

INSTYTUT WYMIARU SPRAWIEDLIWOŚCI

dr Rafał Morek

***Regulacje mediacji w sprawach cywilnych
w Unii Europejskiej
(zarys studium porównawczego)***

Warszawa 2013

Spis treści

Źródła prawa . Ewolucja podejścia do regulowania mediacji	1
Mediacje umowne.....	4
Mediacje sądowe	9
Mediator.....	16
Rola mediatora	21
Czas na przeprowadzenie postępowania mediacyjnego	26
Wpływ mediacji na bieg terminów przedawnienia.....	28
Zasada poufności	36
Uгода mediacyjna	38

Źródła prawa . Ewolucja podejścia do regulowania mediacji

W wielu państwach europejskich jeszcze do niedawna dominowało przekonanie, że mediacja – w przeciwieństwie do innych, bardziej sformalizowanych metod rozwiązywania lub rozstrzygania sporów – w ogóle nie powinna być przedmiotem regulacji prawnych.¹ Zdaniem przeciwników „jurydyzowania” i „kodyfikowania” mediacji, jej elastyczność i całkowita niemal zależność od woli stron sprawiały, że nadawanie jej ram prawnych mogłoby mediacji jedynie zaszkodzić i niepotrzebnie ją upodobnić do procedur sądowych. O ile nie kwestionowano, że niezbędne jest zapewnienie pewnego poziomu przewidywalności i ochrony prawnej związanej z praktyką mediacyjną, to jednak za wystarczające uznawano gwarancje o charakterze kontraktowym i *quasi*-normatywnym, takie jak: regulaminy, certyfikaty, rekomendacje, standardy czy zasady etyki zawodowej.² Przekonanie to dotyczyło przede wszystkim mediacji prywatnych, natomiast możliwość wdrażania i rozwijania programów mediacji sądowych – w braku podstaw normatywnych – budziła na ogół więcej wątpliwości.³

Od początku zeszłej dekady przewagę zaczęła jednak zdobywać tendencja przeciwna. Jej zwolennicy wskazywali, że bez ustawowego uregulowania przynajmniej niektórych aspektów mediacji, nie byłoby szans na jej popularyzację. Zauważali, że dotychczasowe uregulowania prawne nie sprzyjały rozwojowi pozasądowych i pojednawczych metod rozwiązywania sporów. Podjęcie mediacji nie miało wpływu na bieg przedawnienia roszczeń; nie istniały gwarancje poufności mediacji; a jej rezultat – ugoda – nie miał w zasadzie żadnego waloru z punktu widzenia egzekucji. Regulacje inne niż ustawowe nie były w stanie zapewnić sprzyjających warunków do rozwoju mediacji. W odpowiedzi na te i inne zgłaszane

¹ C. Klaus, M. Liatowitsch, *Mediation*, [w:] Kaufmann-Kohler G., Stucki B. (red.), *International Arbitration in Switzerland: A Handbook for Practitioners*, The Hague 2004, s. 225; P. Binder, *Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, London 2005, s. 297.

² Por. *Guide to Enactment and Use of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation*, s. 12.

³ Nawet jednak i w tym zakresie, w niektórych państwach, również należących do tradycji romańsko-germańskiej, za dopuszczalne uznawano kierowanie spraw do mediacji przez sądy, np. na podstawie ogólnych dyspozycji obligujących sędziów do promowania rozwiązań polubownych. Por. orz. francuskiego *Cour de Cassation* z 16.6.1993 r. w odniesieniu do art. 21 NCPC stanowiącego odpowiednik art. 10 polskiego kpc („*Il entre dans la mission du juge de concilier les parties.*”), Civ. 2e 16 juin 1993, Bull. II, n° 211 p. 114.

przez praktyków problemy dostrzeżono konieczność podjęcia odpowiednich kroków legislacyjnych.

W stosunkowo licznych państwach, tak jak w Polsce, ustawowe regulacje mediacji weszły w życie jeszcze przed Dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/52/WE z dnia 21 maja 2008 r. w sprawie niektórych aspektów mediacji w sprawach cywilnych i handlowych. Pozostałe przyjęły (lub istotnie uzupełniły) swoje regulacje w okresie przewidzianym na transpozycję dyrektywy (do dnia 11 maja 2011 r.⁴) albo nawet po jego upływie.

W większości europejskich systemów prawnych mediacja została uregulowana w odrębnych ustawach jej poświęconych. Do tej grupy należą m.in. Austria (*Bundesgesetz über Mediation in Zivilrechtssachen*, 2003), Bułgaria (*Закон за медиацията*, 2004), Chorwacja (*Zakon o mirenju*, 2003), Holandia (*Wet tot implementatie van de richtlijn betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken*, 2012), Niemcy (*Gesetzes zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung*, 2012), Portugalia (*Lei n.º 29/2013 Estabelece os princípios gerais aplicáveis à mediação realizada em Portugal, bem como os regimes jurídicos da mediação civil e comercial, dos mediadores e da mediação pública*, 2013), Słowacja (*Zákon o mediácii a o doplnení niektorých zákonov*, 2004) czy Węgry (*2002. évi LV. törvény a közvetítői tevékenységről*, 2002). W stosunkowo nielicznych krajach, tak jak w Polsce, mediację uregulowano w kodeksach postępowań cywilnych, m.in. w Belgii (*Code judiciaire*, 2004), Francji (*Code de Procédure Civile*, 2012)⁵, czy w Luksemburgu (*Nouveau Code de Procédure Civile*, 2012)⁶; częściej, w kodeksach

⁴ Dziennik Urzędowy L 136 , 24/05/2008, p. 0003 - 0008. Obowiązek transpozycji wynika z art. 12, zgodnie z którym „państwa członkowskie wprowadzają w życie przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne niezbędne do wykonania niniejszej dyrektywy przed dniem 21 maja 2011 r., z wyjątkiem art. 10, w przypadku którego wykonanie musi nastąpić najpóźniej do dnia 21 listopada 2010 r. Niezwłocznie informują Komisję o tych przepisach. Takie przepisy przyjęte przez państwa członkowskie zawierają odniesienie do niniejszej dyrektywy lub odniesienie takie towarzyszy ich urzędowej publikacji. Metody dokonywania takiego odniesienia określone są przez państwa członkowskie.” Jedynym Państwem Członkowskim UE, które nie uczestniczyło w przyjęciu Dyrektywy i nie jest nią związane, ani jej nie stosuje, jest Dania (punkt (30) Preambuły i art. 1(3) Dyrektywy).

⁵ Należy jednak dodać, że *Décret n° 2012-66 relatif à la résolution amiable des différends* nie tylko uzupełnił przepisy francuskiego kodeksu postępowania cywilnego o nową księgę piątą: *Livre V. La Résolution Amiable Des Différends*, art. 1528 i n., ale też zawiera szereg dodatkowych przepisów (pozakodeksowych).

⁶ Przepisy wprowadzone na mocy ustawy *Loi du 24 février 2012 portant – introduction de la médiation en matière civile et commerciale dans le Nouveau Code de procédure civile*.

występują nieliczne przepisy o mediacji, a większa część regulacji znajduje się w odrębnym akcie prawnym.⁷ We Włoszech przepisy o mediacji znalazły się w ustawie regulującej zróżnicowane rozwiązania służące stymulowaniu rozwoju gospodarczego (*Decreto-legge n. 69 recante disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia*, 2013). Natomiast w zasadzie w ogóle nie spotyka się w państwach UE rozwiązania legislacyjnego, w ramach którego mediacja byłaby uregulowana w jednym akcie normatywnym wspólnie z innymi alternatywnymi (*sensu largo*) metodami rozwiązywania sporów, w szczególności z arbitrażem, tak m.in. w Boliwii (1997), Ekwadorze (1997), na Filipinach (2004), w Hondurasie (2000), Indonezji (1999), Kolumbii (1998), Nikaragui (2005) i Salwadorze (2002).

⁷ Na Słowacji w kodeksie postępowania cywilnego znalazł się tylko jeden krótki przepis o mediacji: „*Súd môže odporučiť účastníkom, aby sa pokúsili o zmiar mediáciou*” (§ 99 *Občiansky súdny poriadok*), a właściwa regulacja mediacji znalazła się w odrębnej ustawie *Zákon 420/2004 Z.z. o mediácii a o doplnení niektorých zákonov*.

Mediacje umowne

W literaturze rozróżnia się mediację umowną (prywatną, konwencjonalną, franc. *médiation conventionnelle*) oraz mediację sądową, tzn. prowadzoną ze skierowania sądu (franc. *médiation judiciaire*) - prowadzoną w związku z postępowaniem sądowym. Pierwsza z nich jest samodzielną metodą rozwiązywania sporów, niezależną i - pod wieloma względami - alternatywną wobec postępowania sądowego. Sprawy rozwiązywane za jej pomocą nie powinny do sądu w ogóle trafić.⁸ Drugi typ mediacji pozostaje w związku z postępowaniem sądowym. Do mediacji może dojść już po złożeniu przez stronę pozwu lub wniosku w sądzie. Z pewnymi ograniczeniami, sąd może skierować strony do mediacji z urzędu; może też to uczynić na wniosek jednej ze stron lub jej zarzut podniesiony w związku z uprzednim zawarciem umowy o mediację. Wreszcie, strony mogą się porozumieć co do prowadzenia mediacji już w toku postępowania sądowego i zgodnie wnieść o skierowanie sprawy do mediacji.⁹

W przypadku mediacji prywatnych podstawą ich prowadzenia jest umowa, a w zasadzie dwie umowy: (i) umowa o mediację między stronami (istniejącego lub przyszłego) sporu oraz (ii) umowa o prowadzenie mediacji - z udziałem mediatora jako usługodawcy (nazywana niekiedy „umową mediatorską”¹⁰, niem. *Mediatorvertrag*).

Druga z tych umów rzadko jest przedmiotem szczególnych regulacji w ustawie. Tak np. w Polsce, umowa taka podlega kwalifikacji prawnej jako umowa podobna do stosunku zlecenia (art. 750 kc), zaś przepisy o mediacji w ogóle o niej nie wspominają. Jako wyjątek od tej reguły, § 30 ust. 2 węgierskiej ustawy o mediacji z 2002 r. przewiduje wymóg zawarcia pisemnego porozumienia dotyczącego

⁸ Zob. jednak przykładowo art. 183¹³ § 1 i art. 183¹⁴ polskiego kpc dotyczące złożenia w sądzie protokołu mediacyjnego i zatwierdzenia ugody przez sąd.

⁹ Zob. więcej o tzw. *conventional ADR* i *ADR in the context of court proceedings* w Zielonej Księdze Komisji Europejskiej o alternatywnych metodach rozwiązywania sporów cywilnych i handlowych, pkt 27--33, (<http://europa.eu.int>), a także m.in. [w:] M. Bobrowicz, *Mediacje gospodarcze -- jak mediować i przekonywać*, Warszawa 2004, s. 103 i n.

¹⁰ K. Weitz, *Mediacja w sprawach gospodarczych*, [w:] T. Wiśniewski, G. Bieniek, E. Marszałkowska-Krześ, P. Pogonowski, K. Weitz, *Postępowanie sądowe w sprawach gospodarczych*. Tom 7, Warszawa 2007, s. 242.

mediacji, podpisywanego zarówno przez strony jak i mediatora – po ich pierwszym spotkaniu, które ma na ogół charakter wyłącznie informacyjny.¹¹ Podobnie, w prawie belgijskim art. 1731 § 2 *Code Judiciaire* wymaga podpisania przez strony i mediatora – przed przystąpieniem do właściwej części mediacji – protokołu (*le protocole de médiation*) zawierającego: dane mediatora, stron i ewentualnie ich pełnomocników, przywołanie zasady dobrowolności mediacji (*le rappel du principe volontaire de la médiation*) i jej poufności, zarysowanie istoty sporu (*un exposé succinct du différend*) i informację na temat wysokości wynagrodzenia mediatora lub sposobu jego ustalenia. Ważnym elementem protokołu mediacyjnego jest również data jego podpisania; z tą chwilą następuje bowiem zawieszenie biegu terminu przedawnienia roszczeń, których spór dotyczy.¹² Podobnie, w doktrynie niemieckiej pojęcie *Mediationsvertrag* odróżnia się niekiedy od *Mediationsklausel*, przy czym pierwszego z nich używa się na określenie umowy zawieranej bezpośrednio przed rozpoczęciem mediacji przez strony sporu i mediatora.¹³

Kierując się zasadą dobrowolności, wielu mediatorów w trakcie pierwszego spotkania ze stronami prosi o potwierdzenie, że zgadzają się na udział w mediacji – niezależnie od tego, czy wiąże je zawarta wcześniej umowa o mediację. W niektórych systemach prawnych praktyka ta znalazła odzwierciedlenie w ustawie. Tak, na przykład, ustawa bułgarska z 2004 r.¹⁴, przewiduje w art. 13 ust. 1, że przed przystąpieniem do mediacji, mediator informuje strony o istocie i zasadach mediacji oraz odbiera od nich zgodę na udział w mediacji w formie pisemnej lub ustnej (*писмено или устно съгласие*). Podobnie, bośniacka ustawa z 2004 r. stanowi w art. 10, że mediacja rozpoczyna się od zawarcia umowy, którą podpisują strony sporu i mediator.¹⁵ Warto też zauważyć, że o ile w pierwotnej wersji projektu dyrektywy mediacyjnej przedstawionej przez Komisję Europejską w 2004 r. brak było – poza jedną

¹¹ § 30 (2) ustawy węgierskiej (2002. évi LV. törvény a közvetítői tevékenységéről): „Ha az első közvetítői megbeszélésen a felek változatlanul kérik a közvetítői eljárás lefolytatását, ezt a tényt a mindkét fél és a közvetítő aláírását tartalmazó írásos nyilatkozatban rögzítik”.

¹² Art. 1731 § 2 *Code Judiciaire*: „La signature du protocole suspend le cours de la prescription durant la médiation.”

¹³ M. Kirsch, *Der Mediationsvertrag (mit dem Mediator)*, Münster 2000, s. 2.

¹⁴ Art. 13 ust. 1 Закон за Медиацията z 2004 r.: „Преди провеждане на процедурата медиаторът информира страните за същността на медиацията и за нейните последици и изисква тяхното писмено или устно съгласие за участие.”

