробітники Департаменту внутрішніх справ до ранніх годин 6 січня 2022 року.

Того ж дня віза Новака Джоковича була відкликана Міністром міграції, громадянства, мігрантських служб та мультикультурних справ (далі – Міністр) відповідно до статті 116 Міграційного закону 1958 року Австралії.

Тенісист скористався можливістю судового оскарження цього рішення, але суд не пристав на його позицію, натомість підтвердив законність рішень органів влади Австралії щодо відкликання візи та його видворення. Вивчення й аналіз справи Джокович проти Міністра імміграції, громадянства, міграційних послуг та багатокультурних справ, що була розглянута Федеральним судом Австралії 16 січня 2022 року, дозволить нам дослідити деякі базові положення адміністративної процедури, співставити приписи законодавства Австралії, що були застосовані для вирішення цієї справи, з нормами проекту Закону України про адміністративну процедуру.

Стан опрацювання проблеми. Українські вчені доволі активно досліджують питання адміністративної процедури. Натомість, проблематика правового регулювання припинення дії адміністративних актів не є достатньо вивченою в науці адміністративного права. Відзначимо лише наукові розвідки таких вчених: О. Мандюк [1], В. Тимощук [2; 3], А. Школик [4; 5].

На прикладі справи (кейса) Новака Джоковича ставимо за **мету** проаналізувати зміст таких положень адміністративної процедури, як:

- захист довіри (законного інтересу) особи до збереження чинності адміністративного акту;
- дискреційні повноваження при прийнятті адміністративного акту та межі законності при їх застосуванні;
- обов'язок обґрунтування (мотивування) адміністративних актів як принцип адміністративної процедури;
- зміст публічного інтересу як підстави для відкликання адміністративного акту.

Аналіз справи Новака Джоковича ми будемо здійснювати, використовуючи офіційну інформацію від судової влади Австралії, розміщену на веб-порталі <https://www.judgments.fedcourt.gov.au/judgments/Judgments/fca/full/2022/2022fcafc0003>.

Виклад основного матеріалу.

Отже, Новак Джокович отримав візу для в'їзду в Австралію. Рішення про надання візи – це адміністративний акт, воно було правомірним, оскільки жодних фактів протиправності при його прийнятті ані органами виконавчої влади, ані в подальшому судом встановлено не було. Візу було видано компетентним адміністративним органом відповідно до закону, що діяв на момент прийняття акта.

З моменту прийняття адміністративного акту закон захищає законний інтерес (довіру) особи до збереження чинності акту і останній може бути відкликаний лише за певних умов, установлених законом.

У законодавчих актах різних держав, як правило, містяться запобіжники щодо свавілля публічної адміністрації. І встановлюється, що без законних на те підстав достроково припинити дію адміністративного акту неможливо.

В Україні у зв'язку з відсутністю загального закону про адміністративну процедуру, в якому й повинно бути закріплено положення про підстави для відкликання адміністративного акту, це питання неодноразово виникало. І навіть було поставлено перед Конституційним Судом України. Так, у 2009 р. Конституційний Суд України розглянув справу стосовно права органу місцевого самоврядування скасовувати свої раніше прийняті рішення та вносити до них зміни з будь-якого питання, що є компетенцією органу місцевого самоврядування [6]. Суд зауважив на деякі умови такої можливості владарюючого суб'єкта. Так, було зазначено, що органи місцевого самоврядування не можуть скасовувати¹ свої попередні рішення, вносити до них зміни, якщо відповідно до приписів цих рішень виникли правовідносини, пов'язані з реалізацією певних суб'єктивних прав та охоронюваних законом інтересів, і суб'єкти цих правовідносин заперечують проти їх зміни чи припинення. Крім того, ненормативні правові акти органу місцевого самоврядування є актами одноразового застосування, вичерпують свою дію фактом їхнього виконання, тому вони не можуть бути скасовані чи змінені органом місцевого самоврядування після їх виконання.

Таким чином, навіть попри відсутність закріплених у законодавчих актах підстав та умов для того, щоб адміністративний орган припинив дію акту, ним же виданого, судова практика їх окреслювала, хоча і не в повному обсязі. Зазначимо, що в низці спеціальних законів такі підстави теж були сформульовані. Але правове регламентування припинення дії адміністративного акта все є фрагментарним. Лише прийняття Закону України «Про адміністративну процедуру» внесе юридичну визначеність у це питання.

Відкликання правомірного адміністративного акту має за мету поновити законність або захистити публічний інтерес. Відкликання може здійснюватися як на користь особи (в такому разі приймається сприяючий адміністративний акт), так і на її шкоду (акт у цьому випадку буде негативним).

