

MICHAŁ FAJST, MARIA NIEŁACZNA

SYSTEM MEDIACJI W POLSCE — SŁABOŚĆ PRAWA CZY ORGANIZACJI?

Wprowadzanie każdej instytucji powinno być przemyślane zarówno pod względem czynników sprzyjających jej implementacji, jak i tych, które będą ograniczać jej rozwój. Po siedmiu latach funkcjonowania mediacji w Polsce warto przyjrzeć się tym czynnikom i ocenić, które z nich sprzyjały jej wprowadzaniu, a które ograniczały jej zasięg i skuteczność.

1. Warunki wprowadzania mediacji do systemu karnego

Należy zauważyć, że mediacja — choć jest instytucją niezależną od tradycyjnego wymiaru sprawiedliwości i imperium państwa — została wprowadzona w ramach procedury karnej i ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich.

Istotą mediacji lub innych form sprawiedliwości naprawczej jest swoboda w zakresie porozumienia się skonfliktowanych stron. Pobieżnie patrząc, mogło to stanowić utrudnienie dla stosowania sprawiedliwości naprawczej w trakcie postępowania prowadzonego przez organy ścigania i wymiaru sprawiedliwości. Swobodę tę można określić bardziej fachowo, jako proces decyzyjny zaangażowanych i dotkniętych przestępstwem osób. Mówi się także o wspólnym procesie ustalania krzywdy i odpowiedzialności, który np. przybiera formę sesji lub konferencji sprawiedliwości naprawczej. Ta swoboda porozumienia (proces decyzyjny) jest jedną z wartości i celów sprawiedliwości naprawczej. Można wyraźnie wskazać jej źródło, które leży w potencjalnej sile nowych uczestników — określanym pojęciem interesariuszy¹. Społeczne źródła mediacji i niesformalizowany charakter

¹ Por. „Restorative Justice Eforum”, VIII 2003, nr 12, www.restorativepractices.org;

predestynowały ją do bycia alternatywą dla formalnego rozstrzygnięcia w ramach procedury karnej. Okazało się jednak, że niedookreślenie tej instytucji, niezajomość standardów, w tym europejskich, i brak ich polskich odpowiedników, a także początkowo nieudolna redakcja przepisów prawa, powstrzymywała prokuratorów i sądy przed kierowaniem spraw na drogę mediacji. Konsekwencją było sporadyczne stosowanie mediacji, a przede wszystkim brak wiedzy i przekonania sędziów do nowej idei.

Niedokładność wskazania, jak powinno się kierować sprawy do mediacji, mylne przyjęcie przez ustawodawcę, że mediację można stosować jedynie w fazie postępowania przygotowawczego oraz przy wstępnej kontroli aktu oskarżenia przez sąd, osłabiły realne możliwości implementowania i rozwoju tej instytucji².

W zachodnich systemach prawa podkreśla się jednak, że sprawiedliwość naprawcza jest zintegrowana z oficjalnym systemem, uznając, że dużo bardziej wartościowe jest współdziałanie obydwu sprawiedliwości. Sprawiedliwość naprawcza występuje w ramach procedury karnej oraz koresponduje z jej celami i ożywia je. Na przykład, rząd brytyjski opracował całą strategię postępowania mającego na celu implementację nowej idei do postępowania karnego. Można w niej przeczytać: „wszystkie instytucje zajmujące się sprawami karnymi powinny rozważyć, w jaki sposób proces sprawiedliwości naprawczej mógłby pomóc im w osiągnięciu własnych celów, zwłaszcza dotyczących interesów pokrzywdzonego oraz wzrostu stopnia zaufania dla wymiaru sprawiedliwości”³.

Jednocześnie podkreśla się, że przy współistnieniu tych dwóch sprawiedliwości ważne jest utrzymanie przewodnictwa tradycyjnego systemu. Jak piszą autorzy *Conferences, Circles, Boards and Mediations: RJ and Citizen Involvement In The Response to Youth Crime*: sprawiedliwość naprawcza nie powinna być nigdy widziana jako coś niezależnego od formalnego systemu. G. Bazemore i M. Umbreit podkreślają, iż kluczowa rola w rozwijaniu systemów reakcji na przestępczość nieletnich, opartych na partnerstwie z grupami

G. Bazemore, M. Umbreit, *Conferences, circles, boards and mediations: RJ and citizen involvement In the response to youth crime*, wyd. OJJDP, Florida Atlantic University & University of Minnesota, 1998, s. 22.

² Dawny art. 320 k.p.k. oraz uchylony przez art. 1 pkt 126 ustawy z dn. 10 I 2003 r. o zmianie ustawy — Kodeks postępowania karnego oraz art. 337 § 1 k.p.k. — zmieniony przez tę samą nowelę styczniową.

³ Por. *Restorative Justice: Helping to meet local needs*, Office for Criminal Justice Reform, s. 5, 9.

społeczności lokalnej, powinna należeć do sądów dla nieletnich i specjalistów zajmujących się problematyką postępowania w sprawach nieletnich⁴.

Rekomendacja Rady Europy⁵ R (99) 19 wyraźnie wskazuje, że istotne dla stosowania i rozwoju mediacji jest przede wszystkim:

a) odpowiednia legislacja, ułatwiająca funkcjonowanie mediacji w sprawach karnych,

b) dobór spraw, ich segregacja i możliwość kierowania spraw do mediacji przypisana organom państwa,

c) regularna konsultacja między organami wymiaru sprawiedliwości a mediatorami w celu ugruntowania wzajemnego zrozumienia istoty i możliwości mediacji.

W Austrii, w zakresie kierowania spraw do mediacji, przyjęto bardzo praktyczne rozwiązanie. W wielu miejscach prokuratorzy regularnie (raz na tydzień) spotykają się z mediatorami i dyskutują, które ze spraw są odpowiednie do mediacji. Formalnie mediatorzy nie decydują — ponieważ to leży w wyłącznych kompetencjach prokuratora — ale wspólnie z prokuratorem przygotowują decyzję. To tłumaczy także, dlaczego sukces mediacji w Austrii jest większy niż w Niemczech⁶.

Instytucja, do której kierujemy konkretne oczekiwania odnośnie jej wartości i sposobu funkcjonowania, wymaga wszechstronnych działań przygotowawczych w celu stworzenia jej odpowiedniego zaplecza oraz organizacji. Często jesteśmy skłonni uważać, że to, co nie ma określonej formy, zwłaszcza w systemie prawa, nie nadaje się do aplikowania. Ponieważ prawo karne należy do prawa publicznego, a proces karny zarówno w części przygotowawczej, jak i sądowej stanowi imperium państwa, prawo to musi dokładnie określać sposób działania organów publicznych, które ingerują w uprawnienia i wolności jednostki. W związku z tym, niedookreślenie: kto, jak, kiedy, w jakiej formie kieruje sprawę do mediacji i w jaki sposób ustosunkowuje się do jej wyników, mogło (i nadal może) ograniczać zakres stosowania

⁴ G. Bazemore, M. Umbreit, *op. cit.*, s. 20.

⁵ Rekomendacja została przyjęta w 1999 r., czyli po dwóch latach obowiązywania w Polsce przepisów umożliwiających prowadzenie mediacji. Jednak związanej z nią korekty systemu przyjętego w naszym kraju dokonano dopiero w roku 2003, a zatem zdecydowanie za późno.

⁶ Niepublikowany wykład R. D. Herringa, jednego z twórców systemu mediacji w Niemczech, który odbył się w Polskiej Akademii Nauk oraz w Polskim Stowarzyszeniu Edukacji Prawnej 5 IV 2005 r.

mediacji w sprawach karnych. Prawo — zwłaszcza prawo karne — musi być jasne, to znaczy określone⁷. Jednak brak sformalizowania oraz brak konkretnych wytycznych dotyczących wdrażania mediacji nie jest główną przyczyną jej słabego rozwoju. Mediacja w Polsce jest częścią systemu wymiaru sprawiedliwości, w związku z czym wydaje się instytucją niesamodzielną (nieautonomiczną), choć wyodrębnioną. Ma to swoje pozytywne strony. Istniejący system, ograniczony sztywną procedurą, niejako odciąża postępowanie mediacyjne ze zbytnej formalizacji. Ponieważ sam jest już dostatecznie sformalizowany i stwarza odpowiednie gwarancje proceduralne dla stron, a jednocześnie normuje zadania i uprawnienia państwowych organów ścigania, mediacja, której możliwość przewidziano w art. 23a k.p.k., może mieć formę swobodną, bliżej nieokreśloną przez ten system, jednakże jej główne zasady i warunki przeprowadzania (standardy) powinny być prawnie zagwarantowane. Aspekt pozytywny sprawiedliwości naprawczej wobec tradycyjnego systemu będzie się przejawiał głównie w swobodzie przebiegu mediacji (sesji sprawiedliwości naprawczej)⁸.

To, że mediacja jest częścią systemu, pozwoliło jej na przyjęcie swobodnej (choć nie dowolnej) formy, odpowiedniej dla realizacji swoich zasad i funkcji, które jednak nie mogą stać w sprzeczności z zasadami i funkcjami procesu karnego. Wymóg kompatybilności zapewnia zresztą skuteczność i wiarygodność mediacji. Prokurator jako organ uprawniony do kierowania spraw do mediacji jest związany zasadą prawdy obiektywnej oraz celami prowadzonego przez siebie postępowania przygotowawczego zgodnie z art. 2

⁷ L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 1998, s. 12 i n., przywołuje niekwestionowaną obecnie zasadą państwa prawa: *nullum crimen sine lege*, chroniącą jednostkę przed arbitralnym posługiwaniem się represją karną przez organy państwowe. Zasada ta zawarta jest w art. 42 Konstytucji RP, jak również w standardach międzynarodowych: w art. 11 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka z 1948 r., w art. 7 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka z 1950 r. i w art. 15 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych.

⁸ Sama sprawiedliwość naprawcza tworzy różne modele i posługuje się kilkoma formami komunikacji oraz podejmowania decyzji. O jej naturze — niesformalizowanie i wartość spontanicznego udziału społeczności — świadczy przenikanie się wyróżnianych dotychczas czterech modeli: mediacji, konferencji rodzinnych, kół orzekających i komisji pojednawczych. G. Bazemore, M. Umbreit, *op. cit.*, s. 10. Jak również: „Juvenile Justice Bulletin”, 1 2001. Jeden z najwierniejszych praktyków SN, Jim Consedine, opisuje poszczególne przykłady rozwiązywania konfliktów w społecznościach, m.in.: grupowe konferencje rodzinne dla nieletnich oraz komitet dziesięciorga wraz z sankcjonowanymi pięcioma cechami rozwiązywania sporów w Australii, koła orzekające w Kanadzie. J. Consedine, *Sprawiedliwość naprawcza. Przywrócenie ład społeczny*, Warszawa 2004, s. 112, 130, 176 i n.

i 297 k.p.k. Zadośćuczynienie tej zasadzie spełnia jednocześnie wymóg trafnego doboru sprawy do mediacji, a więc zwiększa szansę pozytywnego zakończenia konfliktu stron w drodze porozumienia. Truizmem jest stwierdzenie, że dopiero praktyka weryfikuje, czy dobór sprawy w oparciu o zgodność z zasadami procesu dał efekt pozytywny. Może okazać się inaczej i mediacja nie zakończy się ugodą. Na podkreślenie zasługuje jednak fakt, że prokurator (lub inny organ) dopełnił swoich obowiązków wynikających ze sprawowanej funkcji i tym samym dołożył staranności, aby zapewnić skuteczny przebieg mediacji. Jest to niezmiernie ważne ze względu na współpracę tych dwóch sprawiedliwości i etykę zawodu decydującego o skierowaniu sprawy do postępowania mediacyjnego. Jest to jeszcze jeden z powodów, który wskazuje, że nie można mówić o konkurencyjności obu postępowań, ponieważ oba się uzupełniają i stwarzają różne możliwości uczestnikom konfliktu. Podnoszona wielokrotnie kwestia: czy stosować mediację w pierwszej kolejności, czy też dać pierwszeństwo tradycyjnemu wymiarowi sprawiedliwości, traci na znaczeniu, jeśli stronom pozostawi się możliwość wyboru sposobu rozwiązania ich konfliktu.

Podsumowując, dla skutecznego wprowadzania oraz rozwoju mediacji nieodzowne jest ujęcie systemowe, które wyklucza nadrzędność czy konkurencyjność sprawiedliwości naprawczej bądź retributywnej. Mediacja, będąca instytucją mającą swe źródło w więziach wspólnotowych społeczności lokalnej, rozgrywana jest równocześnie w kontekście prawnym, organizacyjnym i społecznym, w związku z czym nie można pominąć żadnego z tych układów i rozpatrywać ich oddzielnie. Sprawiedliwość naprawcza definiuje przestępstwo w sposób holistyczny. Uznaje ona, że przestępstwo wynika zarówno z naruszonych więzi społecznych, jak i prowadzi do ich dalszego naruszania. Fundamentalnym postulatem sprawiedliwości naprawczej jest to, że przestępstwo rani ludzi i ich wzajemne relacje, i że sprawiedliwość stawia wymóg uleczenia oraz naprawienia krzywdy w zakresie, w jakim jest to możliwe⁹. Mediacja, aby zapewnić sobie maksymalną efektywność, może rozwinąć się na drodze dialogu, dzięki któremu zostaną ustalone jej granice i skutki prawne. Ujęcie systemowe pozwala przyjąć postulat współdziałania poszczególnych uczestników sprawiedliwości. Okazuje się, że dotychczas brakowało kompleksowego modelu myślenia, a istnienie rozbieżności co do zasadniczych kwestii mediacji: jej zakresu, celu, zasad, roli, spowolniło i ograniczyło jej rozwój.

⁹ P. McCold, T. Wachtel, *In pursuit of paradigm: a theory of restorative justice*, „International Institute for Restorative Practices” 2003, s. 3.

2. Wprowadzenie mediacji w Polsce

Problemy, na jakie natrafiła początkowo mediacja w Polsce dowodzą, że wprowadzano ją w sposób pospieszny i nieprzemyślany, bez niezbędnego zaplecza logistycznego, określenia relacji między postępowaniami i wkomponowania w system wymiaru sprawiedliwości. Tymczasem brak klarownych instrukcji funkcjonowania w systemie hamuje rozwój każdej nowej instytucji społecznej. Chodziłoby więc o uporządkowanie pojęć i wzajemnych relacji, stworzenie wystarczającej gwarancji warunków oraz mechanizmów rozliczania działania instytucji i jej ewaluacji.

Także w tym miejscu warto odwołać się do przykładu Anglii. Wprowadzaniu sprawiedliwości naprawczej w tym kraju towarzyszyła reforma całego systemu prawa karnego, a kluczowymi punktami w procesie zaszczerpienia nowej idei i jej wprowadzenia było opracowanie przez rząd i organizacje zaangażowane w proces sprawiedliwości naprawczej strategii budowy zaplecza reformy. Przyjęta strategia opierała się na międzysektorowej współpracy na poziomie lokalnym i akcentowała potrzebę przygotowania specjalistycznej kadry, odpowiedzialnej za implementację sprawiedliwości naprawczej w każdym z sektorów (władzy publicznej, organizacji lokalnych, organizacji pozarządowych)¹⁰. Zakładano, że tradycyjny system wymiaru sprawiedliwości powinien być odpowiednio przygotowany na instytucje naprawcze, takie jak mediacja, która jest zakorzeniona w społeczeństwie i w jego cechach znajduje odzwierciedlenie, oraz powinien stwarzać odpowiednie warunki jej funkcjonowania¹¹.

a) Przygotowanie wymiaru sprawiedliwości na wprowadzenie mediacji

Przygotowanie naszego systemu sprawiedliwości na mediację powinno się wiązać również z dokładną refleksją nad możliwościami stwarzanymi

¹⁰ *Restorative Justice...*, *op. cit.*, s. 12.