¹⁵ *Zakon o postupku medijacije*, Službeni glasnik BiH, br. 37/04, art. 10: „Postupak medijacije pokreće se pismenim ugovorom o medijaciji koji potpisuju stranke u sporu i medijator.”

wzmianką – jakichkolwiek regulacji dotyczących umowy o mediację, to w toku prac nad projektem zaproponowano uzupełnienie art. 2 lit. a) (definicja „mediacji”), ale także wprowadzenie obowiązku zawarcia „umowy mediacyjnej” – przed przystąpieniem do mediacji. Takie rozwiązanie miało według unijnej Komisji Wolności Obywatelskich, Sprawiedliwości i Spraw Wewnętrznych wzbudzać większe zaufanie do mediacji jako alternatywy dla postępowania sądowego.¹⁶ Ostatecznie nie zostało ono jednak przyjęte.

Z kolei, od umowy o mediację - zawieranej między stronami sporu - wymaga się typowo, by określała „przedmiot mediacji [oraz] osobę mediatora albo sposób wyboru mediatora” (tak art. 183¹ § 3 kpc), a także wolę stron poddania ich sporu mediacji („zgodę na mediację”¹⁷). W międzynarodowej praktyce kontraktowej umowy o mediację zawierają niekiedy rozmaite postanowienia dodatkowe, np. zobowiązujące strony do niewnoszenia pozwu w trakcie postępowania mediacyjnego albo nawet dalej idące zastrzeżenie, że podjęcie mediacji jest konieczne przed wystąpieniem na drogę sądową. Klauzule kontraktowe pierwszego rodzaju są zbieżne z niektórymi regulaminami mediacyjnymi, np. z art. 16 *UNCITRAL Conciliation Rules* z 1980 r.¹⁸ Z kolei o uzgodnieniach drugiego rodzaju wspomina art. 13 ustawy wzorcowej *UNCITRAL*, zgodnie z którym jeżeli strony umowy o mediację wyraźnie zobowiązały się do niewszczywania postępowania arbitrażowego albo sądowego w odniesieniu do istniejącego lub przyszłego sporu w oznaczonym okresie bądź do czasu wystąpienia oznaczonego zdarzenia, takie zobowiązanie będzie uznane przez sąd za skuteczne.¹⁹ W doktrynie podkreśla się,

¹⁶ Opinia Komisji Wolności Obywatelskich, Sprawiedliwości i Spraw Wewnętrznych dla Komisji Prawnej w sprawie projektu dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie niektórych aspektów mediacji w sprawach cywilnych i handlowych (COM(2004) 718 – C6-0154/2004 – 2004/0251(COD)).

¹⁷ M. Pazdan, *Umowa o mediację*, [w:] *Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej UJ 2005*, nr 88 – *Księga pamiątkowa ku czci Profesora Janusza Szwejca*, s. 262.

¹⁸ Art. 16 *UNCITRAL Conciliation Rules*: “The parties undertake not to initiate, during the conciliation proceedings, any arbitral or judicial proceedings in respect of a dispute that is the subject of the conciliation proceedings, except that a party may initiate arbitral or judicial proceedings where, in his opinion, such proceedings are necessary for preserving his rights.”

¹⁹ Art. 13 ustawy wzorcowej *UNCITRAL*: „Lorsque les parties sont convenues de recourir à la conciliation et se sont expressément engagées à n’entamer pendant une période spécifiée ou jusqu’à la survenance d’un événement spécifié aucune procédure arbitrale ou judiciaire relative à un litige déjà né ou qui pourrait naître ultérieurement (...)”. W literaturze niemieckiej podawany jest m.in. następujący przykład: „Für die Dauer des Mediationsverfahrens ist die Erhebung einer Klage unzulässig...” – M. Casper, J. Risse, *Mediation von Beschlussmängelstreitigkeiten*, ZIP 2000, nr 10, s. 437, 444.

że zobowiązanie do niewnoszenia powództwa (*pactum de non petendo*²⁰, *obligation not to sue*), aby mogło zostać uznane za ważne i skuteczne, musi być ograniczone w czasie.²¹ W niektórych krajach spotyka się pogląd, że takie zobowiązanie nie musi być sformułowane *expressis verbis* w treści umowy, lecz może jedynie z niej wynikać – w drodze wykładni – z uwzględnieniem celu umowy czy okoliczności jej zawarcia.²² Wreszcie, w wielu innych systemach prawnych dopuszczalność umownego ograniczenia prawa do powództwa jest całkowicie kwestionowana.²³ Odnotować też należy, że w praktyce kontraktowej spotykane są postanowienia odmiennej treści, w których zastrzega się, że mediacja nie ma wpływu na możliwość wszczęcia lub prowadzenia postępowania przed sądem.

Polski kpc – podobnie jak m.in. prawo szwajcarskie czy austriackie²⁴ – nie przewiduje jakichkolwiek wymogów formalnych dotyczących umowy o mediację. Powyższy wniosek wynika z art. 183⁷ zd. drugie kpc, który wymaga załączenia odpisu umowy o mediację do wniosku o przeprowadzenie mediacji tylko wtedy, gdy umowa została zawarta na piśmie. Umowa o mediację może zostać skutecznie zawarta w formie dowolnej – bez względu na przedmiot mediacji.²⁵ Przyjęte uregulowanie odzwierciedla nieformalną i dobrowolną naturę mediacji.

Powyższe rozwiązanie nie jest jednak przyjęte we wszystkich systemach prawnych. W doktrynie niemieckiej, wobec braku regulacji ustawowych do 2012 r., proponowano stosowanie do umowy o mediację *per analogiam* wymogów formalnych dotyczących zapisu na sąd polubowny.²⁶ Ustawa słowacka przewiduje

²⁰ Co do dopuszczalności *pactum de non petendo* w prawie polskim zob. m.in. orz. SN z 11 marca 1938 r., C II 2360/37, PPIA 1938, poz. 210; M. Bączyk, *Porozumienia w zakresie stosowania bankowych tytułów wykonawczych*, PB 1994, nr 4, s. 115 i n.; T. Wiśniewski, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania. Tom I, Komentarz do art. 508*, Nb 7.

²¹ Ch. Lenz, A. Mueller, *Businessmediation: Einigung ohne Gericht*, Landsberg 1999, s. 234.

²² H. Eiholzer, *Die Streitbeilegungsabrede Ein Beitrag zu alternativen Formen der Streitbeilegung namentlich der Mediation*, Freiburg 1998, Nb. 178; por. też m.in. H. Prütting, *Anmerkung zum Urteil des BGH vom 23.11.1983 – VIII ZR 197/82*, ZZP 1986, nr 99, s. 90 i Ch. Behle-Cordes, *Die Schlichtungs- und Schiedsvereinbarung nach der SOBau der ARGE Baurecht im DAV-Ausweg aus dem Dilemma des Bauprozesses?*, Bonn 2005, s. 19.

²³ Ch. Büering-Uhle, *Arbitration and mediation in international business: designing procedures for effective conflict management*, The Hague 2006, s. 353.

²⁴ D. Brown-Berset, *La médiation commerciale: le géant s'éveille*, RDS 2002, nr 4 (II), s. 365.

²⁵ Tak m.in. T. Ereciński, *Kodeks*, s. 412.

²⁶ S. Chilla, *Mediationsklauseln (zwischen den Konfliktbeteiligten): Arten, Verbreitung, Wirksamkeit, Wirkung*, Münster 2000, s. 14.

możliwość zastąpienia umowy o mediację zawartej na piśmie ustnymi oświadczeniami stron, pod warunkiem jednak, że zostaną wciągnięte przez mediatora do protokołu mediacji i jeszcze przed jej rozpoczęciem podpisane przez strony.²⁷ Formę pisemną umowy o mediację przewidywały również poprawki zgłoszone do projektu dyrektywy mediacyjnej przez unijną Komisję Wolności Obywatelskich, Sprawiedliwości i Spraw Wewnętrznych (art. 2 lit. a)²⁸, które nie zostały jednak ostatecznie uwzględnione.

Umowa o mediację może przybrać postać odrębnej umowy lub klauzuli mediacyjnej w umowie głównej²⁹ (tak *explicite* art. 11 ust. 3 ustawy bułgarskiej³⁰). Nie ma to jednak większego znaczenia dla jej oceny prawnej. Klauzula mediacyjna zachowuje bowiem samodzielny byt prawny i nie dzieli automatycznie losów umowy głównej.³¹ M. Pazdan trafnie podkreśla, że „*mediacja może być wszak wielce użyteczna także wtedy, gdy spór dotyczy istnienia lub ważności umowy głównej albo skuteczności jej rozwiązania*”.³² Stanowisko to znalazło wyraźne potwierdzenie w przepisach o mediacji w prawie obcym, np. w § 7 ust. 4 i 5 ustawy słowackiej oraz w art. 1725 § 1 belgijskiego kpc.³³ Autonomia klauzuli mediacyjnej w ramach umowy głównej oznacza m.in., że może ona podlegać innemu niż umowa prawu właściwemu.³⁴

²⁷ § 7 ust. 2 ustawy słowackiej: „*Písomnú formu dohody o riešení sporu mediáciou možno nahradiť vyhlásením osôb zúčastnených na mediácii do zápisnice spísanej mediátorom. Vyhlásenie osôb zúčastnených na mediácii je potrebné uskutočniť najneskôr do začatia mediácie; zápisnica musí byť podpísaná osobami zúčastnenými na mediácii.*”

²⁸ Opinia Komisji Wolności Obywatelskich.

²⁹ T. Ereciński, *Kodeks*, art. 183¹, Nb. 10; M. Pazdan, *Umowa*, s. 260; D. Brown-Berset, *La médiation*, s. 362.

³⁰ Art. 11 ust. 3 ustawy bułgarskiej: „*Съгласието на страните възможен бъдещ спор между тях да бъде разрешен чрез медиация може да бъде уговорено и като клауза от договор.*”

³¹ Tak m.in. L. Bernheim, *Conséquences de l'inexécution d'une clause de conciliation: la fin des incertitudes*, *Petites Affiches* 2003, nr 51, s. 12 i nast., a w polskim piśmiennictwie T. Ereciński, *Kodeks*, s. 412; M. Pazdan, *Umowa*, s. 260; K. Weitz, *Mediacja*, s. 244.

³² M. Pazdan, *Umowa*, s. 260.

³³ Art. 1725 § 1 belgijskiego kpc: „*Tout contrat peut contenir une clause de médiation, par laquelle les parties s'engagent à recourir à la médiation préalablement à tout autre mode de résolution des éventuels différends que la validité, la formation, l'interprétation, l'exécution ou la rupture du contrat pourrait susciter.*”

³⁴ Tak pkt 1.2 preambuły projektu dyrektywy UE z 2004 r.: „*The agreement to mediate may in itself be governed by a different law than that which governs the original legal or contractual relationship between the parties (...).*” Sformułowanie to nie znalazło się w ostatecznym tekście dyrektywy.

Mediacje sądowe

Pojęcie „mediacji sądowych” obejmuje różne rodzaje postępowań mediacyjnych, które toczą się w związku z postępowaniami sądowymi. Jednym z najważniejszych kryteriów je różnicujących jest ich dobrowolny albo obowiązkowy charakter. W niektórych przypadkach tak hasłowo zakreślona granica jest nieostra. Pomimo iż strony mają prawo odmówić przystąpienia do mediacji ze skierowania sądu, warunki, w których dokonują takiego wyboru, nie gwarantują, że będzie on zupełnie swobodny. Można wówczas mówić o ograniczonej dobrowolności mediacji.

Mediacje sądowe mają charakter w pełni dobrowolny wówczas, gdy sąd nie może skierować stron do mediacji bez ich wyraźnej na to zgody, a odmowa zgody na mediację nie powoduje dla żadnej z nich jakichkolwiek negatywnych konsekwencji. Przepisy nadające mediacjom sądowym taki charakter (z pewnymi zastrzeżeniami) obowiązują m.in. w Austrii³⁵, Belgii, Chorwacji³⁶, Francji i na Słowacji. Przykładowo, zgodnie z art. 1734 § 1 belgijskiego *Code Judiciaire*, sąd może skierować strony do mediacji na zgodne żądanie stron albo też z własnej inicjatywy, lecz za ich zgodą (*à la demande conjointe des parties ou de sa propre initiative mais avec l'accord de celles-ci*).³⁷ Sędzia – choćby był w pełni przekonany o celowości przeprowadzenia mediacji w danej sprawie – dysponuje jedynie „siłą sugestii”; decyzja o podjęciu mediacji należy zaś zawsze do stron.³⁸ Zaznaczyć jednak należy, że belgijskie sądy prowadzą aktywne działania na rzecz promocji mediacji, polegające np. na

³⁵ Zaznaczyć należy, że austriacki kodeks postępowania cywilnego rozmyślnie nie używa pojęcia „mediacji”. W celu bowiem umożliwienia rozwoju innych podobnych metod w § 204 *Zivilprozessordnung* mowa o skierowaniu stron do „instytucji zajmujących się polubownym rozwiązywaniem sporów” – § 204 zd. 2 *Zivilprozessordnung* (1.8.1895 r., RGBl. Nr. 113 z zm.): „Hiebei ist, wenn dies zweckmäßig erscheint, auch auf Einrichtungen hinzuweisen, die zur einvernehmlichen Lösung von Konflikten geeignet sind.”

³⁶ *Zakon o mirenju*, NN 163/03, art. 16 ust. 3.

³⁷ Art. 1734 § 1 *Code Judiciaire*: “(...) le juge déjà saisi d'un litige peut, à la demande conjointe des parties ou de sa propre initiative mais avec l'accord de celles-ci, ordonner une médiation (...).”

