



**Андрій Вівсяник,**

аспірант

Навчально-наукового інституту публічного  
управління та державної служби

Київського національного університету  
імені Тараса Шевченка

ORCID: 0000-0002-9629-7448

<https://doi.org/10.32782/2306-9082/2021-43-6>

УДК 342.9

## ***Розсуд проти посередництва: Contra spem spero***

*«І коли ситуація на дошці (на ринку)  
складна або патова (криза),  
то сторони економлять час (ресурс)  
і домовляються про нічию з обопільної згоди,  
отримуючи можливість заощаджений час (ресурс)  
витратити на підготовку до нової гри».*

(Максим Плахтій, к.е.н., засновник

Karabas.com <https://www.facebook.com/photo/?fbid=10219744528109500>)

**Постановка проблеми.** Реалії сьогодення кричуще звертають увагу на практичну необхідність використання медіації в процесі судочинства в Україні. Однак законодавче впровадження такого альтернативного способу вирішення спорів не в достатній мірі забезпечує його реалізацію, незважаючи на наявний у суспільстві запит, задекларовані концептуальні наміри, рекомендації євроспільноти та кращі світові практики. Такий перебіг подій ставить під сумнів дотримання принципу верховенства права у всіх сферах життєдіяльності держави і, відповідно, об'єктивно високий рівень правової культури її населення та органів державної влади, гарантоване конституційне право на судовий захист.

**Аналіз останніх досліджень та публікацій.** Увагу на вивченні

адміністративної юстиції зосереджували такі вчені, як В.Б. Авер'янов, С.Г. Стеценко, Н.Г. Плахотнюк, О.Ф. Андрійко, Ю.П. Битяк, Т.О. Коломоець та ін. Питання медіації в праві є предметом наукових досліджень Н.А. Мазаракі, І.Г. Ясиновського, М.М. Бліхар, А.Г. Пишної, О.В. Белінської, Е.В. Катаєвої, Т.І. Шинкар, В.В. Кафарського та ін.

**Постановка завдання.** Метою статті є визначення правових передумов участі органів державної влади у процедурі медіації в процесі адміністративного судочинства в Україні.

**Виклад основного матеріалу.** Необхідність розвитку альтернативних (позасудових) способів вирішення спору з метою розвантаження судів, стимулювання дешевших і менш формалізованих способів їх урегулювання для



того, щоб звернення до суду використовувалось як винятковий спосіб урегулювання юридичного спору, набули поширення у зв'язку зі схваленням Указом Президента України від 10 травня 2006 року № 361/2006 Концепції вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів [3]. За її положеннями медіація – це діяльність професійних посередників, які спрямовують учасників юридичного спору до компромісу і врегулювання спору самими учасниками.

Питання медіації не є новим у правовій сфері України. Тому є свідченням численні пілотні проекти, що запроваджуються в судових органах, зокрема і в окремих адміністративних судах. Водночас правові передумови застосування медіації в адміністративно-правових спорах за участі суб'єктів владних повноважень потребують більш ретельних теоретичних та практичних осмислень. Адже природно, що в процесі становлення живого організму (тут – інституту медіації) необхідною є його асиміляція (освоєння) у суспільстві. Крім того, на нашу думку, застосування медіації в Україні потребує врахування зарубіжного досвіду, зокрема європейських країн, у яких сформовані усталені практики використання альтернативних способів примирення, з урахуванням яких сформульовано рекомендації країнам-кандидатам на вступ до Європейського Союзу, що мають намір запроваджувати інституційні принципи цього міждержавного об'єднання у власну практику державотворення, що, безумовно, має вагоме значення і для України.

