

Едгар Ізерманн

Президент Вищого суду землі у відставці

Основні риси та правові засади судової медіації в Німеччині

Семінар у співпраці з Асоціацією суддів України у Львові, 21.03.2019 року

Юстиція є органом, який покликаний врегульовувати спори. Її первинним робочим інструментом є процесуальний кодекс. Новий досвід та нові знання привносять знову і знову до внесення змін до відповідних законодавчих засад. Тому реформи процесуального права відносяться до повсякденних справ юстиції.

За останні 20 років відповідні дискусії в Німеччині поповнились новим варіантом, який називається «медіація». Її генеральною метою є покращення дій, спрямованих на вирішення конфліктів. Дороговказом для досягнення цієї мети є надання більшої автономії конфліктуючим сторонам та фокусування на їх інтересах. З часу нового правового врегулювання у 2012 році тепер в розпорядження надані дві моделі. Одна модель стосується розширення можливостей позасудового врегулювання спору за допомогою медіатора як представника вільної професії. Інша модель стосується розширення пропозиції зі сторони органів юстиції. Мається на увазі модель судової медіації або медіації за участі судді. З цієї точки зору у сфері юстиції розпочався новий підйом. Саме про це я буду доповідати.

Спершу я представлятиму ті міркування, які говорять на користь медіації за участі судді. В другій частині доповіді я розповім про правові засади німецької моделі медіації за участі судді.

1. Мотиви запровадження судової медіації

Які мотиви можуть мати значення для запровадження судової медіації? Різні точки зору мають братися до уваги, а саме такі як

- з кута зору сторін конфлікту
- з кута зору самого судді
- з кута зору органів управління у сфері юстиції.

До них я маю намір звернутись більш детально. Можливо, деякі аспекти вас зацікавлять. Можливо, у вас також по деяких аспектах ведуться такі ж само дискусії, як і у нас.

а) З кута зору сторін конфлікту

Першочерговим є питання, якої переваги набувають сторони завдяки новій процедурі.

аа) Менше бюрократії – більше гнучкості

Дуже часто можна чути скарги про те, що процедури у сфері юстиції надто забюрократизовані з точки зору організації, займають багато часу та дорого коштують. На жаль, це нерідко відповідає дійсності. Тому багато потенційних учасників справ відмовляються від звернення до суду.

У протилежність з цим, процедура медіації не підкорена обов'язку дотримання суворих формальних передумов. На передній план виступає значно ширша автономія. Ця автономія стосується питань «Чи» та «Як» з точки зору організації процедури. Її форму та зміст визначають самі сторони за допомогою медіатора. Через це медіація стає особливо привабливою.

бб) Жодних обмежень з точки зору предмету/осіб з урахуванням потенціалу конфлікту

Предметний рівень:

Що є предметом спору? В цивільному процесі предмет спору визначають позовні вимоги та виступу сторін в суді. Медіація, яка націлена на врівноваження інтересів, має більший потенціал для врегулювання конфлікту.

1. Приклад: - Можуть бути залучені супутні проблеми
(Спір стосовно вимог про сплату певної суми на підставі договору між двома фірмами про постачання устаткування – що має бути сплачено? Які перешкоди цьому заважають? Все це має бути врегульовано. Одночасно також і майбутня співпраця може бути поставлена на нову економічну основу – які зміни в процедурі постачання будуть найкращими? Яким чином може бути покращений спосіб оплати?)
2. Приклад: - Можуть бути з'ясовані проблеми, які виявлять справжню причину спору
(В межах спору між компаньйонами підприємства стосовно виплати часток прибутку може також бути вирішений порядок врегулювання прав дітей компаньйонів в рамках їх спадщини).

Рівень залучення осіб:

Хто бере участь в медіації? В судовому процесі його сторонами є позивач та коректно названий відповідач. В рамках медіації можуть бути залучені й інші особи, навіть такі, які лише опосередковано зацікавлені в провадженні або зачеплені цим провадженням.