¹¹ Dla przykładu, w Anglii rozwód odbywa się bez orzekania o winie. Sądowi jest potrzebna pewność subiektywna i zobiektywizowana stron, to znaczy poparta czasem, który upłynął, i działaniami stron wymaganymi przez system prawny. W Polsce orzeczenie o winie jest obligatoryjne (chyba że strony zgodnie oświadczą, iż tego nie chcą). Orzeczenie o winie jest decydującym kryterium i motorem rozwodu (jednocześnie gwarantuje pewne korzyści jednej ze stron, jak alimenty, przyznanie opieki nad dziećmi jednemu z rodziców). Tak położony akcent koncentruje uwagę sądu oraz uczestników procesu na przeszłości i doszukiwaniu się winy oraz na dowodach, co powoduje eskalację konfliktu (por. H. Przybyła-Basińska, *Proces mediacji rodzinnych — od teorii do praktyki*, „Mediator” 2002, nr 21, s. 10 i n.).

w jego ramach, a jednocześnie oznacza konieczność wprowadzenia określonych modyfikacji ułatwiających funkcjonowanie mediacji i wypełnianie jej specyficznych zadań. Chodzi przede wszystkim o stworzenie klarownej sytuacji wyboru — jak osoby zaangażowane w konflikt, który w pewnym momencie przyjął postać przestępstwa, chcą go rozwiązać, i jakie są ich potrzeby w tym zakresie, a zwłaszcza jakie są potrzeby pokrzywdzonego, w którego interesie wprowadzono mediację do procedury karnej.

Tę ostatnią funkcję mediacji akcentuje zwłaszcza współczesne prawo międzynarodowe, zarówno powszechnie obowiązujące, jak i tzw. *soft law*, posługujące się deklaracjami, rekomendacjami i decyzjami. Deklaracja Narodów Zjednoczonych o podstawowych zasadach sprawiedliwości dla ofiar przestępstw i nadużyć władzy z 1985 r. wyraźnie podkreśla potrzebę restytucji oraz kompensacji na rzecz ofiar, i dopuszcza, aby w tym celu zostały wykorzystane nieformalne mechanizmy służące rozwiązaniu konfliktu, w tym mediacja. Zalecenie nr R (85)11 Rady Europy w sprawie pozycji ofiary w ramach prawa i procesu karnego stwierdza: „podstawowym celem wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych powinno być zaspokajanie potrzeb i zabezpieczanie interesów ofiary”, zaś Decyzja ramowa Unii Europejskiej o pozycji ofiary w postępowaniu karnym z 15 marca 2001 r. wyraźnie stanowi, że do 22 marca 2006 r. we wszystkich państwach członkowskich powinna zostać wprowadzona instytucja mediacji w ramach postępowania karnego.

Jak pisze Martin Wright, ruch na rzecz ofiary przestępstwa w Anglii, zwłaszcza w zakresie mediacji, narodził się w latach siedemdziesiątych ubiegłego wieku, kiedy to system karny operował sankcjami, które nie były egzekwowalne w stosunku do osób ubogich (np. rekompensatami). Wówczas to pojawiła się idea pracy sprawcy na rzecz społeczności lokalnej oraz idea mediacji, która „umożliwiła ofiarom uznanie wartości symbolicznego zadośćuczynienia”¹². Wolność wyboru jest jedną z fundamentalnych wolności systemu demokratycznego, a zarazem indywidualną możliwością do zrealizowania. Dzięki mediacji system demokratyczny ma szansę rozwinąć katalog sposobów urzeczywistniania obywatelskiej wolności. Nie neguje to jednak roli państwa w wymierzaniu sprawiedliwości, ponieważ sama możliwość funkcjonuje w systemie prawnym, w którym współdziałają zarówno agencje rządowe, jak i pozarządowe. Wracając do wcześniejszego przykładu: w Anglii, jeśli małżeństwo chce się rozwieść, system gwarantuje małżonkom czas (9 albo 15 miesięcy) i pomoc mediatora, potrzebne do przemyślenia

¹² *Mediacja. Nietelni przestępcy i ich ofiary*, red. B. Czarnecka-Działuk, D. Wójcik, Warszawa 1999, s. 16 i n.

decyzji i świadomego wzięcia za nią odpowiedzialności, ale jednocześnie wymaga, aby czas taki upłynął, a strony skorzystały z możliwej pomocy i zawarły stosowne porozumienie na temat konsekwencji rozvodu zanim powezną ostateczną decyzję.

b) Nieufność uczestników postępowania karnego
w stosunku do instytucji mediacji

W polskim systemie karnym podkreślana jest odrębność grup zawodowych: adwokatów, sędziów i mediatorów (art. 23 § 3 k.p.k.). Ich zadania i interesy wydają się sprzeczne lub wykluczające się. Zakładanie z góry takiego stanu, może powodować wrogość i niechęć w gronie osób „odsuniętych” od konfliktu i w konsekwencji pozbawionych możliwości mediacji. W ten sposób sprawiedliwość naprawcza może stwarzać sytuację rywalizacji oraz „sztucznych” przeciwników. Istnieje też ryzyko, że zacznie być definiowana przez negację obecnego systemu wymiaru sprawiedliwości oraz jego „agentów”. Z takim zjawiskiem w świecie liczone są raczej powszechnie. Aby uprzedzić niechęć, wywołaną zwłaszcza przez brak odpowiedniej wiedzy, Komisja Europejska stworzyła nawet specjalny projekt AGIS, którego celem jest dostarczenie wiedzy i treningu z zakresu sprawiedliwości naprawczej sędziom, prokuratorom i mediatorom, czyli osobom, które w większości państw europejskich są upoważnione do kierowania spraw do postępowania mediacyjnego¹³.

Postrzeganie mediacji jako narzędzia walki między grupami zawodowymi nie wydaje się celowe i racjonalne z punktu widzenia rozwoju tej instytucji. Kiedy korzystający z pomocy wymiaru sprawiedliwości dostrzegają, że poszczególni uczestnicy systemu starają się realizować swoje indywidualne interesy, cały system traci na wiarygodności a sprawiedliwość, którą reprezentują, staje się mało przekonująca. Każda z grup naturalnie identyfikuje się z własnymi interesami — tymi, które realizowała dotychczas w ramach głównego zawodu. Nie jest raczej realne, aby jedna grupa przyjęła od razu do realizacji interesy drugiej grupy, np. aby adwokaci zrozumieli i respektowali interesy mediatorów i zrezygnowali ze swojej części udziału w systemie. Jest natomiast możliwe znalezienie wspólnej płaszczyzny, na której może zależeć wszystkim uczestnikom; płaszczyzny, na której wszyscy będą mieli

¹³ *Newsletter of European Forum for VOM and RJ*, Vol. 5, Issue 1, kwiecień 2004. Por. także: D. Miers, J. Willemsens, *Mapping Restorative Justice. Developments In 25 European Countries*, „European Forum for VOM and RJ” 2004.

możliwość wykazania się i wniesienia swojego udziału. Taką płaszczyzną jest ujęcie mediacji jako realnej alternatywy dla dotychczasowego wymiaru sprawiedliwości. Przez to pojęcie należy rozumieć przede wszystkim ustalenie kanonu spraw kierowanych do mediacji oraz wzięcie pod uwagę kryterium dobrowolności jako decydującego przy innych sprawach nieprzewidzianych jako nadające się do postępowania mediacyjnego, lecz niewykluczonych przez prawo (w systemach zachodnich wykluczone ze sprawiedliwości naprawczej są głównie przestępstwa zabójstwa, morderstwa lub przestępstwa z użyciem przemocy przeciw osobie). Trzeba przy tym pamiętać, iż wewnętrzne sprzeczności i niejasności systemu ograniczają skuteczność serwisu i jego profesjonalizm. Dopiero tzw. myślenie o całości systemu (ujęcie systemowe) i kompatybilność jego elementów powoduje, że główne cele nabiorą realnego charakteru i będą mogły zostać faktycznie zrealizowane.

Elementy negocjacji i możliwość wzięcia odpowiedzialności za swoje działanie przez sprawcę, jak również wzmocnienie interesów pokrzywdzonego znalazły odzwierciedlenie także w innych instytucjach wprowadzonych do Kodeksu postępowania karnego, co świadczy o liberalizacji i humanizacji prawa w tym sensie, że dopuszczono do głosu osoby bezpośrednio skonfliktowane¹⁴. Okazuje się, że w samym systemie, o ile jest przepuszczalny i otwarty na zmiany, można umieścić wiele instytucji o charakterze mniej sformalizowanym, poddanych regułom społecznym i porozumieniu, niż dotychczas sądziлиśmy. Dlatego dla rozwoju sprawiedliwości naprawczej i mediacji ważne jest jasne nakreślenie jej celów w kontekście całego systemu, funkcji oraz korzyści, jakie przynosi wszystkim jego uczestnikom. Mediacja nie może rozwijać się w izolacji od aktualnego systemu sprawiedliwości, ponieważ byłby to fałszywy obraz jej postępu i sukcesów. Sukcesem powinna być satysfakcjonująca nas i racjonalna sprawiedliwość. Jak wskazuje wybitny polski filozof Tadeusz Kotarbiński (a za nim powtarza

¹⁴ Kodeks postępowania karnego wymienia: art. 335 — skazanie bez rozprawy, 387 — dobrowolne poddanie się karze; Kodeks karny: warunkowe umorzenie postępowania, czynny żal. Instytucje te powodują, że kara oraz cel ukarania sprawcy przesuwają się na dalszy plan, a odwet straci sens. Akcent położony jest na odformalizowanie procesu, interesy pokrzywdzonego oraz wolę stron.

Kontynuując myśl A. Murzynowskiego, *Instytucja mediacji jako czynnik humanizacji w stosowaniu prawa karnego*, „Mediator” 2004, nr 28, s. 5 i n., należałoby wyciągnąć pewne wnioski. Humanizacja wiąże się ze stworzeniem pewnych alternatyw, które dają możliwość wyboru uczestnikom wymiaru sprawiedliwości, jak również nie tylko pozwala na ugodowe rozwiązanie konfliktu, ale, mówiąc wprost, odwołuje się do naszego rozsądku i odpowiedzialności. Jest możliwością szukania racjonalnej miary odpowiedzi na konflikt społeczny, który przybrał formę przestępstwa.

Andrzej Murzynowski), kara (a więc także sprawiedliwość, w ramach której ją wymierzamy) ma bardziej racjonalny charakter wtedy, gdy w części albo w całości polega na naprawieniu przez sprawcę „zła”, które wyrządził swoim czynem¹⁵. Jasność celów i sposobu funkcjonowania systemu stymuluje jego potencjalnych uczestników do zaangażowania, które jest pierwszym warunkiem poszukiwania sprawiedliwego rozwiązania (lub też rozstrzygnięcia), za które sprawca, wraz ze społecznością, w której żyje, weźmie odpowiedzialność. Dzięki mediacji system karny niejako otwiera się na nowe formy odpowiedzialności (która nie może ograniczać się jedynie do kary kryminalnej) i uwzględnia społeczny charakter tej odpowiedzialności.

Jeśli mówimy o nieprzygotowaniu organów wymiaru sprawiedliwości, należy przez to rozumieć przede wszystkim nie poinformowanie tej grupy potencjalnych uczestników sprawiedliwości naprawczej co do istoty, alternatywnego charakteru, zasad i korzyści płynących z mediacji. Obiektywizm, porozumienie i ugoda są zasadami oraz instytucjami znanymi wymiarowi sprawiedliwości, o czym świadczy ich obecność oraz aktualność w procedurze karnej i procedurze dla nieletnich, a także liczne wypowiedzi sędziów czy prokuratorów, że sami, jeśli jest możliwe polubowne załatwienie sporu, doprowadzają do ugody między stronami. W mediacji jednak chodzi o inny aspekt obiektywizmu i porozumienia. Ważne są podmioty, które realizują te wartości, i sposób, w jaki to robią. Dlatego też procedura mediacyjna posiada swoją autonomię, opiera się w pełni na dyspozycyjności stron oraz ich przygotowaniu, a mniej na sformalizowaniu samego ich uczestnictwa.

Podstawowa dla rozwoju mediacji jest informacja, przeznaczona dla organów państwowych, o istocie i zakresie mediacji, a więc o tym, że stanowi ona realną alternatywę (uwarunkowaną odpowiednim doбором spraw oraz zgodą jej potencjalnych uczestników) dla tradycyjnej procedury karnej. Oznacza to także, że mediacja nie może rozwijać się jedynie kosztem krytyki tradycyjnego wymiaru sprawiedliwości, a jej najważniejszym atutem nie powinna być słabość lub niewydolność dotychczasowego rozwiązania przyjętego w ramach systemu karnego.

Mediacja, wprowadzona na grunt procesu karnego czy postępowania w sprawach nieletnich, po ustaleniu zakresu jej autonomii, konsekwentnie powinna się rozwijać w jego ramach i nie stać w sprzeczności z innymi przepisami wskazanych ustaw oraz celami tych postępowań. Ewentualna sprzeczność z systemem i jego zasadami oznaczałaby przecież sprzeczność

¹⁵ S. Frankowski, *Dyskusja nad artykułem M. Cieślaka „Problem kary śmierci”*, PiP 1966, nr 12, s. 95; A. Murzynowski, *op. cit.*, s. 5.

z wykonywaniem swoich funkcji przez prokuratorów lub sędziów. Wartość wspólnego stanowiska i przyjęcia takich samych standardów zarówno przez mediatorów, jak i przez państwowych agentów systemu sprawiedliwości jest podkreślana przez przywołaną Rekomendację Rady Europy¹⁶. W takim ujęciu mediacja wraz ze sprawiedliwością naprawczą nie jest alternatywą konkurencyjną, a jej procedura nie musi być koniecznie przeforsowana, co do zasady, w każdej sprawie. Jest to przekonanie naiwne i nieadekwatne do rzeczywistych warunków wymiaru sprawiedliwości.

Podsumowując, należy jeszcze raz powtórzyć, iż skuteczność implementacji i rozwój instytucji gwarantuje jasna informacja co do podstaw sprawiedliwości naprawczej, jej miejsca w systemie, efektów korespondujących z ogólnymi celami systemu oraz ujednoczenie w zakresie jej interpretowania. Po obu stronach, czyli wśród mediatorów i w organach państwa, musi powstać jasny obraz przyjętej i stosowanej instytucji. Ważne jest także przyjęcie jednego kierunku interpretowania zasad i wyników mediacji (np. strony podpisujące ugodę zawartą w wyniku porozumienia powinny wiedzieć, czego spodziewać się po decyzji sądu). Ważne jest też, aby sąd orzekający postępował za każdym razem zgodnie ze wspólnie przyjętą interpretacją odnośnie prawnego charakteru ugody.

Istotnie, trudne jest właściwe i pełne przygotowanie zaplecza instytucji o mieszanym charakterze: społecznym i prawnym. Należy zwłaszcza wcześniej przemyśleć rolę prawa, które może ograniczać się do wskazówek i dyrektyw, tj. odpowiednich standardów. W ten sposób zapewni się równowagę między tym, co nazywamy sprawiedliwością naprawczą (społeczną), a sprawiedliwością tradycyjną (retrybutywną, karną). Stworzy się wówczas realną swobodę realizacji sprawiedliwości restytutywnej. Prawo nie powinno ograniczać potencjału mediacji¹⁷, który wypływa z jej społecznego charakteru, ani ograniczać stronom możliwości jej wyboru. Pozostała część warunków, trudności i oczekiwań dotyczy sfery praktyki, i jest w dużej części przewidywalna.

Ponieważ warunek przygotowania i wyedukowania uczestników sprawiedliwości naprawczej niezupełnie został spełniony, można się zastanowić, kogo w szczególności należało przygotować i tym samym zwiększyć zaufanie

¹⁶ Rekomendacja Rady Europy dotycząca mediacji w sprawach karnych R (99) 19. Reg. 33: „There should be regular consultation between criminal authorities and mediation services to develop common understanding”.

¹⁷ Rekomendacja Rady Europy dotycząca mediacji w sprawach karnych R (99) 19. Reg. 5: „Mediation services should be given sufficient autonomy within the criminal justice system”.

do nowej instytucji. Rozważane zagadnienie dotyczy także ograniczonej skali dotychczasowego stosowania mediacji, z uwagi na opór środowisk prawnych, co było często używanym argumentem¹⁸. Podnoszono, iż:

- a) sądy rodzinne i dla nieletnich nie kierują spraw do mediacji;
- b) prokuratorzy są niechętni, by kierować sprawy na mediację, a Policja, która im podlega, rzekomo nie ma uprawnień, względnie dyspozycji, aby to robić;
- c) brakuje mediacji po wyroku, a głównych przyczyn należy dopatrywać się w charakterze instytucji izolacyjnej i niechęci funkcjonariuszy Służby Więziennej.