Щодо альтернатив судового розгляду спорів між адміністративними органами й сторонами-приватними особами, то рекомендації та керівні принципи викладені в Рекомендації Rec (2001) 9 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам [4], де серед основних переваг таких засобів

урегулювання адміністративних спорів указано і на більш широкі межі розсуду. Для української ж юридичної доктрини та практики правозастосування дискреція є порівняно новою юридичною категорією та не зовсім з'ясованою за своїм змістом. У радянський період у роботах з адміністративного права «дискреція» («адміністративний розсуд») майже не вивчалася. Наразі законодавче закріплення поняття дискреції відсутнє. У Рекомендаціях Комітету Міністрів Ради Європи № R (80) 2, затверджених Комітетом Міністрів 11 березня 1980 року на 316-й нараді, під дискреційними розуміються повноваження, які адміністративний орган, ухвалюючи рішення, може здійснювати з певною свободою розсуду, коли такий орган може обирати з кількох юридично допустимих рішень те, яке він вважає найкращим за цих обставин [5]. Завдяки формуванню нового Верховного Суду та його діяльності надбанням громадськості є Науковий висновок щодо меж дискреційного повноваження суб'єкта владних повноважень та судового контролю за його реалізацією [6]. Згідно з положеннями окресленого висновку дискреційне повноваження може полягати у виборі дії чи бездіяльності, а якщо обрано дію, то у виборі варіанта рішення чи дії серед варіантів, що безпосередньо або опосередковано закріплені у законі. Важливою ознакою такого вибору є те, що він здійснюється без необхідності узгодження.

Питання меж дискреційних повноважень суб'єкта владних повноважень завжди гостро постає щодо альтернативних способів вирішення спорів. На думку В. Радченка, Л. Романадзе, А. Сергєєвої, С. Сергєєвої, зумовлюється це тим, що будь-які поступки суб'єкта владних повноважень сприймаються як перевищення ним своїх повноважень та, на думку правоохоронних органів, можуть свідчити про наявність корупційного

складника [9]. Тоді логічним є питання про те, як подолати такий страх та усталену практику «не здатися будь-якою ціною». Тим більше в умовах, коли наша ментальність сприймає примирення як стереотип визнання поразки та підпорядкування волі іншій стороні, а на кону – інтереси держави. Цьому сприяла вітчизняна судова практика, зокрема постановою Пленуму Вищого адміністративного суду України від 20 травня 2013 року № 7 «Про судові рішення в адміністративній справі» [10], згідно з п. 10.3. якої суд може ухвалити постанову про зобов'язання відповідача прийняти рішення певного змісту, окрім випадків, коли суб'єкт владних повноважень під час адміністративних процедур приймає рішення на основі адміністративного розсуду. За позицією М.М. Бліхар, ця сторона має значні повноваження, якими наділяє їх держава, що достатньою мірою збільшує в односторонньому порядку її вплив на прийняття адміністративного рішення на свою користь. Часто при цьому порушуються основоположні принципи права – об'єктивності та незалежності – під час здійснення повноважень суб'єкта права, що впливає на прийняття рішення у справі на користь саме суб'єкта права, котрий має певні адміністративні повноваження [11]. Розвінчуючи міф про те, що в адміністративних спорах застосування медіації не є можливим, указаний вище колектив експертів проекту ЄС «Право-Justice» зазначає, що змінити таке сприйняття можна шляхом наділення суб'єктів владних повноважень достатнім обсягом дискреції для визначення умов примирення з фізичними та/або юридичними особами, запровадженням прозорих та зрозумілих критеріїв визначення «меж поступок» [9]. У такому разі цікавим видається європейський погляд щодо питання адміністративного розсуду. Так, у рішенні від 14 березня 2013 року в справі «Бернх Ларсен Холдинг АС»

та інші проти Норвегії» Європейський суд із прав людини вказав на те, що у питаннях, які зачіпають фундаментальні права, юридична дискреція, надана виконавчій владі і виражена в термінах необмеженої влади, суперечила б верховенству права – одному з основних принципів демократичного суспільства, закріпленого в Конвенції. Отже, закон повинен визначити з достатньою ясністю обсяг будь-якого такого розсуду, наданого компетентним органом влади, і спосіб його здійснення [12]. В іншому рішенні Європейського суду з прав людини від 22 листопада 1995 року в справі «Брайен проти Об'єднаного Королівства» зазначається, що суд має встановити, чи не є висновки адміністративного органу щодо фактів у справі «довільними та нераціональними». Суд визнав такими, що відповідають Конвенції, національне законодавство та практику, за яких суди мають право скасувати дискреційні адміністративні акти, коли: 1) ці акти ґрунтуються на висновках, що зроблені на основі неналежних доказів або без зважання на належні докази; 2) докази, на які спирається адміністративний орган, не здатні обґрунтувати висновок щодо обставин у справі; 3) жодна посадова особа за належного підходу на основі відповідних доказів не дійшла б тих висновків, на яких ґрунтується оскаржений адміністративний акт [13]. Крім того, питання ефективного способу поновлення порушених прав чи законних інтересів в адміністративному суді тісно пов'язане з належним правовим регулюванням публічно-правових відносин та якістю законодавства. Відсутність у національному законодавстві необхідної чіткості та точності, які передбачали можливість різного тлумачення, порушує вимогу «якості закону» та не забезпечує адекватний захист від свавільного втручання публічних органів державної влади у майнові права заявника; суд погодився