У проєкті Закону України «Про адміністративну процедуру» [7] встановлено, що правомірний адміністративний акт може бути відкликаний на шкоду особі, якщо:

1) це передбачено законом;

4) відкликання здійснюється з мотивів суспільної необхідності за умови попереднього і повного відшкодування особі збитків на підставі та в порядку, встановлених законом (ч. 3 ст. 88).

У разі внесення змін до закону або істотної зміни фактичних обставин правомірний адміністративний акт може бути відкликано за ініціативою адміністративного органу на шкоду особі з дня набрання чинності новим адміністративним актом, якщо публічний інтерес у відкликанні адміністративного акта переважає законний інтерес (довіру) особи (ч. 4 ст. 88).

Аналогічне положення міститься і в австралійському Законі про міграцію:

Розділ 133С:

(3) Міністр може відкликати візу, яку має особа, якщо:

...

(b) Міністр переконаний, що відкликання візи відповідало б суспільним інтересам.

Повноваження адміністративного органу на відкликання адміністративного акту носить дискреційний характер, адже закріплено в законі за допомогою слова «може». Застосування дискреційних повноважень при прийнятті адміністративного акту не повинно бути свавільним. Але в той же час регламентувати доволі детально реалізацію таких повноважень неможливо в силу самої природи розсуду. Тому законодавець лише окреслює найбільш значимі положення, що визначають правила, яких має дотримуватися адміністративний орган, і окреслює так звані «межі», за які він не може виходити, здійснюючи розсуд.

Досі в українському законодавстві таких положень закріплено не було. Натомість, у проєкті Закону «Про адміністративну процедуру» відображено вимоги законності щодо дискреції. Так, у ч. 6 ст. 3 зазначено, що здійснення адміністративним органом дискреційного повноваження вважається законним у разі дотримання таких умов:

1) дискреційне повноваження передбачено законом;

¹ Чинне законодавство України для означення способу припинення дії адміністративного акту використовує терміни «скасування», «анулювання» тощо. У проєкті Закону України «Про адміністративну процедуру» впроваджено терміни «відкликання», «визнання недійсним», «скасування» адміністративного акту, які описують різні способи та підстави для припинення дії адміністративного акту. В контексті даного дослідження мова йде про відкликання адміністративного акту, але при цитуванні судових рішень ми використовуємо термінологію, вжиту судом.

2) дискреційне повноваження здійснюється у межах та у спосіб, що передбачені Конституцією України та законом;

3) правомірний вибір здійснено адміністративним органом для досягнення мети, з якою йому надано дискреційне повноваження, і відповідає принципам адміністративної процедури, визначеним цим Законом;

4) вибір рішення адміністративного органу здійснюється без відступлення від попередніх рішень, прийнятих тим самим адміністративним органом в однакових чи подібних справах, крім обґрунтованих випадків.

Дискреція, якою наділений адміністративний орган, - це прояв розсуду щодо вибору можливого варіанту поведінки. І така можливість, тобто дискреційне повноваження, закріплена в Законі Австралії про міграцію. У нашому випадку Міністр може відкликати рішення про надання візи, а може й не відкликати його. Якщо ж він пристане на перший варіант, то для такого рішення він повинен знайти законні підстави. Із змісту вище наведених положень Закону Австралії про міграцію можна чітко окреслити мету застосування повноваження щодо відкликання візи – захист публічного (або суспільного) інтересу. Суспільний (або публічний) інтерес, як уособлення потреб (інтересів) держави, громадськості, певних груп людей тощо, є тим чинником, що може бути підставою для відкликання чинного адміністративного акту.

У даній ситуації стикаються публічний інтерес з інтересом особи. І, очевидно, перший має бути вагомим за другий для прийняття рішення про відкликання адміністративного акта. Таке «вимірювання» також здійснюється через адміністративний розсуд, адже особа, яка приймає рішення, самостійно робить висновок про значимість публічного інтересу.

У проєкті Закону України «Про адміністративну процедуру» розтлумачено термін «публічний інтерес» як інтерес держави, суспільства, територіальної громади, а також важливі для великої кількості осіб інтереси та потреби.

В австралійському законі зміст публічного (або суспільного) інтересу конкретизовано через вказівку на цінності, що підлягають захисту з боку держави – здоров'я, безпека, належний порядок:

(1) Міністр може відкликати візу, якщо він або вона переконується, що:

(е) присутність особи в Австралії є або може бути, чи буде, чи може бути ризиком для: ... (і) здоров'я, безпеки або належного порядку австралійської громади або частини австралійської громади.