Приклад: Дві сестри є власницями фірми. Вони сперечаються про розподіл часток від прибутку, які згідно договору мають визначатись в залежності від обсягу співучасті кожної із них в діяльності фірми. Але з фактичної точки зору фірмою керують їх чоловіки, які є директорами фірми, але не знаходять між собою порозуміння. Вони можуть бути залучені до розгляду, оскільки вони краще за все обізнані з економічним підґрунтям в діяльності фірми.

вв) Юстиція і медіація – це справа довіри

Органи юстиції мають функціонувати не лише з організаційної та технічної точки зору. Найважливішим критерієм добре функціонуючої юстиції є фактор довіри. Бонус довіри є «душею юстиції».

Чому фактор довіри є настільки важливим?

Юстиція уособлює собою владу. Влада та зловживання владою не так вже й далеко віддалені одна від іншого. Зловживання владою може мати прояв у багатьох варіантах – наприклад, внаслідок браку нейтральності та незалежності суддів або внаслідок зверхнього поведіння та лінії апарату органів юстиції. Якщо бракує довіри до органів юстиції, то страждає реалізація прав або ж вона навіть повністю буде заблокована. Це проковує заклик до віднаходження альтернатив для вирішення конфліктів.

Однак медіатор також живе за рахунок довіри, яку йому демонструють сторони. І про це не можна не згадати у цьому контексті. З нашого кута зору це передусім означає наступне: якщо органи юстиції користуються довірою населення, то довіра поширюється також і на медіатора, який є вихідцем із сфери юстиції, а отже, на і на суддю-медіатора.

Додається ще один важливий аспект. В медіації вирішення конфлікту не залежить від авторитарного суддівського рішення. Сторони в рамках медіації є незалежними від судді. Вони розглядають суддю-медіатора лише як модератора під час переговорів, а не як особу, що прийматиме рішення. Вони на власну відповідальність визначають результат свого провадження і не віддаються на поталу третьої особи, яка устаткована державною владою.

Іншими словами: Якщо органи юстиції не викликають довіри у громадян, то хоча б суддя-медіатор може привнести позитив.

б) З кута зору суддів

З точки зору суддів роль відіграють два аспекти: власне розуміння і сприйняття професії та необхідність зменшення навантаження.

аа) Судді і медіація – протилежності та спільності

Медіація та юстиція тематично тісно пов'язані. Вирішення спірного конфлікту є їх спільним завданням. На перший погляд шляхи до цієї мети різняться.

Інституція «суд» покликана врегулювати конфлікт згідно закону та праву. Відносини зверху та вниз між суддею і стороною відображає публічну картину юстиції. Часто це відображається навіть в архітектурі багатьох залів судових засідань.

Медіатор («посередник») допомагає конфліктуючим сторонам у тому, аби вони добровільно та на власну відповідальність віднайшли узгоджене рішення їхнього конфлікту. Образно кажучи вони стоять на одному рівні.

Другий образ відносин між медіацією та юстицією демонструє більше спільностей. Тут мова йде про компетенції та сприйняття професії судді.

Суддя не є машиною із прийняття рішень, яка у спокої робочого столу лише виготовляє письмові рішення. Так само судде не повинен в рамках усного розгляду справи займати пасивну позицію, прикрашати залу судового засідання як німий сфінкс і залишати діяти лише сторін провадження, які сперечаються між собою.

Згідно існуючого в Німеччині розуміння права та професії суддя відіграє в цивільному процесі активну, компенсаторну роль. Він не є спостерігачем за грою в шахи між сторонами і не повинен дозволяти, аби хід провадження відбувався просто сам собою. Суддя повинен організовувати і стимулювати провадження. Перед розглядом справи він надає сторонам підготовчі письмові вказівки із ще відкритих питань, які є важливими для прийняття ним рішення, а також для того, аби виступи сторін були більш зрозумілими та повними. В рамках усного розгляду він обговорює з ними фактичні та правові проблеми. Все це має простий і дуже логічний сенс: у такий спосіб утворюється стабільне підґрунтя для прийняття рішення.