з тим, що у разі, коли національне законодавство припустило неоднозначне або множинне тлумачення прав та обов'язків осіб, національні органи зобов'язані застосувати найбільш сприятливий для осіб підхід (рішення Європейського Суду з прав людини від 14 жовтня 2010 року в справі «Щокін проти України») [14].

Наразі правовий вакуум законодавцем не заповнено, відповідний закон про медіацію не ухвалено. Відсутність спеціального законодавства не є виключною перешкодою впровадження медіації. На інші окремі проблеми медіації в адміністративних справах була звернута увага Касаційним адміністративним судом у складі Верховного Суду [15]. Серед них виокремлюють такі: проблеми ставлення до медіації правничої спільноти пов'язані з різними факторами (від недостатньої обізнаності щодо медіації, побоювання втрати клієнтури до зневіри у можливості вирішення конфліктів без фахової правничої допомоги та щодо можливої несправедливості та незаконності прийнятих сторонами рішень); стереотипи правосвідомості (від презумпції недоброчесності контрагента до презумпції правоти рішення суду); проблеми доступності медіації (невелика кількість медіаторів, відсутність інфраструктури). Важко не погодитися з цим, оскільки, на жаль, через наведені причини залишається «за бортом» основна мета примирення – справедливе правосуддя.

Конституційні засади адміністративного розсуду, наведені у нормах статей 6 та 19 Конституції України [1], за позицією Н.Г. Плахотнюк, є гарантією від можливого застосування органами виконавчої влади у процесі здійснення своєї діяльності принципу «що не заборонено, то дозволено». Отже, дискреційне право ніяк не може зумовлюватися свободою чи вільним розсудом дій адміністрації, оскільки наділення дискрецією – право законодавця, а вільний

розсуд – це фактична оцінка чи фактичні дії, не зумовлені законодавцем, що повинні здійснюватися з дотриманням принципу законності [8]. Очевидно, такі обмеження не сприяють активності державних органів в адміністративних справах іти на поступки з опонентами в медіабельних справах. І цьому підтвердженням є Gap-Аналіз упровадження інституту медіації в Україні [16], виконаний експертами проекту ЄС «Право-Justice», де вирішення питання обсягу дискреційних повноважень представників органів влади щодо визначення умов примирення є очікуваним результатом виявлених прогалин станом на липень 2020 року, як і визначення категорії справ, рекомендованих для обов'язкової інформаційної сесії з медіації; розроблення чітких критеріїв та механізмів запровадження фіскальної медіації. З урахуванням карантинних обмежень можна припустити, що ситуація в цьому напрямі кардинально не змінилася. Як зазначається в окресленому аналізі, успішне застосування будь-якого методу альтернативного вирішення спору можливе лише в тому разі, коли адміністративний орган готовий змінити спосіб застосування конкретного повноваження в кожному такому випадку в майбутньому, тобто готовий змінювати свої підходи за наявності законних та об'єктивних причин.