Początkowa regulacja z 1997 r. nie sprzyjała zastosowaniu mediacji w praktyce prokuratorów i innych organów ścigania, ponieważ czas, który zajmowała, był wliczany do czasu prowadzonego postępowania, co utrudniało dotrzymanie terminów procesowych i zmniejszało wskaźniki jego skuteczności. Sędziowie mogli kierować sprawy do mediacji jedynie na etapie formalnej kontroli aktu oskarżenia, co również ograniczało praktyczne możliwości korzystania z nowej instytucji.

c) Warunki prowadzenia postępowania mediacyjnego w świetle prawa

Polski ustawodawca podjął próbę sformułowania wymagań co do warunków, w jakich powinno być przeprowadzone postępowanie mediacyjne.

¹⁸ Np. w swoich badaniach na temat oceny instytucji mediacji przez mediatorów, M. Maciaszczyk wykazała, że jednym z problemów prowadzenia i sukcesu mediacji jest „utrudnianie pracy przez adwokatów i sędziów mało znających się i rozumiejących pracę mediatora” (M. Maciaszczyk, „Mediator” 2003, nr 27, s. 58). Do problemu nawiązuje także E. Wildner, *Postępowanie mediacyjne w polskim procesie karnym — teoria i praktyka*, „Mediator” 2004, nr 30, s. 12: „Z danych statystycznych, które uzyskałem w MS wynika, że sądy kierowały do postępowania mediacyjnego następujące liczby spraw: 2000 r. — 771, 2001 r. — 786, 2002 r. — 1021, 2003 r. (pół roku) — 691. Są to ilości niewielkie. Jeszcze gorzej sytuacja przedstawia się w prokuraturze. Do postępowania mediacyjnego skierowano następujące ilości spraw: 2000 r. — 53, 2001 r. — 40, 2002 r. — 35, 2003 r. (pół roku) — 24”. Problem niechęci środowiska prawniczego pojawia się także w innych państwach, np. w Niemczech karniści twierdzą, że mediacja i zawarte w jej efekcie porozumienie ma w ich mniemaniu charakter cywilny, co wywołuje w nich pewien dyskomfort. Uważają oni także, że mediacja nie pozwala na adekwatne ukaranie sprawcy [analogicznie w prawie polskim mamy do czynienia z dyrektywą „trafnej reakcji” — art. 2 § 1 pkt 1) k.p.k.], twierdzą nadto, że nie ufają mediatorom (por. D. F r e h s e e, *Restitution and offender-victim arrangement in German criminal law: development and theoretical implications*, „Buffalo Criminal Law Review” 1999, vol. 3:235, s. 242 i n.).

W tym zakresie należy przywołać pierwszą wykonawczą podstawę omawianej instytucji — rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 14 sierpnia 1998 r. oraz aktualną podstawę — rozporządzenie z dnia 13 czerwca 2003 r., jak również uregulowania kodeksowe obowiązujące przed nowelą styczniową 2003 r. Warto także zwrócić uwagę na niejednorodność obecnych rozporządzeń dotyczących mediacji w procesie karnym i w postępowaniu w sprawach nieletnich, a w konsekwencji — niejednorodność stawianych wymagań odnośnie warunków przeprowadzania mediacji w tych dwóch postępowaniach.

Aby rozważyć kwestię rozwoju instytucji mediacji, należy przywołać i opisać warunki, w których funkcjonuje od siedmiu lat na podstawie wymienionych wyżej aktów ustawodawczych. Można na nie spojrzeć pod kątem zaproponowanych standardów oraz ich praktycznej przydatności. Interesuje nas zwłaszcza to:

— czy warunki określone w Kodeksie postępowania karnego i rozporządzeniu zostały tak zaprojektowane przez ustawodawcę, aby stworzyć podstawę skutecznego wprowadzania mediacji w system polskiego prawa karnego?

— czy prawnie określonym warunkom odpowiada stan faktyczny, to znaczy na ile rozwiązania zaproponowane przez ustawodawcę okazały się przydatne i ważne dla praktyków?

— czy zaplanowana i realizowana instytucja może efektywnie rozwijać się zgodnie z założeniami i oczekiwaniami (przewidywanymi korzyściami) wszystkich uczestników postępowania?

Kolejno wydane rozporządzenia wskazują, co należało przygotować, aby uskutecznić działanie mediacji. Pierwsze rozporządzenie było aktem o znacznie mniejszym stopniu szczegółowości w tym zakresie, w związku z czym nie ułatwiło wprowadzenia nowej instytucji w życie. Nawet jeśli potraktować pierwotne uregulowanie jako pewnego rodzaju próbę (eksperyment), to warto zastanowić się nad błędami ustawodawcy oraz konsekwencjach tych błędów.

Warunki prowadzenia mediacji (ujęcie porównawcze) przedstawia poniższa tabela.

Porównując te regulacje, nasuwa się wniosek, iż polska regulacja prawna dotycząca mediacji jest niewystarczająca, ma wiele braków w porównaniu ze standardami, i w związku z tym nie wydaje się do końca przemyślana¹⁹.

¹⁹ Podkreśla to m.in. A. Murzynowski, *op. cit.*, s. 10: „Ogólnikowe i niepełne uregulowanie instytucji mediacji w aktualnie obowiązujących przepisach K.p.k. nasuwa uzasadnione uwagi krytyczne”. Podobne uwagi autor wysuwa wobec rozporządzeń. Jak również: D. Wójcik, *Perspektywy rozwoju mediacji*, „Mediator” 2002, nr 23, s. 25.

Rekomendacja Rady Europy dotycząca mediacji w sprawach karnych R (99) 19	Rozporządzenie z dn. 14 VIII 1998 r.	Rozporządzenie z dn. 13 VI 2003 r. w sprawie postępowania mediacyjnego w sprawach karnych	Rozporządzenie z dn. 18 V 2001 r. w sprawie postępowania mediacyjnego w sprawach nieletnich karnych
Reg. 25–30		§ 10–11	§ 11–14, § 16
<p>1. Przygotowanie mediatora: poznanie faktów związanych ze sprawą i dostarczenie mediatorowi niezbędnych dokumentów do prowadzenia mediacji przez organa wymiaru sprawiedliwości.</p> <p>2. Mediacja prowadzona w bezstronny sposób bazuje na faktach sprawy oraz potrzebach i oczekiwaniach stron. Zasada wzajemnego poszanowania*.</p> <p>3. Mediator jest odpowiedzialny za bezpieczne i komfortowe miejsce prowadzenia mediacji. Jest wrażliwy na podatność stron na zranienie.</p>	<p>1. Przygotowanie mediatora: udostępnienie mu informacji z akt w odpowiednim zakresie.</p> <p>2. Sporządzenie przez mediatora sprawozdania z przeprowadzonego postępowania.</p>	<p>1. Przygotowanie mediatora: udostępnienie akt w odpowiednim zakresie.</p> <p>2. Spotkania indywidualne ze stronami oraz poinformowanie o istocie i zasadach postępowania mediacyjnego i uprawnieniach stron.</p> <p>3. Spotkanie mediacyjne z udziałem jedynie dwóch stron: oskarżonego i pokrzywdzonego**.</p> <p>4. Sformułowanie ugody oraz sprawdzanie wykonania wynikających z niej zobowiązań.</p>	<p>1. Zasada dobrowolności — potrzebna jest zgoda wszystkich uczestników.</p> <p>2. Mediacja jest prowadzona w poufny sposób.</p> <p>3. Zagwarantowanie neutralności miejsca mediacji.</p> <p>4. Przygotowanie mediatora: zapoznanie się z informacjami w aktach sprawy.</p> <p>5. Spotkania indywidualne z uczestnikami oraz poinformowanie o istocie i zasadach mediacji oraz roli i uprawnieniach uczestników.</p> <p>6. Spotkanie mediacyjne ze wszystkimi uczestnikami.</p> <p>7. Sformułowanie ugody i sprawdzanie wynikających z niej zobowiązań.</p>

* Martin Wright, prawnik i przywódca ruchu mediacyjnego w Wielkiej Brytanii, niejednokrotnie podkreślał, iż sprawiedliwość naprawcza opiera się na szacunku dla zwykłego ludzkiego odczuwania.

** Tutaj pojawia się pytanie dotyczące praktyki: a co jeśli pokrzywdzony wyrazi potrzebę uczestniczenia w mediacji razem z małżonkiem, albo rodzicem, albo przyjacielem? Tej możliwości ustawodawca nie przewidział.

Rozporządzenie w sprawach karnych, które obowiązywało poprzednio, w ogóle nie określa zasad mediacji i sposobu jej prowadzenia, tak aby był zgodny z założonymi celami. Nie ma także wzmianki o warunkach, w jakich mediacja ma być prowadzona (bezpieczeństwo i komfort). W ten sposób zasady bezpieczeństwa i odpowiedzialności mediatora nie zostały uwzględnione, co mogło wpłynąć na to, jak nowa instytucja była postrzegana i wykonywana. Brak gwarancji w tym zakresie oraz brak zobowiązania mediatora do szczególnej ostrożności i dbałości (komfort miejsca i postępowania) w rzeczywistości przyczyniły się do zaniedbań w następujących sferach:

- przygotowanie lokali odpowiednich do prowadzenia mediacji,
- nadzór nad miejscami mediacji, oraz
- kontrola bezpieczeństwa stron.

Zwolnienie mediatora z tej odpowiedzialności mogło negatywnie oddziaływać na kształtującą się etykę tej funkcji społecznej. W przeciwieństwie do rozporządzenia dotyczącego mediacji w sprawach nieletnich, nowe rozporządzenie w sprawach karnych powtarza braki dawnego uregulowania i nie zawiera żadnych zasad tej instytucji. Tymczasem wspomniany pierwszy akt wykonawczy stanowi o zasadzie bezstronności (§ 6.3), dobrowolności (§ 11) i poufności (§ 12), wypełniając tym samym standardy międzynarodowe. Także i w drugim chronologicznie rozporządzeniu w sprawach karnych brakuje zapisu o odpowiedzialności mediatora za bezpieczeństwo stron i komfort postępowania. Wydaje się, że polskie akty prawne błędnie akcentują odpowiedzialność mediatora w zakresie egzekwowania ugody mediacyjnej, a nie samego procesu dochodzenia do porozumienia — aktualnie sądowym organem wykonawczym i wspomagającym wykonanie postanowień lub wyroków jest kurator. Regulacja prawna dotycząca mediacji w sprawach nieletnich jest dużo bardziej kompletna niż w sprawach karnych, zwłaszcza jeśli chodzi o zasady nowej instytucji. Porządkuje w ten sposób procedurę obowiązującą sądy i czyni ją zrozumiałą; uwypukla specyfikę mediacji oraz fakt, że stanowi ona alternatywę, która nie stoi w sprzeczności do zasad postępowania sądowego. Jednakże i tutaj ustawodawca błędnie przyjął, iż mediator jest osobą kompetentną w zakresie sprawdzania zobowiązań wynikających z ugody. Kontrola zobowiązań ugody rodzi problemy natury prawnej i praktycznej. Uniemożliwia ją przede wszystkim brak określenia jej narzędzi (jak będzie sprawowana) oraz brak bardziej szczegółowych wytycznych. Jak ma na przykład wyglądać kontrola ugody w przypadku, gdy zobowiązania są rozłożone na rok albo na pięć lat?

Na uwagę zasługuje jednak fakt znacznego uszczegółowienia drugiego rozporządzenia w sprawie mediacji w postępowaniu karnym. Należałoby

się zastanowić, dlaczego ustawodawca pominął zasady postępowania mediacyjnego, które mogłyby stanowić standard zagwarantowany częściowo przez państwo, częściowo przez obywateli zrzeszających się w różnych organizacjach. Zasady podyktowane przez ustawodawcę niejednokrotnie stwarzają po stronie państwa pozytywne obowiązki dołożenia wszelkich starań, aby zasady te nadawały się do realizacji. Rezygnacja z zasad prowadzi w konsekwencji do zaniedbań na polu praktycznym, o czym była już mowa wyżej (brak odpowiednich lokali do prowadzenia mediacji, nieracjonalne przyznanie czasu na to postępowanie oraz brak realnych gwarancji zachowania nieobecnych zasad).

W uchwale z dnia 3 czerwca 2004 r. Senat RP zapisał, że „należy zapewnić powszechną dostępność mediacji w sprawach karnych oraz w sprawach o czyny karalne nieletnich na każdym etapie postępowania (...) Wymaga to stworzenia odpowiednich warunków dla prowadzenia mediacji, w szczególności organizowania ośrodków mediacyjnych, wspieranych przez władze centralne i lokalne (...)”. Określenie warunków prowadzenia mediacji, a także zagwarantowanie ich przez państwo bądź przy jego pomocy, jest kluczowe ze względu na jedną z najważniejszych zasad systemu karnego, w tym także tworzonego systemu sprawiedliwości naprawczej — zasadę bezpieczeństwa uczestników postępowania. Bezpieczeństwo jest dobrym zagadnieniem do porównywania dwóch systemów sprawiedliwości. Nils Christie trafnie zauważa konieczność istnienia alternatyw, w tym alternatywy dla sprawiedliwości naprawczej w postaci systemu karnego. Wynika to z tego, że są osoby, które nie chcą się jednać godzić, ponadto niektórzy sprawcy nie śmia spojrzeć ofierze w oczy, by prosić ją o wybaczenie; wpadają w panikę i wolą bezosobową procedurę sądową. Z kolei niektórzy pokrzywdzeni wolą, aby przestępca został ukarany, co może wynikać z różnych względów, także z obawy przed spotkaniem ze sprawcą, z poczucia zagrożenia lub nieufności do mediacji, której „sukcesy” nie są jeszcze nagłaśniane. I nie ma znaczenia, czy uważamy, że sprawca bądź ofiara się mylą. Ich uczucia i potrzeby powinny być szanowane oraz uwzględniane przez stwarzanie alternatyw²⁰. Także Reguła 27 wspomnianej rekomendacji narzuca standard bezpieczeństwa: to mediator jest odpowiedzialny za dostarczenie bezpiecznego i komfortowego miejsca do prowadzenia mediacji. D. Wójcik pisze: „Postępowanie mediacyjne powinno być prowadzone w optymalnych warunkach, w bezpiecznym miejscu. Wymaga więc regulacji sprawa zobowiązania mediatora do

²⁰ N. Christie, *Dogodna ilość przestępstw*, Warszawa 2004, s. 87.

udokumentowania (przy wpisie do wykazu) posiadania takiego miejsca²¹. Jest to podyktowane także ochronną funkcją prawa karnego²², pozytywnym obowiązkiem działania państwa na rzecz obywateli, a także przezornością i oczekiwaniem profesjonalizmu. Jeden nieprzewidziany i niezabezpieczony przypadek narusza zaufanie społeczne do danej instytucji. Jest bez znaczenia przywoływanie hipotetycznych przypadków i niepowodzeń, np. że mediator prowadził sam — bez co-mediatora — mediację w sprawie o pobicie, bez żadnego zabezpieczenia, w późnych godzinach wieczornych, i on, i pokrzywdzony w sprawie padli ofiarą zdenerwowanego sprawcy. Zrozumienie i przyjęcie ogólnej zasady, że najważniejsze jest zagwarantowanie bezpieczeństwa uczestnikom mediacji, ma ogromne znaczenie dla jej funkcjonowania i dalszego rozwoju. Można przywołać tutaj analogię organizatora imprezy masowej, który oprócz zadbania o to, aby uczestnicy dobrze się bawili, musi zapewnić im warunki bezpiecznej zabawy: ochronę, zespół medyczny, drogi ewakuacji.

d) Profesjonalne przygotowanie mediatorów

Przywołanie rozwiązań przyjętych przez Anglię, pokazuje braki polskiego systemu wewnętrznej organizacji mediacji oraz konieczność jego stworzenia. Standardowa pozycja: *Best Practice Guidance for Restorative Practitioners and their Case Supervisors and Line Managers* — to podręcznik dla praktyków i organizatorów pracy restytucyjnej. Podręcznik wyraźnie wskazuje na potrzebę szkoleń, stałego doszkalania, specjalizacji (np. wyróżnia się sprawy skomplikowane i „wrażliwe” ze względu na złożoność lub wagę konfliktu oraz podatność stron na ponowne zranienie). Podręcznik objaśnia strategię i sposoby planowania procesu oraz pracy naprawczej, a także wyszczególnia rodzaje osób zaangażowanych w te prace: mediatorów, *co-mediators*, *supervisors* i „menedżerów”. Podręcznik został wydany przez Office for Criminal Justice Reform za aprobatą i wiedzą wszystkich zainteresowanych problematyką sprawiedliwości naprawczej²³.

