



## **ДОСТУП К МЕДИАЦИИ**

### **В СФЕРЕ ГРАЖДАНСКОЙ И КОММЕРЧЕСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ (анализ и перспектива для Швейцарии)**

**Ж. А. Миримановф**

Присяжный медиатор, судья по гражданским делам в отставке (г. Женева)

#### **Перевод:**

к.ф.н., ст. пр. кафедры романской филологии СПбГУ **Кириченко М.А.**

к.ф.н., доцент кафедры романской филологии СПбГУ **Соловьева М.В.**

#### **При поддержке:**

Женевского адвоката Мэтра **Франсуа Больстерли**

**Конференция организована  
Санкт-Петербургским государственным университетом  
и Университетом Гамбурга**

**Санкт-Петербург, декабрь 2011**

## ОГЛАВЛЕНИЕ

Как распространяется медиация в Швейцарии - стране Св. Николая из Флю ?

1. Право на справедливый суд
2. Право на медиацию или на доступ к ней?
3. Новая роль адвокатов
  - 3.1. Перед процедурой
    - 3.1.1. Общие предупредительные меры
    - 3.1.2. Анализ конфликта
    - 3.1.3. Подготовка процедуры медиации
  - 3.2. Во время процедуры
  - 3.3. После процедуры
  - 3.4. Во время принятия решения
4. Новая роль судей
  - 4.1. Начало процедуры
  - 4.2. Официальное признание или ратификация
    - 4.2.1. Судебные действия
    - 4.2.2. Двойственность значения
    - 4.2.3. Мотивы отказа
    - 4.2.4. Дисбаланс соглашения, полученного путем проведения медиации
    - 4.2.5. Другие вопросы
  - 4.3. На стадии вынесения решения
5. Ответственность кантональных властей и лидеров в области экономики
  - 5.1. Информирование, ознакомление и обучение
  - 5.2. Компенсация судебных издержек
  - 5.3. Свободная циркуляция споров

Заключение

# ДОСТУП К МЕДИАЦИИ В СФЕРЕ ГРАЖДАНСКОЙ И КОММЕРЧЕСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

(анализ и перспектива для Швейцарии)

Жан А. Мириманофф \*

*Ключевые слова: медиация, урегулирование конфликтов, предварительное ориентирование, официальное признание / ратификация, пункт доступа к информации по медиации, советники в сфере медиации, гражданский процесс, арбитраж*

## Как распространяется медиация в Швейцарии - стране Св. Николая из Флю ?

Каково положение дел в Швейцарии – стране Святого Николая из Флю?<sup>1</sup>? Первоначально медиация<sup>2</sup> вводится различными ассоциациями во франкоговорящих кантонах и носит несудебный или конвенциональный характер. С 1992 г. она применяется в семейных конфликтах, а с 1998 г. – в коммерческих. Несмотря на свое распространение в географическом плане на территорию нескольких германоговорящих кантонов, она не смогла получить расположение представителей закона, глубоко преданных судебному или арбитражному процессам. Показательно, что в течение последних 20 лет количество дел, решенных при помощи медиации, остается незначительным.

---

\*Присяжный медиатор (Швейцарской Палаты Коммерческой Медиации), судья по гражданским делам в отставке (г. Женева), соучредитель Швейцарского отделения Европейского Объединения Судей за Медиацию (GEMME).

Данный доклад содержит исключительно личное мнение автора.

**Перевод:** к.ф.н., старший преподаватель кафедры романской филологии СПбГУ Кириченко М.А., к.ф.н., доцент кафедры романской филологии СПбГУ Соловьева М.В.

**При поддержке:** Женевского адвоката Мэтра Франсуа Больстерли.

<sup>1</sup>Швейцарский отшельник, чье посредничество привело к заключению Станского Соглашения (1481г.) – мирного договора между Швейцарскими Кантонами, благодаря которому удалось избежать гражданской войны и распада Конфедерации. См. Sylvia BUETLER, Niklaus von Flüe, Friedenstifter und «Mediator» des 15. Jahrhunderts, Masterarbeit, Universität in Hagen, Sachsen, 14.6.2006, а также приводимую библиографию.

<sup>2</sup> Под медиацией следует понимать ... (структурированный) процесс ведения коммуникации, при добровольном согласии сторон, поддерживаемый медиатором (как правило, не судьей) непредвзятым, нейтральным и независимым, добровольно назначенным сторонами. Это (конфиденциальный) процесс, в рамках которого стороны ищут свое собственное решение... Положение Швейцарского отделения Европейского Объединения Судей за Медиацию от 8.10.2004, ст. 4; см. [www.gemme.ch](http://www.gemme.ch)

Недавно в законодательстве наметился перелом: медиация не только обрела легитимный статус, но и обращение к медиации всячески поощряется. С 1 января 2011 г. вступил в силу новый Гражданский Процессуальный Кодекс. Но окончательно ли покинула Швейцария ряд таких устойчивых к медиации европейских стран как Албания, Армения, Азербайджан, Кипр, Эстония и Сан-Марино<sup>3</sup> ?

Отныне медиация является составной частью швейцарской системы правопорядка<sup>4</sup>. Но вошла ли медиация в наш уклад? Прикладное право и судопроизводство кантонов определяют медленное и неравномерное развитие медиации<sup>5</sup>.

Если говорить откровенно, данная правовая система игнорируется на практике. Открытый в прошлом году в Женеве пункт доступа к информации по медиации (который должен принимать и давать разъяснения сторонам по направлению от их адвокатов или от судьи) работает вхолостую уже много месяцев. Так, тяжущиеся стороны, не будучи информированными о медиации или же не получив предложения пройти процедуру медиации, не имеют в действительности доступа к этому новому, более экономичному, более быстрому и более конструктивному способу разрешения конфликтов. Более того, этот сбой в работе не только замалчивается, но и затягивается, из-за полного отсутствия статистики в отчетах о деятельности судов

Оказывается ли медиация, таким образом, изъятой из практики и как надолго? Представляется, однако, возможным и даже желательным соблюсти то, к чему стремится Законодатель в данной сфере. Кроме того, следует учитывать то, что предлагается законодательством гражданам, в интересах которых должен разрабатываться всякий закон. И, наконец, согласно постулату о том, что в современном правовом государстве Правосудие во всех своих формах осуществляется в интересах граждан и предприятий, адвокаты, судьи, арбитражные судьи и медиаторы должны служить этим интересам.