Наукові та практичні напрацювання достеменно свідчать про готовність правового підґрунтя для медіації. Це, зокрема, слідує з наукової роботи Н.А. Мазаракі, яка, спираючись на зарубіжний досвід, зазначає, що практика включення до господарських, цивільних, трудових, шлюбних та інших договорів, зокрема транснаціональних, медіаційного застереження – письмового зобов'язання сторін вирішувати можливі спори за договором у порядку медіації, – має стати саме тим чинником, який зумовить розвиток медіації в Україні та розвантажить судову систему, сформує традиції

мирного, конфіденційного вирішення спору та збереження нормальних відносин між сторонами спору [17]. Указану позицію вважаємо слушною і повністю її підтримуємо, зважаючи на те, що в аналогічний спосіб доведено практичне значення арбітражного застереження відповідно до положень Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» [18] (як обов'язкової умови будь-якого зовнішньоекономічного контракту). Передаючи спір на вирішення відповідного комерційного арбітражу, сторони впевнені в тому, що судове рішення цього суду в межах спору вирішить усі суперечності та протистояння. За такого положення не існує жодних обмежень та відсутні законодавчі заборони для включення медіаційного застереження до умов договорів про закупівлю, що укладаються за результатами проведення процедури публічних закупівель замовниками, якими завжди є органи державної влади та місцевого самоуправління.

Також заслуговують на увагу наукові дослідження О.В. Белінської [19] та В.В. Кафарського [20], якими зроблено висновок про те, що Кодекс адміністративного судочинства України, незважаючи на відсутність відповідного закону про медіацію, дає можливість для впровадження медіації як частини адміністративної діяльності суду, не вносячи при цьому змін до чинного законодавства. Згідно з положеннями частини другої статті 2 Кодексу адміністративного судочинства [21] 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 строку. Підготовлений експертами проекту ЄС «Право-Justice» Звіт «Дискреція адміністративних органів і судовий контроль за її реалізацією» [22] виокремлює такі три основних види дискреції адміністративного органу: 1) дискреція щодо рішення/дії. Адміністративний орган має право самостійно вирішити, чи буде ухвалювати рішення/діяти; 2) дискреція щодо одного з варіантів рішення/дії. Адміністративному органу надається можливість прийняти одне з юридично допустимих рішень або вчинити одну з юридично допустимих дій; 3) дискреція щодо способу дії. Адміністративному органу надається можливість самостійно вирішити, яким чином він буде діяти у конкретній ситуації. При цьому експерти доходять висновку, що головним критерієм визначення «меж поступок» є справедлива, ефективна та орієнтована на індивідуальні потреби приватної особи правозастосовна та правотворча діяльність названих суб'єктів. Інакше, якщо дискреційні повноваження не використовувалися для дотримання законної мети (або інших основних принципів, як-от пропорційність або рівність), адміністративний акт буде скасовано.

**Висновки.** За вищевказаних положень видається можливим зробити такі висновки:

1. Фундаментальні права приватної особи мають пріоритет перед





конституційними засадами адміністративного розсуду, що свідчить на користь правової можливості примирення учасників публічного-правового спору.

2. Правові передумови участі органів державної влади у процедурі медіації у процесі адміністративного судочинства в Україні не передбачають заборон чи обмежень.

3. Мета виправдовує засоби. Можливо, медіація у класичному розумінні і не є інструментом урегулювання публічно-правового спору. Оскільки дискреційні повноваження органу влади є предметом судового контролю, то примирення сторін такого спору

за участі судді є тим єдиним механізмом, що зумовлює легалізацію розсуду органу державної влади та узаконення його правової позиції у спорі через ухвалення обов'язкового судового рішення про примирення. При цьому виключаються будь-які негативні наслідки, що можуть потягнути кримінальну відповідальність посадових осіб державного органу, як-от перевищення повноваження на застосування дискреції; незастосування/недостатнє застосування дискреції; зловживання дискрецією. Водночас ефективність таких взаємовигідних дій сторін спору презумується, оскільки забезпечує від повторного звернення до суду.