У такий спосіб центр цього аспекту опиняється на рівні культури спілкування між суддею та сторонами. Прозоре спілкування є важливою вимогою забезпечення справедливості в залі судового засідання і таким чином забезпеченням рівних шансів в процесі. Прозорість одночасно є гарантією правильного рішення. Особливо при розгляді цивільних, комерційних та сімейних справах стиль проведення засідання у вигляді конференції має формувати позитивний клімат при розгляді справи. Саме такий стиль ще в більшій мірі стосується медіації.

З огляду на вищезазначене стає зрозумілим, що задачі судді та медіатора в меншій мірі протиставляються, як це видається на перший погляд. Саме медіація живиться спілкуванням (комунікацією).

Спільності стають ще більш очевидними при розгляді питання з приводу того, в якій же формі відбуваються судові провадження на практиці. Німецький ЦПК (§ 278 абз. 1) унормовує обов'язок судді сприяти мирному врегулюванню спору налюбій стадії провадження. Конкретно це означає, що суддя повинен рекомендувати сторонам домовитися про укладення мирової угоди і саме у такий спосіб завершити процес. Поруч із суддівським рішенням мирова угода, можливість укладення якої за допомогою судді надається процесуальним законом, має велике практичне значення з точки зору способу завершення процесу.

Така мирова угода, яку сторони уклали в якості спільної домовленості для завершення процесу, створює логічний місток до нашої теми узгодженого врегулювання спору шляхом медіації в суді.

бб) Медіація сприяє розвантаженню

Причина великої мотивації суддівства до віднаходження альтернатив сьогоднішній процесуальній практиці лежить в площині значного завантаження суддів. Виходом є завершення проваджень в рамках медіації.

Практика цивільних процесів свідчить про те, що ті провадження, які були передані суддям-медіаторам, позитивно вирішуються приблизно впродовж 6 – 8 тижнів. У такий спосіб можна

уникнути процесів, які тривають роками. І все це на користь всіх учасників. І це створює привабливість – також для самих суддів. Тому медіацію часто називають як «захід самопомогти перенавантаженої справами юстиції». У такий спосіб зменшується навантаження суддів у всьому суді.

До статистичних даних я повернусь пізніше.

вв) Жодних обмежень при виборі процедур медіації

У цьому контексті неодноразово ставиться питання про те, чи придатна справа для проведення медіації. Згідно нашого досвіду не існує якихось преференцій для певних категорій справ.

Звісно сімейні справи з огляду на тісні особисті зв'язки між сторонами посідають тут передову позицію. Але практика цивільних судів свідчить про те, що й всі інші категорії справ є придатними для проведення медіації: провадження з питань будівництва, промислова оренда, комерційні суперечки між компаньйонами фірми або ж спір про спадщину померлого.

Багато суддів зацікавлені у тому, аби саме складні справи можна було передати до відділу медіації. Оскільки у більшості випадків виявляється, що не правове питання власно і є ядром конфлікту, а радше економічні інтереси. Саме їх часто можна розумно з'ясувати без застосування процесуальних норм та під час проведення медіації.

- Приклад: в будівельному провадженні стосовно недоліків збудованого будинку вже протягом декількох років сперечаються власник будови та архітектор. Йдеться про сотні окремих недоліків у будові. Вже були виготовлені чотири експертизи по окремих темах з цього приводу. Тобто мова вже йде лише про те, хто що може довести. З плином часу це стає все складніше. Саме тут є сенс зібратися разом всім тим учасникам, які були причетні до будівництва і відшукати компроміс.

в) З кута зору органів управління у сфері юстиції

Наведені вище переваги знаходять своє місце і в перспективах з точки зору органів управління у сфері юстиції.