³⁸ Jak podaje J. Singer (*The EU Mediation*, s. 12) w praktyce sporadycznie zdarzało się, że sędziowie kierowali strony do mediacji na podstawie swoich ogólnych kompetencji (uznania sędziowskiego) w oparciu o art. 19 *Code Judiciaire*.

załączaniu do korespondencji sądowej broszur informacyjnych o mediacji i korzyściach z nią związanych.³⁹

O ile programy dobrowolnych mediacji sądowych nie budzą na ogół większych kontrowersji, odmienna ocena dotyczy mediacji obowiązkowych. Obowiązek udziału w mediacji może wynikać z postanowienia sądu wydanego w danej sprawie albo bezpośrednio z przepisu ustawy. Pierwsze programy sądowych mediacji obowiązkowych pojawiły się w latach osiemdziesiątych w Stanach Zjednoczonych.⁴⁰ U ich podstaw legła m.in. obserwacja, że jeżeli do wszczęcia mediacji wymagany był wniosek albo choćby wyraźne oświadczenia stron o zgodzie na mediację, trafiało do niej stosunkowo niewiele spraw. Na opór związany z korzystaniem z mediacji wpływ miały różne czynniki związane z brakiem wiedzy, nieuzasadnionym przekonaniem o małej skuteczności mediacji, czy traktowaniem zgody na mediację jako oznaki słabości i przekonania o ograniczonych szansach na zwycięstwo w procesie itp. Programy mediacji obowiązkowych pozwalały przezwyciężyć taki opór. Uznawano, że nie niweczą one istoty dobrowolności, bowiem z wyjątkiem przystąpienia do mediacji, dalszy w niej udział, a w szczególności zawarcie ugody, nadal były w pełni dobrowolne. Ich zwolennicy wyrażali przekonanie, że mediacja nigdy nie stałaby się w Stanach Zjednoczonych tak popularna jak to się stało, gdyby nie to, że sądy federalne i stanowe zostały wyposażone przez Kongres i legislatury stanowe w możliwość wdrożenia programów mediacji obowiązkowych.⁴¹ Zbliżone do amerykańskich programy mediacji obowiązkowych funkcjonują w wielu prowincjach

³⁹ J. Singer, *The EU Mediation Atlas: Practice and Regulation*, London 2004, s. 15.

⁴⁰ U. Boettger, *Efficiency Versus Party Empowerment – Against A Good-Faith Requirement In Mandatory Mediation*, *Review of Litigation* 2004, nr 23, s. 1, 9. Zdaniem niektórych autorów, początków obowiązkowych mediacji sądowych należy upatrywać w obowiązkowych posiedzeniach pojednawczych (*settlement conferences*), odbywających się przed rozprawą, w celu zawarcia ugody. Sędzia prowadzący sprawę zarządzał posiedzenie pojednawcze w każdym przypadku, w którym uznawał to za celowe. Zobowiązywał strony, czy też ich pełnomocników z odpowiednim umocowaniem do zawarcia ugody, do uczestnictwa w takim posiedzeniu, w celu wyjaśnienia różnych kwestii związanych ze sprawą. Posiedzenia pojednawcze odbywały się zazwyczaj kilka dni przed rozprawą, a udział w nich miał charakter obowiązkowy. Posiedzenia pojednawcze są prowadzone również obecnie, ale coraz częściej zastępuje się je mediacją z udziałem niezależnych mediatorów. H. A. Streeter-Schaefer, *A Look At Court Mandated Civil Mediation*, *Drake L. Rev.* 2001, nr 49, s. 369, 371.

⁴¹ Por. E. Gmurzyńska, *Mediacja w sprawach cywilnych w amerykańskim systemie prawnym – zastosowanie w Europie i w Polsce*, Warszawa 2006, s. 186; U. Boettger, *Efficiency*, s. 1, 8-9; D. S. Winston, *Participation*, s. 187, 196-97; K. K. Kovach, *Mediation – Principles and Practice*, 2000, s. 61-63.

Kanady: Ontario⁴², Albercie⁴³, Saskatchewan⁴⁴, Quebecu⁴⁵ oraz Kolumbii Brytyjskiej.⁴⁶

Rozwój programów sądowych mediacji obowiązkowych w pozaeuropejskich krajach *common-law* wpłynął na praktykę sądów angielskich. Wobec braku wyraźnych regulacji w Zasadach postępowania cywilnego (*Civil Procedure Rules*) z 1998 r., zagadnienie dopuszczalności nakładania przez sądy na strony obowiązku wzięcia udziału w mediacji stało się przedmiotem orzecznictwa. Niektóre sądy uznawały się za władne nakazywać stronom podjęcie mediacji nawet wbrew ich woli, wywodząc taką kompetencję z udzielonego im przez prawo ogólne upoważnienia – a zarazem obowiązku – „aktywnego zarządzania sprawą” (*active case management*). Na takiej podstawie, w precedensowej sprawie *Guinle v. Kirreh* z 1999 r., pomimo sprzeciwu jednej ze stron, sąd zawiesił postępowanie na okres trzech miesięcy, nakazując, aby w tym czasie strony podjęły mediację, a następnie poinformowały go o jej wynikach oraz ewentualnie o tym, dlaczego – z zastrzeżeniem zasady poufności mediacji – nie doprowadziła ona do rozwiązania sporu.⁴⁷

Podobnie, w sprawie *Shirayama Shokusan v. Danovo* z 2003 r. sąd zarządził mediację, pomimo wyraźnego stanowiska jednej ze stron, że nie chce wziąć w niej udziału. Uznał mianowicie, że za mediacją przemawiają szczególne okoliczności: po pierwsze, strony pozostawały w relacjach o charakterze długookresowym i będą musiały – niezależnie od rozstrzygnięcia – nadal w nich pozostawać, prawdopodobnie przez wiele lat; po drugie, strony miały oczywisty obiektywnie dostrzegalny interes w powodzeniu ich wspólnego przedsięwzięcia, a po trzecie, próba mediacji, pomimo negatywnych deklaracji samych zainteresowanych, wydawała się mieć istotne szanse powodzenia.⁴⁸

⁴² *Courts of Justice Act*, R.R.O. 1990, *Rules of Civil Procedure*, Rule 24.1: *Mandatory Mediation*.

⁴³ *Mediation Rules of the Provincial Court-Civil Division under the Provincial Court Act*, AR 271/97.

⁴⁴ Art. 42 *Saskatchewan Queen's Bench Act*, S.S. 1994, c.Q-1.01.

⁴⁵ *Family mediation*, <<http://www.justice.gouv.qc.ca/english/publications/generale/mediation-a.htm>>.

⁴⁶ *Law and Equity Act, Notice to Mediate (General) Regulation*, B.C. Reg. 4/2001, January 12, 2001.

⁴⁷ *Guinle v. Kirreh* (1999) WL 1399987 (Ch D), (2000) CP Rep 62.

⁴⁸ *Shirayama Shokusan v. Danovo* (2003) EWHC 3306 (19).

Odmienne stanowisko przedstawił angielski sąd apelacyjny (*Court of Appeal*) w sprawie *Halsey*.⁴⁹ Wyraził przekonanie, że o ile zgodne z prawem (*lawful*) jest zachęcanie stron do skorzystania z mediacji w danej sprawie, nawet jeżeli ma najbardziej stanowczy charakter (*even if the encouragement is in the strongest terms*), to sąd nie może im nakazać podjęcia mediacji, gdyż byłoby to niezgodne z art. 6 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (prawo do sądu). Sąd wyjaśnił, że Europejski Trybunał Praw Człowieka odróżnia w swym orzecznictwie sytuacje, w których ograniczenie prawa do sądu wynika z autonomicznej woli podmiotu, któremu prawo to przysługuje (jak np. w przypadku zapisu na sąd polubowny czy umowy o mediację) od takich, w których analogiczne ograniczenie ma charakter zewnętrzny (*constraint*), tzn. zostaje dysponentowi prawa do sądu narzucone.⁵⁰ Sąd uznał w związku z tym, że obowiązek podjęcia mediacji narzucony stronie procesu cywilnego stanowiłby niedozwolone ograniczenie przysługującego jej prawa do sądu. Orzeczenie w sprawie *Halsey* pozostawia jednak sądom dużą dowolność w zakresie sposobu zachęcania stron do skorzystania z mediacji. Otwarte pozostaje również pytanie co do konsekwencji, które nieuzasadniona odmowa może dla tej strony powodować.⁵¹

W sprawach rodzinnych, w Anglii, strona ubiegająca się o zwolnienie od kosztów sądowych musi wziąć udział w sesji informacyjnej, podczas której mediator przedstawi jej charakter i potencjalne korzyści związane z udziałem w mediacji. Dopiero po odbyciu tego spotkania dana osoba wyraża albo odmawia zgody na mediację. Poza sesją informacyjną, mediacja jest zatem w pełni dobrowolna.⁵² Dodatkowe wymogi dochodzą jednak w przypadku ubiegania się o ustanowienie pełnomocnika procesowego z urzędu. Zgodnie z art. 15 (3F) *Legal Aid Act 1988*, pełnomocnik nie zostanie wyznaczony, o ile strona, która ubiega się o jego ustanowienie, nie odbyła spotkania z mediatorem w celu ustalenia m.in., czy

⁴⁹ *Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust* [2004] EWCA Civ 576 [9].

⁵⁰ *Zob. Deweer v. Belgium* [1980] 2 EHRR 439 [49].

⁵¹ S. Fielding, *Mediation post-Halsey*, NLJ 2004, nr 154, s. 1394; w polskim piśmiennictwie o wyroku w sprawie *Halsey* pisała m.in. A. Machnicka, *Przedkontraktowe porozumienia – umowa o negocjacje i list intencyjny*, Kraków 2007, s. 35.

⁵² Art. 13 *Family Law Act 1996*.

mediacja byłaby właściwą metodą rozwiązania danego sporu z uwagi na jego charakter i okoliczności, itp.⁵³

Obowiązek podjęcia mediacji może wynikać nie tylko z postanowienia sądu, lecz również wprost z przepisów ustawy. Do najbardziej znanych przykładów takiego rozwiązania należy niemiecka ustawa federalna EGZPO z 15.12.1999 r., która w art. 15 a⁵⁴ upoważniła landy do wprowadzenia obowiązkowych postępowań pojednawczych (w tym mediacji) w określonych kategoriach spraw cywilnych. Od strony przedmiotowej upoważnienie to dotyczy: spraw majątkowych, podlegających właściwości sądów rejonowych (*Amtsgericht*), w których wartość przedmiotu sporu nie przekracza kwoty 750 Euro⁵⁵; spraw z zakresu prawa sąsiedzkiego dotyczących roszczeń uregulowanych w §§ 910, 911, 923 BGB, a także w § 906 BGB i przepisach poszczególnych landów wydanych w związku z art. 124 Przepisów wprowadzających BGB (*Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche*), o ile nie dotyczą działalności przedsiębiorstwa⁵⁶; spraw o naruszenie dobrego imienia (*Verletzung der persönlichen Ehre*), o ile nie doszło do niego za pomocą środków masowego przekazu (*Presse oder Rundfunk*)⁵⁷; a także spraw o roszczenia regulowane przepisami rozdziału 3 tzw. ustawy antydyskryminacyjnej (*Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes*).⁵⁸ Ustawa zawiera też jednak szereg wyjątków, które wyłączają zastosowanie powyższej dyspozycji m.in. w sprawach: których strony

⁵³ Art. 15(3F): "A person shall not be granted representation for the purposes of proceedings relating to family matters, unless he has attended a meeting with a mediator (a) to determine (i) whether mediation appears suitable to the dispute and the parties and all the circumstances, and (ii) in particular, whether mediation could take place without either party being influenced by fear of violence or other harm; and (b) if mediation does appear suitable, to help the person applying for representation to decide whether instead to apply for mediation." Por. L. Parkinson, *Family*, s. 32.

⁵⁴ Deutscher Bundestag, Begründung, Art. 15 a EGZPO, BGB1. 1999 I, s. 2400.

⁵⁵ § 15a ust. 1 pkt 1: „vermögensrechtlichen Streitigkeiten vor dem Amtsgericht über Ansprüche, deren Gegenstand an Geld oder Geldeswert die Summe von 750 Euro nicht übersteigt“

⁵⁶ § 15a ust. 1 pkt 2: „Streitigkeiten über Ansprüche aus dem Nachbarrecht nach den §§ 910, 911, 923 des Bürgerlichen Gesetzbuchs und nach § 906 des Bürgerlichen Gesetzbuchs sowie nach den landesgesetzlichen Vorschriften im Sinne des Artikels 124 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche, sofern es sich nicht um Einwirkungen von einem gewerblichen Betrieb handelt“

⁵⁷ § 15a ust. 1 pkt 3: „Streitigkeiten über Ansprüche wegen Verletzung der persönlichen Ehre, die nicht in Presse oder Rundfunk begangen worden sind“

⁵⁸ § 15a ust. 1 pkt 4: „Streitigkeiten über Ansprüche nach Abschnitt 3 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes.“

mieszkają lub mają siedziby w różnych landach, wekslowych oraz rozpoznawanych na drodze sądowej po raz wtóry (*Wiederaufnahmeverfahren*).⁵⁹

W zakresie objętym zakresem upoważnienia ustawodawcy federalnego, landy mogą uzależnić dopuszczalność sądowego dochodzenia roszczeń od uprzedniego przeprowadzenia postępowania pojednawczego w „ośrodkach rozjemczych prowadzonych lub uznanych przez krajową administrację wymiaru sprawiedliwości” (*Landesjustizverwaltung eingerichteten oder anerkannten Gütestelle*), bądź w granicach dopuszczonych w § 15a ust. 3 – przed innym, uzgodnionym przez strony, ośrodkiem rozjemczym (*einer sonstigen Gütestelle*). Powód może w związku z tym zostać obowiązany do przedstawienia w sądzie wydanego przez taki ośrodek zaświadczenia potwierdzającego przeprowadzenie bezskutecznej próby pojednawczej (*erfolglosen Einigungsversuch*) dotyczącej dochodzonego roszczenia. Zaświadczenie takie może uzyskać również wtedy, gdy postępowania pojednawczego (*Einigungsverfahren*), o które wnosił, nie udało się przeprowadzić w terminie trzech miesięcy.⁶⁰

Mediację prowadzoną na podstawie szczególnego przepisu prawa należy odróżnić od sędziowskich postępowań pojednawczych, które w niektórych systemach prawnych stanowić mogą obowiązkowy etap poprzedzający rozpoznanie i rozstrzygnięcie sprawy przez sąd. Tego rodzaju rozwiązania występują m.in. w krajach należących do kręgu romańskiej tradycji prawnej. We Francji obowiązkowa sądowa koncyliacja ma miejsce m.in. w sprawach przed sądami pracy (*Conseil des prud’hommes*) zgodnie z art. R 145-9 i R 516-3 Kodeksu Pracy, przed sądami grodzkimi (*tribunal d’instance*) na podstawie art. 840 § 1 NCPC oraz w niektórych

⁵⁹ § 15a ust. 2: „Absatz 1 findet keine Anwendung auf (1.) Klagen nach den §§ 323, 324, 328 der Zivilprozessordnung, Widerklagen und Klagen, die binnen einer gesetzlichen oder gerichtlich angeordneten Frist zu erheben sind, (2.) Streitigkeiten in Familiensachen, (3.) Wiederaufnahmeverfahren, (4.) Ansprüche, die im Urkunden- oder Wechselprozess geltend gemacht werden, (5.) die Durchführung des streitigen Verfahrens, wenn ein Anspruch im Mahnverfahren geltend gemacht worden ist, (6.) Klagen wegen vollstreckungsrechtlicher Maßnahmen, insbesondere nach dem Achten Buch der Zivilprozessordnung. Das Gleiche gilt, wenn die Parteien nicht in demselben Land wohnen oder ihren Sitz oder eine Niederlassung haben.“

⁶⁰ § 15a ust. 1 *in fine*: „Der Kläger hat eine von der Gütestelle ausgestellte Bescheinigung über einen erfolglosen Einigungsversuch mit der Klage einzureichen. Diese Bescheinigung ist ihm auf Antrag auch auszustellen, wenn binnen einer Frist von drei Monaten das von ihm beantragte Einigungsverfahren nicht durchgeführt worden ist.“

postępowaniach dotyczących rozvodu i separacji (art. 252 Kodeksu Napoleona).⁶¹
Do 10 grudnia 2005 r. analogiczne postępowanie pojednawcze obowiązywało
w Polsce – w sprawach o rozwód i separację (art. 436-438 kpc).