### **Список використаних джерел**

1. Конституція України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>
2. Стеценко С.Г., Адміністративне право України : навчальний посібник. Нац. акад. прокуратури. Вид. 3-тє, перероб. та доп. Київ : Атіка, 2011. 624 с.
3. Указ Президента України від 10 травня 2006 року № 361/2006 «Про Концепцію вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/361/2006#Text>
4. Рекомендація Рес (2001) 9 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо альтернатив судовому розгляду спорів між адміністративними органами й сторонами—приватними особами Ухвалено Комітетом Міністрів Ради Європи на 762 засіданні заступників міністрів 5 вересня 2001 року. URL: [https://supreme.court.gov.ua/userfiles/Rec\\_2001\\_9\\_2001\\_09\\_05.pdf](https://supreme.court.gov.ua/userfiles/Rec_2001_9_2001_09_05.pdf)
5. Рекомендація Комітету Міністрів Ради Європи № R(80)2, яка прийнята Комітетом Міністрів 11 березня 1980 року на 316-й нараді. URL: <https://rm.coe.int/16804dec56>
6. Науковий висновок Верховного Суду щодо меж дискреційного повноваження суб'єкта владних повноважень та судового контролю за його реалізацією. URL: [https://supreme.court.gov.ua/supreme/pro\\_sud/naukovi\\_visnovki/nauk\\_visnovok\\_01\\_03\\_2018](https://supreme.court.gov.ua/supreme/pro_sud/naukovi_visnovki/nauk_visnovok_01_03_2018) (дата звернення: 09.08.2021).
7. Стеценко С.Г., Сутність адміністративного процесу: теоретичний погляд. *Право України*. 2011. № 4. С. 39–46.
8. Плахотнюк Н.Г., Дискреційні повноваження органів виконавчої влади при наданні адміністративних послуг/ Новітні тенденції розвитку демократичного врядування : світовий та український досвід : матеріали наук.-практ. конф. За міжнар. участю, Київ, 30 травня 2008 року у 3 т. / за заг. ред. Оболенського О.Ю., Сьоміна С.В. Київ : НАДУ, 2008. Т. 3. 192 с. С. 39–41;
9. Медіація в різних спорах: від банкрутства до спорів з державою. URL: <https://yur-gazeta.com/publications/practice/mediatsiya/mediaciya-v-riznih-sporah-vid-bankrutstva-do-sporiv-z-derzhavoyu.html>
10. Постанова Пленуму Вищого адміністративного суду України від 20 травня 2013 року за № 7 «Про судові рішення в адміністративній справі» URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0007760-13#Text>
11. Бліхар М.М. Медіація як спосіб вирішення адміністративних спорів. URL: <http://pgp-journal.kiev.ua/archive/2020/10/14.pdf>

12. Рішення Європейського суду з прав людини від 14 березня 2013 року по справі «Бернх Ларсен Холдинг АС» та інші проти Норвегії». URL: <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-corte-europeia-direitos-humanos98.pdf>
13. Рішення Європейського суду з прав людини від 22 листопада 1995 року у справі «Брайен проти Об'єднаного Королівства». URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57954%22%5D%7D>
14. Рішення Європейського Суду з прав людини від 14 жовтня 2010 року у справі «Щокін проти України». URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974\\_858#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_858#Text)
15. Медіація в адміністративних спорах: судді обговорили проблеми. URL: <https://sud.ua/ru/news/publication/141338-mediatsiya-uadministrativnikh-sporakh-suddi-obgovorili-problemu> (дата звернення: 09.08.2021)
16. Гар-Аналіз впровадження інституту медіації в Україні. URL: <https://www.pravojustice.eu/storage/app/uploads/public/5f5/f7d/2a9/5f5f7d2a9b5cb356474501.pdf> (дата звернення: 09.08.2021)
17. Мазаракі Н.А. Медіація в Україні: теорія та практика : монографія / Мазаракі Н.А. / Інститут законодавства Верховної Ради України. – Київ : Київ. нац. торг.-екон. ун-т, 2018. – 276 с. С. 204
18. Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж» від 24 лютого 1994 року № 4002-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4002-12#Text>
19. Белінська О.В. Медіація – альтернативне вирішення спорів. URL: [http://vru.gov.ua/Docs/visnik05\\_12.pdf](http://vru.gov.ua/Docs/visnik05_12.pdf)
20. Кафарський В.В. Медіація в адміністративному судочинстві. URL: [http://www.pjv.nuoua.od.ua/v3\\_2014/15.pdf](http://www.pjv.nuoua.od.ua/v3_2014/15.pdf)
21. Кодекс адміністративного судочинства України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15#Text>
22. Звіт: «Дискреція адміністративних органів і судовий контроль за її реалізацією» URL: <http://185.65.244.102/img/books/files/1613412117zvit.%20diskretya%20administrativnih%20organiv%20i%20sudoviy%20kontrol%20yiyi%20realizatsieyu.pdf> (дата звернення: 09.08.2021)