Как обеспечен или может быть обеспечен доступ к полюбовному правосудию? И как гарантировано право наших сограждан и наших предприятий на применение процедуры медиации для разрешения их гражданских споров<sup>6</sup>?

---

<sup>3</sup> Список взят из : CEPEJ, Systèmes judiciaires européens, étude N° 12, 2010, ch. 6 Mesures alternatives de règlement des litiges (ADR), p.116-124.

<sup>4</sup> Thomas PFISTERER, *Einigung und Mediation - Uebersicht ueber die aktuelle Bundesgesetzgebung, Verwaltungs-, Jugendstraf- und Zivilprozessordnung*, in : APA/PJA 2008, p. 1 à 15 ; Christine GUY-ECABERT, *La Médiation dans les lois fédérales de procédure civile, pénale et administrative : petite histoire d'un pari d'indépendance*, in : APA/PJA 2009, p. 47 à 56 ; Jean A. MIRIMANOFF (éd.), *La Médiation dans l'ordre juridique suisse. Une justice durable à l'écoute du troisième millénaire*, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2011.

<sup>5</sup> Следует, однако, отметить замечательную работу, проделанную частным сектором под эгидой организации «Координация медиации в Швейцарии», объединившей Швейцарскую Федерацию ассоциаций, занимающихся медиацией, Швейцарскую Палату Коммерческой Медиации, Федерацию адвокатов Швейцарии, Коммерческие Палаты Швейцарии и Швейцарское отделение Европейского Объединения Судей за Медиацию. Samuel MONBARON, *Médiation*, in : François BOHNET, *Procédure civile suisse. Les grands thèmes pour les praticiens*, Schulthess, 2010. Этот труд дает представление о результатах деятельности организаций на территории франкоговорящей Швейцарии.

<sup>6</sup> Постановка проблематики, связанной с доступом к полюбовному разрешению споров, зависит от области применения: уголовной или административной. см. *op. cit.* сноска 4 *in fine*, пятая и шестая части.

Предметом настоящего исследования станет после краткого напоминания об основных способах обращения к традиционному правосудию (гл. 1) выявление возможных параллелей со способами обращения к полюбовному правосудию, в частности, в сфере коммерческой и гражданской медиации (гл. 2). Право на доступ к полюбовному разрешению конфликтов, зафиксированное в Гражданском Процессуальном Кодексе, затрагивает тесно связанные с ним вопросы: как данное право будет соблюдаться основными участниками процесса, и какова, следовательно, новая роль адвокатов (гл. 3) и судей (гл. 4)? Какая ответственность возлагается на власти и на экономических лидеров кантонов за внедрение в практику гражданской медиации (гл.5)? В Заключении приводятся условия активного развития права на доступ к медиации и ее рамки.

## **1. ПРАВО НА СПРАВЕДЛИВЫЙ СУД**

Как на международном, так и на национальном уровнях право на традиционное правосудие издавна осуществляется и гарантируется статьями Федеральной Конституции (ст. 6, п. 1 и ст. 30 о праве на справедливый суд), а также статьями законов кантонов и Гражданским Процессуальным Кодексом в той части, где речь идет о юридической помощи. Уместно подчеркнуть, что здесь подразумевается нечто более важное, нежели обычный доступ к правосудию, которым располагают граждане и предприятия, ибо право на справедливый суд представляет одну из наиболее символических граней нашего правового государства. Как же обстоят дела с полюбовным разрешением споров?

## **2. ПРАВО НА МЕДИАЦИЮ ИЛИ НА ДОСТУП К НЕЙ?**

Развитие права в данной сфере продвинулось не так далеко. Так, на европейском уровне существует не межгосударственный договор, обязательный к исполнению, а юридический Инструментарий, не имеющий обязательной силы: Рекомендации, Основополагающие линии развития и Мнения Совета Европы<sup>7</sup>, членом которого является Швейцария. Этот Инструментарий был, однако, разработан, составлен и принят именно для того, чтобы облегчить доступ к полюбовному разрешению споров для физических и моральных лиц Государств, входящих в состав Евросоюза. В гражданской и коммерческой сферах мы будем ссылаться, главным образом, на Рекомендацию о семейной медиации, на Рекомендацию о гражданской и коммерческой медиации и на Основополагающие линии развития, направленные на применение

---

<sup>7</sup> См. Jean A. MIRIMANOFF, *Les Principes de la Médiation*, in : RZ 4/2010

данных Рекомендаций<sup>8</sup>. Все предписанные этим Инструментарием меры направлены на усиление доступа к медиации, не узаконивая при этом права на медиацию в гражданских и коммерческих спорах.

В Швейцарии на государственном уровне ситуация изменилась в лучшую сторону с принятием Гражданского Процессуального Кодекса. Новое законодательство не ограничивается лишь введением и легитимацией медиации, но отводит ей особое место наравне с примирением. Предусматривает ли оно право на полюбовное разрешение споров и, следовательно, право на медиацию (и на примирение) ?

Ответы, вытекающие из телеологической и систематической интерпретаций Гражданского Процессуального Кодекса, совершенно ясны и созвучны: они утверждают **право на доступ** к медиации и **право на доступ** к примирению. Так, **намерение законодателя** выражается в форме предписания, закрепленного в Гражданском Процессуальном Кодексе и адресованного всем вышеупомянутым участникам:

*"Судебное действие должно быть крайним средством разрешения споров. Суд – это не коммерческая организация, заботящаяся о маркетинге и об объеме торгового оборота. Суд – это **орган власти**. Его миссия заключается в урегулировании конфликта, который стороны не могут разрешить самостоятельно, в том числе, в случае необходимости, с привлечением третьей стороны. **Полюбовное урегулирование конфликта имеет, таким образом, приоритет...**"<sup>9</sup>.*

Что следует понимать под «приоритетом»? Совершенно очевидно, что не выбор в иерархии систем урегулирования споров – то, чего, как кажется, так опасаются наши представители закона. Речь идет о приоритете в отношении целей данных систем. Цель медиации заключается в том, чтобы способствовать восстановлению или изменению отношений, связывающих стороны.

Право на доступ к полюбовному разрешению споров, как для медиации, так и для примирения, также четко прописано в системе Гражданского Процессуального Кодекса, ведь они могут быть применены «в любой момент», то есть на любой стадии процесса, в первой и во второй инстанции и даже после<sup>10</sup>.