⁶¹ E. Gaillard, J. Edelstein, *Mediation in France*, *Dispute Resolution Journal* Nov 2000-Jan 2001, s. 74, 75.

Mediator

Panuje powszechne przekonanie, że rola mediatora w mediacji „jest nie do przecenienia”.⁶² Od jego umiejętności, wiedzy, a nawet osobistej charyzmy w dużej mierze zależy jej powodzenie. Wybór mediatora pociąga też za sobą wybór określonego stylu prowadzenia mediacji.⁶³ Pomimo iż mediator nie ma kompetencji władczych takich jak sędzia czy arbiter, przebieg i rezultat mediacji w dużym stopniu zależą od jego przygotowania, od tego, na ile biegle opanował „sztukę mediacji”.⁶⁴ Jedną z najistotniejszych kwestii, którą rozstrzygają ustawodawcy nadając mediacji ramy prawne, jest dlatego odpowiedź na pytanie, kto może zostać mediatorem.

Omawiane zagadnienie nabiera szczególnego znaczenia w przypadku mediacji sądowych lub obowiązkowych.⁶⁵ W razie bowiem sądowego skierowania do mediacji, prowadzonej przez wyznaczonego przez sąd mediatora, na którego wybór strony mają na ogół ograniczony wpływ, stronom towarzyszyć może usprawiedliwione przekonanie, że prowadzić on będzie mediację w sposób przez sąd aprobowany lub przynajmniej nadzorowany. Przekonanie o konieczności zapewnienia odpowiednich kwalifikacji mediatorów sądowych znalazło wyraz m.in. w uzasadnieniu Zarządzenia Ministra Sprawiedliwości Nr 55/08/DNWO z dnia 1 sierpnia 2005 r. w sprawie powołania Społecznej Rady ds. Alternatywnych Metod Rozwiązywania Konfliktów i Sporów.⁶⁶ W ślad za nim nie poszły jednak w naszym prawie żadne rozwiązania legislacyjne i zgodnie ze stanem prawnym *de lege lata* „mediatorem może być każdy” (kto ma pełną zdolność do czynności prawnych i pełnię praw publicznych).

⁶² B. Czarnecka-Działuk, D. Wójcik, *Mediacja w sprawach nieletnich w świetle teorii i badań*, Warszawa 2001, s. 145.

⁶³ B. A. Phillips, *The mediation field guide: transcending litigation and resolving conflicts in your business or organization*, San Francisco 2001, s. 167.

⁶⁴ Zob. M. Bennett, M. Hermann, *The Art of Mediation*, Nita Publications 1997.

⁶⁵ Comité européen de coopération juridique (CDCJ), CM(2002)87 Addendum 11 juin 2002, *Projet de Recommandation Rec (2002)10 du Comité des Ministres aux Etats membres sur la médiation en matière civile – Exposé des motifs*, pkt 43. Por. też np. W. L. Dobbins, *The Debate Over Mediator Qualifications: Can They Satisfy the Growing Need to Measure Competence without Barring Entry to the Market?*, U. Fla. J. L & Pub. Pol'y, 1994-1995, Fall, s. 97 oraz S. Press, *Institutionalization: Savior or Saboteur*, s. 903.

⁶⁶ Zarządzenie Ministra Sprawiedliwości Nr 55/08/DNWO z dnia 1 sierpnia 2005 r., Uzasadnienie: „(...) Osoby, którym powierzono prowadzenie ADR w ramach postępowania sądowego, muszą posiadać dowód kwalifikacji, szkoleń lub odpowiedniego doświadczenia, które za każdym razem są oceniane przez sąd lub posiadać uznawaną urzędową akredytację.”

Wśród wymagań stawianych mediatorom pierwszorzędne znaczenie mają te dotyczące cech osobowościowych (*human qualities*).⁶⁷ Trafnie zauważają w związku z tym niektórzy autorzy, że podstawą doboru mediatorów (a przynajmniej jedną z nich) powinny być testy psychologiczne. Mogłyby służyć do oceny osobowości przyszłego mediatora, a w szczególności jego umiejętności aktywnego słuchania, rozumienia kontekstualnego, uczciwości, inteligencji emocjonalnej, elastyczności i tolerancji.⁶⁸ Tego rodzaju właściwości są jednak dość trudne do zweryfikowania i z tego powodu niemal zupełnie pomijane wśród normatywnych wymagań stawianych mediatorom. Znacznie częściej spotykane są za to kryteria o charakterze formalnym i obiektywnym, takie jak: wiek, wykształcenie, odbycie specjalistycznego szkolenia.

Kontrowersje związane z kwalifikacjami mediatorów dotyczą m.in. kryterium wykształcenia. Niektórzy autorzy są zdania, że mediatorami powinny być osoby z wykształceniem prawniczym, a ewentualnie psychologicznym lub podobnym – z zakresu nauk społecznych.⁶⁹ Osoby te wykazują bowiem na ogół ponadprzeciętnie rozwinięte zdolności interpersonalne. Dzieje się tak m.in. dzięki charakterowi ich pracy, którą w języku potocznym określa się mianem „pracy z ludźmi”. Zdaniem innych, od mediatora powinno się wymagać po prostu wyższego wykształcenia, bez jakichkolwiek dalszych szczególnych wymagań.⁷⁰ Takie rozwiązanie przyjęto m.in. w ustawodawstwie belgijskim⁷¹, bośniackim⁷², słowackim i węgierskim.

Innym typowym wymogiem stawianym kandydatom na mediatorów jest obowiązek odbycia specjalistycznego szkolenia, a także udziału w charakterze asystenta lub członka zespołu mediacyjnego (tzw. ko-mediatora), pod kierunkiem doświadczonego mediatora, w określonej liczbie mediacji.

⁶⁷ *Recommendation No. R (86) 12 of the Committee of Ministers to Member States concerning measures to prevent and reduce the excessive workload in the courts, Explanatory Memorandum*, pkt. 15.

⁶⁸ M. Shaw, *Mediator Qualifications: Report of A Symposium on Critical Issues in Alternative Dispute Resolution*, Seton Hall Legislative Journal 1988, nr 12, s. 125.

⁶⁹ S. G. Bullock, L. R. Gallagher, *Surveying the State of the Meditative Art: A Guide to Institutionalizing Mediation in Louisiana*, Louisiana Law Review 1997, nr 57, s. 930.

⁷⁰ E. F. Hartfield, *Qualifications and Training Standards for Mediators of Environmental and Public Policy Disputes*, Seton Hall Legis. J. 1988, nr 12, s. 109.

⁷¹ J. Singer, *The EU Mediation*, s. 11 i 18.

⁷² Por. art. 31 *Zakon o Postupku Medijacije*, *Službeni glasnik* BiH, br. 37/04 („visoka stručna sprema”).

Przykładowo, szkolenia dla mediatorów w Austrii liczą: część teoretyczna - od 200 do 300, a część praktyczna od 100 do 200 godzin. Zajęcia teoretyczne muszą obejmować następujące zagadnienia: zasady i modele (*Grundannahmen und Leitbilder*) mediacji, techniki komunikacyjne i negocjacyjne, analizę konfliktu (*Konfliktanalysen*), zakres zastosowania (*Anwendungsgebiete*) mediacji oraz występujące w niej kwestie etyczne (*ethische Fragen der Mediation*) i prawne. Część praktyczna szkolenia powinna natomiast uwzględniać różnego rodzaju symulacje mediacji (*Rollenspielen, Simulation*), pracę w grupie (*Peergruppenarbeit*) i wreszcie wprowadzenie do rzeczywistej praktyki mediacyjnej (§ 29 ZivMediatG).

Mediatorzy w Austrii są ustawowo obowiązani do zawarcia umowy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej i posiadania ważnej polisy ubezpieczeniowej w ciągu całego okresu, w którym są wpisani na listę stałych mediatorów.⁷³ Umowa musi spełniać następujące kryteria: zostać zawarta z towarzystwem ubezpieczeniowym, które prowadzi swoją działalność w Austrii, podlegać prawu austriackiemu, przewidywać sumę ubezpieczeniową (*Mindestversicherungssumme*) nie mniejszą niż 400.000 Euro oraz nie zawierać żadnych ograniczeń ani wyłączeń co do czasu, w którym dopuszczalne jest występowanie z objętymi polisą roszczeniami z stosunku do ubezpieczyciela (*der Ausschluss oder eine zeitliche Begrenzung der Nachhaftung des Versicherers ist unzulässig*).⁷⁴ Sankcjami za niewywiązanie się z powyższego obowiązku są m.in. skreślenie z listy stałych mediatorów oraz kara pieniężna w wysokości do 3.500 Euro (§ 32 ZivMediatG).

W Belgii ustawodawca nałożył na kandydatów na mediatorów ogólny wymóg wykazania odpowiednich kwalifikacji i doświadczenia, umożliwiających prowadzenie mediacji.⁷⁵ Pomimo iż ustawa nie formułuje *explicite* obowiązku odbycia specjalistycznego szkolenia, w praktyce jest ono wymagane w stosunku niemal do

⁷³ § 19 ust. 1 ZivMediatG: „Der Mediator hat zur Deckung der aus seiner Tätigkeit entstehenden Schadenersatzansprüche eine Haftpflichtversicherung bei einem zum Geschäftsbetrieb in Österreich berechtigten Versicherer abzuschließen und diese während der Dauer seiner Eintragung in der Liste der Mediatoren aufrechtzuerhalten.”

⁷⁴ § 19 ust. 2 ZivMediatG: „Für den Versicherungsvertrag muss Folgendes gelten: (1.) auf ihn muss österreichisches Recht anwendbar sein; (2.) die Mindestversicherungssumme hat 400 000 Euro für jeden Versicherungsfall zu betragen; (3.) der Ausschluss oder eine zeitliche Begrenzung der Nachhaftung des Versicherers ist unzulässig.”

⁷⁵ Tytułem przykładu art. 131-5 pkt 3 NCPC: „Posséder, par l'exercice présent ou passé d'une activité, la qualification requise eu égard à la nature du litige.”

wszystkich kandydatów. W Belgii szkolenia mediacyjne podlegają nadzorowi federalnej komisji ds. mediacji.⁷⁶ Ponadto, od kandydata na mediatora wymaga się, aby był niekarany, co oznacza nie tylko brak prawomocnych wyroków skazujących, ale również kar nałożonych w postępowaniach dyscyplinarnych czy administracyjnych (*sanction disciplinaire ou administrative*), których charakter stawałby pod znakiem zapytania zdolność danej osoby do należytego wykonywania funkcji mediatora (tak art. 1726 § 1 pkt 5 belgijskiego *Code Judiciaire*⁷⁷).

Inaczej wymóg niekaralności (*bezúhonný*) jest rozumiany na Słowacji. Odnosi się tam wyłącznie do prawomocnego skazania za przestępstwo z winy umyślnej (*právoplatne odsúdený za úmyselný trestný čin*).⁷⁸ Słowacka ustawa o mediacji z 2004 r. przewiduje w § 2, że kandydat na mediatora powinien udowodnić, że spełnia wymóg niekaralności ubiegając się o wpis na listę mediatorów przez złożenie zaświadczenia potwierdzającego, że nie figuruje w rejestrze skazanych, przy czym zaświadczenie to zachowuje ważność w ciągu trzech miesięcy od daty jego wystawienia.⁷⁹ Ponadto, od kandydatów na mediatorów słowacki ustawodawca wymaga posiadania: pełnej zdolności do czynności prawnych (*spôsobilý na právne úkony v plnom rozsahu*), wyższego wykształcenia drugiego stopnia (*vysokoškolské vzdelanie druhého stupňa*) oraz świadectwa ukończenia specjalistycznego szkolenia dla mediatorów (*osvedčenie o úspešnom absolvovaní odbornej prípravy mediátora*) w instytucji upoważnionej do prowadzenia takich szkoleń. Jeżeli zaś mediatorzy prowadzą działalność w ramach ośrodka mediacyjnego, dodatkowo wymaga, aby zostali oni wpisani na publicznie dostępną listę mediatorów tego ośrodka (*zoznam mediátorov mediačného centra*).⁸⁰

Ustawodawca węgierski, zgodnie z § 5 tamtejszej ustawy o mediacji, oczekuje od mediatorów: wyższego wykształcenia (na dowolnym kierunku studiów), pięciu lat doświadczenia zawodowego, niekaralności, pełnej zdolności do czynności prawnych

⁷⁶ J. Singer, *The EU Mediation*, s. 16.