### **Вівсяник А. М. Розсуд проти посередництва: *Contra spem spero***

Стаття присвячена питанням правових передумов, що дозволяють у законний спосіб закінчити публічно-правовий спір примиренням сторін у межах розгляду судом адміністративної справи, обов'язковим учасником якої є суб'єкт владних повноважень. Звернено увагу на чинне та перспективне законодавче підґрунтя впровадження медіації під час здійснення та вдосконалення судочинства. Стверджується, що альтернативність використання медіації як правового інструмента вирішення спору між адміністративними органами і приватними особами полягає в більш дешевому та менш тривалому способі врегулювання спору. А згідно з Рекомендаціями Rec (2001) 9 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам до основних переваг альтернативних засобів урегулювання адміністративних спорів віднесено і більш широкі межі розсуду. З огляду на це, наведено наявні наукові підходи, що використовуються у судовій практиці для визначення поняття «дискреційні повноваження суб'єкта владних повноважень». Проаналізовано думки експертів щодо правових перепон, що не дозволяють органам виконавчої влади та місцевого самоврядування (особливо їх посадовим особам) використовувати медіацію, серед яких виокремлюють загрозу настання негативних ризиків через можливість інкримінування корупційних злочинів. Такий висновок зроблено з огляду на конституційні засади адміністративного розсуду, що наведені у нормах статей 6 та 19 Конституції України та є гарантією від можливого застосування органами виконавчої влади у процесі здійснення своєї діяльності принципу «що не заборонено, то дозволено».

Аналізується європейський судовий досвід із питань адміністративного розсуду, яким підкреслюється пріоритет фундаментальних прав над юридичною дискрецією виконавчої влади. Коли національне законодавство пропустило неоднозначне або



множинне тлумачення прав та обов'язків осіб, національні органи зобов'язані застосувати найбільш сприятливий для осіб підхід.

Окреслено окремі проблеми медіації в адміністративних спорах, що перешкоджають суддям здійснювати судочинство.

Приведено приклад правових передумов застосування медіації в договірних зобов'язаннях на основі медіаційного застереження, що дає достатні підстави стверджувати про можливість впровадження окресленого альтернативного способу вирішення спору до умов договорів про закупівлю за результатами проведення процедури публічних закупівель, де замовниками завжди є органи державної влади та місцевого самоуправління.

Зроблено висновок про те, що успішне застосування будь-якого методу альтернативного вирішення спору можливе лише тоді, коли адміністративний орган готовий змінити спосіб застосування конкретного повноваження в кожному такому випадку в майбутньому, а примирення сторін адміністративного спору за участі судді є тим єдиним механізмом, що зумовлює легалізацію розсуду органу державної влади та узаконення його правової позиції у спорі через ухвалення обов'язкового судового рішення про примирення.

**Ключові слова:** медіація, альтернативний спосіб вирішення спору, справедливий суд, дискреція, судовий контроль.

### **Вивсяник А. М. Усмотрение против посредничества: *Contra spem spero***

Статья посвящена вопросам правовых предусловий, позволяющих законным путем закончить публично-правовой спор примирением сторон в рамках рассмотрения судом административного дела, обязательным участником которого является субъект властных полномочий. Обращено внимание на существующую и перспективную законодательную почву внедрения медиации при осуществлении и усовершенствованные судопроизводства. Утверждается, что альтернативность использования медиации как правового инструмента решения спора между административными органами и частными лицами заключается прежде всего в более дешевом и менее длительном способе урегулирования спора. А согласно Рекомендациям Rec (2001) 9 Комитета Министров Совета Европы государствам-членам к основным преимуществам альтернативных средств урегулирования административных споров отнесено и более широкие пределы усмотрения. Приведены существующие научные подходы, используемые в судебной практике для определения понятия «дискреционные полномочия субъекта властных полномочий». Проанализированы мнения экспертов относительно правовых преград, что не позволяют органам исполнительной власти и местного самоуправления (особенно их должностным лицам) использовать медиацию, в числе которых выделяют угрозу наступления негативных рисков из-за возможности инкриминирования коррупционных преступлений. Такой вывод сделан с учетом конституционных основ административного усмотрения, что приведены в нормах статей 6 и 19 Конституции Украины и служат гарантией от возможного применения органами исполнительной власти в процессе осуществления своей деятельности принципа «что не запрещено, то разрешено».