Wymóg profesjonalnego i specjalistycznego przygotowania mediatora wynika z kilku względów:

²¹ D. Wójcik, *Nowe przepisy o mediacji*, „Mediator” 2003, nr 27, s. 43.

²² L. Gardocki, *op. cit.*, s. 6.

²³ *Best Practice Guidance for Restorative Practitioners and their Case Supervisors and Line Managers*, wyd. Home Office, 2004.

a) mediacja funkcjonuje w ramach wymiaru sprawiedliwości, którego funkcjonariusze są wyposażeni w kompetencje wspomagające wykonywanie ich funkcji, a cały system teoretycznie posiada społeczną rękojmię fachowości i sprawiedliwego traktowania, oraz prestiż²⁴;

b) mediator, jako prowadzący mediację i czuwający nad jej przebiegiem, staje się z racji wykonywanej funkcji i celu mediacji gwarantem bezpieczeństwa i jej efektywności, co wpływa na wiarygodność instytucji i jej rozwój;

c) mediator, jako fachowa pomoc w rozwiązywaniu konfliktu, powinien posiadać odpowiednią wiedzę, przygotowanie i kompetencje w postaci umiejętności społecznych, pomocnych przy rozwiązywaniu konfliktów.

Mediatorzy są inaczej nazywani zarządzającymi konfliktem. Teoria konfliktu i jego rozwiązywania jest jedną z najobszerniejszych teorii w psychologii społecznej i dlatego wymaga profesjonalnego podejścia. Jak pisze Alicja Krata, w byciu mediatorem — w jego pracy i funkcji — liczy się doświadczenie zawodowe i wiedza. Dopiero one umożliwiają efektywność mediacji, a tym samym osiągnięcie satysfakcji przez strony: „głównym celem pracy z konfliktem powinno być uruchomienie inicjatywy stron, umożliwienie im jak najaktywniejszego uczestnictwa w rozwiązaniu sporu, wskazanie

²⁴ Zasada trafnej reakcji wyrażona jest w polskim prawie m.in. w art. 2 § 1 k.p.k., który żąda, aby sprawca przestępstwa został pociągnięty do odpowiedzialności karnej, a osoba niewinna nie poniosła tej odpowiedzialności. Jeżeli zaś chodzi o rękojmię społecznego zaufania, warto odwołać się do badań opinii publicznej dotyczącej tej kwestii. CBOS zbadał opinie o funkcjonowaniu wymiaru sprawiedliwości i walce z przestępczością oraz ocenę organów porządku i wymiaru sprawiedliwości (badania z dn. 8 VI 1999 r.). Obydwa badania pokazały, że społeczeństwo polskie straciło zaufanie do sądów i prokuratorów. Wyrażało się to w negatywnych opiniach oraz w wyrażonym przekonaniu, że np. sprawcom przestępstw dość łatwo jest uniknąć kary. Badania angielskie koncentrowały się na zagadnieniu, czy wiedza o systemie sprawiedliwości tradycyjnej może wpłynąć na postawy społeczeństwa oraz jaką informacją o wymiarze sprawiedliwości dysponuje opinia publiczna. Uzyskano wyniki pokazujące, że po dostarczeniu uczestnikom badań informacji o przestępczości ich obawa przed wiktyimizacją zmalała. Dostarczenie informacji miało także wpływ na opinie o wyrokowaniu: respondenci byli mniej skłonni myśleć, że wyrokowanie jest zbyt tolerancyjne po otrzymaniu odpowiednich informacji na temat kar i wyrokowania. Stwierdzono także wpływ przekazanej informacji na zaufanie do systemu karnego. Małe zaufanie co do tego, że system sprawiedliwości uświadamia sprawcom ich winę, po przekazaniu odpowiedniej informacji u niektórych osób wzrosło. Ogólnie mówiąc, badania pokazały, że po dostarczeniu pewnej wiedzy o działaniu systemu karnego wielu respondentów zmieniło punkt widzenia na ten temat, a zaufanie co do jego fachowości wzrosło. B. Chapman, C. Mirrlees-Black, C. Brown, *Improving public attitudes to the criminal justice system: The impact of information*, Home Office Research 2002, s. xi.

im drzemających w nich własnych sił do pokonania problemów (...) Ważną kompetencją mediatora jest więc umiejętność stworzenia odpowiedniego klimatu rozmów i pokierowania nimi tak, aby trudności w komunikowaniu się, poczucie frustracji, lęk, złość itp. mogły zostać uświadomione i ujawnione. Takie założenie i odpowiednie podejście do funkcji mediatora nakłada na niego konieczność szkolenia i przygotowania się do pełnionej roli²⁵.

Na uwagę zasługują badania mediatorów, dotyczące oceny mediacji, przeprowadzone przez M. Maciaszczyk. Ankietowani zgodzili się co do potrzeby szkolenia oraz przydatności uzyskanej wiedzy w pracy zawodowej. Uzasadnienie ich odpowiedzi było bardzo racjonalne (w przeciwieństwie do polskiego ustawodawcy). Wskazywali m.in. na potrzebę podnoszenia kwalifikacji i skuteczności prowadzenia mediacji, porządkowania i systematyzowania wiedzy na temat prowadzenia procesu mediacyjnego oraz poznawania i wzbogacania technik mediacyjnych, służących rozwiązywaniu konfliktów interpersonalnych między różnymi grupami osób²⁶.

Jeśli istotnie mediacja ma stanowić jedną z możliwych odpowiedzi na przestępstwo w ramach tradycyjnego wymiaru sprawiedliwości, powinna stawiać takie same warunki profesjonalizmu i fachowości w stosunku do mediatorów, jakie stawia np. sędziom procedura karna. Dlatego specjalistyczne przygotowanie i szkolenie mediatorów wydaje się nieodzowne. Za koniecznością szkolenia przemawia także fakt, że w rozporządzeniu regulującym mediację w sprawach nieletnich ustawodawca narzucił wymóg specjalistycznego treningu dla przyszłych mediatorów i zredagował jego standardy. Tymczasem takiego obowiązku nie ma zapisanego w aktualnym rozporządzeniu dotyczącym mediacji w sprawach karnych, co wydaje się niekonsekwentne i mało zrozumiałe, tym bardziej, że przywołana wcześniej rekomendacja wyraźnie stanowi o wymogu szkolenia. Rekomendacja zaznacza, iż mediacja wymaga specyficznych umiejętności oraz kodeksu postępowania i treningów dla prowadzących, uwiarygodniających wykonywanie przez nich funkcje w odbiorze organów państwa oraz bezpośrednich uczestników sprawiedliwości naprawczej, a także stanowi, iż mediatorzy powinni otrzymać wstępny trening przed podjęciem się prowadzenia mediacji i realizowania jej zadań oraz późniejszej możliwości doszkalania. Trening powinien zmierzać do dostarczenia im wysokiego poziomu kompetencji, przydatnych umiejętności w procesie rozwiązywania konfliktów, specyficznego

²⁵ A. Krata, *Sila mediacji czy sila ludzi?*, „Mediator” 2004, nr 28, s. 52.

²⁶ M. Maciaszczyk, *op. cit.*, s. 57.

przygotowania do pracy z ofiarami i sprawcami przestępstw oraz podstawowej wiedzy o systemie karnym²⁷.

Obecnie mediatorzy wydają się grupą słabo zorganizowaną. Nie do końca wiadomo, czego można od nich wymagać lub oczekiwać: jakie mają kwalifikacje, jakie szkolenie przeszli, co sobą reprezentują i czy dają gwarancję fachowej pomocy stronom w rozwiązaniu konfliktu. Tym samym zarówno przez ustawodawcę, jak i praktyków została pominięta możliwość zdobycia przez mediatorów pewnej tożsamości zawodowej i pogłębienia profesjonalizmu pełnionej funkcji. Możliwość dotarcia mediatorów do kompletnej informacji na temat polskiej sprawiedliwości naprawczej jest w znacznym stopniu ograniczona. Mediatorzy spoza Warszawy, w której ma siedzibę Polskie Centrum Mediacji, mają ogromne trudności z podjęciem samodoskonalenia, z poszukiwaniem wiadomości o technikach mediacji, strategiach i sposobach rozwiązywania konfliktów. W efekcie może się okazać, że kadra mediatorów, planowana jako fachowy i rzetelny zespół specjalistów, nie jest przygotowana do pełnienia swojej funkcji.

Problem statusu i kompetencji mediatora jest podnoszony przez samych mediatorów. Brakuje jednak w Polsce stałej dyskusji na temat jego pozycji i roli w systemie wymiaru sprawiedliwości. Brakuje wymiany informacji i opinii co do przyszłości zawodu mediatora, jego kompetencji i organizacji pracy, a także na temat monitorowania jakości pracy mediatorów i możliwości ich odwołania. Zasady etyczne związane z funkcją mediatora, jak i potrzeba rękojmi (mediatorem może być wyłącznie osoba godna zaufania) upodabniają jego sytuację do sytuacji innych uczestników wymiaru sprawiedliwości (sędziów, prokuratorów, adwokatów). Ich także wiążą zasady etyki zawodu i wymóg posiadania nieskazitelnej opinii. Różnica leży w tym, że naruszenie etyki lub tzw. uchybienie godności wykonywanej funkcji skutkuje weryfikacją postępowania danej osoby. W przypadku mediatorów brak analogicznych uregulowań lub wskazówek co do reakcji na ewentualne niedopełnienie obowiązków, naruszenie etyki swojej funkcji. Istnienie mechanizmu sprawdzania i kontroli jest ważne, ponieważ mediator, podobnie jak i wymienione profesje, należy do zawodów społecznego zaufania. W przypadku mediatorów w sprawach karnych lub dla nieletnich, których działanie jest uregulowane przez prawo, zasada ta jest wzmocniona tym, że nie występują oni prywatnie, ale w ramach systemu publicznego. Pomimo więc, że nie są reprezentantami państwa, swoją funkcję wykonują z upoważnienia prawa, które komponuje proces mediacji w procesie publicznym.

²⁷ Reguła 24 Rekomendacji Rady Europy R (99) 19.

Za wymogiem wprowadzenia obowiązkowego szkolenia wypowiadają się zarówno teoretycy, jak i praktycy mediacji²⁸. Wymóg jest standardem zaproponowanym przez Komisję Europejską w przywoływanej rekomendacji (Reg. 20).

Brak wystarczającej oferty szkoleniowej, jak również brak możliwości stwierdzania lub potwierdzania kompetencji i umiejętności mediatora stanowi jednakże poważny wyłom w systemie sprawiedliwości naprawczej. Wymienione luki wynikają m.in. z małej liczby instytucji mediacyjnych, skupiających mediatorów i stanowiących centrum szkoleniowe. Przykład rozwiązania tego problemu przez Austrię świadczy o tym, że stworzenie sieci organizacji pozarządowych oferujących możliwość przeprowadzenia mediacji między sprawcą a ofiarą obok państwowych ośrodków mediacyjnych, pomimo pojawiającej się różnorodności praktyki i szkoleń, w rezultacie poszerzyłoby ofertę treningów dla mediatorów i ich specjalizacji²⁹. Brak dostępu do wiedzy o mediacji i ograniczone możliwości rozpowszechniania tej wiedzy znacznie zmniejszają szanse na rozwój mediacji w Polsce. Nie chodzi tutaj o to, iż nie ma mediatorów z pasją, lecz że nie są dostatecznie zorganizowani. Przy czym, nie należy przez to rozumieć większej instytucjonalizacji mediacji, obudowania jej w warunki i sformalizowania; istotna jest jasność komunikatu dotyczącego jej standardów oraz faktycznych możliwości jakie stają przed jej uczestnikami w ramach procesu karnego³⁰. Potrzebne jest także zagwarantowanie lepszej dostępności do mediacji i źródeł wiedzy o niej zarówno dla potencjalnych uczestników, jak i samych mediatorów, co wiąże się z możliwością odbywania profesjonalnych szkoleń, a w konsekwencji — z możliwością własnej specjalizacji. Powszechna dostępność mediacji jest priorytetowym zadaniem dla państwa, co podkreślił Senat RP w przywoływanej wcześniej uchwale z dnia 3 czerwca 2004 r.: „Należy zapewnić powszechną dostępność mediacji w sprawach karnych oraz w sprawach o czyny karalne nieletnich na każdym etapie postępowania”.

Każdy zawód musi przejść swoją ewolucję. Aby funkcja stała się wiarygodna i profesjonalna, należy inwestować w jej wykonawców, czyli w mediatorów. Jeśli skutek podjętych działań ma nastąpić w przewidywanym przez nas rozmiarze, dokonana inwestycja powinna być adekwatna i angażująca wszystkich uczestników wymiaru sprawiedliwości.

²⁸ Por. „Mediator” 2004, nr 28, s. 10; 2002, nr 23, s. 27; 2003, nr 25, s. 27.

²⁹ M. Kilchling, *VOM with juvenile offenders In Germany*, s. 25.

³⁰ Określoność prawa karnego oraz jasność przepisów prawa jest formą gwarancji, jaką powinno i może dać społeczeństwu państwo. O funkcji prawa karnego: L. Gardocki, *op. cit.*, s. 7; K. Buchała, A. Zol1, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1997, s. 13.

Porównanie wymaganych kompetencji mediatorów

Rekomendacja Rady Europy dotycząca mediacji w sprawach karnych R (99) 19	Rozporządzenie z dn. 13 VI 2003 r. w sprawie postępowania mediacyjnego w sprawach karnych	Rozporządzenie z dn. 18 V 2001 r. w sprawie postępowania mediacyjnego w sprawach nieletnich
<p>1. Mediatorzy powinni być rekrutowani ze wszystkich sfer społecznych.</p> <p>2. Powinni posiadać dobre zrozumienie lokalnego kontekstu i społeczności.</p> <p>3. Mediator powinien być zdolny do rozsądnych ocen i władać umiejętnościami koniecznymi do prowadzenia mediacji.</p> <p>4. Mediator powinien otrzymać podstawowy trening przed podjęciem obowiązków mediatora, jak również treningi doskonalące. Trening powinien dostarczać im wysokiej klasy kompetencji w zakresie rozwiązywania konfliktów, znajomości specyfiki pracy z ofiarami i sprawcami, podstawowej wiedzy prawnej*.</p>	<p>1. Wymagania formalne: obywatelstwo polskie, pełnia praw cywilnych i obywatelskich, wiek, władanie językiem polskim, niekaralność.</p> <p>2. Mediator powinien posiadać umiejętności likwidowania konfliktów oraz wystarczającą do przeprowadzenia postępowania mediacyjnego wiedzę, w szczególności w zakresie psychologii, pedagogiki, socjologii resocjalizacji lub prawa.</p> <p>3. Mediator daje rękojmię należytego wykonywania obowiązków.</p>	<p>1. Wymagania formalne: wiek, pełnia praw publicznych i cywilnych, władanie językiem polskim w mowie i piśmie.</p> <p>2. Mediator posiada wykształcenie z zakresu psychologii, pedagogiki, socjologii, resocjalizacji lub prawa oraz ma doświadczenie w zakresie wychowywania i resocjalizacji młodzieży.</p> <p>3. Mediator posiada umiejętności rozwiązywania konfliktów międzyludzkich oraz ich nawiązywania.</p> <p>4. Daje rękojmię należytego wykonywania obowiązków.</p> <p>5. Mediator odbył szkolenie według standardów wskazanych w rozporządzeniu.</p>

* Mediator nie musi być prawnikiem, ale konieczność posiadania wiedzy z zakresu prawa podkreśla A. Rękas, wskazując, że mediator powinien poinformować strony o korzyściach prawnych z mediacji, jak również o możliwościach złożenia wniosków w postępowaniu karnym, np. z art. 46 § 1, 46 § 2, 62, 72 § 1 i 2 k.k. („Mediator” 2002, nr 21, s. 59).