Положення Закону Австралії про міграцію зобов'язують Міністра пояснити причини такого рішення, встановити факти, що ґрунтуються на певних доказах чи інших допоміжних матеріалах.

По суті мова йде про вимогу мотивування (або обґрунтування) адміністративного акту як один із найбільш значимих принципів адміністративної процедури. Саме цей принцип разом з правом бути вислуханим, допомогою та представництвом, доступом до матеріалів справи та зазначенням способів правового захисту становлять основні засади адміністративної процедури, гарантують право на належне адміністрування, що зокрема, закріплено в Хартії основних прав Європейського Союзу [8].

Принцип викладу мотивів спрямовано на захист прав особи у відносинах з публічною адміністрацією через зобов'язання адміністративного органу вказувати на підстави та обставини прийняття рішення. Обґрунтування може бути викладене як безпосередньо в адміністративному акті, так і в документі, за допомогою якого акт доводиться до відома відповідної особи.

У проєкті Закону України «Про адміністративну процедуру» закріплено вимогу обґрунтування адміністративного акту. Так, у відповідності до ч. 3 ст. 8 адміністративний акт, який може негативно вплинути на право, свободу чи законний інтерес особи, повинен містити мотивувальну частину. У ч. 2 ст. 72 проєкту деталізується це положення: «у мотивувальній частині адміністративного акта зазначаються: 1) дата подання заяви або скарги та стислий зміст вимоги, що в ній міститься (у разі прийняття акта за заявою або скаргою особи); 2) фактичні обставини справи; 3) зміст документів та відомості, враховані під час розгляду справи; 4) посилання на докази або інші матеріали справи, на яких ґрунтуються висновки адміністративного органу; 5) підстави та посилання на норми законодавства, на яких ґрунтується прийняте рішення».

У листі про відкликання візи Міністр повідомив тенісиста про таке рішення та обґрунтував причини його прийняття на десяти сторінках. При чому Міністр наводить аргументацію як на користь рішення про відкликання, так і проти цього. Основний акцент у мотивації було зроблено не на загрозі здоров'ю інших людей, у цьому плані ризику зараження Новаком Джоковичем були оцінені як доволі низькі. Натомість його позиція щодо вакцинації, на думку Міністра, становила загрозу для держави. Висновок, до якого дійшов Міністр, наступний: «я вважаю, що присутність пана Джоковича в Австралії може становити загрозу для здоров'я австралійської спільноти, оскільки його присутність в Австралії може сприяти настрою проти вакцинації, що призведе до того, що (а) інші невакциновані особи відмовляться від вакцинації, (б) інші невакциновані особи підкріплюються їх існуючою точкою зору не

вакцинуватися, та/або (с) зменшення споживання ревакцин. Зокрема, це може призвести до одного або кількох із наступного:

i. Зростання настроїв проти вакцинації в австралійській громаді, що призводить до того, що інші відмовляються вакцинуватися або відмовляються отримати ревакцину; та/або

ii. Посилення поглядів меншості в австралійській спільноті, які залишаються невакцинованими проти COVID-19 і яким загрожує зараження COVID-19 (щодо цього, є повідомлення в ЗМІ, що деякі групи, які виступають проти вакцинації, підтримали присутність пана Джоковича в Австралії з посиланням на його невакцинований статус); та/або

iii Зростає кількість людей, які вирішили не отримувати ревакцинацію; та/або

iv. Невакциновані особи стають дуже вразливими до хвороби; та/або

v. Підвищений тиск на австралійську систему охорони здоров'я, значним фактором, що сприяє тому, є кількість невакцинованих осіб, які заразилися COVID-19 і потребують медичної допомоги або допомоги.»

До уваги було взято високий статус і позицію пана Джоковича як зразка для наслідування в спортивній та ширшій спільноті. Тому Міністр вважав, що може існувати ризик негативної реакції деяких членів австралійської спільноти на присутність Новака Джоковича в Австралії через їх занепокоєння щодо його невакцинованого статусу та його очевидного ігнорування необхідності ізоляції у наступний після отримання позитивного результату тесту на COVID-19 період.

Аналізуючи мотивувальну частину рішення Міністра про відкликання візи пана Джоковича, у підсумку зазначимо, що крім названих міркувань, було розглянуто й інші фактори, які можна було вважати такими, що впливають на здійснення дискреційних повноважень: мету візиту пана Джоковича, його дотримання умов візи, неправдиву відповідь на запитання у його формі декларації про подорожі (це, очевидно, було з вини помічника), ступінь труднощів для пана Джоковича та його сім'ї, попередня доброчесність пана Джоковича у відносинах з органами міграції, правові наслідки відкликання, включаючи труднощі з отриманням візи в майбутньому протягом щонайменше трьох років і дипломатичні міркування.

