

Wprowadzenie

Słowo „mediator” pochodzi od łacińskiego *medius*, co oznacza to, co jest pośrodku, pośredniczenie między stronami, między osobami czy między osobą a instytucją¹. Termin ten dobrze oddaje pozycję pośrednika zajmowaną przez osobę trzecią między dwiema stronami sporu. Jej zadaniem jest znalezienie rozwiązania konfliktu. Mediator jest neutralną, bezstronną osobą, która prowadzi strony podczas dyskusji i pomaga im znaleźć rozwiązanie, które będzie odpowiadać każdemu uczestnikowi mediacji. Mediator w klasycznej postaci jedynie prowadzi proces, nie proponuje rozwiązań, nie udziela porad – co czyni jego pracę wyjątkową, ponieważ strony same rozwiązują problem z jego pomocą. W postępowaniu strony uczestniczą z własnej woli. Jeżeli jedna z nich nie zgodzi się na procedurę mediacji lub część proponowanego rozwiązania, mediacja nie ma miejsca. Jest to bardzo ważne, ponieważ strony muszą poprzeć zobowiązanie do rozwiązania konfliktu i utrzymania porozumienia.

Słowo „mediacja” pojawiło się później². Według słownika etymologiczno-historycznego „mediacja” pojawiła się w literaturze francuskiej w XIII w., jednak w tamtym czasie miało ono zupełnie odwrotne znaczenie niż to, co znamy dzisiaj, gdyż oznaczało separację. Dopiero w XVI w. termin „mediacja” nabrał współczesnego znaczenia³. Z tekstów religijnych z tego okresu

¹ J. Dubois, H. Mitterand, A. Dauzat, Dictionnaire étymologique et historique du français. Larousse. Les grands dictionnaires, Paris 2011; A.-J. Arnaud (dir.), Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, Paris 2018 – zob. hasła: *alternatif [droit]*, *alternative [justice]*, s. 13. W literaturze polskiej zob. M. Kozera, Mediacja – rys filologiczno-historyczny, w: T. Rakoczy (red.), Przyszłość mediacji w polskim systemie prawa, Lublin 2014.

² Dictionnaire Larousse, Paris 2020 – zob. *médiation*; J. Rey-Debove, A. Rey, Le Petit Robert de la langue française, Paris 2017 – zob. *médiation*.

³ J. Dubois, H. Mitterand, A. Dauzat, Dictionnaire étymologique. Pojęcie mediacji odnajdujemy w filozofii (kilkakrotnie w pracy G.W.F. Hegla – zob. w szczególności G.W.F. Hegel, *Phenomenology of the Spirit*, 1807, Paris 1991; H. Niel, O mediacji w filozofii Hegla, Paryż 1945), socjologii (F. Ben Mrad, *Sociology of mediation practice: between rules and skills*, Paris 2002), psychologii (H. Touzard, *Mediation and Conflict Resolution*, Washington 1977; V. Liquière, *Médiations*, Paris 2010), a nawet w edukacji (C. Albert, J.-P. Boutinet, *Médiation*, w: J.-P. Boutinet (dir.), *L'ABC de la VAE*, Paris 2009) czy medycynie (J. Ambrosi, *Médiation thérapeutique*, Paris–Montréal 1996).

wyłąania się definicja mediacji jako interwencji osoby trzeciej w celu zbliżenia stanowisk stron. Od XIX w. pojęcia mediacji używano w prawie i dyplomacji jako metody rozwiązywania konfliktów, polegającej na zaproponowaniu przez osobę wybraną przez strony konfliktu (najczęściej ze względu na jej autorytet) sposobu rozwiązania konfliktu bez ograniczania się do próby zbliżenia stron do siebie (w przeciwieństwie do postępowania pojednawczego), bez uprawnień do narzucenia decyzji sądowej, w przeciwieństwie do arbitrażu i sądownictwa. Mówiąc bardziej ogólnikowo, mediacja to wielopostaciowa i wszechstronna misja, która bada drogi łagodzenia sytuacji konfliktowych i „poszukuje alternatywnej sprawiedliwości”⁴. Innym czynnikiem ważnym dla mediacji we Francji jest kontraktualizacja wymiaru sprawiedliwości (*contractualisation de la justice*)⁵, która ma korzenie w prawie współdziałania – współpracy (*droit collaboratif*)⁶.