Upowszechnienie problematyki mediacji oznacza w równej mierze dbałość o rozwój specjalistycznej kadry, która ma się nią zajmować. Celem działań w tej mierze byłoby dostarczenie informacji niezbędnych do stworzenia przez nich własnego, zgodnego ze standardami warsztatu pracy³¹.

Z powyższego zestawienia wynika, że zarówno standardy, jak i polskie uregulowania wymagają odpowiedniej wiedzy i umiejętności koniecznych do prowadzenia mediacji. Ciekawy jest dobór słów przez polskiego ustawodawcę, zwłaszcza że mediacja jest procesem komunikacji, a mediatorzy teoretycznie są ekspertami od komunikacji. W rozporządzeniu w sprawach karnych mamy sformułowanie „umiejętności likwidowania konfliktów”, a w rozporządzeniu w sprawach nieletnich „umiejętności rozwiązywania konfliktów i ich nawiązywania”. Dla autorów rozdziału nie jest zrozumiała niekonsekwencja ustawodawcy w użyciu tak odmiennych słów, a co za tym idzie — ich znaczeń.

Ponadto, w porównaniu z europejskimi standardami, brakuje najważniejszych kwestii dotyczących kompetencji i przygotowania mediatorów do pełnienia swojej funkcji. Nie ma uregulowanego:

— wymogu treningu podstawowego dla osób mających pełnić funkcję mediatora;

— obowiązku treningów doszkalających, zwłaszcza ze względu na różne rodzaje spraw trafiające do mediacji (np. sprawy dotyczące przestępstw z użyciem przemocy bądź bez jej użycia);

— obowiązku doskonalenia wiedzy i umiejętności mediatora, np. w zależności od zmieniającego się prawa i wynikających stąd innych uprawnień stron w procesie karnym.

Jeśli chodzi o „rękojmię należytego wykonywania obowiązków”, jaką ma dawać przyszły mediator, wymóg ten należy rozpatrywać razem z § 6.1 rozporządzenia w sprawach karnych, który stanowi, że w razie nienależytego wykonywania obowiązków związanych z postępowaniem mediacyjnym,

³¹ W porównaniu z ofertą wydawniczą dla prawników, oferta podręczników, poradników i opracowań dla polskich mediatorów jest niewielka. Nie negując ważności czysto ludzkiego aspektu mediacji, np. uwolnienia emocji i satysfakcji, jaką daje sama rozmowa, należy uwzględnić także aspekt materialny, brany pod uwagę głównie przez ekonomistów, statystyków, ewaluatorów. Przekonuje ich wiarygodna inwestycja i policzalne zaangażowanie w pracę, czyli wydawnictwa, szkolenia, możliwości doskonalenia zawodowego i konkurencja w tym zakresie, specjalizacja i profesjonalizm, współpraca z innymi podmiotami życia społecznego. Poza argumentami odwołującymi się do naszych uczuć i wartości wyższych, zwracamy także uwagę na dane, informacje, statystyki, liczby, przykłady.

prezes sądu może skreślić osobę z wykazu mediatorów, oraz — analogicznie — razem z § 7.3 pkt 5 rozporządzenia w sprawach nieletnich: „w razie nienależytego wykonywania obowiązków związanych z prowadzeniem postępowania mediacyjnego, prezes sądu okręgowego skreśla z wykazu mediatorów, wpisaną osobę”. Ponieważ jednak brak jest nadzoru lub monitoringu pracy mediatorów, tak naprawdę nie wiadomo, kiedy zachodzi sytuacja nienależytego wykonywania obowiązków. O wiele większą wartość mają przemyślane standardy, które wymagają od mediatora odpowiedniego i konkretnego przygotowania. Na uwagę zasługuje także fakt, iż standardy nie określają wymagań formalnych, a podkreślają zrozumienie lokalnego kontekstu i lokalnej społeczności. Taki postulat wydaje się o wiele bardziej celowy, ponieważ od znajomości środowiska i warunków, w których rozwiązuje się konflikt, zależy efektywność pracy.

e) Nadzór i monitorowanie postępowania mediacyjnego

Na wstępie należy zaznaczyć, że jest to kwestia w całości pominięta przez polskiego ustawodawcę, pomimo zalecenia w rekomendacji Rady Europy, iż mediacje powinny być monitorowane przez kompetentne organy³².

Obecnie nie istnieje nadzór (superwizja) nad:

- prowadzącymi mediację,
- przebiegiem postępowań,
- wykonaniem postanowień ugody.

Nie jest zamiarem autorów rozstrzygnąć o stopniu szczegółowości takich uregulowań (kto nadzoruje lub monitoruje, w jakiej formie i jakie mają być tego rezultaty). Jednakże brak uregulowań tej kwestii sprawia, że polski system mediacji wydaje się niespójny, słabo zorganizowany i nie do końca wiadomo, na ile kompetentny. Istnienie tych luk stawia go w niekorzystnym świetle w stosunku do tradycyjnego wymiaru sprawiedliwości. Braki w zakresie monitorowania i sprawdzania, jak działa postępowanie mediacyjne, mogą powodować w społeczeństwie — w tym wśród: sędziów, prokuratorów i policjantów — niepewność i wątpliwości. Konsekwentnie, może to powodować zmniejszanie się zaufania społecznego do nowej instytucji, cofanie przyzwolenia, a następnie — ograniczenie efektywności działania mediacji. Analogicznie działa np. nieprawidłowy dobór spraw do mediacji, który może zaowocować ich bezskutecznym zwrotem do organu kierującego, a jednocześnie nadwerężyć wiarygodność całej instytucji i osłabić jej zasadność.

³² Reguła 21 Rekomendacji Rady Europy R (99) 19.

Konkludując warto przytoczyć Regułę 19 przywoływanej rekomendacji: „Serwis mediacyjny powinien być monitorowany przez kompetentne ciało”. Zastosowanie tej rekomendacji oznaczałoby stworzenie systemu monitorowania, niekoniecznie zaś powoływanie dodatkowego ciała. Jest to ważne z kilku powodów, między innymi dlatego, że część osób odbiera mediację jako formę prywatyzacji wymiaru sprawiedliwości³³. Kwestia sektora prywatnego w działaniach dla dobra publicznego rodzi wiele problemów (między innymi stąd wynika opór przeciw koncepcji prywatnych więzień, które nastawione są na zysk właściciela, a nie rzeczywiste cele wymiaru sprawiedliwości). Stworzenie standardów mediacji (jej definicji, zasad, warunków prowadzenia) oraz istnienie monitoringu prowadzonego przez instytucję neutralną, zabezpieczałoby funkcjonowanie mediacji w sektorze prywatnym od strony jakościowej. Jednocześnie wzmacniałoby znaczenie jakości prowadzenia mediacji, przygotowania mediatorów, bezpieczeństwa stron i pozytywnych rezultatów tej formy rozwiązywania konfliktów. E. Gmurzyńska wskazuje, że w USA to sądy biorą na siebie odpowiedzialność za szkolenia mediatorów, ażeby zapewnić programom mediacyjnym większą wiarygodność. Jeżeli to sąd przed rozprawą zarządzi mediację, domniemywa się obowiązek sądu zapewnienia kompetentnych mediatorów. Usługi pełnione przez mediatorów w wymiarze sprawiedliwości są uwiarygodnione posiadaniem certyfikatem (zgodnie ze szkoleniem organizowanym przez sądy). Oznacza to, że jeśli sektor prywatny chce „produkować” wiarygodnych mediatorów, powinien umożliwić im posiadanie certyfikatu.

f) Brak standardów lub polskich odpowiedników istniejących standardów europejskich

Standaryzacja, czyli pewien wzorzec postępowania z konkretnymi sprawami w zakresie sprawiedliwości naprawczej, powinna obejmować szereg zagadnień, począwszy od doboru (kwalifikowania) spraw, poprzez realizację procesu naprawczego w określonych warunkach i na zasadach określonych przez strony konfliktu, a skończywszy na ujednoczeniu stanowiska wszystkich uczestników sprawiedliwości naprawczej (tak więc również kierujących na mediację organów) odnośnie zawartej przez strony ugody.

Warto zaznaczyć, że powinny to być zasady i standardy sprzyjające zachowaniu istoty mediacji, bez potrzeby formalizowania samego jej przebiegu.

³³ E. Gmurzyńska, *Uwagi na temat niektórych aspektów mediacji na przykładzie mediacji w Stanach Zjednoczonych*, źródło internetowe.

Standaryzacja nie może więc być rozumiana jako element zamykający i „usztyniający” mediację, który upodabnia ją do proceduralnej części systemu sprawiedliwości. Stworzenie bazy wytycznych daje gwarancję podtrzymania jej istoty, której charakter buduje się na sile społecznej, a nie państwowej lub prawnej. Zadaniem państwa jest przede wszystkim stworzenie bezpiecznych i uniwersalnych warunków przeprowadzania postępowań mediacyjnych, na co najpierw składa się uzgodnienie standardów. Zadaniem państwa i prawa jest wychodzenie naprzeciw rzeczywistym potrzebom społecznym w zakresie dostępu do sprawiedliwości³⁴. Oznacza to, że w tej kwestii państwo nie powinno promować siebie i własnych rozwiązań, ale wysłuchać opinii społecznej oraz nawiązać dialog ze społeczeństwem, przy czym warto zaznaczyć, że państwo nie może tutaj być rozumiane jako najwyższe władze, ale jako władze lokalne, bezpośrednio odpowiedzialne za bezpieczeństwo i możliwości rozwiązywania konfliktów lokalnej społeczności.

Odnośnie polemiki na temat doboru spraw do mediacji, należy zauważyć, że ograniczenia lub wykluczenia stosowania tej instytucji nie wypływają jedynie z krytycznego do niej nastawienia, lecz są wbudowane w kulturowy system społeczeństwa, jego wartości, jak również społeczne lub sytuacyjne kryteria oceny. Wynikają też z przezorności, uwarunkowanej charakterem procesu karnego oraz w gwarancyjnej funkcji prawa karnego. Ustawodawca decyduje się na dopuszczenie alternatywy mediacji w pewnych sprawach, gdy choćby teoretycznie może zagwarantować stronom bezpieczeństwo udziału. W innych sprawach, które podlegają wykluczeniu (np. przestępczość zorganizowana), ustawodawca przewiduje, że nawet na etapie założeń nie może zapewnić odpowiednich warunków lub zagwarantować realizację zasad mediacji. Z takimi sprawami wiąże się większe ryzyko niepowodzenia, większe zagrożenie dla pokrzywdzonego, do czego państwo nie powinno dopuścić na pierwszym etapie — stanowienia prawa i planowania instytucji.

Rozwój instytucji, jak zarysowano powyżej, obejmuje znacznie szerszy kontekst i jest wyznaczony przez system powiązań i zależności. Ponad to, co jest niezbędne dla rozwoju każdej nowej instytucji, niezbędne są określone

³⁴ Rozwiązania systemowe sprawiedliwości naprawczej w innych państwach wyraźnie wskazują na to, że potrzeby społeczne w zakresie dostępu do sprawiedliwości oraz odpowiedzi na przestępstwo lub antyspołeczne zachowanie są kryterium decydującym dla wyznaczenia zadań i realizacji działań państwa. Por.: J. Shapland, A. Atkinson i in., *Implementing restorative justice schemes (crime reduction programme)*, „Home Office Report” 32/04; *Restorative Justice: the Government’s Strategy — Responses to the consultation document 2004*; *Confident Communities In a Secure Britain*, „The Home Office Strategic Plan 2004–08”, 2004.

standardy, czyli wzorce, do których się można odwołać i które stanowią pewnego rodzaju wytyczne dla stosujących daną nowość. Drugim elementem koniecznym do wprowadzenia i rozwoju instytucji jest zapewnienie powszechnego do niej dostępu, jak i upowszechnienie informacji o jej celach, wartościach i korzyściach. Powszechność stawia jednocześnie wymóg standaryzacji tego, co jest nowo stosowane.

Jedynym istniejącym obecnie w Polsce centrum, które szkoli mediatorów, wydaje kwartalnik (który stanowi forum artykułów na temat mediacji) i które opracowało Kodeks Etyki Mediatora, jest Polskie Centrum Mediacji (dalej: PCM), działające w Warszawie. Oprócz PCM nie ma właściwie innego ośrodka, który by zrzeszał mediatorów, stanowił punkt informacyjny, rozpowszechniał ideę sprawiedliwości naprawczej, określał standardy jej funkcjonowania w Polsce i specjalizował się z zakresie mediacji. Tymczasem gwarancję rozwoju każdej instytucji stanowi jej popularyzacja, dostępność oraz znajomość reguł funkcjonowania. Każdy z tych warunków można spełnić przez stworzenie łatwo dostępnego źródła informacji o mediacji, w postaci broszur, ulotek, strony internetowej, a także docierając do społeczeństwa dzięki mediom. Nie do końca wiadomo, dlaczego te sfery zostały zaniedbane, ponieważ nie sposób zwyczajnie stwierdzić, że zabrakło zaangażowania po stronie samych mediatorów. Można jednak domniemywać, że jest ich za mało lub nie są wewnętrznie zorganizowani tak, aby jakaś ich grupa zajęła się popularyzowaniem informacji i wiedzy o mediacji. Takie działania wymagają opracowania strategii. Tymczasem brak efektów na polu upowszechniania idei sprawiedliwości naprawczej świadczą, że działania informacyjne i promujące nie do końca zostały zaplanowane albo przewidziano je, lecz nie zrealizowano w stopniu wystarczającym (np. zaplecze kadrowe mediatorów nie zostało należycie przygotowane). Wykorzystane dotychczas sposoby mogły okazać się także nieskuteczne, lecz nie wywołało to znaczącej zmiany, ponieważ prowadzone od kilku lat badania pokazują jak znikoma jest wciąż wiedza o mediacji i sprawiedliwości naprawczej w społeczeństwie. Nie zostały jeszcze wykonane w tym zakresie stosowne badania ogólnopolskie. Nasuwa się jednak pytanie, czy badanie takie miałyby sens, wobec faktu, że idea sprawiedliwości naprawczej jest ideą nową, nienagłaśnianą w mediach, i społeczeństwo niejako „ma prawo” nie wiedzieć, z czym kojarzyć zagadkowe pojęcie sprawiedliwości naprawczej.

Podsumowując, należy stwierdzić, że standardy są istotne i mają fundamentalne znaczenie dla rozwoju mediacji, ponieważ, po pierwsze: wytyczają kierunek rozwoju nowej instytucji; po drugie: są zapisem, który można zmieniać i ulepszać, w tym sensie, aby odpowiadał wykonywanej praktyce

i z nią ewoluował (chodzi o weryfikację i aktualizację teorii i rozwiązań praktycznych). Prawo nie tylko jest projekcją stanu idealnego, ale odzwierciedla ludzkie działania. Ponadto model standardów mediacji mógłby spełniać trzy funkcje. Mógłby służyć jako:

- przewodnik dla mediatorów,
- pomoc w przekazywaniu informacji o sprawiedliwości naprawczej stronom konfliktu oraz innym uczestnikom wymiaru sprawiedliwości,
- narzędzie promocji tej sprawiedliwości jako sposobu rozwiązywania konfliktów³⁵.

Ujednolicony model mediacji spełniałby rolę edukacyjną i dostarczałby samodzielnym mediatorom (których istnienie jest możliwe zgodnie z rozporządzeniem o mediacji w sprawach karnych), jak również organizacjom i instytucjom zajmującym się mediacją i rozwiązywaniem konfliktów, realnego oparcia.