Отсюда следует, что высказывания «суд в любой момент **может** посоветовать сторонам прибегнуть к процедуре медиации» (ст. 214 п. 1 Гражданского Процессуального Кодекса) и «он **может** призвать родителей попробовать провести

---

<sup>8</sup> Рекомендация N° R (98) 1 о семейной медиации, Рекомендация Res (2002) о медиации в гражданской сфере и Основопологающие Линии развития, направленные на применение вышеупомянутых Рекомендаций Европейской Комиссии по эффективности правосудия (СЕРЕЖ 2007) 14, и Консультативное мнение n° 6 (2004) Консультативного Совета Европейских Судей (CCJE), [www.coe.int](http://www.coe.int)

<sup>9</sup> FF 2006 6841.

<sup>10</sup> Сторонам предоставлено право приостановить процедуру в суде. Даже на этой стадии ничто им не мешает прибегнуть к медиации. В рамках французского опытного проекта, многочисленные дела были отправлены для проведения процедуры медиации на стадии кассации, при этом пилотный проект увенчался определенным успехом.

*процедуру медиации»* (ст. 297 п. 2 Гражданского Процессуального Кодекса) означают лишь то, что в обязанности судьи входит **обоснованная** оценка того, адекватно ли применение медиации в данном конкретном деле. Ни в коем случае Гражданский Процессуальный Кодекс не дает судье право проигнорировать медиацию потому, что она, например, не отвечает философским воззрениям судьи или его убеждениям, ибо правосудие служит гражданам, а судьи служат правосудию. Всякая иная интерпретация низводит роль медиации до эпизодической. Именно такую роль медиация играет сегодня, что, будет излишним повторить еще раз, не соответствует намерению законодателя. То же самое можно сказать и о примирении<sup>11</sup>.

Адвокаты же в своих беседах с клиентами вначале судебного разбирательства должны, со своей стороны, также предпочесть путь полюбовного урегулирования конфликта, как это рекомендовано, в том числе, Европейским Деонтологическим Адвокатским Кодексом, распространяющимся на швейцарских адвокатов<sup>12</sup>. Об этом же говорится в Кодексе, которому подчиняются адвокаты Федерации Адвокатов Швейцарии и адвокаты кантонов, ибо это предписано законом. Ст. 3.7.1. вышеуказанного Кодекса предписывает :

*«На любой стадии процесса адвокат должен стараться найти решение для своего клиента, которое соотносилось бы с затратами дела. Адвокат должен в подходящий момент дать совет своему клиенту относительно того, стоит ли искать соглашения или прибегнуть к альтернативным способам урегулирования конфликта».*

Право сторон на доступ к полюбовному решению их тяжбы сопровождается, таким образом, обязанностью рассказать сторонам о медиации, предложить ее им, если ситуация это позволяет, причем сделать это не только исходя из критерия соответствующих затрат, но, главным образом, исходя из высшего интереса тяжущихся сторон. Это подводит нас к размышлению о роли адвокатов и судей до, во время и после процедуры и об ответственности Властей кантонов и лидеров в сфере экономики за нормальное функционирование системы<sup>13</sup>.

### 3. НОВАЯ РОЛЬ АДВОКАТОВ

---

<sup>11</sup> *«Во всяком случае, суд может попытаться примирить стороны»* (ст. 124 п. 3 Гражданского Процессуального Кодекса); наиболее настоятельно рекомендуется прибегнуть к данной процедуре в делах, касающихся развода: *«... суд старается привести супругов к соглашению относительно последствий развода ...* (ст. 291 п. 2 Гражданского Процессуального Кодекса). Следует подчеркнуть, что из-за отсутствия соответствующих обязательств всех участников процесса (адвокатов, судей и властей кантона), процедура примирения в сфере гражданского права в Женеве в течение двух веков не использовалась. Чтобы подобная ситуация не повторилась ни в случае примирения, ни в случае медиации, необходимо принять сопроводительные меры, которые заставят соблюдать закон.

<sup>12</sup> Европейский деонтологический адвокатский кодекс, принятый Советом европейских адвокатов и обновленный 19.05.2006, имеющий в соответствии со ст. 1.4 сферу применения *ratione personae*, применим к Швейцарии. Подчеркнем, что единственный упомянутый в тексте критерий затрат не является единственным, влияющим на выбор наилучшего способа урегулирования конфликта.

<sup>13</sup> Власти Женевы еще с большим рвением захотят преуспеть в этом, поскольку еще свежо воспоминание о неудаче, преследовавшей процедуру гражданского примирения на протяжении почти двух веков.

Благодаря медиации открывается новая ниша в деятельности адвокатов. Роль, которую они играют в этом процессе, меняется<sup>14</sup>, становится разнообразнее, шире и видоизменяется в зависимости от этапа<sup>15</sup> медиации вплоть до стадии исполнения соглашения. Заботясь о результатах, многие адвокаты уже сумели подготовиться к этой новой роли в рамках обучения, организованного Федерацией Адвокатов Швейцарии и другими Центрами и Институтами.

### 3.1. Перед процедурой

Обязанности адвоката развернутся по трем направлениям: общие предупредительные меры, анализ конфликта и подготовка процедуры.

#### 3.1.1. Общие предупредительные меры

Чтобы помочь своим клиентам избежать конфликта, сдержать его (поскольку конфликт является неотъемлемой частью жизни) и сохранить их взаимоотношения с родными людьми и деловыми партнерами, несмотря на возможные разногласия, в первую очередь, адвокаты будут советовать клиентам добавить в контракт пункт об альтернативных способах разрешения спора. Данный пункт может содержать множество способов решения конфликта, подходящих к данной конкретной ситуации: аргументированные переговоры, практика сотрудничества<sup>16</sup>, медиация, примирение (частное) без арбитражного соглашения или с ним<sup>17</sup>, если эти способы кажутся более целесообразными, чем гражданский или арбитражный процесс, или как дополнение к ним. Эта предосторожность оправдывает себя особенно при заключении долгосрочных контрактов, или если стороны поддерживают взаимоотношения на протяжении долгого времени.