⁷⁷ Art. 1726 § 1 pkt 5 *Code Judiciaire*: "(...) ne pas avoir encouru de sanction disciplinaire ou administrative, incompatible avec l'exercice de la fonction de médiateur agréé (...)"

⁷⁸ *Zákon z 25. júna 2004 o mediácii a o doplnení niektorých zákonov*, § 2 ust. 2 lit. b).

⁷⁹ *Zákon z 25. júna 2004 o mediácii a o doplnení niektorých zákonov*: „(...) bezúhonnosť sa preukazuje výpisom z registra trestov, ktorý nesmie byť starší ako tri mesiace” (§ 2 ust. 2 lit. b)).

⁸⁰ *Zákon z 25. júna 2004 o mediácii a o doplnení niektorých zákonov*.

oraz wpisu na listę stałych mediatorów. W węgierskiej doktrynie krytycznie odnotowano, że pomimo wprowadzenia dość restryktywnych wymogów w stosunku do kandydatów na mediatorów (daleko surowszych od tych, które obowiązują np. w odniesieniu do arbitrów), węgierski ustawodawca nie zadbał o ich przygotowanie do prowadzenia mediacji – brak bowiem obowiązku odbycia jakiegokolwiek specjalistycznego szkolenia w zakresie mediacji. Zdaniem *M. Eorsiego*, ustawa niepotrzebnie naśladuje schematy regulacyjne dotyczących zawodów prawniczych; zbyt dużo miejsca poświęca zwłaszcza temu, jak zdobyć uprawnienia do prowadzenia mediacji (i jak można je stracić) i jakie są sankcje za uchybienia w mediacyjnej praktyce.⁸¹

Ustawodawca maltański ograniczył się do jednego tylko kryterium warunkującego dopuszczenie danej osoby do prowadzenia mediacji. Kandydat na mediatora musi posiadać odpowiednie – w ocenie Maltańskiego Centrum Mediacji (*Malta Mediation Centre*), które prowadzi centralny rejestr mediatorów – kwalifikacje do wykonywania obowiązków i funkcji mediatora.⁸²

⁸¹ Cytowany [za:] J. Revesz, *Mediation*.

⁸² *Mediation Act* z 21 grudnia 2004 r. (ACT XVI of 2004), CAP 474.

Rola mediatora

Niejednorodny i trudny do ścisłego określenia zakres obowiązków mediatora powoduje, że rzadko nadaje się im charakter ustawowy, a jeżeli już tak się dzieje, to zostają one sformułowane w sposób bardzo ogólny. Tak na przykład węgierska ustawa o mediacji wskazuje w § 3, że zadaniem mediatora jest bezstronna pomoc w zawarciu ugody, która zakończy spór między stronami.⁸³ Ustawa słowacka z 2004 r.⁸⁴ poprzestaje natomiast na wskazaniu w § 4, że mediator powinien wykonywać swoją funkcję z dołożeniem należytej staranności, której należy wymagać od profesjonalisty (*s náležitou odbornou starostlivosťou*).

Art. 7 *UNCITRAL Conciliation Rules* poprzestaje na ogólnym sformułowaniu, zgodnie z którym mediator pomaga stronom w niezależny i bezstronny sposób w osiągnięciu ugodowego rozwiązania ich sporu (ang. *amicable settlement of their dispute*, franc. *règlement amiable du litige*).⁸⁵ Kieruje się przy tym zasadami obiektywizmu (ang. *objectivity*, franc. *objectivité*), słuszności (ang. *fairness*, franc. *équité*) i sprawiedliwości (ang. franc. *justice*), mając wzgląd m.in. na prawa i obowiązki stron, zwyczaje handlowe i okoliczności danej sprawy oraz wcześniejszą praktykę między stronami.⁸⁶

Względnie łatwe do sprecyzowania w ustawie lub regulaminie mediacyjnym są obowiązki mediatora o charakterze informacyjnym. Wiążą się one z realizacją zasady świadomego udziału stron w mediacji i ich samostanowienia oraz przekonania, że rolą mediatora jest nie tyle rozwiązywanie konfliktów czy projektowanie ugód, lecz przede wszystkim tworzenie możliwości dokonania przez strony pewnych wyborów (*creating choices*). Decyzja, czy zgodzić się na mediację, podjąć rozmowy z drugą

⁸³ § 3 2002. évi LV. törvény a közvetítői tevékenységről: „A közvetítő feladata, hogy a közvetítés során pártatlanul, lelkiismeretesen, legjobb tudása szerint közreműködjön a felek közötti vitát lezáró megállapodás létrehozásában.”

⁸⁴ Zákon z 25. júna 2004 o mediácii a o doplnení niektorých zákonov.

⁸⁵ Art. 7 ust. 1 Regulaminu mediacyjnego UNCITRAL: „Le conciliateur aide les parties, d'une manière indépendante et impartiale, dans leurs efforts pour parvenir à un règlement amiable du litige.”

⁸⁶ Art. 7 ust. 2 Regulaminu mediacyjnego UNCITRAL: „Le conciliateur est guidé par les principes d'objectivité, d'équité et de justice, et tient compte, entre autres, des droits et des obligations des parties, des usages dans la branche de commerce considérée et des circonstances du litige, y compris les habitudes commerciales qui se sont établies entre les parties.”

stroną, zawrzeć ugodę tej czy innej treści – zawsze bowiem należy w mediacji nie do mediatora, lecz do samych stron.⁸⁷ Aby ją podjąć, strony powinny być w pełni świadome ich konsekwencji.

Zgodnie z austriacką ustawą o mediacji, podstawowym obowiązkiem mediatora jest wyjaśnienie stronom istoty i konsekwencji prawnych prowadzenia mediacji w sprawach cywilnych (*das Wesen und die Rechtsfolgen der Mediation in Zivilrechtssachen*). Ustawa stanowi, że mediator powinien prowadzić mediację zgodnie ze swoją wiedzą i sumieniem (*nach bestem Wissen und Gewissen*), osobiście i niezwłocznie, zachowując neutralność w stosunku do każdej ze stron⁸⁸. Mediator powinien wskazywać stronom na potrzebę zasięgnięcia porady (*Bedarf an Beratung*), w szczególności o charakterze prawnym, która może zaistnieć w związku z prowadzoną mediacją. Powinien również poinformować strony o właściwej formie, w jakiej wynik mediacji (*Ergebnis der Mediation*) musi zostać zawarty dla zapewnienia jego wykonalności.⁸⁹ Rażąco naruszenie zasad prowadzenia mediacji może prowadzić do nałożenia na mediatora kary pieniężnej w wysokości do 3.500 Euro (§ 32 ZivMediatG).

§ 30 węgierskiej ustawy o mediacji wymaga natomiast, aby mediator w trakcie pierwszego spotkania ze stronami poinformował je m.in. o: podstawowych zasadach mediacji, jej etapach, technikach służących dochodzeniu do ugody, kosztach związanych z udziałem w mediacji, zasadzie poufności mediacji i jej ustawowym zakresie oraz o możliwości uzgodnienia przez strony dodatkowych gwarancji poufności mediacji. Jeżeli po przeprowadzeniu pierwszego spotkania i przekazaniu informacji, o których mowa powyżej, strony dalej chcą brać udział w mediacji, mediator sporządza projekt umowy potwierdzającej zasady udziału w mediacji, którą podpisują wszystkie strony i on sam.

⁸⁷ K. Cloke, *Mediating dangerously: the frontiers of conflict resolution*, San Francisco 2001, s. xii.

⁸⁸ § 16 ust. 2 ZivMediatG: „*Der Mediator darf nur mit Zustimmung der Parteien tätig werden. Er hat die Parteien über das Wesen und die Rechtsfolgen der Mediation in Zivilrechtssachen aufzuklären und diese nach bestem Wissen und Gewissen, persönlich, unmittelbar und gegenüber den Parteien neutral durchzuführen.*”

⁸⁹ § 16 ust. 3 ZivMediatG: „*Der Mediator hat die Parteien auf einen Bedarf an Beratung, insbesondere in rechtlicher Hinsicht, der sich im Zusammenhang mit der Mediation ergibt, sowie auf die Form hinzuweisen, in die sie das Ergebnis der Mediation fassen müssen, um die Umsetzung sicherzustellen.*”

Polskie przepisy o mediacji w sprawach cywilnych nie nakładają na mediatorów obowiązków w zakresie informowania stron o zagadnieniach związanych z mediacją. Z pewnością można jednak wywodzić takie obowiązki z przepisów ogólnych lub uznać, że mają one charakter etyczny czy też co najmniej stanowią wyraz dobrych praktyk (*good practices*) przyjętych w mediacji.⁹⁰ Polski ustawodawca nie uregulował też problemu, w jaki sposób powinno dojść do ustalenia trybu prowadzenia mediacji. Zagadnienie to jest przedmiotem regulacji normatywnych w stosunkowo licznych systemach prawa innych państw.

Ustawa wzorcowa UNCITRAL stanowi w art. 6, że ustalenie sposobu prowadzenia mediacji należy w pierwszej kolejności do stron. Uregulowanie to odzwierciedla przekonanie, że to strony, a nie mediator, są prawdziwymi „gospodarzami” postępowania mediacyjnego oraz autorami porozumienia kończącego to postępowanie.⁹¹ Najczęściej dokonują one tego ustalenia przez wybór określonego regulaminu mediacyjnego.⁹² Mogą też jednak szczegółowo uregulować tryb prowadzenia mediacji w umowie. O możliwości zawarcia takiej umowy mowa *explicite* m.in. w art. 6 ust. 1 chorwackiej ustawy o mediacji z 2003 r.⁹³ W jej przygotowaniu może mieć udział mediator. Podobnie belgijski ustawodawca przewidział, że uzgodnienia w zakresie „organizacji” postępowania mediacyjnego strony podejmują z pomocą mediatora, który nadaje im formę protokołu mediacyjnego (*un protocole de médiation*, art. 1731 § 1 Code Judiciaire⁹⁴).

Reguła, zgodnie z którą uzgodnienie zasad mediacji w danej sprawie należy pierwotnie do stron, odzwierciedla kontraktową naturę mediacji (podkreślić jednak należy, że art. 6 ustawy UNCITRAL znajduje zastosowanie niezależnie od tego, czy mediacja jest prowadzona na podstawie umowy, skierowania sądu czy szczególnego

⁹⁰ Zdaniem T. Erecińskiego (*Kodeks*, s. 411), „należy [...] postulować, żeby mediator [jeszcze] przed przystąpieniem stron do mediacji informował je o ich prawach i obowiązkach w mediacji oraz skutkach ewentualnej ugody.”

⁹¹ A. Wach, *Alternatywne formy rozwiązywania sporów sportowych*, Warszawa 2005, s. 256.

⁹² Art. 6 ust. 1 ustawy wzorcowej UNCITRAL: „*Les parties sont libres de convenir, par référence à un règlement de conciliation ou sur une autre base, de la manière dont la conciliation doit être conduite.*”

⁹³ *Zakon o mirenju*, NN 163/03, art. 6 ust. 1: „*Mirenje se provodi na način o kojem su se stranke sporazumjele, o čemu mogu sklopiti pisani sporazum.*”

⁹⁴ Art. 1731 § 1 *Code Judiciaire*: “*Les parties définissent entre elles, avec l'aide du médiateur, les modalités d'organisation de la médiation et la durée du processus. Cette convention est consignée par écrit dans un protocole de médiation signé par les parties et par le médiateur.*”

przepisu prawa). Dopiero w braku porozumienia stron, uprawnienie do ustalenia trybu prowadzenia postępowania przechodzi na mediatora. Może on prowadzić mediację w taki sposób, jaki uważa za stosowny, biorąc pod uwagę okoliczności sprawy, życzenia zgłaszane przez strony (*des souhaits que peuvent exprimer les parties*) oraz potrzebę szybkiego załatwienia sprawy (ang. *need for a speedy settlement of the dispute*, franc. *la nécessité de parvenir rapidement à un règlement du litige*)⁹⁵, (analogicznie art. 6 ust. 2 ustawy chorwackiej⁹⁶). Dość nietypowy charakter ma art. 6 ust. 4 ustawy chorwackiej, zgodnie z którym jeżeli strony nie uzgodniły zasad prowadzenia mediacji, mediator jest upoważniony do posiłkowego stosowania odpowiednich przepisów kodeksu postępowania cywilnego, w szczególności dotyczących wzywania stron, doręczania zawiadomień, terminów, itp.⁹⁷

Swoboda mediatora w odniesieniu do sposobu prowadzenia mediacji jest ograniczona pewnymi normami o charakterze bezwzględnie wiążącym. Zgodnie z art. 6 ust. 3 prawa modelowego UNCITRAL, prowadząc mediację mediator jest zawsze obowiązany traktować strony równo (*traitement équitable*), z uwzględnieniem okoliczności sprawy⁹⁸ (tak też m.in. art. 6 ust. 3 ustawy chorwackiej⁹⁹).

Z natury nieformalna, polegająca na bezpośrednim kontakcie stron mediacja jest niemal zawsze prowadzona ustnie. Ze względu jednak właśnie na jej nieformalny

⁹⁵ Art. 6 ust. 2 ustawy wzorcowej UNCITRAL: „*En l’absence de convention des parties sur la manière dont la conciliation doit être conduite, le conciliateur peut mener la procédure de conciliation comme il le juge approprié, compte tenu des circonstances de l’affaire, des souhaits que peuvent exprimer les parties et de la nécessité de parvenir rapidement à un règlement du litige.*” Rozwiązanie to niemal dosłownie odzwierciedla wcześniejszy art. 7 ust. 3 UNCITRAL Conciliation Rules z 1980 roku.