Warto zauważyć także, że różnorodne ujęcie mediacji wyrażające się w przyjęciu różnych jej modeli w poszczególnych państwach, może świadczyć o trudności nie tyle myślenia o sprawiedliwości naprawczej i sytuacji pokrzywdzonego w postępowaniu karnym, ale o trudności w rozstrzygnięciu, który z modeli jest n a j w ł a ś c i w s z y i jaki wobec tego należy stworzyć standard. Niejednomyślność co do organizowania mediacji i co do jej zasad może także świadczyć o tym, że mediacja, jak każda instytucja społeczna, przybiera różne formy, z których żadna nie jest lepsza ani gorsza. Jakkolwiek zasady mediacji są uniwersalne, sposób organizacji i prowadzenia powinien już być dostosowany do konkretnych warunków kraju i specyfiki krajowego systemu prawa karnego. Na przykład w Niemczech istnieją uniwersalne wytyczne promowane przez rząd, ale zostawiona też jest pewna „swoboda” decydowania władzom lokalnym. Czasami prokuratur danego rejonu posiada dodatkowe, wewnętrzne wytyczne, aby osiągnąć spójność systemów na stopniu lokalnym³⁶.

Inny wymiar dostosowania, to na przykład rodzaj spraw kierowanych na drogę sprawiedliwości naprawczej. O polskiej specyfice mediacji świadczy między innymi powodzenie rozwiązywania tą drogą konfliktów związanych z przestępstwem znęcania się psychicznie i fizycznie nad rodziną (art. 207

³⁵ Po raz kolejny warto odwołać się do przykładu Anglii i powtórzyć, że w ramach reformy systemu karnego, która miała na celu wprowadzenie sprawiedliwości naprawczej, stworzono odpowiednie standardy, napisano podręcznik, powołano zespół ekspertów weryfikujących wiedzę na temat sprawiedliwości naprawczej. *Restorative Justice...*, *op. cit.*

³⁶ M. Kilchling, *op. cit.*, s. 9.

§ 1 k.k.). Wyznacza to nowe perspektywy rozwoju sprawiedliwości naprawczej, które mają uwzględniać charakterystykę prawa, społeczeństwa danego państwa, a nawet społeczności lokalnej. Takie słowa, jak: przebaczenie, ugoda, zadośćuczynienie, nie wszędzie znaczą to samo. Także standardy zapisane w prawie nie rozstrzygają szczegółowego ich znaczenia. Zakres stosowania mediacji zależy bowiem od przyzwolenia konkretnego społeczeństwa i jego prawa.

Pytanie, czy społeczeństwo jest w stanie dopuścić możliwość porozumienia w przypadku konfliktów opisanych jako przestępstwa, jest częścią publicznej debaty i nie powinno z niej znikać, ponieważ, jak pisze Nils Christie: „Nie jest jednak sprzeczne z kodeksem etycznym to, że niektórzy, chociaż nie wszyscy, otrzymają przebaczenie (...) Nasza etyka wymaga szerszej perspektywy. Jeśli ma dojść do kary, to kara ta musi odzwierciedlać ogół naszych wartości”³⁷.

3) Ugoda

Na wstępie należy zauważyć, iż sukces i rozwój mediacji zależy od realności postanowień ugody mediacyjnej (które ocenia mediator oraz sąd w momencie wymierzania kary, gdy ma obowiązek wziąć pod uwagę wyniki mediacji) i od faktycznego zrealizowania zobowiązania jednej ze stron bądź obydwu. Po pierwsze: należy zaznaczyć, że w redakcji poprzedniego art. 320 k.p.k., regulującego kwestię mediacji w postępowaniu przygotowawczym, było określenie *b i e r z e p o d u w a g ę*, co nakładało na sąd także obowiązek w każdym wypadku mediacji. Ogólny art. 23a k.p.k. nie przywołuje tego sformułowania, jedynie art. 341 § 4 k.p.k. nakłada taką dyspozycję na sąd przy orzekaniu o warunkowym umorzeniu postępowania. Po drugie: nie jest określone, także przez sądy orzekające, co oznacza sformułowanie *b r a ć p o d u w a g ę*. Kwestia ta jest pozostawiana swobodnej interpretacji, co być może odpowiada zasadzie niezawisłości sędziowskiej, ale nie do końca musi być zgodne z uwzględnieniem interesów stron postępowania, a zwłaszcza *prawnie chronionym interesom pokrzywdzonego* (art. 2 § 1 pkt 3 k.p.k.), któremu mediacja ma służyć. Nie chodzi także o to, aby rozstrzygnąć tę kwestię i ograniczyć skutki mediacji do konkretnej reakcji sędziego lub innego organu państwa. Dużo ważniejsze jest podjęcie tego tematu w dyskusji i stworzenia w ten sposób perspektyw rozwoju mediacji.

³⁷ N. Christie, *op. cit.*, s. 87, 91.

Otwarta debata nad problemem nie ogranicza go do interesów jednej grupy. Sformułowanie to jest obecne w generalnej dyrektywie wymiaru kary z art. 53 § 3 k.k.: „Wymierzając karę sąd bierze także pod uwagę pozytywne wyniki przeprowadzonej mediacji pomiędzy pokrzywdzonym a sprawcą albo ugodę pomiędzy nimi osiągniętą w postępowaniu przed sądem lub prokuratorem”. Nie jest jednak sprecyzowane, co rozumiemy pod pojęciem *pozytywnych wyników mediacji* (np. czy jest to zawarcie ugody, czy zobowiązanie się sprawcy do świadczenia na rzecz pokrzywdzonego?). Uzgodnienia między stronami są domeną postępowania mediacyjnego, lecz dla większej wartości mediacji warto wytyczyć pewne ramy i wskazówki, co sąd bierze pod uwagę i do czego się przychyła, a do czego nie. Kwestia realizacji zobowiązania przez stronę porusza problem kontroli wykonania postanowień ugody i możliwość ich ewentualnej egzekucji³⁸. Chociaż od tego zależy wewnętrzny wizerunek mediacji, jak i jej odbiór na zewnątrz, ustawodawca nie pokwapił się, aby uregulować tę sprawę.

Po zapoznaniu się z prawną regulacją mediacji (w tym dotyczącą jej wyników) i postępowania mediacyjnego, okazuje się, że:

— *prawne skutki mediacji* nie są jasno określone — strony wchodzi w „coś” co odznacza się pewnym stopniem niepewności i nad czym strony, wbrew założeniom mediacji nie do końca mają kontrolę. Wydaje się, że stwierdzenie, iż sąd bierze pod uwagę wyniki mediacji nie jest wystarczające. Nie precyzuje się kwestii możliwych decyzji sądowych w sprawie, ani kierunku interpretacji przez sąd wyników postępowania, zarówno negatywnych, jak i pozytywnych, czyli porozumienia stron. Problem interpretacji niepowodzeń mediacji pojawia się także w Niemczech. Autor zauważa, że zgodnie z konstytucją nikt nie może być zobligowany do obwiniania siebie. Ale jeśli mediacja się nie powiedzie, dobrowolne uczestnictwo sprawcy może sugerować, w kontekście dalszego postępowania karnego,

³⁸ Postępowanie egzekucyjne unormowane jest w Kodeksie karnym wykonawczym w części ogólnej (art. 25–31). Natomiast egzekucja nałożonych przez sąd środków karnych, w tym także naprawienia szkody lub nawiązki na rzecz pokrzywdzonego, są zawarte w art. 196 k.k.w. Przepisy stanowią, że w wyżej wymienionych kwestiach stosuje się odpowiednio Kodeks postępowania cywilnego, więc pomimo prawa karnego ustawodawca dopuszcza możliwość posługiwania się prawem cywilnym.

Jak pokazują badania M. Maciaszczyk, brak środków kontroli i możliwości wykonania ugody przez sprawców, jak również fakt, że ten etap postępowania praktycznie nie zależy od mediatora, są podstawowymi problemami dla mediatora, którym sam nie jest w stanie zaradzić. Polski ustawodawca stwierdza jedynie, że kontrola realizacji ugody należy do mediatora. M. Maciaszczyk, *op. cit.*, s. 59.

że oskarżony jest winny. Co więcej, sędzia może nie skierować sprawy do mediacji, jako środka dywersji, dopóki sprawca się nie przyzna³⁹. Ustalenie kierunków tej interpretacji nie ograniczyłoby zasady niezawisłości sędziowskiej. Mediacja jest ujęta systemowo — ma swoje określone miejsce w systemie procesu i prawa karnego — wobec czego, z założenia nie stosuje się jej pochopnie i bez przemyślenia organu zlecającego, bądź sprzecznie, naruszając spójności całego procesu. Wypracowany kierunek interpretacji uzupełniłby instytucję mediacji (w kontekście prawa karnego) o tak potrzebną kwestię jak informacja stron co do realnych, ewentualnych skutków mediacji.

— nie jest także rozstrzygnięte czym jest ugoda, czyli jaki jest jej charakter prawny. Jest to kwestia wzbudzająca wątpliwość, mimo że ma decydujące znaczenie dla stron, podpisujących się pod ugoda, zobowiązujących się do określonych zachowań lub świadczeń i przyjmujących te zobowiązania⁴⁰.

W związku z tym, że nie do końca wiadomo, jaki charakter prawny ma ugoda mediacyjna, wątpliwą kwestią jest także możliwość jej egzekwowania (przez kogo, w jakiej procedurze). Wątpliwość ta wyjątkowo znajduje odzwierciedlenie w prawie: rozporządzenie lakonicznie stwierdza, że mediator sprawdza wykonanie ugody. W związku z powyższym nie wiadomo (a taka wiedza jest niezbędna przede wszystkim dla osoby pokrzywdzonej, która powinna mieć sprawne narzędzie do uzyskania zadośćuczynienia bądź rekompensaty), czy pokrzywdzonemu, w przypadku gdy druga strona nie wywiązała się ze zobowiązania, przysługuje powództwo cywilne, np. o zasądzenie świadczenia? Czy też pokrzywdzony powinien zwrócić się do sądu karnego, który rozpatrywał jego sprawę, aby uzyskać spełnienie zobowiązania? Jest to możliwe np. w wypadku orzeczenia przez sąd warunkowego umorzenia postępowania. Ale już nie umorzenia postępowania na podstawie np. znikomej szkodliwości społecznej czynu. Niewiadomy status prawny ugody mediacyjnej wzdusza także zasadą zaufania oraz przywołuje ryzyko wtórnej wiktyimizacji. Można i na tą kwestię spojrzeć z mniej prawniczego i formalnego punktu widzenia. Tak naprawdę wartość i wiarygodność ugody opiera się na postawach i odpowiedzialności stron. Ugoda jest wykonalna ponieważ dwoje dojrzałych i odpowiedzialnych ludzi porozumiało się w tej

³⁹ D. Frehsee, *op. cit.*, s. 254.

⁴⁰ Rozporządzenie z dn. 14 VIII 1998 r. o mediacji w sprawach karnych, § 8.4 ustala iż: „Ugoda zawarta między oskarżonym lub podejrzanym a pokrzywdzonym, z podaniem rodzaju zobowiązań i terminu ich realizacji, podpisywana przez strony i mediatora, stanowi załącznik do sprawozdania z postępowania mediacyjnego”.

kwestii. Można by więc tę sprawę pozostawić tak jak jest, bez odpowiedniego zapisu prawnego. Jednakże zapis prawny ma znaczenie wtórne i gwarancyjne — wchodzi w grę dopiero wtedy, gdy jedna ze stron nie wywiąże się ze zobowiązania. Dopiero wówczas jest przecież podstawa, by dochodzić umówione świadczenie⁴¹. Gwarancja prawna po pierwsze, wcale nie osłabiałaby wiarygodności stwarzanej przez same strony, po drugie pozwoliłaby zaklasyfikować ugodę jako już istniejącą formę prawną, np. umowy cywilnej nienazwanej⁴². Ugoda byłaby czymś określonym w systemie prawnym — podlegałaby odpowiedniej normie oraz wypracowanej praktyce postępowania w razie naruszenia normy. Prawo karne pełni funkcję gwarancyjną. Im więcej jest w nim niejasności i dowolności, tym mniej może tę funkcję realizować. Istotnie, pojęcia i instytucje prawa cywilnego nie do końca są adekwatne do postępowania karnego. Jednakże w określonych wypadkach prawo karne się nimi posługuje, co daje wyraz zasadzie spójności, kompatybilności systemu prawnego.

Prawo cywilne przewiduje ugodę sądową i reguluje dość szczegółowo jej charakter oraz skutki. Ostatnio powstałe przepisy o mediacji w prawie cywilnym także dość precyzyjnie regulują tę kwestię. W prawie karnym wciąż brakuje odpowiednich zapisów albo chociażby wskazania, do których przepisów można by się odwołać w tej kwestii. Jest to wyrazem niedopatrzenia, jak również nieco lekceważącej postawy wobec stron, a zwłaszcza pokrzywdzonego, którego potrzeby i interesy nie są należycie zabezpieczone. Brak regulacji w tym kierunku stwarza większe ryzyko, że mediacja będzie nieefektywna. Oznacza to także, że ustawodawca zapomniał o tym, iż mediacja służy przede wszystkim stronom, w tym głównie pokrzywdzonemu, który dzięki niej zyskuje szybszą i bardziej realną możliwość zadośćuczynienia lub odszkodowania. W przypadku braku gwarancji prawnych mediacja może w większym stopniu narażać osobę pokrzywdzoną na dodatkową dolegliwość, bezowocność jej starań, a nawet na wtórną wiktyimizację.

⁴¹ Jeśli przyjąć, że uгода i zawarte w niej zobowiązania dotyczą sfery prawa cywilnego, sąd może zasądzić egzekucję dopiero wówczas, gdy świadczenie staje się wymagalne, a więc np. upłynął termin, do którego miało być wykonane.

⁴² A. Rękas, *Mediacja w polskim prawie karnym*, Warszawa 2004, s. 14. Z cywilnym charakterem ugody mediacyjnej nie zgadza się sędzia Agnieszka Rękas: „Należy pamiętać, że uгода zawarta między stronami w postępowaniu mediacyjnym nie ma charakteru cywilnoprawnego, a więc nie rodzi skutków cywilnoprawnych. Dlatego nie może stać się tytułem egzekucyjnym. W praktyce oznacza to konieczność powtórzenia w treści orzeczenia sądu kończącego postępowanie, warunków ustalonych w toku mediacji (na podstawie art. 67 § 3 k.k. czy art. 72 k.k.)”.

Fakt wykonania zobowiązań stawia także pytanie o koniec mediacji. Czy mediacja zakończy się w momencie:

- rzeczywistego zaspokojenia roszczeń zawartych w ugodzie,
- spisania w ugodzie powyższych kwestii i nadesłania do sądu sprawozdania o pozytywnych wynikach mediacji?

Moment ustalenia zakończenia mediacji jest ważny przede wszystkim z punktu widzenia osoby pokrzywdzonej, dla której ta instytucja została powołana. Jednocześnie wskazanie momentu końca mediacji oraz osoby odpowiedzialnej za kontrolę wykonania postanowień ugody (w części odpowiedzialne są strony ugody mediacyjnej) przyczyniłoby się do uwiarygodnienia korzyści związanych z mediacją oraz zwiększyłyby jej efektywność wobec osoby pokrzywdzonego. Skuteczność ta nie odnosiłaby się tylko do samej instytucji, ale byłaby kryterium stosowanym przez strony postępowania. System karny także posługuje się kryterium skuteczności przy ocenie realizacji swoich działań. Bierze jednak pod uwagę realizację swoich „interesów” z pominięciem interesów innych podmiotów postępowania (przygotowawczego lub sądowego); z pominięciem elementu społecznego — więzi budowanych na wzajemnych zobowiązaniach, i psychologicznego — przywrócenia godności osobie pokrzywdzonej. Tutaj chodzi mi o taką skuteczność, której pozytywne skutki odczuwają przede wszystkim strony postępowania mediacyjnego.

Mediacja, jak i sprawiedliwość naprawcza wzbudzają wiele kontrowersji i teoretycznych wątpliwości, ponieważ bezpośrednio odwołują się do interesów stron (interesów prywatnych), a prawo karne jest częścią prawa publicznego i chroni interes publiczny⁴³.