#### 3.1.2. Анализ конфликта

При возникновении конфликта в распоряжении адвоката есть несколько способов поиска оптимального средства его урегулирования:

- i) Способ, рекомендуемый американскими профессорами Стефаном Б. Голдбергом и С. Франком Е. Сандером<sup>18</sup> и адаптированный недавно с их согласия к романо-германской правовой системе и правовым институтам<sup>19</sup>, заключается в

---

<sup>14</sup> См. Avi SCHNEEBALG et Eric GALTON, *Le Rôle du Conseil en Médiation civile et commerciale*, Economica, Paris, 2003; François BLUM, *L'avocat et la médiation*, in : *L'Avocat suisse*, n° 172, 1998, p. 12-20; Dominique BROWN-BERSET, *La médiation commerciale : un géant s'éveille*, in : *RDS* 2002, p. 319-424 ; не путать с темой заинтересованности адвоката в медиации, являющейся в данный момент объектом исследования, проводимого г-жой Синтией ЛЕВИ; см. литературу, упомянутую в Jean MIRIMANOFF et Marco PONS (éds), *RAD, Négociation, Médiation, Conciliation. Bibliographie sélective raisonnée et alphabétique*, Slatkine, Genève 2010, [www.gemme.ch](http://www.gemme.ch).

<sup>15</sup> Об этапах см. Thomas FIUTAK *et al.*, *Le médiateur dans l'arène : Réflexions sur l'art de la médiation*, trajets érès, Paris, 2009, p. 33 ss.

<sup>16</sup> См. Christophe IMHOOS, *La Pratique collaborative*, mémoire pour l'IUKB, Sion, 2009.

<sup>17</sup> См. Регламент по коммерческой медиации Торговых палат Швейцарии, [www.ccam.org/sm/en](http://www.ccam.org/sm/en).

<sup>18</sup> Frank E. SANDER and Stephen B. GOLDBERG, *Fitting the Forum to Fuss : A user-friendly Guide to selecting an ADR Procedure*, in : *Negotiation journal*, january 1994, p. 49-63.

<sup>19</sup> См. Jean A. MIRIMANOFF, *L'Orientation préalable des parties à un différend*, in : *RA/AR*, 1/2010, p. 19 ss.



определении целей, преследуемых клиентом (субъективные критерии), и препятствий на пути решения проблем или конфликтов (объективные критерии);

- ii) Определение позиции клиента (и второй стороны) по шкале напряженности конфликта по методу, изложенному профессором Фридрихом Гласлом<sup>20</sup>, позволяет найти «соразмерный» способ решения конфликта, учитывающий ценности, потребности, обязательства сторон, а также значение самого процесса для сторон и желаемые результаты<sup>21</sup>;
- iii) Холистический метод, разработанный Бриджит Самбет Гласнер и Джереми Лак<sup>22</sup>, используемый, как для предотвращения, так и для разрешения конфликта, позволяет клиенту постепенно, а также комплексно и глобально (холистически) понять конкретную ситуацию и пути ее решения.

### 3.1.3. Подготовка процедуры медиации

Если выбран данный способ разрешения конфликта, необходимо разъяснить клиенту ход процедуры и «правила игры», в том числе конфиденциальность и уважение ко второй стороне. Вторая сторона из «*противника*» превращается в «*партнера по процедуре*». На этом этапе также подготавливается начальное соглашение о медиации<sup>23</sup> с адвокатом второй стороны и медиатором и выбираются тип и условия медиации. Присутствие или отсутствие адвокатов на разных этапах или на некоторых из них также является предметом обсуждения между сторонами и решения, принимаемого ими, в зависимости от ситуации.

## 3.2. Во время процедуры

Поскольку клиент является главным действующим лицом процедуры, его адвокат будет играть рядом с ним роль консультанта, поддержки (или *коуча*), советника (страховочная мера), в то же время, будет стараться быть понятым второй стороной. Он будет особенно внимателен к возможному возникновению потребности в частных беседах (раздельное слушание или *кокус*, требующее двойной конфиденциальности) и к их ходу, а также к потребностям и интересам клиента в процессе отбора идей, осуществимость которых он должен будет проверить. Он также должен будет обсудить с клиентом достоинства и недостатки этих идей после фазы *брейнсторминга*, в которой он может принять участие. В своей более традиционной роли оба адвоката выступят при совместном составлении итогового соглашения медиации<sup>24</sup>.

---

<sup>20</sup> См. Friedrich GLASL, *Konfliktmanagement : ein Handbuch fuer Fuehrungskraefte, Beraterinnen und Berater*, Bern, Paul Haupt Verlag, 1997.

<sup>21</sup> См. комментарий Джереми ЛАК *Appropriate Dispute Resolution (ADR) : The Spectrum of Hybrid Techniques Available to the Parties*, in : *ADR in Business*, Vol. 2, Kluwer Law International, Netherland, 2011, p. 339-379, part. p. 345-350.

<sup>22</sup> См. *op. cit.*, note 21, p. 349 ss.

<sup>23</sup> См. Dominique BROWN-BERSET, *op. cit.*, note 14, p. 365 ss.

<sup>24</sup> Кроме случая, когда нет уполномоченного адвоката или когда адвокаты специально просят его об этом, медиатор, как правило, воздерживается от составления итогового соглашения медиации и во всех случаях – от его подписания.

### 3.3. После процедуры

Когда соглашение, полученное в результате проведения медиации, подписано, адвокат решит, есть ли необходимость его официального засвидетельствования (Гражданский Процессуальный Кодекс, ст. 217) или придания ему формы исполнительного документа (Гражданский Процессуальный Кодекс, ст. 347), или же его ратификации в качестве согласованного решения, как это предусмотрено многими положениями о медиации. В первом случае у адвоката будет деликатная миссия – отстаивать соглашение на стадии его ратификации (обязательной в случае развода), не нарушая конфиденциальности самой процедуры.

### 3.4. Во время принятия решения

Возможность прибегнуть к медиации есть на всех уровнях, включая апелляцию. После оглашения постановления суда адвокат решит, уместно ли прибегнуть к медиации, в частности, когда постановление суда не соответствует реальному положению дел или не отвечает истинным интересам клиента.

## 4. НОВАЯ РОЛЬ СУДЕЙ

В Швейцарии в связи с полной непроницаемостью, независимостью и автономностью процедуры медиации судья никогда не вмешивается в ее ход<sup>25</sup>. Именно в силу этих принципов он не может вмешиваться и влиять на возможный «дисбаланс итогового соглашения», кроме случая развода согласно ст. 279 Гражданского Процессуального Кодекса. Таким образом, участие судьи обнаруживает себя лишь до и после процедуры.