Art. 7 ust. 3 Regulaminu mediacyjnego UNCITRAL: “*Le conciliateur peut mener la procédure de conciliation comme il le juge approprié, compte tenu des circonstances de l’affaire, des désirs que les parties peuvent avoir exprimés, y compris toute demande d’une partie tendant à ce que le conciliateur procède à des auditions, et de la nécessité de parvenir rapidement à un règlement du litige.*”

⁹⁶ Zakon o mirenju, NN 163/03, art. 6 ust. 2: „*Ako se stranke nisu drugačije sporazumjele, izmiritelj mirenje provodi na način koji smatra prikladnim, uzimajući u obzir sve okolnosti slučaja, zahtjeve stranaka i potrebu za brzim i trajnim rješenjem spora.*”

⁹⁷ Zakon o mirenju, NN 163/03, art. 6 ust. 4: „*Ako stranke nisu odredile postupak mirenja, izmiritelj je ovlašten na prikladan način primjenjivati odredbe Zakona o parničnom postupku, posebno u odnosu na pozivanje, dostavu poziva, rokove i sl.*”

⁹⁸ Art. 6 ust. 3 ustawy wzorcowej UNCITRAL: „*Dans tous les cas, le conciliateur s’efforce, dans la conduite de la procédure, d’accorder aux parties un traitement équitable et, ce faisant, il prend en compte les circonstances de l’affaire.*”

⁹⁹ Zakon o mirenju, NN 163/03, art. 6 ust. 3: „*U svakom slučaju, izmiritelj će pri vođenju postupka zadržati pravičan odnos prema strankama.*”

charakter, nie jest wykluczone przeprowadzenie jej częściowo (a nawet w całości) w formie pisemnej. Reguła ta znajduje potwierdzenie m.in. w art. 9 ust. 1 Regulaminu mediacyjnego UNCITRAL z 1980 r., w którym mowa o tym, że mediator może zaprosić strony na spotkanie albo porozumiewać się z nimi w inny sposób – ustnie lub na piśmie¹⁰⁰. Zgodnie z art. 5 Regulaminu, mediator – bezpośrednio po wyznaczeniu – zwraca się do stron z prośbą o przedstawienie na piśmie krótkiego stanowiska co do natury sporu (ang. *general nature of the dispute*, franc. *la nature générale du différend*) oraz kwestii spornych (ang. *the points at issue*, franc. *les points litigieux*). Mediator może następnie poprosić strony o przedstawienie dalszych wyjaśnień na piśmie co do zgłoszonych przez nie twierdzeń, faktów na ich poparcie, wraz z dokumentami i innymi dowodami, które strony uważają za istotne. Każde pisemne oświadczenie powinno zostać przesłane zarówno mediatorowi jak i drugiej stronie. Obowiązkiem stron, zgodnie z art. 11 Regulaminu, jest współpraca z mediatorem w dobrej wierze, a w szczególności w zakresie jego propozycji dotyczących sposobu składania pism, dowodów i uczestnictwa w spotkaniach¹⁰¹. Z kolei, węgierska ustawa o mediacji reguluje omawiane zagadnienie z nieco innej perspektywy. Przewiduje bowiem w § 32 ust. 1, że strony mają możliwość przedstawienia swojego stanowiska w dogodny dla siebie sposób, a dla jego uzasadnienia mogą przedkładać wszelkie dokumenty, które uważają za istotne dla sprawy.

¹⁰⁰ Art. 9 ust. 1 Regulaminu mediacyjnego UNCITRAL: “*Le conciliateur peut inviter les parties à le rencontrer ou peut communiquer avec elles, oralement ou par écrit.*”

¹⁰¹ Art. 11 Regulaminu mediacyjnego UNCITRAL: “*Les parties doivent de bonne foi coopérer avec le conciliateur et notamment s’efforcer de satisfaire aux demandes de ce dernier de produire des documents écrits, de rapporter des preuves et de participer à des réunions.*”

Czas na przeprowadzenie postępowania mediacyjnego

Mediator jest w stanie prowadzić postępowanie szybciej niż jakikolwiek sąd czy organ procesowy. Nie wiążą go sztywne reguły dotyczące np. urzędowych godziny pracy czy miejsca prowadzenia postępowania. Ważnym aspektem pozwalającym na szybkie i efektywne prowadzenie mediacji jest brak formalności dotyczących doręczeń korespondencji. Mediator może się porozumiewać ze stronami w dowolny w zasadzie sposób (tak m.in. art. 9 ust. 1 Regulaminu mediacyjnego UNCITRAL z 1980 r.). W niektórych systemach prawnych podobne nieformalne reguły dotyczą również związanych z mediacją doręczeń sądowych (tak np. art. 1734 § 4 i art. 1735 § 5 belgijskiego *Code Judiciaire*).

O ile ustawowe ograniczenia czasu trwania mediacji sądowych występują stosunkowo często, o tyle rzadko spotyka się je w odniesieniu do mediacji prywatnych. Do nielicznych rozwiązań tego rodzaju należy § 35 ust. 1 węgierskiej ustawy o mediacji, zgodnie z którym jeżeli w terminie czterech miesięcy od dnia podpisania porozumienia o podjęciu mediacji ugoda nie zostanie zawarta, w braku porozumienia stron co do przedłużenia mediacji, uważa się ją za zakończoną. Natomiast w prawie chorwackim obowiązuje jednolity termin 60-dniowy dotyczący mediacji sądowych i prywatnych (art. 9 ust. 2 i art. 16 ust. 2 ustawy z 2003 r.).¹⁰²

W odniesieniu do mediacji sądowych ustawowe terminy na prowadzenie mediacji mieszczą się na ogół w przedziale od 1 do 3 miesięcy. W polskim prawie, w sprawach cywilnych, art. 183¹⁰ § 1 kpc wskazuje jeden miesiąc jako podstawowy maksymalny termin prowadzenia mediacji, który może jednak zostać przedłużony za zgodą stron. Miesięczny termin został przyjęty również w odniesieniu do mediacji w sprawach karnych w art. 23a § 2 kpk. W sprawach nieletnich analogiczny termin jest nieco dłuższy i wynosi 6 tygodni (§ 9 ust. 1 rozporządzenia w sprawie postępowania mediacyjnego w sprawach nieletnich). W prawie obcym podobny, trzydziestodniowy termin obowiązuje m.in. w prawie serbskim.¹⁰³ Kodeks francuski

¹⁰² Termin ten może jednak zostać przedłużony za zgodą wszystkich stron.

¹⁰³ L. Milutinovic, *Mediation as an Alternative Dispute Resolution Method in Serbia*, [w:] *Mediation Almanac*, <www.ifc.org> (2006), s. 65.

przewiduje na prowadzenie mediacji termin trzymiesięczny (art. 131-3 NCPC¹⁰⁴). Identyczny termin obowiązuje w Belgii.¹⁰⁵ Kodeks belgijski przewiduje też odrębne terminy na dokonywanie innych czynności związanych z mediacją, w szczególności ośmiodniowy termin na przesłanie mediatorowi odpisu postanowienia o skierowaniu sprawy do mediacji oraz analogiczny termin na powiadomienie stron i sądu przez mediatora o podjęciu przez niego funkcji mediatora w sprawie (art. 1735 § 1 *Code Judiciaire*¹⁰⁶).

Wprowadzenie maksymalnych ustawowych terminów dotyczących mediacji sądowych ma na celu uniknięcie ryzyka, by mediacja przyczyniała się do przewlekłości postępowania sądowego. Ma jednocześnie w pewien sposób dyscyplinować strony, które w przeciwnym razie mogłyby próbować przedłużyć rokowania niemal w nieskończoność, by do końca walczyć o najkorzystniejsze dla siebie rozwiązania. Bezskuteczny upływ terminu przewidzianego na przeprowadzenie mediacji powoduje, iż sąd powinien bezzwłocznie podjąć postępowanie w celu rozstrzygnięcia sprawy wyrokiem (tak *explicite* m.in. art. 18 ust. 5 maltańskiej ustawy o mediacji z 2004 r.¹⁰⁷).

¹⁰⁴ Art. 131-3 NCPC: „*La durée initiale de la médiation ne peut excéder trois mois. Cette mission peut être renouvelée une fois, pour une même durée, à la demande du médiateur.*”

¹⁰⁵ Art. 1734 § 2 *Code Judiciaire*: «(...) *les parties informent le juge de l'issue de la médiation. Si elles ne sont pas parvenues à un accord, elles peuvent solliciter un nouveau délai ou demander que la procédure soit poursuivie.*»

¹⁰⁶ Art. 1735 § 1 *Code Judiciaire*: «*Dans les huit jours du prononcé de la décision, le greffe envoie au médiateur sous pli judiciaire une copie certifiée conforme du jugement. Dans les huit jours, le médiateur avise par lettre le juge et les parties des lieu, jour et l'heure où il commencera sa mission.*»

¹⁰⁷ *Mediation Act* z 21 grudnia 2004 r. (ACT XVI of 2004), CAP 474.

Wpływ mediacji na bieg terminów przedawnienia

Jeszcze do niedawna wszczęcie mediacji w większości systemów prawnych nie miało żadnego wpływu na bieg terminów przedawnienia. Powodowało to konieczność wszczynania postępowania sądowego lub arbitrażowego – w celu uniknięcia przedawnienia – a dopiero następnie jego formalne lub faktyczne zawieszenie w celu przeprowadzenia mediacji.¹⁰⁸ W niektórych systemach prawnych w orzecznictwie i doktrynie wykształcił się w związku z tym pogląd prawny, zgodnie z którym powoływanie się przez dłużnika na zarzut przedawnienia, gdy termin przedawnienia upłynął w trakcie mediacji przedsądowej, jest bezskuteczne. Na przykład, na gruncie prawa szwajcarskiego kwalifikowano je jako nadużycie prawa w rozumieniu art. 2(2) tamtejszego kodeksu cywilnego.¹⁰⁹ W niektórych innych systemach prawnych, pomimo braku szczególnych rozwiązań normatywnych, wpływ mediacji na bieg terminów przedawnienia roszczeń wywodzono z przepisów ogólnych o przedawnieniu (tak m.in. wyrok francuskiego *Cour de Cassation* w sprawie *Poiré v. Triper* z 14.2.2003 r. potwierdzający, że wszczęcie mediacji może mieć wpływ na bieg terminów przedawnienia¹¹⁰). Ponieważ jednak zarówno ustawa modelowa UNCITRAL z 2002 r. jak i projekt dyrektywy UE z 2004 r. przewidywały *explicite*, że wszczęcie mediacji powoduje zawieszenie biegu przedawnienia roszczeń, od dłuższego czasu krystalizowała się tendencja do wprowadzania analogicznych rozwiązań w prawie krajowym.

W ustawie modelowej UNCITRAL z 2002 r., która miała wpływ na prace nad dyrektywą UE, zagadnienie wpływu mediacji na bieg przedawnienia zostało uregulowane w opcjonalnym art. X. Należy odnotować, że przepis ten znalazł się poza zasadniczym tekstem ustawy. Stało się tak m.in. ze względu na to, że omawiane zagadnienie powodowało złożone problemy regulacyjne. Instytucja

¹⁰⁸ *Guide to Enactment and Use of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation*, s. 31.

¹⁰⁹ D. Brown-Berset, *La médiation commerciale: le géant s'éveille*, *Revue de droit suisse* 2002, nr 4 (II), s. 350; W. J. Habscheid, *Die aussergerichtliche Vermittlung (Mediation) als Rechtsverhältnis*, *AJP* 2001, s. 938, 940; C. Klaus, M. Liatowitsch, s. 236; J. A. Mirimanoff, *ADR*, s. 8.

¹¹⁰ Wyrok *Cour de Cassation* w sprawie *Poiré v. Triper* z 14.2.2003 r. opubl. wraz z omówieniem [w:] L. Bernheim, *Conséquences de l'inexécution d'une clause de conciliation: la fin des incertitudes*, *Petites Affiches* 2003, nr 51, s. 12 i n. oraz *Rev. arb.* 2003, s. 403; zob. też J. Singer, *The EU Mediation*, s. 44.

przedawnienia jest uregulowana w zróżnicowany sposób w różnych systemach prawnych. W niektórych z nich długość i bieg terminów przedawnienia mogą być modyfikowane na mocy czynności cywilnoprawnych, podczas gdy w innych (tak jak w Polsce) jest to niedopuszczalne; instytucja przedawnienia ma charakter materialnoprawny albo procesowy itd.¹¹¹ Twórcy ustawy zdawali sobie ponadto sprawę, że niektórzy ustawodawcy w ogóle nie byli skłonni zaakceptować wpływu mediacji na bieg terminów przedawnienia. Z drugiej strony, nie mieli wątpliwości, że uregulowanie omawianego zagadnienia w ustawie modelowej było potrzebne. W jego braku rosłoby ryzyko przyjmowania całkowicie niekoherentnych rozwiązań w porządkach krajowych. To z kolei utrudniałoby korzystanie z mediacji w stosunkach transgranicznych. W szczególności, twórcy ustawy brali pod uwagę ryzyko wykształcenia się rozbieżności co do skutków wszczęcia mediacji: przerwanie (ang. *interrupt*, franc. *interrompre*) albo zawieszenie (ang. franc. *suspension*) biegu terminów przedawnienia.¹¹² W art. X ustawy modelowej UNCITRAL wskazano, że konsekwencją wszczęcia postępowania mediacyjnego jest zawieszenie biegu przedawnienia. Identyczne rozwiązanie znalazło się w art. 7 ust. 1 projektu dyrektywy. Z kolei polski ustawodawca przyjął rozwiązanie odmienne. Zgodnie z art. 123 § 1 pkt 3 kc, przez wszczęcie mediacji bieg przedawnienia roszczeń ulega nie zawieszeniu, lecz przerwaniu.

W wyniku dalszych prac nad projektem dyrektywy ostatecznie przyjęte w niej uregulowanie jest sformułowane w sposób bardzo ogólny. Nałożony na ustawodawców krajowych obowiązek „zagwarantowania, aby wygaśnięcie okresów przedawnienia w trakcie postępowania mediacyjnego nie odebrało stronom, które próbują rozwiązać spór w drodze mediacji, możliwości wszczęcia w późniejszym czasie postępowania sądowego lub arbitrażowego dotyczącego tego sporu” może

¹¹¹ *Guide to Enactment and Use of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation*, s. 31: “(...) la question du délai de prescription soulevait des problèmes techniques complexes et qu’une telle disposition serait difficile à incorporer dans les régimes procéduraux nationaux qui apportaient à cette question une réponse différente.”

¹¹² *Ibidem*, s. 32: “À l’appui du maintien dans le texte de la Loi type d’une disposition semblable au projet d’article X, on a aussi fait valoir qu’en l’absence d’une telle disposition, certains systèmes juridiques considéreraient que le commencement de la procédure de conciliation interromprait le délai de prescription qui, si la tentative de conciliation échouait, devrait recommencer à courir depuis le début. Afin d’éviter un tel résultat, il était nécessaire d’inclure une disposition spécifique prévoyant que le début de la procédure de conciliation entraînerait uniquement la suspension du délai de prescription.”

być zrealizowany na wiele sposobów, w tym bez konieczności interwencji legislacyjnej, jeżeli jego realizacja wynika z praktyki sądowej.