Анализируется европейский судебный опыт по вопросам административного усмотрения, которым подчеркивается приоритет фундаментальных прав над юридической дискрецией исполнительной власти. Если национальное законодательство предполагает неоднозначное или множественное толкование прав и обязанностей лиц, национальные органы обязаны применить наиболее благоприятный для лиц подход.

Очерчено отдельные проблемы медиации в административных спорах, препятствующих судьям осуществлять судопроизводство.

Приведен пример правовых предусловий применения медиации в договорных обязательствах на основе медиационной оговорки, что дает достаточные основания утверждать о возможности внедрения обозначенного альтернативного способа разрешения спора к условиям контрактов о закупке по результатам проведения процедуры публичных закупок, где заказчиками всегда являются органы государственной власти и местного самоуправления.



Сделан вывод о том, что успешное применение любого метода альтернативного разрешения спора возможно только в том случае, когда административный орган готов изменить способ применения конкретного полномочия в каждом подобном случае в будущем, а примирение сторон административного спора с участием судьи является единственным механизмом, обуславливающим легализации усмотрения органа государственной власти и узаконивания его правовой позиции в споре путем принятия обязательного судебного решения о примирении.

**Ключевые слова:** медиация, альтернативный способ разрешения спора, справедливый суд, дискреция, судебный контроль.

### **Vivsianyk A. Discretion vs mediation: Contra spem spero**

The article is devoted to the issues of legal preconditions that allow to public dispute by reconciliation of the parties in the framework of a court hearing an administrative case, in which the subject of power is an obligatory participant. Is focused the attention on the existing and promising legislative basis for the implementation of mediation in the implementation and improved legal proceedings. It is argued, that the alternative of using mediation as a legal instrument for resolving a dispute between administrative authority and individuals lies primarily in a cheaper and less time-consuming way of resolving the dispute. According to the Recommendations Rec (2001) 9 of the Committee of Ministers to member states a wider margin of appreciation also include among the main advantages of alternative means of settling administrative disputes. Because of this, the existing scientific are given approaches used in judicial practice to define the concept of “discretionary powers of the subject of power”. Analyzed the opinions of experts on legal barriers that do not allow the executive authorities and local self-government, and especially their officials, to use mediation. Among which they will highlight the threat of the onset of negative risks due to the possibility of incriminating corruption crimes. This conclusion is based on the constitutional foundations of administrative discretion, which are given in the provisions of Articles 6 and 19 of the Constitution of Ukraine and serve assurance against the possible application by the executive authorities in the process of carrying out their activities of the principle “what is not prohibited is allowed”.

Is analyzed the European judicial experience on administrative discretion, which emphasizes the priority of fundamental rights over legal discretion of the executive power. Namely, in the event that national legislation presupposes an ambiguous or multiple interpretation of the rights and obligations of persons, the national authorities are obliged to take the most favorable approach for the persons.

Are outlined some problems of mediation in administrative disputes that prevent judges from carrying out legal proceedings.

An example of the legal preconditions for the use of mediation in contractual obligations based on a mediation clause is given, which gives sufficient grounds to assert the possibility of introducing the indicated alternative method of resolving a dispute to the terms of procurement contracts based on the results of the public procurement procedure, where the customers are always state and local authorities.

It is concluded that the successful application of any method of alternative dispute resolution is possible only if the administrative authority is ready to change the way of using a particular power in each such case in the future, and the reconciliation of the parties to an administrative dispute with the participation of a judge is, so far, the only mechanism due to the legalization of the discretion of the public authority and legitimizing its legal position in the dispute through the adoption of a binding judgment on conciliation.

**Key words:** mediation, alternative dispute resolution, fair trial, discretion, judicial control.