### 4.1. Начало процедуры

В целом, роль судьи будет заключаться в том, чтобы научиться урегулированию конфликта<sup>26</sup>, дабы быть в состоянии регулярно подготавливать (в ходе направления дел в его палату, к примеру) первую подборку дел по наиболее простым критериям Практических руководств<sup>27</sup>, или опираясь на опросник *ad hoc*, выданный обеим сторонам при подаче заявления в суд. При необходимости с помощью советника в сфере медиации. Последний (обученный и специализирующийся по данному вопросу секретарь суда) сможет помочь ему, как это происходит в Нидерландах<sup>28</sup>, как при отборе дел, так и во время первого слушания при личной явке сторон.

---

<sup>25</sup> См. литературу, приводимую в примечании 14 *in fine* в разделе "Magistrats et Médiation" и "Homologation", в частности, исследование нашего коллеги Andreas HEIERLI; суд, однако, может предписать обеспечительные меры параллельно процедуре медиации.

<sup>26</sup> Это предусмотрено ст.13 Закона об организации правосудия.

<sup>27</sup> Таких, как руководства, составленные Предупредительной комиссией по гражданской и уголовной медиации г. Женева и Палатой медиаторов Коллегии адвокатов кантона Во; в этой первичной подборке по делу есть риск ошибки в оценке, так как выбор подходящего пути решения конфликта делается, преимущественно, методом опроса сторон при их явке.

<sup>28</sup> Machtel PEL, *et al.*, Customised Conflict resolution : Court-connected Mediation in the Netherland, 1999-2009, a prepublication on the occasion of the Conference Moving mediation, The Hague, Nov.2009 ; и того же автора : Referral to mediation, A Practical guide for an effective mediation proposal, SDU Uitgevers, Den Haag, 2008.

На стадии решения о принятии дела к производству органом примирительного производства или судом судья не обязан тщательно анализировать генезис и тип конфликта при выборе наиболее подходящего пути решения, кроме ситуации, когда стороны действуют лично, так как этот анализ ранее уже был произведен адвокатами. Судьи ограничатся в основном тем, что рассмотрят совместно со сторонами, какой путь разрешения конфликта из трех, предусмотренных Гражданским Процессуальным Кодексом, наиболее подходит для данного дела. В Швейцарии судьи находятся в том же положении, что и их голландские коллеги, на сегодняшний день успешно делающие выбор между:

- i) урегулированием конфликта путем переговоров или примирения под их началом (*settlement*),
- ii) направление (*referral*) на процедуру медиации при помощи третьего лица, или
- iii) решение суда.

Но когда орган примирения или, соответственно, суд, будут примирять, и когда – советовать медиацию? Основные критерии определились в ходе пилотных проектов, проводимых в течение десяти лет в Нидерландах:

а) в пользу медиации:

- сохранение или восстановление взаимоотношений между сторонами;
- неадекватность решения через суд рассматриваемого конфликта;
- перспектива индивидуального решения, более подходящего, чем судебное решение.

б) в пользу примирения:

- скорость решения;
- умеренные расходы;
- перспектива разумного результата.

Выбор между этими двумя вариантами можно будет сделать либо по результатам опросника *ad hoc*, о котором говорилось выше, либо при личной явке сторон.

Логично предположить, что в тех кантонах, где примирение работает должным образом, суды захотят продолжать примирять стороны самостоятельно. Но примирение в традиционном понимании носит исключительно оценочный характер и имеет свои границы, а большинство судей еще не обладают опытом нового юридического примирения. Тогда как данный подход путем постановки вопроса и благодаря методам аргументированных переговоров позволяет сторонам искать решения на длительный срок, основанные на интересах (даже вне предмета тяжбы, в соответствии с Гражданским Процессуальным Кодексом, ст. 201 §1, второе предложение), а не на компромиссах<sup>29</sup>. Повторимся: именно обучение всех судей<sup>30</sup> урегулированию

---

<sup>29</sup> См. Béatrice BLOHORN-BRENNEUR, *La Nouvelle conciliation judiciaire*, in : Petites Affiches, n° 245 du 9.12.2005 ; Béatrice GORCHS, *Médiation et Conciliation dans les différents systèmes judiciaires européens, Discours de synthèse général*, Actes du Colloque de Grenoble du 2 juin 2005, in : Petites Affiches N° 245 du 9.12.2005 ; Jean A. MIRIMANOFF et Sandra VIGNERON, *Les Mécanismes de la nouvelle conciliation judiciaire*, in : La gestion des conflits. Manuel pour les praticiens, CEDIDAC, Lausanne, 2008, выпущенный 28.10.2009 и in : [www.gemme.ch](http://www.gemme.ch); в Квебеке процедура примирения, широко применяемая в Апелляционном суде, превратилась в внутрисудебную медиацию благодаря усилиям Луизы Отис (Louise OTIS) : см. *Modes alternatifs de règlement des litiges : la médiation judiciaire. La justice conciliatoire : l'envers du lent droit*,

конфликтов за десятилетие качественно и количественно улучшит современную практику<sup>31</sup>. В новом юридическом примирении предпочтение отдается решениям без проигравшей стороны, тогда как в традиционном примирении, сосредоточенном на взаимных уступках (компромиссах), часто преобладают решения, где, кроме выигравшего, есть и проигравший.

Чтобы примирение имело долгосрочный эффект, нужно: минимум времени, мотивация участников, в частности, судьи, и опыт. Активное или мирное общение – это такое же преимущество<sup>32</sup>, как и практика аргументированных переговоров. Другими словами, каждый раз, когда отсутствует один из этих элементов, орган примирения или суд предпочтет посоветовать медиацию, нежели поставить процедуру примирения под угрозу провала, который будет для суда одновременно потерей времени и авторитета. После процедуры судья столкнется с проблемами ратификации или официального признания соглашений, полученных в ходе медиации, и их выполнения.