4) Zasady mediacji

W tej części rozważań warto zastanowić się, jak aktualne prawo sprzyja zachowaniu istoty mediacji gwarantując i ułatwiając stosowanie jej podstawowych zasad.

a) Zasada neutralności

Jest to trudna do zdefiniowana zasada, ponieważ konkretny kształt przyjmuje dopiero podczas prowadzenia mediacji. Neutralność jest jednym z niezbędnych założeń mediacji, ale co oznacza w praktyce? Mediatorzy

⁴³ Podobnie D. F r e h s e e, *op. cit.*, s. 245–247.

czynnie prowadzący mediację wypowiadają się jak trudno im w konkretnej sytuacji pozostać neutralnym, to znaczy np. powstrzymać się od ingerencji polegającej na złożeniu własnej propozycji rozwiązania problemu, a nawet narzucenia jej⁴⁴. Taka sposobność pojawia się zupełnie naturalnie, ponieważ mediator obserwuje i kontroluje przebieg mediacji. W związku z tym, czasami dla realizacji założonego celu zachowanie mediatora może być odebrane jako arbitralne. Nie wszystkie zasady mogą być uregulowane przez prawo, ale aktualnie, o czym wielokrotnie była mowa, rozwój mediacji jest zahamowany przez brak wyraźnego jej modelu i standardów. Neutralność wiąże się także z umiejętnościami prowadzącego i jego wiedzą. Niedostateczny profesjonalizm w zakresie pomocy w rozwiązywaniu konfliktów, co może wynikać z braku szkoleń doskonalących, wpływa bezpośrednio na zachowanie tej zasady. Warto także wskazać, że zachowanie neutralności przez mediatora daje większą gwarancję stronom na wypełnienie zawartego przez nie układu. Nie został on bowiem narzucony przez prowadzącego, ale jego pomysłodawcami były strony. To uczestnicy mediacji świadomie rozpoznali granice ustępstw i zgodzili się na określony kompromis.

b) Zasada poufności

Mediacje w sprawach karnych są osadzone w systemie wymiaru sprawiedliwości, w którym główny akcent jest położony na prezentowaniu dowodów świadczących o winie bądź niewinności, a w rezultacie — na orzeczeniu co do winy bądź niewinności⁴⁵. Na taki cel skierowane są dążenia organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości, a także stron procesu. Ponieważ sprawiedliwość naprawcza osadzona jest w ramach prawnych systemu karnego, oskarżony także podczas mediacji nie wychodzi ze swojej roli „oskarżonego” (z perspektywy organów państwa) i zasadnie może obawiać się tego, że sąd albo prokurator posłuży się mediacją w celu ustalenia jego winy i pociągnięcia go do odpowiedzialności karnej. Tymczasem warunkiem mediacji, weryfikowanym przez mediatora, jest przyznanie przez sprawcę,

⁴⁴ M. Rosenberg, *Porozumienie bez przemocy. O języku serca*, Warszawa 2003, s. 25: „Większości z nas trudno jest czynić spostrzeżenia na temat innych ludzi i ich zachowań w sposób wolny od wszelkiego osądu, krytyki czy analizy”. A. Krata pisze, iż przestrzeganie zasady neutralności jest obowiązkiem mediatora: „Mediator nie osądza, nie podejmuje decyzji za swoich klientów, nie utożsamia się z żadną ze stron”. A. Krata, *op. cit.*, s. 52.

⁴⁵ Art. 2 § 1 pkt 1 k.p.k.: „Przepisy niniejszego kodeksu mają na celu takie ukształtowanie postępowania karnego, aby sprawca przestępstwa został wykryty i pociągnięty do odpowiedzialności karnej, a osoba niewinna nie poniosła tej odpowiedzialności”.

że fakt, opisany w akcie oskarżenia, nastąpił lub że miało miejsce zdarzenie podobne do przytoczonego. Informacja ta jest ważna dla samych stron i dla mediatora. W mediacji nie chodzi o doszukiwanie się winy i o przyznanie się do niej. Jednakże często w opinii publicznej i w opinii samych organów ścigania mediacja może być rozumiana jako przyznanie się sprawcy do popełnienia przestępstwa. Skutkuje to w obie strony: jeśli oskarżony przesłuchiwany wyjaśnia, że nie przyznaje się do popełnienia czynu (że fakt taki w rzeczywistości nie zaszedł), nie ma sensu kierować go na mediację. Jeśli oskarżony przyzna się albo sprawa trafi do mediacji nawet bez jego przyznania, to pozytywny wynik w postaci ugody może być interpretowany jako przyznanie się do popełnienia czynu i do winy. Wiąże się to z brakiem zagwarantowania zasady poufności mediacji: wszelkie informacje i wyjaśnienia, które padły podczas mediacji służą tylko i wyłącznie jej celom oraz samym stronom. Brak regulacji prawnej w tym zakresie, pozwala organom na dowolność interpretacyjną nie tylko co do zasady poufności, ale także — co do skutków prawnych mediacji, które sąd bierze pod uwagę. W dalszym ciągu istnieje ryzyko, że mediacja może być wykorzystywana jako dowód w sprawie albo okoliczność przemawiająca na korzyść bądź na niekorzyść sprawcy. To ryzyko jest realne, ponieważ obecnie prawo polskie nie stanowi o zasadzie poufności mediacji⁴⁶ ani nie wyklucza mediatora z kręgu potencjalnych świadków w sprawie. Oznacza to, że sędzia może przesłuchiwać go jako świadka na okoliczność przeprowadzonej mediacji i zachowania się stron. Taki stan prawny powoduje, że poczucie bezpieczeństwa uczestników mediacji nie jest zagwarantowane. Bezwzględne zakazy dowodowe są ujęte w art. 178 i 199 k.p.k. Stosownie do pierwszego z wymienionych przepisów: „Nie wolno przesłuchiwać jako świadków: 1) obrońcy lub adwokata działającego na podstawie art. 245 § 1, co do faktów, o których dowiedział się udzielając porady prawnej lub prowadząc sprawę; 2) duchownego co do faktów, o których dowiedział się przy spowiedzi”. Z kolei, zgodnie z art. 199 k.p.k. nie mogą stanowić dowodu oświadczenia oskarżonego dotyczące zarzucanego mu czynu złożone wobec biegłego albo wobec lekarza udzielającego pomocy medycznej. Zakazy te zostały ustanowione ze względu na specyficzną w jakiej znalazł się podejrzany bądź oskarżony — sytuacje, w których zaistniała potrzeba zaufania i poczucia bezpieczeństwa. Sytuacje, w których szczerłość i otwartość jest wymagana ze względu na skuteczność np. udzielenia pomocy medycznej. Zakazy te nie mają wiele wspólnego

⁴⁶ Przywoływana uchwała Senatu RP z dn. 3 VI 2004 r. wyraźnie zaleca, iż konieczne jest ustawowe zagwarantowanie poufności postępowania mediacyjnego.

z prawem do obrony oskarżanego, lecz raczej są instytucjami humanizującymi postępowanie karne i odzwierciedlają zrozumienie specyfiki danej sytuacji i ludzkich zachowań oraz potrzeb. Takie samo uzasadnienie miałby zakaz dowodowy dotyczący mediatora, z uwagi na sytuację mediacji, która wyzwala zaufanie i otwartość stron. Za tym, iż mediator powinien być wykluczony z kręgu świadków, może świadczyć interpretacja dwóch przepisów: art. 180 § 1, mówiący o tajemnicy w związku z wykonywaniem funkcji: świadek może odmówić zeznań co do okoliczności, na które rozciąga się ten obowiązek, aczkolwiek sąd lub prokurator może zwolnić świadka z tej tajemnicy; oraz przepis art. 40 § 1 pkt 4 w zw. z art. 23a § 3 k.p.k., który mówi, iż mediatorem nie może być osoba, która była przesłuchiwana w charakterze świadka — z intencji ustawodawcy wynika, więc że należy wykluczyć możliwość bycia jednocześnie mediatorem i świadkiem w danej sprawie.

Jeśli mediacja faktycznie ma pozostać bardziej wiarygodna i „użyteczna” niż dotychczas, wszystko cokolwiek będzie powiedziane przez strony na spotkaniu powinno być wykluczone z zakresu dowodów. Natomiast możliwość powołania mediatora na świadka powinna zostać ograniczona do minimum — jedynie do ściśle określonych wypadków na zasadzie wyjątku. Na przykład, jeśli mediator dowiedział się o poważnym innym przestępstwie podczas mediacji. Poufność nie tylko jest gwarancją poczucia bezpieczeństwa stron, lecz także stabilizuje relację między postępowaniem sądowym a mediacyjnym. To drugie postępowanie jest wkomponowane w tradycyjny system, lecz w jego ramach posiada autonomię w zakresie własnych zasad i warunków, które w żaden sposób nie uderzają w cele procesu karnego, lecz pomagają zrealizować cel jakim jest trafna odpowiedź na przestępstwo⁴⁷. Jedną z możliwych odpowiedzi jest właśnie rozwiązanie konfliktu za pomocą mediacji.

Skoro jedną z wartości mediacji jest wzajemne zaufanie oraz szczerłość stron w procesie komunikacji, nie można zaprzeczać tym zasadom dopuszczając możliwość powołania mediatora na świadka i ujawnienia informacji przekazanych mu przez strony w dobrej wierze. Mediator jest jedynie fali-cytatorem spotkania, bezstronnym słuchaczem, w obecności którego strony „sprowokowane” do mówienia częstokroć nawiązują otwarty dialog. Zadaniem mediatora jest rozumieć i tłumaczyć przekaz oraz informację, ale jedynie na potrzeby mediacji — momentu spotkania obydwu stron. Dialog, który

⁴⁷ Art. 2 § 1 pkt 2 i pkt 3 k.p.k., ujmuje cele postępowania karnego jako: zapobieganie przestępstw, umacnianie poszanowania prawa i zasad współżycia społecznego oraz uwzględnienie prawnie chronionych interesów pokrzywdzonego.

wiodą strony, toczy się w ramach mediacji, a więc na potrzeby osiągnięcia celu dojścia do porozumienia. Tylko ten moment jest aktualny, a powierzone informacje nabierają konkretnego znaczenia. Instytucja świadka, choć stanowi ważny środek dowodowy, sama w sobie jest elementem rzeczywistości wyjętym z kontekstu: chwila zdarzenia i jego miejsce wielokrotnie się już zmieniły, zmienił się także sposób myślenia świadka o zdarzeniu i jego szczegółowego przebiegu. Świadek jest rolą procesową, która nie pozwala na uwzględnienie emocjonalnego charakteru pokrzywdzenia.

Nie jest to jednakże najważniejszy powód, dla którego mediator definitywnie powinien zostać przez ustawodawcę wykluczony z kręgu osób powoływanych na świadka. Brak jednoznacznego uregulowania zasady poufności w prawie (odpowiedni przepis w Kodeksie postępowania karnego) stawia poważną przeszkodę dla dalszego rozwoju mediacji, ponieważ może wywoływać nieufność potencjalnych stron tego postępowania — nieufność społeczną. Mediacja może być przecież wykorzystana na wiele sposobów i w różnych celach przez co najmniej trzy podmioty. Strony mogą ją wykorzystać tak, aby specjalnie stworzyć sytuację, w której pewne informacje zostaną ujawnione (osoba oskarżona przyzna się do innych czynów albo szczerze przytoczy okoliczności, które będą niezbicie świadczyć o jej winie), do ugody nie dojdzie, a mediator zostanie powołany na świadka przez stronę, która była zainteresowana ujawnieniem informacji. Podobna intencja może pojawić się u sędziego lub prokuratora, którzy kierują sprawę na mediację.

Mediacja jest pewnego rodzaju ujawnianiem informacji, które z punktu widzenia organów procesowych są ważne dla realizacji zadań postępowania karnego (np. wyjaśnienie okoliczności zdarzenia, ujawnienie motywu). Zasada prawdy obiektywnej (art. 2 § 2 k.p.k.) nakazuje wziąć pod uwagę wszelkie okoliczności w sprawie, tak, aby reakcja organów była trafna i adekwatna do czynu. Mediacja jest częścią systemu karnego, lecz proponuje zupełnie inny punkt patrzenia na czyn opisany i zaklasyfikowany jako przestępstwo i jego sprawcę określanego mianem przestępcy⁴⁸. Kładzie akcent na inne elementy reakcji na czyn niż tylko trafność i adekwatność (zasada trafnej reakcji i indywidualizacji winy oraz kary). Obiektywizm jest uobecniony w osobie mediatora, który kontroluje proces mediacji i realność porozumienia stron.

⁴⁸ S. Batawia, *Wstęp do nauki o przestępcy*, Wrocław 1984, s. 72. Autor pisze: „Termin «przestępca» jest nazwą ogólną, której zakres jest bardzo szeroki. Desygnatami tego pojęcia są wszyscy osobnicy, którzy popełnili czyny «zakazane przez ustawę w czasie jej obowiązywania pod groźbą kary». W ten sposób kryterium nazwy «przestępca» ma charakter normatywny, wynika bowiem z dogmatyczno-prawnego ujmowania pojęcia przestępstwa”.

W mediacji istotne znaczenie ma subiektywny głos stron. Głos ten nie w pełni może być wyrażony i usłyszany podczas rozprawy sądowej, w formie przewidzianej przez procedurę, gdyż pewne informacje oraz wyjaśnienia ważne dla stron nie mają związku ze sprawą, i są bez znaczenia dla oceniającego sądu. Proponowany przez procedurę prawną sposób komunikacji może okazać się nieadekwatny do potrzeb i oczekiwań osoby kryjącej się w roli oskarżonego, pokrzywdzonego lub innych uczestników. Norweski kryminolog pisze: „... jeśli chcemy ograniczyć przestępczość, to musimy powstrzymać wzrost jednowymiarowego społeczeństwa (...) Nie ma prawdopodobnie innego wyjścia jak powrót do modelu społecznego, w którym z grubsza biorąc, będziemy kontaktować się ze sobą jak człowiek z człowiekiem, a nie wyłącznie jak z uosobieniem roli”⁴⁹. Do jakich tragicznych i niechcianych skutków może doprowadzić komunikacja z człowiekiem jako uosobieniem roli pokazuje więzienny eksperyment P. Zimbardo⁵⁰. Natomiast T. Szasz trafnie zauważa, iż ludzie, którzy wierzyli w czary stworzyli czarownice przez przypisanie tych ról innym. Problem ról i ludzkiej komunikacji przekracza granice psychologii osobowości dotykając zjawisk z zakresu psychologii społecznej i socjologii. Przypisanie ról nie wynika tylko z cech danego podmiotu, ale także z niekwestionowania „władzy”, która to czyni⁵¹.

Nakreślony pokrótce opis różnic między komunikacją podczas procesu i podczas mediacji powinien dostarczać argumentu na rzecz zagwarantowania stronom zasady poufności.

Jedną gwarancją tej zasady jest ustawowe i wyraźne wykluczenie mediatora z kręgu osób powoływanych na świadka. Drugą istotną kwestią jest odniesienie się do faktu zeznań bądź wyjaśnień stron złożonych podczas rozprawy, dotyczące informacji przekazanych sobie nawzajem podczas mediacji (w przypadku gdyby do porozumienia nie doszło). Czy zasada poufności rozciąga się także poza mediację i nakłada na jej uczestników jakieś wzajemne zobowiązanie? Rozmowa podczas mediacji, odsłanianie emocji, faktów, własnych opinii toczyła się w określonych warunkach i w konkretnym celu dojścia do porozumienia. Kwestia wydaje się trudna, lecz ma zasadnicze znaczenie dla sposobu, w jaki myślimy o mediacji, i sposobu, w jaki ją tworzymy. Realne zagrożenie lub naruszenie zasady poufności rzutuje na odbiór tej formy sprawiedliwości naprawczej przez społeczeństwo, a w rezultacie na możliwości jej przyjęcia i rozwoju.

⁴⁹ N. Christie, *op. cit.*, s. 123.

⁵⁰ P. Zimbardo, *Psychologia i życie*, Warszawa, 1999, s. 583 i n.

⁵¹ T. Szasz, *The Manufacture of madness*, Paladin 1973, s. 20.

Być może ta ostatnia kwestia nie da się uregulować w prawie, ale powinna stać się przedmiotem refleksji dla prowadzących mediację — wypracowanie wspólnego stosunku do sprawiedliwości naprawczej i wzajemnego zaufania jest częścią sztuki mediowania.