Obawy co do znacznego zróżnicowania krajowych regulacji dotyczących wpływu mediacji na bieg przedawnienia roszczeń okazały się zasadne. Rozwiązania przyjęte w poszczególnych systemach prawnych istotnie się od siebie różnią. Rozbieżności dotyczą m.in. tego, czy skutek w zakresie biegu przedawnienia roszczeń jest automatycznym następstwem wszczęcia mediacji (model dominujący), czy konieczne jest dopełnienie pewnych dodatkowych czynności lub wymogów formalnych (np. w Chorwacji wszczęcie mediacji powoduje zawieszenie biegu terminów przedawnienia, o ile strony tak uzgodnią na piśmie¹¹³); czy wszczęcie mediacji powoduje zawieszenie (model dominujący) czy przerwanie biegu przedawnienia roszczeń (tak jak w Polsce); czy skutek ten dotyczy tylko terminów przedawnienia czy również terminów zawitych związanych z dochodzeniem roszczeń¹¹⁴; czy ma identyczny czy inny (nie tak daleko idący) charakter w porównaniu do wszczęcia postępowania sądowego¹¹⁵; czy dotyczy wszystkich mediacji czy tylko tych prowadzonych przez stałych (certyfikowanych) mediatorów; czy strony mogą nim objąć roszczenia, których mediacja bezpośrednio nie dotyczy (tak m.in. w Austrii¹¹⁶), czy nie mają na to wpływu (tak w Polsce); wreszcie, od kiedy, do kiedy należy liczyć wpływ mediacji na bieg terminów przedawnienia.

Szczególne rozbieżności zarysowały w odniesieniu do tego ostatniego zagadnienia. Pomimo propozycji regulacji w art. 7 ust. 2 projektu z 2004 r.¹¹⁷, ostatecznie nie

¹¹³ *Zakon o mirenju*, NN 163/03, art. 14 ust. 1.

¹¹⁴ Zgodnie z austriacką ustawą o mediacji (§ 22 ust. 1 *ZivMediatG*), wszczęcie i należyte prowadzenie mediacji (*der Beginn und die gehörige Fortsetzung einer Mediation*) przez stałego mediatora powoduje zawieszenie biegu terminu przedawnienia (*Verjährung*) i innych terminów przewidzianych na dochodzenie praw i roszczeń będących przedmiotem mediacji (*sonstiger Fristen zur Geltendmachung der von der Mediation betroffenen Rechte und Ansprüche*).

¹¹⁵ J. Singer, *The EU Mediation*, s. 83.

¹¹⁶ W Austrii strony mogą skutek zawieszenia biegu terminu przedawnienia roszczeń rozciągnąć – w drodze porozumienia na piśmie – na inne roszczenia istniejące między nimi, których mediacja bezpośrednio nie dotyczy. Taki „rozszerzony” skutek dotyczący terminów przedawnienia jest zasadą w przypadku mediacji z zakresu prawa rodzinnego. W odniesieniu do spraw tego rodzaju zawieszenie biegu terminów przedawnienia ogółu roszczeń z zakresu prawa rodzinnego między stronami mediacji (*sämtliche wechselseitigen oder von den Parteien gegeneinander wahrzunehmenden Rechte und Ansprüche familienrechtlicher Art*) wynika bowiem z mocy samej ustawy (§ 22 ust. 2 zd. 2 *ZivMediatG*), z zastrzeżeniem, że strony mogą go uchylić w umowie sporządzonej na piśmie.

¹¹⁷ Art. 7 ust. 2 projektu dyrektywy: “Where the mediation has ended without a settlement agreement, the period resumes running from the time the mediation ended without a settlement agreement,

zostało ono uwzględnione w dyrektywie. Tymczasem konieczność precyzyjnego określenia dat uznawanych za początek i koniec postępowania mediacyjnego – wobec wpływu mediacji na bieg terminów przedawnienia – nie wymaga uzasadnienia. W mniejszym zakresie problem ten dotyczy mediacji prowadzonych na podstawie skierowania sądu, gdyż w tym przypadku do przerwania biegu przedawnienia dochodzi wcześniej – w polskim prawie: przez „*przedsięwzięcie czynności przed sądem*”, zgodnie z art. 123 § 1 pkt 1 kc – i przedawnienie nie biegnie na nowo, dopóki postępowanie nie zostanie zakończone (art. 124 § 2 kc).

Biorąc pod uwagę nieformalną naturę mediacji, dokładne wskazanie jej dat krańcowych może łączyć się z pewnymi trudnościami. Ustawodawcy stają przed wyborem: albo wprowadzić określone wymogi formalne związane z podjęciem i zakończeniem mediacji, pozwalające na zagwarantowanie określonego stopnia pewności i precyzji co do tego, czy i kiedy mediacja była prowadzona, albo zaakceptować zwiększone ryzyko problemów związanych z oceną kwestii przedawnienia w praktyce. W wyjaśnieniach do ustawy modelowej UNCITRAL znalazła się stąd propozycja, aby te państwa, które wolą przyjąć bardziej zachowawcze i formalne stanowisko co do wpływu mediacji na bieg terminu przedawnienia, wprowadziły wymóg udokumentowania rozpoczęcia i zakończenia mediacji na piśmie.¹¹⁸ Rozwiązania przyjęte w zagranicznych porządkach prawnych są jednak w rzeczywistości dalece bardziej zróżnicowane.

Na przykład, zgodnie z art. 1730 § 2 i 3 belgijskiego *Code Judiciaire*, do zawieszenia biegu terminu przedawnienia (*suspend le cours de la prescription de l'action*) dochodzi już przez wysłanie do drugiej strony propozycji (*proposition*) podjęcia mediacji, o ile dochowano przy tym pewnych wymogów formalnych.¹¹⁹ W ten sposób bieg terminu przedawnienia zostaje zawieszony jednak tylko na miesiąc. Do jego

counting from the date when one or both of the parties or the mediator declares that the mediation is terminated or effectively withdraws from it. The period shall in any event extend for at least one month from the date when it resumes running, except when it concerns a period within which an action must be brought to prevent that a provisional or similar measure ceases to have effect or is revoked."

¹¹⁸ Ustawodawcy narodowi mogą też oczywiście bliżej sprecyzować np. to, czy każda „mediacja” powoduje zawieszenie biegu terminów przedawnienia oraz kiedy następuje jej wszczęcie. *Guide to Enactment and Use of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation*, s. 32 oraz *Official Records of the General Assembly, Fifty-seventh Session, Supplement No. 17 (A/57/17)*, par. 96.

¹¹⁹ Art. 1730 *Code Judiciaire*.

zawieszenia na czas nieoznaczony (tzn. na czas prowadzenia mediacji) dochodzi dopiero z chwilą podpisania przez strony protokołu mediacji (*le protocole de médiation*, art. 1731 § 3 *Code Judiciaire*).

W Austrii za datę wszczęcia mediacji uznaje się chwilę, w której strony porozumiały się co do podjęcia próby rozwiązania danego sporu za pomocą mediacji (tak m.in. § 17 ust. 1 zd. 2 austriackiej *ZivMediatG*¹²⁰). Z kolei zgodnie z art. 13 ust. 1 ustawy obowiązującej w Lichtensteinie, mediacja zaczyna się dopiero w chwili, gdy strony powierzą uprawnionej do tego osobie funkcję mediatora w ich sprawie (*Als Beginn der Mediation gilt der Zeitpunkt, zu dem die Parteien den Mediator damit beauftragt haben, in ihrem Konflikt als Mediator tätig zu sein*).¹²¹ Podobnie, według § 14 słowackiej ustawy o mediacji z 2004 r., w braku szczególnych uzgodnień między stronami, za moment wszczęcia mediacji uznaje się chwilę, w której strony sporu porozumiały się na piśmie co do wszczęcia mediacji w konkretnej sprawie oraz uzgodniły osobę mediatora.¹²² Jeszcze później dochodzi do wszczęcia mediacji zgodnie z przepisami węgierskiej ustawy o mediacji (2002. évi LV. törvény a közvetítői tevékenységéről). Przewiduje ona bowiem w § 31, że do zawieszenia biegu terminu przedawnienia dochodzi z chwilą podpisania przez strony i mediatora pisemnego porozumienia określającego zasady prowadzenia mediacji w danej sprawie.

Rozwiązanie przyjęte przez polskiego ustawodawcę prezentuje się na tym tle jako szczególnie skomplikowane. Zgodnie z art. 183⁶ § 2 pkt 4 kpc, jeżeli w chwili skierowania do mediatora wniosku o przeprowadzenie mediacji brak było umowy o mediację, wszczęcie mediacji będzie odsunięte do czasu, gdy druga strona wyrazi zgodę na mediację. Jeżeli natomiast zaistnieją pozostałe przesłanki określone w art. 183⁶ § 2 kpc (pkt 1-3), dla ustalenia chwili wszczęcia mediacji miarodajna wydaje się data doręczenia wniosku mediatorowi (istotne jest dlatego, aby składający wniosek zadbał o jej potwierdzenie w dowodzie doręczenia). Skutek wszczęcia mediacji pozostaje jednak zawieszony aż do upływu terminu tygodniowego przewidzianego

¹²⁰ *ZivMediatG*, § 17 ust. 1 zd. 2.

¹²¹ Art. 13 ust. 1 *Gesetz vom 15. Dezember 2004 über die Mediation in Zivilrechtssachen (Zivilrechts-Mediations-Gesetz, ZMG)*, Liechtensteinisches Landesgesetzblatt Jahrgang 2005 Nr. 31 ausgegeben am 22. Februar 2005.

¹²² *Zákon z 25. júna 2004 o mediácii a o doplnení niektorých zákonov*, § 14 ust. 1.

na złożenie przez mediatora (pkt 1-3) lub przez drugą stronę (pkt 3 *in fine*) oświadczeń związanych z ich udziałem w mediacji.¹²³

Z art. 183⁶ § 2 pkt 4 kpc wynika *a contrario*, że jeżeli strony zawarły umowę o mediację, do wszczęcia mediacji na wniosek jednej z nich dochodzi niezależnie od tego, czy druga strona – w chwili złożenia lub doręczenia jej wniosku – wyraża na to zgodę. Nawet gdy zgody tej brak, następuje wszczęcie mediacji w rozumieniu art. 183⁶ § 1 kpc i tym samym dochodzi do przerwania biegu przedawnienia. Brak zgody na mediację oznacza jednak, że nie jest możliwe jej faktyczne prowadzenie.

Rozwiązanie to odbiega od przyjętego w systemach prawnych wielu innych państw, w szczególności tych, które przyjęły za wzór art. 4 ustawy modelowej UNCITRAL. Zgodnie z regulacją wzorcową mediacja rozpoczyna się w dniu, w którym strony danego sporu uzgodniły, że ją podejmą (franc. *le jour où les parties à ce litige conviennent d'engager une telle procédure*, ang. *on the day on which the parties to the dispute agree to engage in conciliation proceedings*). Zgodnie z oficjalnymi wyjaśnieniami UNCITRAL, postanowienie to należy rozumieć w ten sposób, że nawet jeżeli istnieje wcześniejsze zobowiązanie do podjęcia mediacji, wynikające z umowy stron albo skierowania przez sąd państwowy lub polubowny, mediacja nie zostanie uznana za wszczętą dopóty, dopóki strony się na to nie zgodzą.¹²⁴ Zauważyć jednak należy, że zdaniem większości komentatorów, jeżeli strony zawarły uprzednio umowę o mediację, wniosek o przeprowadzenie mediacji złożony przez jedną ze stron jest dla drugiej strony wiążący, co oznacza, że nie może ona – bez konsekwencji – odmówić wzięcia udziału w mediacji.¹²⁵

Równie istotne znaczenie ma ustalenie daty zakończenia mediacji. W dyrektywie zrezygnowano z uregulowania tego zagadnienia, pomimo iż uwzględnił je projekt z 2004 r. (art. 7 ust. 2). Zgodnie z art. 124 § 2 kc, przedawnienie nie biegnie, dopóki postępowanie mediacyjne nie zostanie zakończone. Polski ustawodawca również nie

¹²³ Por. T. Ereciński, *Kodeks*, s. 423-424.

¹²⁴ *Guide to Enactment and Use of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation*, s. 29: "(...) même si une clause contractuelle impose aux parties l'obligation de recourir à la conciliation ou si une juridiction étatique ou un tribunal arbitral ordonne aux parties d'engager une procédure de conciliation, une telle procédure ne débute que lorsque les parties conviennent de l'engager."

¹²⁵ P. Sanders, *The work of UNCITRAL on arbitration and conciliation*, The Hague 2004, s. 212

wskazał jednak, jakie zdarzenie jest miarodajne dla ustalenia, kiedy mediację należy uznać za zakończoną. W rachubę wchodzi kilka możliwości. Przyjąć można, na przykład, że decydująca jest data (ostatniego) posiedzenia mediacyjnego, o ile w ogóle się ono odbyło (zob. art. 183⁷ kpc), data złożenia albo odebrania ostatniego oświadczenia strony w ramach postępowania mediacyjnego (np. oświadczenia o odrzuceniu propozycji ugodowych lub o braku woli kontynuowania mediacji), data ostatniej czynności podjętej przez mediatora czy też data doręczenia stronom odpisów protokołu z przebiegu mediacji (art. 183¹² § 3 kpc).