аа) Виграш з точки зору використання наявних ресурсів

Найважливішим питанням, яке тут постає, є питання статистичних даних. Відповідь буде складною. Не існує узагальненої статистики, яка може запропонувати переконливі показники. Це стосується також і звіту-оцінки Федерального уряду від липня 2017 року про судову медіацію починаючи з 2012 року. Навіть органи управління юстицією у федеральних землях, а також наука вважають ці дані недостатньо переконливими.

Але щоби надати вам певні вихідні данні, я звернуся до деяких інформацій з цього приводу:

- У 2009 році одна з рахункових палат в Німеччині порівняла кількість проваджень, які були завершені судовим процесом або через медіацію. Рахункова палата зазначила, що у порівнянні із варіантом вирішення спорів в судовому порядку, конфлікти в рамках медіації вирішувалися в середньому на 56%, тобто більше.
- Подальша статистика за 2009 рік із показниками, отриманими від 8 із загалом 16 земель, в яких практикувалася медіація, свідчить про те, що квота вирішення спорів сягає приблизно 5 000 медіаційних проваджень. У майже 73% від всіх цих випадків сторони домовилися між собою та уклали угоду.
- В Суді землі в м. Берлін 2,5% всіх проваджень, які були відкриті у 2016 році, направлялись до судді-медіатора. У 63% цих проваджень була досягнута домовленість.
- В Суді землі в м. Гьоттінген у 2016 році із приблизно 1 250 відкритих проваджень приблизно 170 були передані в медіацію і 85% з них були успішно вирішені угодою сторін.

- Більш наочним потенціал медіації стає на прикладі медіаційної практики одного суду. Йдеться про недоліки в будівлі збудованого дитячого садочка. В стінах з'явилися тріщини, оскільки фундамент не був достатньо стабільним. У декількох паралельних судових провадженнях сперечалися між собою особи та фірми, які мали відношення до цього будівництва. Учасниками цих проваджень були власник будівництва, будівельна фірма, архітектор, інженери, інженер із статички, страхувальник, а також керуючий процедурою банкрутства. Всі вони роками сперечалися в різних судах та інстанціях щодо обсягу несення матеріальної відповідальності.

Під час декількох медіаційних засідань сторони дійшли згоди у питанні щодо розподілу відповідальності з точки зору її часток. Замість продовжень у багатьох процесах із витратним збиранням доказів і подальшою втратою часу і ресурсів, медіатор посприяв заощадженню цих ресурсів у всіх сторін суперечки – також і на користь юстиції.

бб) Покращення іміджу органів юстиції

Саме медіаційна модель юстиції може сприяти покращенню іміджу судів в суспільстві. Отримуючи сервісну пропозицію у вигляді вибору між завершенням провадження через прийняття судового рішення та через медіацію сторони знайомляться із сферою юстиції в її сучасній формі. Тобто юстиція набуває нового іміджу. На передньому плані вже не постає лише авторитарна реалізація права. Інша форма вирішення конфліктів шляхом суддівської медіації демонструє юстицію як сучасного суб'єкта із надання послуг громадянам. Сторони бачать суддю в його новій функції судді-медіатора, як партнера, який готовий прийти на допомогу і сприяти комунікації, який не демонструє їм свою авторитарність, проте є відкритим, наближеним та новаторським. Це також є причиною, чому суддівська медіація знаходить такий високий рівень схвалення серед учасників провадження.

2. Законодавче врегулювання суддівської медіації (2012)

Наведені вище мотиви на користь суддівської медіації стали приводом для законодавчого врегулювання цієї моделі із вирішення конфліктів, передусім в межах процесуальних кодексів та у такий спосіб, щоби задовільнити навіть критиків у сфері юстиції.

Які обставини при цьому були вирішальними?

а) Спів серед суддів стосовно медіації

Імпульс щодо запровадження судової медіації, починаючи приблизно з 2001 року, походив із сфери управління юстицією. Орієнтовані на реформи судді захопилися ідеєю медіації і замислилися над тим, як її можна зробити предметом своєї практичної діяльності. Тому в рамках цього проекту можна говорити про «реформу юстиції знизу».