## 4.2. Официальное признание или ратификация

В связи со статьей 217 Гражданского Процессуального Кодекса возникают четыре замечания: в ней не перечислены конкретные действия, к которым приступает суд, в ней не обозначены ситуации в соответствии с применяемым основным правом (отсюда и двойственная терминология), она является неполной, так как условия и способы отказа не предусмотрены в законодательстве и не представлены в комментариях к Гражданскому Процессуальному Кодексу, и наконец, сам он частично неточен<sup>33</sup>.

### 4.2.1. Судебные действия

Что должен делать суд с соглашением, полученным путем проведения процедуры медиации? Если стороны пришли к общему заключению (в результате переговоров без участия третьей стороны), суд выносит решение о договоренности, «поглощающее» это заключение и превращающее его в решение суда с оговоркой об обязательной юридической силе. Однако в случае ст. 217,(второе предложение) ратифицированное соглашение *само по себе* имеет те же последствия, что и вступившее в силу решение. Повторно объявлять его совершенно не нужно: формально, суд может удовлетвориться объявлением его ратификации или отказом в ратификации, хотя это замечание не касается соглашения о разводе (ст. 279 п.2, второе предложение)<sup>34</sup>. При заявлении обеих сторон, пришедших к соглашению в результате медиации, суд может в

---

un rapport sur les MARL, in : Rapport n° 6, Conférence des juges, Conseil de l'Europe, Strasbourg, novembre 2003.

<sup>30</sup> См. примечание 25; в Женеве обучение по программе Переговоры/Медиация/Примирение предлагается всем судьям; оно было инициировано Швейцарским отделением Европейского Объединения Судей за Медиацию.

<sup>31</sup> Практика, где стороны редко берут на себя риск сопротивляться давлению некоторых судей-посредников во время оценочной консультации, иногда даже с опасностью ошибиться в прогнозе, касающемся доказательств.

<sup>32</sup> См. Marshall B. ROSENBERG, Les mots sont des fenêtres (ou des murs) ; introduction à la communication non-violente, Jouvence, 2000.

<sup>33</sup> См. Isaak MEIER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre, Zurich, 2010, p. 595 et 596.

<sup>34</sup> Ст. 279 является *lex specialis* по отношению к ст.216 Государственного Процессуального Кодекса.

соответствующем случае предписать меры по обращению взыскания на имущество. (ст. 236 п.3 Гражданского Процессуального Кодекса).

#### 4.2.2. Двойственность значения

Что касается последствий действий суда, постановление (и его неудачное название) охватывает две различные ситуации.

Термин *ратификация* подходит, если **сама законность** соглашения, переданного в суд, зависит в обязательном порядке от его утверждения. Это происходит в случае, предусмотренном законом, к примеру, если речь идет о разводе, ст. 279 п.2 Гражданского Процессуального Кодекса (ст. 140 предыдущего Гражданского Кодекса Швейцарии): судье надлежит в таком случае выполнить ряд перечисленных в законодательстве проверок перед ратификацией соглашения сторон. В то же время, соглашение, заключенное после проведения медиации, само по себе может иметь силу договора, и тогда его утверждение судьей носит факультативный характер и зависит только от желания сторон. В таком случае, видимо, следует говорить об *официальном признании*.

#### 4.2.3. Мотивы отказа

Каковы мотивы, объясняющие отказ ратифицировать или же официально признать соглашение?

Наиболее часто данные случаи связаны с неправомочностью суда (в зависимости от предмета или места в случае императивного суда), с формой соглашения (отсутствие ясности (ст. 56 Гражданского Процессуального Кодекса), невыполнимость всех или части положений), с содержанием соглашения (несоответствие нормам общественного порядка или императивного права), или с волеизъявлением сторон (в случае, когда волеизъявление одной из сторон кажется несвободным или неясным, в частности, когда одна из сторон отстаивает свои права лично и когда возникает ситуация конфликта, определяемого императивным правом). Тем не менее, в случае, если медиация проходила под руководством медиатора, принесшего присягу или фигурирующего в официальном списке, или аккредитованного головной ассоциацией (Швейцарской Федерацией ассоциаций медиации, Швейцарской палатой коммерческой медиации, Федерацией адвокатов Швейцарии, Объединением за Медиацию), судья, утверждающий соглашение, будет считать, что волеизъявление участников медиации касательно соглашения является «свободным и ясным».

Руководствуясь какими условиями, в этих ситуациях будет действовать суд? Можно предположить, что перед тем, как отклонить соглашение, суд предложит сторонам самим внести поправки в пункты соглашения, которое он не был бы в состоянии ратифицировать или официально признать по образцу ст. 71 предыдущего Гражданского Процессуального Законодательства, в этом случае, давая им возможность вернуться к медиации. Если стороны настаивают на содержании соглашения, судом будет применена ст.237 п. 1 Гражданского Процессуального Кодекса и вынесено решение по инциденту, поскольку официальное признание или ратификация итогового соглашения медиации при рассмотрении дела апелляционным судом завершает процедуру.

Ничто из вышеперечисленного не предусмотрено на стадии обязательного предварительного примирения. В случае устного отказа органа примирения у истца не

остается другой альтернативы кроме требования разрешить приступить к рассмотрению дела, и в этом случае стороны смогут совместно добиваться официального признания или ратификации их соглашения судом.

#### **4.2.4. Дисбаланс соглашения, полученного путем проведения медиации.**

Сформулированный в комментариях к ст. 217 Гражданского Процессуального Кодекса дисбаланс не является достаточным поводом для отказа, кроме дел о разводе, поскольку об этом прямо сказано в законодательстве (ст. 279, п. 1 Гражданского Процессуального Кодекса). В действительности суд не может в равной степени учесть интересы обеих сторон: с одной стороны, в силу того, что они могут лежать «вне предмета спора», и, с другой стороны, в силу конфиденциальности процедуры, что не позволяет суду осведомляться обо всех обстоятельствах итогового соглашения медиации, а сторонам – раскрывать в суде то, что они условились хранить в секрете.

#### **4.2.5. Другие вопросы**

Тем не менее, очевидно, что, за исключением случаев согласия сторон, невозможно приступить к частичному официальному признанию/ратификации в рамках ст. 217: она может нарушить внутреннее равновесие итогового соглашения медиации. Официальное признание соглашения делает его подлежащим исполнению. Оно представляет собой *res judicata*. Оно может быть изменено путем подачи заявления о пересмотре дела (согласно ст. 328 Гражданского Процессуального Кодекса) в случае нарушений в волеизъявлении (ст. 21 Кодекса Обязательного Права).