Dla porównania, art. 13 ust. 1 ustawy obowiązującej w Lichtensteinie wyraźnie wskazuje, że zawieszenie biegu przedawnienia roszczeń kończy się, gdy zostanie osiągnięta ugoda (*ein Ergebnis erzielt wurde*) albo gdy którakolwiek ze stron albo mediator oświadczy, że nie zamierza kontynuować mediacji.¹²⁶ Skutek zawieszenia biegu terminu przedawnienia roszczeń rozciąga się na okres 14 dni po zakończeniu mediacji, jeżeli w tym czasie którakolwiek ze stron skieruje roszczenie na drogę sądową (art. 18 ust. 3 *Zivilrechts-Mediations-Gesetz*). W prawie stanu Kalifornia skutek zawieszenia biegu terminu przedawnienia obowiązuje do dziesiątego dnia po zakończeniu mediacji. Natomiast w Belgii ustępuje dopiero po upływie miesiąca od daty, w której którakolwiek ze stron lub mediator złożył oświadczenie o wycofaniu zgody na dalszy udział w mediacji, chyba że strony uzgodnią inaczej (art. 1731 § 4 *Code Judiciaire*).¹²⁷

Dodatkowego okresu, w którym już po zakończeniu mediacji utrzymywałby się stan zawieszenia biegu przedawnienia, nie przewiduje ustawa modelowa UNCITRAL, dyrektywa UE¹²⁸, ani większość krajowych porządków prawnych.

W świetle przepisów kpc za zasadne należy uznać odwołanie się do daty zakończenia mediacji wynikającej z protokołu mediacyjnego, który – zgodnie z art. 183¹² § 1 kpc – sporządza się i doręcza stronom, niezależnie od rodzaju i rezultatu mediacji. Protokół zawiera m.in. informację o czasie prowadzenia mediacji i jak się

¹²⁶ *ZivMediatG*, art. 13 ust. 1.

¹²⁷ *Code Judiciaire*, art. 1731 § 4.

¹²⁸ Takiego rozwiązania nie przewidywał również projekt dyrektywy. Zgodnie z art. 7 ust. 2 projektu, jeżeli mediacja nie doprowadziła do zawarcia ugody, zawieszenie biegu przedawnienia miało trwać do chwili, gdy jedna lub obie strony albo mediator oświadczą, że uważają mediację za zakończoną albo też definitywnie wycofają się z udziału z niej.

wydaje, powinno się jej w zasadzie przypisywać charakter decydujący, jeżeli chodzi o określenie daty zakończenia mediacji. Data zakończenia mediacji powinna zostać w nim oznaczona przez mediatora.

Zasada poufności

Znaczne zróżnicowanie regulacji krajowych dotyczy również zagadnienia poufności mediacji. Jedną z jego przyczyn jest jego odmienne ujęcie w dyrektywie UE oraz w ustawie wzorcowej UNCITRAL.

Jeżeli chodzi o zakres podmiotowy zasady poufności, to w dyrektywie obejmuje on w zasadzie wyłącznie mediatora. Z kolei ustawa wzorcowa UNCITRAL w artykule 9, w ślad za art. 14 *UNCITRAL Conciliation Rules*, wskazuje na wszystkich uczestników mediacji (*tous les participants à une procédure de conciliation*).¹²⁹ Rozwinięcie i uszczegółowienie tej ogólnej normy znalazło się w art. 10, który dla uniknięcia wątpliwości wskazuje krąg osób objętych zakazem dowodowym dotyczącym nieujawniania informacji związanych z mediacją w ewentualnym późniejszym postępowaniu sądowym lub podobnym. Obejmuje on kolejno: strony postępowania, mediatora oraz osoby trzecie, w tym w szczególności te, które wykonywały związane z mediacją funkcje administracyjne (*une partie à la procédure de conciliation, le conciliateur et toute tierce personne, y compris celles qui ont été associées à l'administration de la procédure de conciliation*). Wyjaśnienia UNCITRAL wskazują, że zamiarem twórców ustawy było objęcie obowiązkiem zachowania poufności dotyczy wszystkich osób, które mogą mieć dostęp do informacji dotyczących mediacji, w tym m.in. pracowników administracyjnych ośrodków mediacyjnych, świadków oraz biegłych.¹³⁰

Niektóre państwa członkowskie UE przyjęły w omawianym zakresie rozwiązania wzorowane – nie na dyrektywie – lecz na prawie modelowym UNCITRAL. W kodeksie belgijskim (art. 1728 § 1 i 2 *Code Judiciaire*) obowiązek zachowania poufności (*l'obligation de secret*) obejmuje: mediatora, strony, a także osoby trzecie, które za zgodą stron biorą udział w mediacji. Inne są jednak skutki jego naruszenia w odniesieniu do każdej z tych kategorii osób. Zakaz dowodowy dotyczący przesłuchania w charakterze świadka w jakimkolwiek następującym po zakończeniu mediacji postępowaniu sądowym, arbitrażowym lub administracyjnym oraz sankcja

¹²⁹ *Guide to Enactment and Use of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation*, s. 41 oraz A/CN.9/506, par. 86.

¹³⁰ *Ibidem*, s. 44.

karna z tytułu naruszenia obowiązku poufności (art. 458 *Code Pénal*) dotyczą wyłącznie mediatora oraz biegłego (*expert*), o ile oczywiście ten ostatni bierze udział w mediacji (co zdarza się rzadko). W odniesieniu do stron, kodeks wyraźnie przewiduje sankcję w postaci odpowiedzialności odszkodowawczej. Brak natomiast odrębnej regulacji co do skutków, które pociąga za sobą niedochowanie obowiązku poufności przez pozostałych uczestników mediacji.

Zgodnie z § 5 słowackiej ustawy o mediacji, mediator, strony oraz inne osoby wezwane do udziału w mediacji przez mediatora lub przez strony (*iné fyzické osoby prizvané mediátorom alebo osobou zúčastnenou na mediácii*) mają obowiązek zachowania poufności (*zachovávať mlčanlivosť*) w odniesieniu do wszystkich faktów, o których powzięły wiedzę w związku ze swoim udziałem w mediacji (*o všetkých skutočnostiach, ktoré sa dozvedeli v súvislosti s mediáciou*), chyba że przepis szczególny stanowi inaczej.¹³¹

W niektórych państwach UE obowiązek poufności został jednak wyrażony w sposób bardziej ograniczony i tym samym zbliżony do dyrektywy. Zgodnie z § 18 austriackiej ustawy o mediacji, mediator jest obowiązany do zachowania poufności (*Verschwiegenheit*) w odniesieniu do faktów (*Tatsachen*), o których wiedzę powierzono mu lub którą posiadał w inny sposób w ramach mediacji. Wszelkie dokumenty dotyczące sprawy będącej przedmiotem mediacji musi traktować jako poufne (*vertraulich*). Dotyczy to również jego asystentów lub innych osób, które biorą udział w mediacji w podobnym charakterze.¹³² Zakres zasady poufności w austriackiej ustawie o mediacji nie obejmuje natomiast stron postępowania mediacyjnego. W praktyce obowiązek zachowania poufności zastrzegają one dlatego często dodatkowo w umowie o mediację. Jego naruszenie nie powoduje jednak wykluczenia oświadczeń składanych przez strony w trakcie mediacji z postępowania dowodowego; takie dowody zgłoszone w ramach procesu cywilnego podlegałyby rozpoznaniu przez sąd na zasadach ogólnych, tj. zgodnie z zasadą swobodnej oceny. W tym stanie rzeczy, najistotniejszą sankcją z tytułu naruszenia poufności jest obowiązek odszkodowawczy.¹³³

¹³¹ *Zákon z 25. júna 2004 o mediácii a o doplnení niektorých zákonov*, § 5.

¹³² § 18 austriackiej ustawy o mediacji.

¹³³ J. Singer, *The EU Mediation*, s. 4.

Uгода mediacyjna

Uгода mediacyjna jest umową, której treść strony mogą kształtować swobodnie w ramach zasady swobody umów. W wielu systemach prawnych (w tym zwłaszcza państw członkowskich UE) ugoda mediacyjna ma złożony, materialno-procesowy charakter prawny. Jest to konsekwencją uregulowania zawartego w art. 6 ust. 1 dyrektywy, który nakłada na państwa członkowskie obowiązek zapewnienia możliwości wystąpienia do odpowiedniego sądu lub organu z wnioskiem o nadanie ugodzie klauzuli wykonalności, a zatem przyznania skutków procesowych (egzekucyjnych).

Dyrektywa dopuszcza w art. 6 ust. 2 powierzenie kompetencji w tym zakresie zarówno sądom jak i organom pozasądowym. W większości jednak systemów prawnych kontroli, a zarazem zatwierdzenia ugody mediacyjnej dokonują sądy. Taki model ma dość oczywiste zalety. W uzasadnieniu Rekomendacji Komitetu Ministrów Rady Europy nr (98) 1, wskazuje się, że mechanizm sądowej weryfikacji ugody przyczynia się do wzrostu publicznego zaufania i znaczenia mediacji (*contribuer à la crédibilité et au respect de la médiation*¹³⁴).

Sądowy tryb weryfikacji ugody mediacyjnej spotykany jest przede wszystkim w krajach wywodzących się z romańskiej tradycji prawnej. Zgodnie z art. 1733 i 1736 kodeksu belgijskiego, jeżeli strony mediacji doszły do ugody, każda z nich może wystąpić do sądu o jej zatwierdzenie w analogicznym trybie jak w przypadku ugody sądowej (m.in. art. 1043 *Code Judiciaire*¹³⁵). Podobnie, we Francji ugoda (*transaction*) może zostać poddana egzekucji (*force exécutoire*) po jej zatwierdzeniu przez sąd (art. 1441-4 NCPC¹³⁶; por. także art. 384 § 3). Art. 131-11 NCPC stanowi,

¹³⁴ *Expose des motifs de la Recommandation Rec(98) 1*, pkt 52.

¹³⁵ Postanowienie o zatwierdzeniu ugody nie jest co do zasady niezaskarżalne. Zob. art. 1043 *Code Judiciaire*: "Les parties peuvent demander au juge d'acter l'accord qu'elles ont conclu sur la solution du litige dont il est régulièrement saisi. Ce jugement n'est susceptible d'aucun recours de la part des parties litigantes (...)."

¹³⁶ Art. 1441-4 NCPC: «Le président du tribunal de grande instance, saisi sur requête par une partie à la transaction, confère force exécutoire à l'acte qui lui est présenté.»

że sędzia zatwierdza (*homologue*) ugodę zawartą przed mediatorem na wniosek stron.¹³⁷

W niektórych systemach prawa obcego kompetencje do zatwierdzania ugód mediacyjnych zostały powierzone notariatowi. Na przykład, na Słowacji, zgodnie z § 15 tamtejszej ustawy, ugoda mediacyjna zawarta w zwykłej formie pisemnej (która wiąże jej strony tak jak każda inna umowa materialnoprawna), może uzyskać walor tytułu egzekucyjnego przez nadanie jej formy aktu notarialnego (*forme notárskej zápisnice*) albo ugody zawartej w postępowaniu sądowym lub arbitrażowym (*schválená ako zmier pred súdom, rozhodcovským orgánom*).¹³⁸ Praktyka zawierania ugód mediacyjnych w formie notarialnej występuje również w Niemczech.¹³⁹

W zakresie przesłanek odmowy zatwierdzenia ugody mediacyjnej dyrektywa odsyła w zasadzie do przepisów prawa krajowego. Przesłanki takie są na ogół określane stosunkowo wąsko. Przykładowo, zgodnie z przepisami kodeksu belgijskiego, oddalenie wniosku o zatwierdzenie ugody może nastąpić tylko wtedy, gdy ugoda jest sprzeczna z klauzulą porządku publicznego (*contraire à l'ordre public*). W przypadku mediacji rodzinnych, sąd dodatkowo bierze pod uwagę interes małoletniego dziecka (*contraire à l'intérêt des enfants mineurs*).¹⁴⁰

W toku mediacji może się okazać, że chociaż strony nie były w stanie dojść do jakichkolwiek „wzajemnych ustępstw” dotyczących stosunku prawnego między nimi, to mediacja doprowadziła do wyjaśnienia pewnych kwestii o charakterze faktycznym. „Ustalenia co do faktów” – jako swoisty surogat ugody – przewidują m.in. art. 16

¹³⁷ Art. 131-11 NCPC: «*Le juge homologue à la demande des parties l'accord qu'elles lui soumettent. L'homologation relève de la matière gracieuse.*» Skutki prawne *homologation* budzą wątpliwości doktrynalne. Większość autorów zdaje się reprezentować stanowisko, że pomimo sądowego zatwierdzenia ugoda nie traci swojego kontraktowego charakteru i może zostać podważona ze względu na wady materialnoprawne, np. brak zdolności do czynności prawnych, brak wzajemnych ustępstw czy wady oświadczeń woli. Przyjmuje się też na ogół, że decyzja sądu w sprawie zatwierdzenia ugody nie podlega zaskarżeniu – por. P. Raoul-Duval, A. Munoz, s. 12.

¹³⁸ § 15 ustawy *Zákon z 25. júna 2004 o mediácii a o doplnení niektorých zákonov*.

¹³⁹ Ch. Duve, *Mediacja w sprawach handlowych (Materiały konferencyjne: „Mediacja gospodarcza – Nowe możliwości i wyzwania dla profesjonalnych prawników”*, Warszawa, 30 listopada 2006 r.), s. 3.

¹⁴⁰ Art. 1736 *Code Judiciaire*: “*Le juge ne peut refuser l'homologation de l'accord que si celui-ci est contraire à l'ordre public ou si l'accord obtenu à l'issue d'une médiation familiale est contraire à l'intérêt des enfants mineurs.*”

serbskiej ustawy o mediacji z 2004 r.¹⁴¹ oraz art. 15 ust. 3 chorwackiej ustawy o mediacji z 2003 r. Ustawa chorwacka wyraźnie przewiduje, że w razie dokonania takich ustaleń w formie pisemnej z podpisami notarialnie poświadczonymi będą one dla stron wiążące.¹⁴² W Polsce praktyka sporządzania tego rodzaju pisemnych ustaleń jest rzadko spotykana. *De lege lata* nie sposób byłoby mówić o ich „wiązącym” charakterze, co nie oznacza oczywiście, że były pozbawione mocy dowodowej - jako dokument prywatny w rozumieniu kpc.

¹⁴¹ Por. L. Milutinovic, *Mediation*, s. 67.

¹⁴² *Zakon o mirenju*, NN 163/03, art. 15 ust. 3: „Ako stranke ne postignu nagodbu u postupku mirenja zbog nesuglasnosti o pravnim pitanjima, a sporazume se o činjenicama, pisano zajedničko očitovanje stranaka o činjenicama obvezujuće je u eventualnim daljnjim postupcima ukoliko su potpisi stranaka na zajedničkom očitovanju ovjereni kod javnog bilježnika.”