Їх готовність до змін не існувала в абсолютно неврегульованому правому полі. Реформатори бачили правову підставу для сфери їх діяльності в нормі нашого процесуального кодексу старої редакції, яка визначала, що кожний суддя на будь-якій стадії провадження повинен сприяти досягненню примирення між сторонами.

Але будь-який успіх має і свій тінювий бік.

Не всі судді вважали таку тенденцію позитивною. Вони не розглядали медіацію як типове завдання судді. Скептицизм призвів до певного незадоволення у сфері самої юстиції. Багато хто вважав існуючі процесуальні норми недостатніми для виправдання функціонування нової моделі.

б) Рішення, запропоноване законодавцем

З огляду на те, що суддівська медіація, яку в Німеччині почали практикувати приблизно з 2001 року, дійсно стала успішною моделлю, перед законодавцем постала дилема. Чи має він погодитись із критиками і заборонити суддям здійснювати медіацію? Або ж має бути знайдений компроміс? Законодавець обрав другий шлях. Він зробив це у 2012 році із двох

точок зору. Власне сам Закон про підтримку медіації присвячений позасудовій медіації на вільному ринку послуг. Оскільки він не стосується безпосередньо сфери юстиції, я не зупинятимусь на ньому детально. Водночас законодавець посилив можливості судді з точки зору врегулювання спору за згодою сторін. Це відбулося шляхом внесення змін до Цивільного процесуального кодексу. Саме ця зміна має нас цікавити з огляду на тему нашого заходу.

Законодавець створив нормативне прояснення становища. З одного боку, він мав намір забезпечити подальше функціонування успішної моделі суддівської медіації. Для тих, хто висловлював сумніви, він одночасно намагався конкретизувати законодавчі засади. Модель суддівської медіації, яка до цього часу застосовувалась у практиці, була трансформована в нову модель. Замість судді-медіатора старої форми була запроваджена модель так званого «примирного судді». Поняття «примирний» орієнтується на уявлення про спосіб досягнення дружніх домовленостей без подальших суперечок. Але лише зміною поняття законодавець не обмежився.

Тепер процесуальний кодекс (в §§ 278,¹ 278a² ЦПК) конкретно визначає всі варіанти можливого завершення розпочатого в суді провадження. Цивільний процесуальний кодекс в § 278 визначає різноманітні методи розгляду конфліктних випадків. Такими зокрема є:

- традиційне судове провадження із розгляду справи (провадження завершується оголошенням рішення)
- можливість для судді, який має розглянути та вирішити спірну справу, запропонувати сторонам варіанти мирової угоди (тобто можливість укладення процесуальної мирової угоди як спосіб завершення розгляду справи)
- можливість для судді, який має розглянути та вирішити спірну справу, звернути увагу сторін на можливість позасудової процедури з метою вирішення конфлікту (позасудова медіація як спосіб завершення розгляду справи)
- або ж передача провадження суддею, який має розглянути та вирішити спірну справу, до примирного судді у цьому ж суді, який в свою чергу не має повноважень на прийняття рішення у цій справі, а може лише сприяти врегулюванню спору у вигляді домовленості сторін (процедура примирення як спосіб завершення розгляду справи).

В § 278a ЦПК навіть конкретно згадується поняття «медіації», якщо сторони погодяться на такий спосіб розгляду.

Всі ці можливості демонструють широкий спектр різноманітності суддівської діяльності – із та без проголошення рішення по результатах розгляду спору.

в) Законодавча модель «примирного судді»

Яка ідея закладена в цю модель?