Міністр у мотивувальній частині рішення про відкликання візи пану Джоковичу констатував, що після розгляду всіх питань він переконався, що причини відкликання візи пана Джоковича переважають причини невідкликання.

Новак Джокович оскаржив до суду рішення Міністра про відкликання візи. Але суд не пристав на позицію позивача. При цьому Федеральний Суд Австралії проаналізував всі обставини справи, дотримання Міністром приписів Закону Австралії про міграцію. І навіть, у прикінцевих частинах рішення Суд підтвердив, що перевіряв законність застосування саме дискреційних повноважень такими словами: «Інша особа на посаді Міністра, можливо, не відкликала б візу пана Джоковича. Міністр зробив. За скаргами, поданими у провадженні, не було зроблено висновок про те, що вирішення питання та здійснення дискреційного права були досягнуті та зроблені протиправно».

Висновки. Українська держава впроваджує європейські стандарти у правове регулювання відносин між приватною особою та публічною адміністрацією. Прийняття Закону України «Про адміністративну процедуру» ознаменує собою значну віху на цьому шляху, адже закон має предметом свого регулювання відносини із прийняття адміністративних актів, а також їх виконання.

Адміністративна процедура як сукупність правил, що закріплюють порядок прийняття та виконання адміністративних актів, вміщує низку важливих принципів і положень, що й визначають рух справи – від її ініціювання до виконання акта чи його дострокового припинення.

Деякі з основоположних засад адміністративної процедури ми проаналізували на прикладі справи (кейса) Новака Джоковича, що дало змогу зробити наступні висновки:

1. Закон захищає довіру особи до збереження чинності адміністративного акту. Це означає, що особа може розраховувати на те, що дія прийнятого по відношенню до неї сприяючого адміністративного акту не буде свавільно припинена. Тому закон чітко окреслює умови, за яких адміністративний орган може відкликати адміністративний акт.

2. Повноваження щодо відкликання адміністративного акта носить дискреційний характер, у законі закріплюється через юридичну конструкцію «може». А отже, його застосування, як будь-якого дискреційного повноваження, має відбуватися згідно принципу законності із дотриманням таких вимог: передбачення законом; здійснення у межах та у спосіб, що передбачені Конституцією України та законом; спрямовано на досягнення мети, з якою надано дискреційне повноваження; неможливість відступлення від попередніх рішень, прийнятих тим самим адміністративним органом в однакових чи подібних справах, крім обґрунтованих випадків.

3. Однією з підстав для відкликання адміністративного акту, як способу дострокового припинення його дії, є необхідність захисту публічного інтересу, який в українській правовій доктрині тлумачиться як інтерес держави, громадськості, певних груп людей чи великої кількості осіб.

4. Важливою гарантією належного застосування дискреційних повноважень при відкликанні адміністративного акту з підстав захисту публічного інтересу є обґрунтування такого рішення. Це дасть змогу особі ознайомитися з мотивами, якими керувався адміністративний орган при прийнятті негативного для особи адміністративного акта, і може слугувати запобіжником проти подальшого конфлікту і оскарження особою такого рішення в адміністративному та судовому порядку.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Мандюк О. О. Поняття та підстави припинення дії індивідуальних адміністративних актів. *Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія «Юридичні науки»*. 2016. Вип. 3, Том 1. С. 158–161.
2. Тимошук В.П. Адміністративні акти: процедура прийняття та припинення дії: Монографія. Київ: «Конус-Ю», 2010. 296 с.
3. Тимошук В. Теоретичні та практичні виклики становлення загальної адміністративної процедури в Україні. *Право України*. 2021. №10. С. 28-43.
4. Школик А. М. Адміністративно-процедурне право: ідея та реалізація. *Lex Portus*. 2017. № 5. С. 30-40.
5. Школик А. Скасування та відкликання індивідуальних адміністративних актів. *Вісник Львівського університету. Сер. : Юридична*. 2013. Вип. 58. С. 176-181.
6. Рішення КС України у справі за конституційним поданням Харківської міської ради щодо офіційного тлумачення положень частини другої статті 19, статті 144 Конституції України, статті 25, частини чотирнадцятої статті 46, частин першої, десятої статті 59 Закону України "Про місцеве самоврядування в Україні" (справа про скасування актів органів місцевого самоврядування) від 16 квітня 2009 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v007p710-09#Text>.
7. Проект Закону України «Про адміністративну процедуру». URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=68834.
8. Хартія основних прав Європейського Союзу від 7 груд. 2000 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_524#Text.