Istotą mediacji jest to, że same strony dążą do porozumienia, mediator tylko pomaga stronom znaleźć rozwiązanie. Mediacja zawsze koncentruje się na przyszłości i nie analizuje skarg z przeszłości. W związku z tym interesy i potrzeby stron mają kluczowe znaczenie dla dalszego postępowania, mediator stara się je ujawnić, uczynić konkretnymi i znaleźć interesy wspólne stron. Jeśli strony je uznają, nie będą dalekie od rozstrzygnięcia i rozwiązania.

Mediacja, jaką znamy dzisiaj, jest metodą rozwiązywania konfliktów oferującą alternatywne podejście w stosunku do tradycyjnego systemu sądownictwa. Jest znana pod ogólnym określeniem „alternatywne metody rozstrzygania sporów” (*alternative dispute resolution* – ADR⁷). Po drugiej stronie Atlantyku

⁴ „Le fait de servir d’intermédiaire” – <http://dictionnaire.sensagent.leparisien.fr/Mediation/fr>. Zob. G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris 2000, zob. hasło *médiation*: „Mode de solution des conflits consistant, pour la personne choisie par les antagonistes (en raison le plus souvent de son autorité personnelle), à proposer à ceux-ci un projet de solution, sans se borner à s’efforcer de les rapprocher, à la différence de la conciliation, mais sans être investi du pouvoir de le leur imposer comme une décision juridictionnelle, à la différence de l’arbitrage et de la juridiction étatique. Plus vaguement, mission polymorphe (purement extrajudiciaire ou par côté judiciaire) et polyvalente qui interfère avec la conciliation dans l’exploration des voies d’apaisement des situations conflictuelles et la «quête d’une justice alternative»” (J. Carbonnier).

⁵ L. Cadiet, *Une justice contractuelle, l’autre*, 2001, s. 177.

⁶ A. Garret, S. Henry-Guillermard, D. Labadie, *Les principes fondamentaux du processus collaboratif*, *Procédures* 2018, n° 11, focus 30, s. 2–3.

⁷ W języku francuskim: *modes alternatives de règlement de différends* (MARD) – alternatywne metody rozwiązywania sporów, lub *modes alternatives de règlement de conflits* (MARC) – alternatywne metody rozwiązywania konfliktów (angielski skrót ADR – *alternative dispute resolution*, jest swoistego rodzaju odpowiednikiem francuskiego MARC – *modes alternatifs de règlement des conflits*, który funkcjonuje w języku prawniczym we Francji od połowy lat 90. XX w.). Określenie

alternatywne metody pojawiły się nieformalnie najpierw w kontekście konfliktów sąsiedzkich, odpowiedzialności cywilnej, a nawet w edukacji. We Francji nazywano je „alternatywną metodą rozwiązywania sporów” (*modes alternatives de règlement de différends* – MARD) czy „alternatywną metodą rozwiązywania konfliktów” (*modes alternatives de règlement de conflits* – MARC)⁸. Te ostatnie obejmują wiele procesów wykazujących pewne podobieństwa, a wszystkie odnoszą się do procesów i technik polubownego rozwiązywania konfliktów, dążąc do porozumienia poprzez „łagodniejszy sposób wymiaru sprawiedliwości” i bardziej horyzontalny niż wertykalny tryb podejmowania decyzji⁹.

W literaturze i praktyce polskiej mediacja jest opisana w dość bogatym i interesującym piśmiennictwie¹⁰.

ADR we Francji jest jednak także postrzegane jako element systemu regulacji prawnej, stanowiącego zestaw odpowiedzi państwa, pozostawiony do dyspozycji obywateli w celu regulacji konfliktów, które mogą powstać.