Метою такого врегулювання було посилення становища судді, який спеціально уповноважується на дії із сприяння вирішенню спору за домовленістю сторін. Закріплення такого врегулювання в законі передусім спрямоване на усунення сумнівів щодо наявності у нього компетенцій та щодо його завдання в рамках врегулювання спору. Саме таке рішення у

¹ Стаття 278 абз. 5 ЦПК:

Суд може звернути увагу сторін провадження на можливість проведення розгляду із примирення, а також на інші спроби із досягнення примирення за допомогою визначеного для цього судді, який не має повноважень на прийняття рішення (примирний суддя). Примирний суддя може застосовувати будь-які методики для владання конфлікту, включаючи медіацію. (примітка перекладача)

² Стаття 278a ЦПК:

(1) Суд може запропонувати сторонам процедуру медіації або інший спосіб розгляду для позасудового владання конфлікту.

(2) Якщо сторони провадження вирішують прийняти участь в медіації або іншому способі розгляду справи для позасудового владання конфлікту, то суд приймає розпорядження про призупинення судового розгляду. (примітка перекладача)

вигляді уточнення в процесуальному кодексі було з дипломатичної точки зору дуже розумним. Воно була люб'язністю по відношенню до критиків із сфери судової практики.

Із формальним включенням способу вирішення конфліктів шляхом медіації до врегульованого процесом провадження вона стала складовою частиною судового провадження. «Примирний суддя» тепер діє конкретно як суддя та в рамках судової влади. Закон визначає, що можуть бути застосовані «всі методики врегулювання конфліктів, включаючи медіацію». Цей аспект є важливим, оскільки у такий спосіб медіація визначено передбачена в законі. На практиці в якості методики альтернативного врегулювання спорів вона є найбільш поширеною.

Але у тому числі й ті, хто й раніше практикував попередню модель суддівської медіації, так само можуть добре співіснувати із таким новим законодавчим врегулюванням. Вони схвально вбачають в ній стару модель, але в «новій сукні». Саме тому для спрощення понять я майже завжди говорю тут про «суддю-медіатора» - тобто не залежно від того, чи йдеться про практику до 2012 року або ж про законодавчу модель після реформи процесуального права.

г) Судове провадження, примирний суддя і медіація

Відтепер в Німеччині узгодженість класичного судового провадження, діяльність примирного судді та застосування медіації як методики врегулювання спорів є взаємопов'язані між собою законодавчим чином в процесуальному кодексі. Позови, які надходять до суду, можуть відповідно опрацьовуватись у відповідності із визначеними альтернативами у різноманітний спосіб.

Згідно з § 278 абз. 1 ЦПК «Суд на будь-якій стадії провадження повинен сприяти досягненню мирного врегулювання правового спору або окремих спірних питань». З цією метою перед початком усного розгляду справи попередньо може бути «включена» процедура примирення. Процедура примирення не є частиною усного розгляду справи. Але така процедура може на ранній стадії спонукати сторони до укладення мирової угоди. З іншого боку, від процедури примирення все ж можна відмовитися, якщо вже до подання позовної заяви до суду між сторонами вже мала місце безуспішна спроба досягнення домовленості або якщо на думку судді досягнення домовленості не має шансів на успіх. До того ж, процедура примирення може бути також використана для того, аби із сторонами можна було обговорити весь спектр інших форм мирного врегулювання суперечки. Ними можуть бути звернення уваги сторін на можливість позасудового врегулювання спору або підключення іншого судді, який у статусі судді-медіатора (примирного судді) шукатиме відповідний спосіб вирішення конфлікту разом із сторонами.

Особливо важливим (як вже зазначалося вище) є інше законодавче врегулювання в § 278а, яке доповнює § 278 абз. 5 ЦПК. Там недвозначно закріплено, що суд «... може запропонувати сторонам процедуру медіації ...». У такий спосіб медіація набула законної сили в якості методу врегулювання конфліктів. Якщо сторони обирають такий шлях вирішення спору, то у такому разі суддя, який має розглянути та вирішити справу, процесуально залишає справу без руху. Справа передається судді-медіатору.

Як же ж ця процедура організована? Як функціонує медіація на практиці в цивільному процесі? Яке значення при цьому має право?

Про це я говоритиму пізніше у другій моїй доповіді.

Дуже дякую за увагу!