### **4.3. На стадии вынесения решения**

В процессе составления решения по существу дела судья, получивший более полное представление об аспектах дела, может понять, подходит ли медиация для данного спора, может также рекомендовать ее в рамках своего решения, кратко мотивируя свою рекомендацию.

## **5. ОТВЕТСТВЕННОСТЬ КАНТОНАЛЬНЫХ ВЛАСТЕЙ И ЛИДЕРОВ В ОБЛАСТИ ЭКОНОМИКИ**

Право на доступ к медиации без принятия подготовительных мер всегда наталкивается, как мы видели, на старые привычки, фокусирующиеся единственно на судебном<sup>35</sup> или арбитражном процессах. Автоматическое и слепое регулярное использование судебного процесса практически говорит о синдроме Павлова<sup>36</sup>.

Эффективность системы зависит, в основном, от политической линии кантональных властей по отношению к медиации при поддержке частного сектора (коллегии

---

<sup>35</sup> Пример Женевы показателен: вступив в силу 01.01.2005, медиация в сфере гражданских и коммерческих споров так и осталась ограниченной в своем применении ввиду отсутствия данных мер, и это положение еще более неопределенно из-за отсутствия статистики.

<sup>36</sup> Выражение заимствовано у профессора Николя Жандена (Nicolas Jeandin): *Introduction à la gestion des conflits*, in : La gestion des conflits. Manuel pour les praticiens, CEDIDAC, n° 78, Lausanne, 2008.

адвокатов, ассоциации по медиации, торговые палаты, профсоюзы и патронажные ассоциации и т.д.). Эта эффективность зиждется на многих факторах, связанных с внедрением гражданской медиации в значении, предписанном Основополагающими линиями развития Совета Европы в отношении гражданской медиации<sup>37</sup>. В качестве основополагающей информации приведем информирование общественности, ознакомление и обучение участников медиации, юридическую помощь и эффективную циркуляцию споров между юридической и неюридической средой. В то же время, со стороны властей необходима регулярная помощь сверху. В том, что касается коммерческой медиации, чтобы подстегнуть обращение к швейцарскому регламенту по коммерческой медиации (судьба которого схожа с судьбой законодательства), те же действия требуются со стороны лидеров в области экономики.

### **5.1. Информирование, ознакомление и обучение**

Информирование общественности происходит, в первую очередь, путем получения сведений у секретарей в канцелярии суда при подаче заявления, и это означает, что данные служащие должны быть в необходимой степени ознакомлены с процедурой, чтобы предоставить правильную и достаточную информацию (или направить участников судебного процесса в пункты или в центры доступа к информации по медиации, если они есть в кантоне). Информирование может также иметь форму опросников, подготовленных советником в сфере медиации при суде и выдаваемых каждому, кто подает заявление в суд, как это делается в судах Нидерландов<sup>38</sup>.

Судьи могут давать адекватные рекомендации по медиации в делах, подходящих для медиации, только ознакомившись с правилами урегулирования конфликтов, а еще лучше – пройдя соответствующее обучение. Это уже входит в их обязанности в некоторых кантонах<sup>39</sup>.

Наконец, обязательное обучение урегулированию конфликтов в форме лекций и практических занятий при факультете права или при школе адвокатуры (обучение, начавшееся в некоторых кантонах) будет иметь эффект двигателя медиации.

*Mutatis mutandis*, ситуация идентична для коммерческих палат Швейцарии при подаче арбитражного иска.

### **5.2. Компенсация судебных издержек**

Вопрос расходов на медиацию рассматривается в ст. 218 Гражданского Процессуального Кодекса следующим образом:

*«1. Расходы на медиацию возмещаются сторонами.*

*2. В делах о правах детей, если не затрагиваются имущественные вопросы (sic), стороны имеют право на бесплатную медиацию при соблюдении следующих условий:*

---

<sup>37</sup> См. Guy CANIVET, *La mise en œuvre de la médiation et la responsabilité des Autorités*, in : La médiation dans l'ordre juridique suisse. Une justice durable à l'écoute du troisième millénaire, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2011.

<sup>38</sup> См. примечание 28.

<sup>39</sup> Ст. 13 и 14 Закона о судебной организации и *supra* примечание 30.



*а) Медиация рекомендована судом;*

*б) У сторон нет необходимых средств.*

*3. Кантональное законодательство может предусмотреть освобождение от дополнительных расходов».*

Это постановление отражает некоторое противоречие нашего законодательства:

- i) Юридическая помощь – это важное средство, облегчающее доступ к правосудию, государственному или полюбовному. А раз «полюбовное урегулирование имеет приоритет», возникает противоречие из-за наложения подобных рамок на оказываемую помощь;*
- ii) Основная цель состоит в том, чтобы избежать чрезмерных расходов. Однако сейчас в большинстве случаев процедура медиации стоит дешевле, чем государственный процесс;*
- iii) Узкий радиус действия этой статьи идет вразрез с основополагающими линиями развития № 14 Европейской Комиссии по эффективности правосудия, в 34 главе которых идет речь о том, что юридическая помощь в гражданской медиации должна быть такой же, как и при гражданском процессе<sup>40</sup>. Следовало бы положить конец этим противоречиям и ограничениям в кантональных законодательствах.*

К тому же, вопрос оплаты расходов встает, прежде всего, при несудебной медиации, если соблюдается предписание, уже неоднократно цитировавшееся.

По правде говоря, двойная цель, состоящая одновременно в приоритетной поддержке полюбовного решения спора, которым является медиация, и в сокращении стоимости правосудия для Государства, кажется, еще не осознана многочисленными кантонами, которые еще сомневаются в пользе медиации, тогда как уже вступил в силу закон о ней! Результаты изучения стоимости, предпринятого внутри Совета Европы и нескольких государств<sup>41</sup>, после придания им огласки покажутся убедительными кантональным парламентариям и финансистам.

Женевское законодательство открыло путь и в эту область, стерев различия между несудебной и судебной медиацией, не принимая во внимание частные гражданские

---

<sup>40</sup> «Забота о равенстве всех перед законом и о равной доступности Правосудия делает неприемлемой ситуацию, когда некоторые социальные категории не могут воспользоваться данными услугами по причинам экономического порядка. Что касается людей, располагающих ограниченными экономическими возможностями, Государства – члены ЕС должны стремиться к тому, чтобы сделать судебную помощь доступной сторонам, участвующим в медиации, в той же степени, в которой они обеспечивают судебную помощь сторонам, участвующим в судебном процессе».