W praktyce może pojawić się trudność związana z interpretacją zasady poufności a sformułowaniem sprawozdania do sądu. Dla stosowania mediacji przez wyznaczone organy i przez mediatora istotne jest określenie: które z informacji mediator powinien zamieścić w sprawozdaniu tak, aby zachować zasadę poufności, a jednocześnie udzielić sądowi kompetentnej i jednoznacznej informacji o przebiegu postępowania i spotkań stron.

c) Zasada bezstronności

Ponieważ niniejszy rozdział w znacznej mierze dotyczy mediacji w sprawach karnych, która jest wkomponowana w system wymiaru sprawiedliwości, zasada bezstronności, która wiąże mediatora, powinna być wyrażona co najmniej tak jak w stosunku do innych organów sprawiedliwości. Kodeks postępowania karnego wyraźnie akcentuje zasadę bezstronności, wiążąc ją z zasadą obiektywizmu, której adresatami są sąd i prokurator (oraz inne organy uprawnione do prowadzenia postępowania przygotowawczego), a także która jest niezbędnym warunkiem do rozpoznania sprawy konkretnej osoby. Zasada obiektywizmu jest wyrażona w art. 4 k.p.k.: „Organy prowadzące postępowanie karne są obowiązane badać i uwzględniać okoliczności przemawiające zarówno na korzyść jak i na niekorzyść oskarżonego”. Zasada ta koresponduje z inną gwarancją bezstronności organów, a mianowicie z instytucją wyłączenia wyrażoną odpowiednio w art. 40–44 k.p.k.⁵² Zasada bezstronności oznacza nie tylko brak uprzedzenia do którejkolwiek ze stron, ale także bezstronność i obiektywne nastawienie do samej sprawy. Nie należy tego mylić z „obojętnością etyczną” postawy mediatora⁵³. Zasada bezstronności jest zagwarantowana w przepisach prawa (art. 23a § 3 k.p.k.). Istnieje więc instytucja wyłączenia mediatora. W monologu mediatora powinna

⁵² *Wykład prawa karnego procesowego*, red. P. Kruszyński, Białystok 2003, s. 107, 147 i n. Autor słusznie zauważa, że omawiana zasada oznacza dyrektywę zobowiązującą organy procesowe do obiektywnego (neutralnego) stosunku do stron i uczestników procesu, jak i do samej sprawy. A ponadto instytucja wyłączenia dotyczy także protokolanta, stenografa, biegłego, tłumacza oraz specjalisty.

⁵³ Powinien mieć wyklarowaną postawę np. wobec stosowanej jako środka przemocy. Jego postawa jednak nie może zdominować mediacyjnego spotkania, bowiem to do stron należy decyzja, czy i jak rozwiązać konflikt.

także pojawić się informacja dla stron, że jeśli nie akceptują mediatora lub postrzegają go jako stronniczego, mogą poprosić o jego zmianę.

d) Zasada akceptowalności

Zasada akceptowalności dotyczy osoby konkretnego mediatora — strony są uprzedzane o tym, iż powinny złożyć oświadczenie woli, czy zgadzają się na konkretną osobę, czy nie. Mają także prawo w każdej chwili z niego zrezygnować. Zasada ta powinna rozciągać się także na warunki i zasady wspólnej pracy, które uczestnicy razem ustalają. Wiąże się to z tym, że na początku postępowania mediacyjnego powinny być znane reguły dialogu i dochodzenia do porozumienia, a także warunki lub zakres ingerencji mediatora w rozmowę. Zasada akceptowalności może być aktualizowana na każdym spotkaniu. Strony mają prawo do zmiany osoby mediatora, zmiany sposobu dochodzenia do porozumienia, wprowadzania tych zasad, które w ich mniemaniu pomogą w osiągnięciu ugody. Zasada akceptowalności umożliwia stronom aktywne uczestnictwo w mediacji i podkreśla wagę samego jej przebiegu. Dlatego powinna być zagwarantowana w standardach mediacji. Jej praktyczne implikacje wiąże się z realnymi możliwościami zapewnienia wyboru mediatorów przez strony lub ich wymiany.

Podsumowując warto zaznaczyć, że zasada neutralności, to brak nastawienia kierunkowego na określone rozwiązanie, zasada bezstronności stawia wymóg obiektywizmu i dystansu do stron oraz konfliktu, a zasada akceptowalności gwarantuje stronom przebieg mediacji w oparciu o wcześniej wymienione fundamentalne zasady. Widać, że wszystkie zasady są ze sobą ściśle powiązane i pominięcie jednej przez mediatora — czy to w informacji skierowanej do stron, czy przez naruszenie podczas mediacji, daje mediatorowi margines swobody na dalsze „niestandardowe” postępowanie.

5) Nowe uregulowanie mediacji

Ustawa z dnia 10 stycznia 2003 r. wprowadziła nowe uregulowanie w zakresie instytucji mediacji. W porównaniu z art. 320 k.p.k. obowiązującym do wskazanego momentu, nowy zapis art. 23a k.p.k. znajduje się aktualnie w ogólnych przepisach postępowania karnego obok zasad i przesłanek procesu. Posiada więc charakter ogólniejszy i można powiedzieć, że stanowi jedną z dyrektyw prowadzenia postępowania⁵⁴. Niewątpliwie jest to korzystna

⁵⁴ T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Kraków 2004, s. 130 i n.

zmiana. Wcześniejszy zapis art. 320 k.p.k. umieszczony był w części traktującej o postępowaniu przygotowawczym, co znacznie ograniczało stosowanie mediacji przez prokuratora, zwłaszcza jeśli brakowało uregulowania odnośnie okresu postępowania mediacyjnego⁵⁵. Takie uregulowanie prawne powodowało, że mediację można było stosować w ograniczonym zakresie. Zmiana poskutkowała wprowadzeniem mediacji na każdym etapie postępowania sądowego⁵⁶. Obecnie, co również należy zaliczyć do korzystnych rozwiązań prawnych, okres postępowania mediacyjnego nie wlicza się do czasu trwania postępowania przygotowawczego (art. 23a § 2 k.p.k.). Mediacja traktowana jako dyrektywa postępowania karnego ukierunkowuje działanie organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości na przyjęcie określonych rozwiązań. Jako ogólna dyrektywa oznacza, że właściwie nie ma żadnych ograniczeń kierowania spraw na mediację i w efekcie stosowania jej. Przyjęcie takiego punktu widzenia pozwala bowiem na branie pod uwagę mediacji przy każdym przestępstwie (po dokonaniu kwalifikacji prawnej czynu). Dyrektywa nie ogranicza zatem, jak wcześniej w art. 320 k.p.k., stosowania mediacji tylko wtedy, gdy miało to znacznie przy wystąpieniu prokuratora z odpowiednim wnioskiem. Tak ukształtowana dyrektywa ogólna daje możliwości i pozostawia jednocześnie swobodę praktyce. Oznacza to, że mogą istnieć konkretne sprawy, które nie nadają się do mediacji (np. ze względu na długoletnią przemoc wobec osoby pokrzywdzonego, wysoki stopień demoralizacji sprawcy, charakter konfliktu i pozycję występujących wobec siebie stron), ale nie przekłada się to na rodzaje przestępstw. Być może nie warto bowiem ograniczać stosowania mediacji poprzez uogólnianie. Nasza polska praktyka stosowania mediacji dowiodła, że przebieg mediacji i jej wynik jest zróżnicowany w obrębie nawet tego samego przestępstwa (np. art. 207 k.k., czyli znęcanie się fizyczne lub psychiczne nad osobą najbliższą lub inną osobą pozostającą w stałym lub przemijającym stosunku zależności od sprawcy albo nad małoletnim lub osobą nieporadną). Pomimo tego, że w standardach

⁵⁵ Art. 320 § 1: „Jeżeli ma to znaczenie dla wystąpienia do sądu z odpowiednim wnioskiem, prokurator może, z inicjatywy lub za zgodą stron, skierować sprawę do instytucji lub osoby godnej zaufania w celu przeprowadzenia postępowania mediacyjnego między podejrzanym i pokrzywdzonym”.

Jak pisze D. Wójcik, *op. cit.*, s. 40, w porównaniu z poprzednio obowiązującym art. 320 k.p.k., obecny tekst art. 23a k.p.k. został uzupełniony § 5, stanowiącym, iż rozporządzenie określi m.in. zasady i tryb postępowania mediacyjnego. „Zarówno więc prokuratorzy i sędziowie, jak i mediatorzy uzyskali ważną i «obowiązującą» informację, jak ma wyglądać postępowanie mediacyjne”.

⁵⁶ A. Rękas, *op. cit.*, s. 8.

międzynarodowych istnieją wykluczeni stosowania mediacji, w Polsce akurat mediowanie ze stronami tego przestępstwa daje duże efekty⁵⁷.

Korzystne jest także zrezygnowanie z rozpatrywania mediacji jedynie gdy w grę wchodzi kierowanie określonych wniosków. Z reguły chodziło o wnioski: o warunkowe umorzenie postępowania (art. 341 k.p.k.) oraz o wydanie wyroku skazującego i wymierzenie oskarżonemu określonej kary lub środka karnego bez przeprowadzenia postępowania dowodowego (art. 387 k.p.k.). Stosowanie obu tych wniosków jest ograniczone do występków, z tym, że wniosek pierwszy, a więc sytuacja warunkowego umorzenia dotyczy występków zagrożonych karą do 3 lat pozbawienia wolności, a w sytuacji gdy pokrzywdzony pojednał się ze sprawcą, sprawca naprawił szkodę lub razem uzgodnili sposób jej naprawienia, występki może być zagrożony karą nie przekraczającą 5 lat pozbawienia wolności. Taka regulacja uniemożliwiała stosowanie mediacji w sposób satysfakcjonujący i zgodnie z oczekiwaniami projektantów i pionierów tej instytucji. Jednocześnie była to mylna interpretacja (być może świadomie dokonano takiego interpretacyjnego wyboru), ponieważ zakres spraw, w których można było stosować mediacje, był nieograniczony. Słowo „zwłaszcza” przykładowo wskazuje typowe sytuacje, w których mediacja jest szczególnie wskazana i zasadna. Jednakże nie zamyka to katalogu tych sytuacji. Warto więc jeszcze raz podkreślić, że znowelizowany przepis art. 23a k.p.k. stwarza dużo szersze ramy organizacyjne instytucji i dzięki temu jej zastosowanie nie jest ograniczone wskazaniem określonych przestępstw. W związku z tym zasadność stosowania mediacji opiera się na konkretnym konflikcie, jest swobodnie modelowana przez praktykę i w tej kwestii instytucja zachowuje swój społeczny charakter, a więc to co w niej najistotniejsze. Jeśli tylko konflikt pozwala stronom na „dogadanie się” (które i tak jest kontrolowane przez mediatora — osobę godną zaufania oraz organy wymiaru sprawiedliwości), powinna istnieć forma, która by dopuszczała wzajemne porozumienie.

Zakończenie

Takie szczegółowe rozpatrywanie różnych kwestii jest ważne dla rozwoju instytucji i utrzymania jej w spójności z systemem karnym oraz na poziomie standardów prawa międzynarodowego. Jednakże w pewien sposób odrywa nas od istoty mediacji. Może się zdarzyć, że rozstrzygając o jej kształcie,

⁵⁷ *Ibidem*, s. 12.

organizacji i zakresie, zapomnimy, że jakkolwiek jest ona częścią systemu prawnego (karnego), pozostaje instytucją odrębną ze względu na swoje społeczne źródła i takiż charakter. Co to oznacza? Mianowicie to, że dyskutując nad przepisami — co powinny regulować, czego im brakuje, a czego nie — można pójść w stronę instytucjonalizacji i formalizacji mediacji, zamiast wyposażenia jej w niezbędną swobodę, pewność działania i skuteczność. Jak również chodziłoby o ustalenie jej granic w sferze zasad, stosowania mediacji i jej przebiegu, kompetencji oraz odpowiedzialności mediatorów, a także skutków (jakie znaczenie mają w świetle prawa). Istotą mediacji jest dialog i przywrócenie społecznej wartości ludzkiej komunikacji. Lecz także istotą mediacji jest odpowiedzialność uczestniczących w niej osób, której formę i zakres same ustalają. Ta kompetencja przyznana stronom jest najbardziej kontrowersyjna oraz może kwestionować odpowiedzialność karną, określoną w przepisach prawa i będącą przedmiotem procesu karnego. Być może właśnie pojęcie i wartość odpowiedzialności (a nie sprawiedliwości) jest słabością tradycyjnego systemu wymiaru sprawiedliwości.

Koncepcja zawłaszczenia konfliktu przez państwo⁵⁸ podyktowanego interesem publicznym znajduje swoje reperkusje nie tylko w sferze sprawiedliwości, lecz również odpowiedzialności. Możliwość decydowania o czyjejs odpowiedzialności jest możliwością rozciągnięcia swojej kontroli i ingerencji w istotę naszych działań oraz naszą godność. Mediacja i inne nienazwane formy sprawiedliwości naprawczej dowodzą, iż w gruncie rzeczy chcemy brać odpowiedzialność za swoje czyny, byleby tylko dano nam taką możliwość. Niestety system karny, ze swoim przywiązaniem do pojęcia winy, monopolizuje także odpowiedzialność człowieka nie tylko za swój czyn, ale także za jego skutki. Ten konflikt na poziomie wartości i pojęć znajduje swoje odzwierciedlenie w problemie rzetelnego uregulowania mediacji.

Jak było wielokrotnie wspomniane, mediacja jest alternatywą w stosunku do rozwiązania procesowego. System tradycyjny, który kształtował się setki lat, ale czas nie jest kryterium decydującym. Trudno jest wciąż mówić o systemie sprawiedliwości naprawczej. Stworzenie sprawnego i skutecznego systemu jest znacznie bardziej skomplikowane niż powoływanie ośrodków mediacyjnych i prowadzenie szkoleń dla mediatorów. Stworzenie systemu — zwłaszcza jeśli jest to system sprawiedliwości — nie może opierać się na krytyce ani nawet alternatywie, lecz na wytyczeniu pola współpracy obu tych systemów. Ich wzajemnej komplementarności; powinny się uzupełniać

⁵⁸ N. Christie, *Conflicts as property*, „British Journal of Criminology” 1977, nr 17, s. 1–15.

i stwarzać możliwość wyboru. Skoro sprawiedliwość naprawcza w formie mediacji opiera się na zaangażowaniu i zaufaniu, wartości te powinny przenieść się na współpracę obu systemów (oby alternatyw). Istota sprawiedliwości naprawczej jest dobrowolność uczestników, czyli możliwość wyboru, a nie jej dominacja nad sprawiedliwością retrybucyjną. Kwestia wyboru zawsze przenosi nas na obszar konfliktu wartości, a ten obszar jest zarezerwowany dla osobistych, a nie prawnych rozstrzygnięć. Efekty współpracy przy wykorzystaniu zasobów obydwu form sprawiedliwości są bowiem efektami, które dotyczą wszystkich uczestników — każdy ma swój udział w sukcesie, każdy pełni określoną rolę. Istnieją mniej mierzalne efekty tej współpracy jak choćby wzajemne zaufanie i poczucie, że sprawiedliwość ma swoje miejsce, bez względu na przyjętą formę. Sprawiedliwość bowiem nie jest własnością jednej instytucji, państwa czy jednostki, lecz należy do wszystkich (jest konstrukcją społeczną), ponieważ wszyscy odczuwamy jej potrzebę.

Różnorodności społecznych potrzeb, a także umiejętność ich rozbudzania, oraz chłonność „rynku sprawiedliwości” korzystającego z tradycyjnej formy sądownictwa, pozwoliły na obecność mediacji w prawnych procedurach. Obecnie w systemie polskiego prawa mediacja jest obecna w procedurze karnej, cywilnej, rodzinnej, handlowej, administracyjnej. Świadczy to o teoretycznej możliwości jej rozwoju i wykorzystywania jej przy niemal każdym konflikcie czy sporze.

Korzyści z mediacji muszą być pokazane w ujęciu systemowym nie jedynie w związku z mediacją. Trzeba określić dokładnie jakie skutki będą wywoływały w sytuacji prawnej osoby.