⁸ Ch. Jarrosson, Les modes alternatifs de règlement des conflits, *Revue internationale de droit comparé* 1997, vol. 49, n° 2, s. 328.

⁹ L. Cadet, T. Clay, Les modes alternatifs de règlement des conflits, Paris 2019, s. 8.

¹⁰ Publikacje w literaturze polskiej dotyczą szeroko stosowanej mediacji w zakresie: procedury cywilnej, rozwiązywania sporów zbiorowych, mediacji w szkolnictwie wyższym i nauce, procedury karnej, zamówień publicznych, mediacji w sprawach rodzinnych, gospodarczych, mediacji w sprawach administracyjnych i mediacji sądowoadministracyjnej, mediacji w zakresie prawa rynku finansowego, mediacji konsumentów, mediacji w sprawach szkolnictwa, zatrudnienia itd. Zob. A. Góra-Błaszczkowska, K. Antolak (red.), *Pozasądowe sposoby rozwiązywania sporów pracowniczych*, Warszawa 2015; S. Kordasiewicz, *Historyczna i międzynarodowa perspektywa mediacji*, w: E. Gmurzyńska, R. Morek (red.), *Mediacje, teoria i praktyka*, Warszawa 2009; S. Pieckowski, *Mediacja gospodarcza*, Warszawa 2015; A. Kalisz, A. Zienkiewicz, *Mediacja sądowa i pozasądowa. Zarys wykładu*, Warszawa 2014; A. Kalisz, A. Zienkiewicz, *Polubowne rozwiązywanie konfliktów w pomocy społecznej. Komunikacja, psychologia konfliktów, negocjacje i mediacje socjalne*, Sosnowiec 2015; A. Kalisz, A. Zienkiewicz, *Mediacja w sprawach gospodarczych jako narzędzie wspierające sukces w biznesie*, Warszawa 2020; M. Araszkiewicz, J. Czapska, M. Pękala, K. Pleszka (red.), *Mediacja. Teoria, normy, praktyka*, Warszawa 2017; E. Gmurzyńska, R. Morek (red.), *Mediacje. Teoria i praktyka*, Warszawa 2018; E. Grudzińska, A. Lewicka, *Mediacja sądowa. Alternatywna metoda resocjalizacyjna?*, Lublin 2010; K. Antolak-Szymanski, O.M. Piaskowska, *Mediacja w postępowaniu cywilnym. Komentarz*, Warszawa 2017; A. Jakubiak-Mirończuk, *Alternatywne a sądowe rozstrzyganie sporów sądowych*, Warszawa 2008; Z. Kmiecik, *Mediacja i concyliacja w prawie administracyjnym*, Kraków 2004; A. Zienkiewicz, *Mandatory mediation – remarks on determining a dispute’s suitability for mediation and the parties’ concerns regarding mediation*, *Studia Iuridica Lublinensia* 2018, vol. 27, Nr 3, s. 61–71; *tenże*, *Specyfika mediacji w postępowaniu administracyjnym jako formy Alternative Dispute Resolution (ADR)*, *Ubezpieczenia Społeczne. Teoria i Praktyka* 2019, Nr 4, s. 65–92; *tenże*, *Transformacyjny potencjał mediacji w sprawach rodzinnych*, *Studia Prawnoustrojowe* 2019, Nr 44, s. 401–411; *tenże*, *Dylematy praktyki mediacyjnej – kilka pytań na tle zasady bezstronności i neutralności mediatora*, *Gubernaculum et Administratio*