<sup>41</sup> Abschlussbericht zur Ausweitung des Begleitforschungsprojekts "Gerichtsnahе Mediation in Niedersachsen" – Berücksichtigung betriebswirtschaftlicher Effizienzaspекte – PEBB§Y-analoge Datenerhebung zur Gerichtsnahе Mediation -, Georg-August-Universität Göttingen, Juristische Fakultät, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Multimedia- und Telekommunikationsrecht, Rechtsvergleichung Prof. Dr. Dipl. Oec. Gerald SPINDLER, Februar 2005, National Audit Service, Legal aid and mediation for people in family breakdown, Press release, 2.3.2007, GB, и проект № 12 Европейской Комиссии по эффективности правосудия, note 3.

ситуации. Если условия предоставления юридической помощи выполнены, физические лица, зарегистрированные в кантоне, могут потребовать ее предоставления, чтобы обеспечить себе помощь медиатора (ст. 63 Закона об организации судопроизводства).

### 5.3. Свободная циркуляция споров<sup>42</sup>

Для обеспечения настоящей синергии между судом и медиатурой присутствие советника в сфере медиации, который будет направлять подходящие дела в консультативные пункты или в центры медиации, кажется обязательной мерой до тех пор, пока все судьи не получают необходимые знания. Кроме того, этот служащий правосудия сможет предложить пилотные опыты, рекомендовать изучение удовлетворенности клиентов и проанализировать результаты, разработать систему статистики<sup>43</sup> и подготовить опросники, которые будут затем переданы сторонам во время подачи заявлений в суд.

## ЗАКЛЮЧЕНИЕ

1. В настоящее время медиация является неотъемлемой частью нашей системы правопорядка: право на доступ к медиации в гражданских спорах в соответствии с Гражданским Процессуальным Кодексом должно соблюдаться всеми наравне с правом на примирение: это закон. Мешающие ей препятствия культурного характера будут устранены благодаря мерам по внедрению медиации и регулярной поддержке властей и лидеров в области экономики.

2. Право на доступ к медиации влечет за собой соответствующие обязанности: они выражаются, главным образом, в новой роли и в новых видах деятельности адвокатов и судей.

3. Итак, меры по внедрению медиации откроют доступ к ней. Первое и второе образуют единое целое. Самые важные из этих мер следующие:

- a. Информирование общественности об этом новом способе разрешения споров, ознакомление судей с тремя вариантами разрешения споров, представленными в Гражданском Процессуальном Кодексе, и систематическое обучение урегулированию споров адвокатов, без участия которых невозможен продуманный и наиболее подходящий для их клиентов выбор путей разрешения или предупреждения судебных разбирательств;
- b. Расширение сферы оказания юридической помощи в случае как судебной, так и несудебной медиации;

---

<sup>42</sup> Jean A. MIRIMANOFF et Sandra VIGNERON-MAGGIO-APRILE, *Pour une libre circulation des différends civils et commerciaux (Réflexions sur les nouveaux réseaux de la justice plurielle : le cas suisse dans le contexte européen)*, in : RDS, avril 2007, p. 21 ss

<sup>43</sup> Отсутствие статистических данных по медиации в Женеве с 2005 по 2010 гг. полностью скрыло нарушения в ее функционировании; они должны были бы фигурировать в ежегодном докладе судебной власти о деятельности суда.

- с. Создание системы циркуляции споров между судами и пунктами доступа к информации по медиации<sup>44</sup> (или центрами медиации), посредством найма внутри системы судопроизводства консультантов по медиации со следующими обязанностями: подбор дел, консультирование судей в выборе между тремя вариантами разрешения споров, представленными в Гражданском Процессуальном Кодексе (в частности, в ходе слушаний дел в присутствии обеих сторон), разработка аппарата по сбору и анализу статистических данных, предложение пилотного опыта и изучение удовлетворенности клиентов и т.д.
4. Право на доступ к медиации имеет ограничения, которые со временем могут меняться:
- а. Данное право не предусматривается Гражданским Процессуальным Кодексом, если речь идет о несудебной медиации, но некоторые кантоны способствовали доступу к медиации в местном законодательстве путем расширения сферы оказания юридической помощи (только для граждан, удовлетворяющих соответствующим условиям);
  - б. Право на доступ к медиации не предусматривается Гражданским Процессуальным Кодексом также в случае арбитража, но Регламент по коммерческой медиации Торговых палат Швейцарии принял современную систему, сочетающую медиацию и арбитраж (внутренний и международный) в виде пункта договора, который адвокаты уже сейчас могут использовать при составлении своих соглашений;
  - с. Данное право связано с **обоснованной** оценкой медиабильности спора, которую дают судьи, а это означает, что и сами судьи должны быть осведомлены о методах работы в данной области или даже обучены им;
  - д. Правом на медиацию можно воспользоваться лишь в том случае, если все стороны согласны на это: речь идет не о праве на медиацию одной стороны, а о праве всех участников дела, вместе взятых, на доступ к медиации. При этом любая из сторон вправе наложить на него свое вето, поскольку, во-первых, решение об урегулировании спора посредством медиации должно быть добровольным и, во-вторых, каждая сторона имеет право на государственный судебный процесс.
5. Действительно, приоритетное положение полюбовного урегулирования споров согласно Гражданскому Процессуальному Кодексу, а, следовательно, и права на доступ к медиации, по-видимому, столкнется с главенствующим в Конвенции по защите прав человека и основных свобод правом на справедливый судебный процесс. Напряженность, которая может возникнуть в этом случае, не означает ни затишья в развитии медиации, ни постепенного снижения значимости судебного процесса. Дополняя друг друга, они вступят с Гражданским Процессуальным Кодексом в новую эру сотрудничества, которая начнется, в первую очередь, усилиями адвокатов, и в которой конфликтующим сторонам должна быть предоставлена возможность сделать свободный и продуманный выбор.

---

<sup>44</sup> В Женеве пункт доступа к информации по медиации открыт два дня в неделю. Однако он еще не может функционировать должным образом ввиду отсутствия надлежащего взаимодействия внутри судебной власти и адвокатских консультативных пунктов.

\* \* \*