Inicjatywy polubownego rozwiązywania sporów zostały bardziej ustrukturyzowane dzięki opracowaniu kodeksów etycznych, zostały również zorientowane na działania szkoleniowe dla mediatorów i rozjemców, np. w ramach prestiżowego stowarzyszenia prawników American Bar Association. Ten entuzjazm dla ADR na świecie wzrósł wraz z pojawieniem się innych określeń i praktyk nadal opartych na mediacji, takich jak „Med-arb” czy *baseball arbitration*¹¹. Alternatywne metody rozwiązywania sporów stały się nieuniknioną praktyką, zarówno na poziomie krajowym, jak i międzynarodowym, której zwłaszcza w sferze gospodarczej¹² nie należy lekceważyć. Skłonność do polubownego rozwiązywania sporów charakteryzuje chęć ponownego uporządkowania i indywidualnego zarządzania konfliktem, przy jednoczesnym unikaniu uciekania się do aparatu państwowego. W krajach takich jak Stany Zjednoczone i Japonia mediacja od dawna jest szeroko stosowana w sektorze gospodarczym. W krajach europejskich, takich jak Dania, Finlandia, Szwajcaria, Niemcy, praktykuje się powszechnie mediację w sferze gospodarczej od ponad 20 lat. Oprócz stosowania jej przez prawników i sędziów, z mediacji z powodzeniem korzystają profesjonaliści w zakresie zarządzania konfliktami i zapobiegania im. Mediację praktykują także psychologowie, eksperci od zarządzania biznesem, konsultanci organizacyjni, trenerzy czy nauczyciele. Oprócz opanowania metody, o powodzeniu mediatorów decydują zwłaszcza takie czynniki, jak bezstronność, empatia i zdolność komunikowania¹³.

Przez utworzenie w 1973 r. niezależnego organu Mediatora Republiki Francuskiej, opartego na wzorze skandynawskiego Rzecznika Praw Obywatelskich (*Justitombudsman*), francuski wymiar sprawiedliwości stał się w tamtym okresie awangardą mediacji.

Trzeba jednak przypomnieć, że już król Ludwik IX (*Saint-Louis*) zapraszał skonfliktowane strony do pojednania, zanim wymierzył sprawiedliwość,

2019, Nr 1(19), s. 9–22; K.A. Lichoń, *Ochrona konsumenta w postępowaniu mediacyjnym i arbitrażowym*, Warszawa 2021.

¹¹ „Med-arb” (umowa „mediacji-arbitrażu”) – rozwiązanie w zakresie rozwiązywania sporów, które ma na celu połączenie technik mediacji i arbitrażu. *Baseball arbitration* – pojęcie zaproponowane przez P.A. Michauda, arbitraż typu „baseball”, w którym arbitrzy mają do wyboru tylko dwa rozwiązania: zaproponowane przez stronę A lub przez stronę B. Zob. A. Adeline, *La montée des ADR dans les pays anglo-saxons (où comment résoudre le contentieux sans plaider?)*, PA 1996, n° 127, s. 4.

¹² J. Faget, *L'accès au droit: logiques de marché et enjeux sociaux*, Droit et Société 1991, n° 30/31, s. 367.

¹³ L. Degos, A. Remy, *Médiation: le contentieux autrement – Les techniques de médiation appliquées au contexte des affaires*, Paris 2017, s. 751.

a pojednanie stron zostało wpisane jako zasada w dekrete z 16–24.8.1790 r.¹⁴ Stworzono wtedy obowiązkową wstępną procedurę pojednawczą dla wszystkich spraw wniesionych do sądów pierwszej instancji. Ten warunek został nieco zmodyfikowany, ale został utrzymany w Konstytucji dyrektorialnej z 22.8.1795 r. oraz Konstytucji konsularnej z 13.12.1799 r. (Konstytucji 5 fructidora roku III oraz Konstytucji 22 frimaire roku VIII). Popularne stało się wtedy powiedzenie zainspirowane maksymą zaczerpniętą z książki Balzaca „Stracone złudzenia”: „zły kompromis jest lepszy niż dobry proces” (*mauvais accommodement vaut mieux que bon proces*)¹⁵. Wszystkie spory podlegające jurysdykcji sądów pierwszej instancji musiały być wcześniej poddane przymusowemu postępowaniu pojednawczemu przed Trybunałem pokoju (*Tribunal de paix*) i nie było od tego wyjątków. Dopiero później wprowadzano kolejne modyfikacje procesowe, aby uwzględnić charakter jurysdykcji, przedmiot i pilność sprawy. W rezultacie uciążliwy proces pojednania doprowadził do mnożenia się wyjątków, aż do dekretu z 22.12.1958 r., w którym warunek wstępnego pojednania stał się opcjonalny, jednocześnie usunięto z wymiaru sprawiedliwości instytucję sędziów pokoju¹⁶. Dekret z 17.12.1973 r., a następnie dekret z 5.12.1975 r. ustanawiający Nowy kodeks postępowania cywilnego, uznawał za naczelną zasadę uprawnienie sędziego do pojednania stron. W latach 80. XX w. we Francji wprowadzono mediację do procedury karnej¹⁷ i cywilnej¹⁸. Tendencję tworzenia nowych rodzajów mediacji można było zauważyć przez

¹⁴ Loi du 16.8.1790 sur l'organisation judiciaire, w: Recueil Duvergier, Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens, avis du Conseil-d'État, vol. 2, Paris 1825, s. 361.

¹⁵ H. de Balzac, *Illusions perdues*, vol. IV, Paris 2013, s. 1054.

¹⁶ Art. 80 dekretu z 22.12.1958 r., JORF z 23.12.1958 r.: „(...) A partir de l'ouverture des débats, la faculté d'entendre les parties, dans les conditions fixées à l'alinéa précédent, et de les concilier si faire se peut, appartiendra au tribunal en chambre du conseil (...)”.

¹⁷ Art. 41-1 franc. KPK: „Jeżeli wydaje się, że taki środek może zapewnić odszkodowanie, spowodować kłopoty wynikające z przestępstwa lub przyczynić się do zmiany kwalifikacji sprawy prokurator może przed podjęciem decyzji o czynności publicznej bezpośrednio lub za pośrednictwem policji, pełnomocnika lub mediatora prokuratora Republiki: 5° przystąpić, za zgodą stron, do misji mediacyjnej między sprawcą a ofiarą” („S'il lui apparaît qu'une telle mesure est susceptible de lui assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre au trouble résultant de l'infraction ou de contribuer au reclassement de l'auteur des faits, le procureur de la République peut, préalablement à sa décision sur l'action publique, directement ou par l'intermédiaire d'un officier de police judiciaire, d'un délégué ou d'un médiateur du procureur de la République: 5° Faire procéder, avec l'accord des parties, à une mission de médiation entre l'auteur des faits et la victime”). Zob. art. 39 à 44-1 Code de procédure pénale, loi n° 57-1426 du 31.12.1957, https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000024966510 (dostęp: 17.4.2022 r.).

¹⁸ Code civil: art. 2044–2052, Exécution forcée de la transaction, art. 2044. Zob. szerzej J. Faget, *Médiation et action publique*, Bordeaux 2005, s. 23.

pojawienie się mediatora do spraw książek, kina, radia, telewizji, edukacji narodowej, poczty, EDF (*Électricité de France*), SNCF (*Société nationale des chemins de fer français*), RATP (*Régie Autonome des Transports Parisiens*), banków, darczyńców, mediatorów społecznych, zakładów ubezpieczeniowych itd. Chociaż teoretycznie ta dynamika rozwoju wpływała na wiele dziedzin, takich jak środowisko, praca, zdrowie, edukacja, finanse, sport, a zwłaszcza prawo rodzinne francuskie¹⁹, podobnie jak w Polsce mediacja stała się elementem przede wszystkim procedury sądowej.

Trzeba zaznaczyć, że rozwój form polubownych rozwiązywania sporów był spowodowany wieloma czynnikami. Mediacja rozwijała się we Francji w latach 70. XX w. przez działania sędziów pragnących skrócić czas oczekiwania w swoich jurysdykcjach na orzeczenie i zaoferować stronom procesowym możliwie odpowiednie rozwiązanie. Ze względu na istotne zmiany w społeczeństwie, które powodują, że ludzie częściej zwracają się do sądu, niektórzy sędziowie proponowali kierowanie spraw do mediatorów. Na praktykę tę duży wpływ miały niektóre zagraniczne systemy prawa. Początkowo w Stanach Zjednoczonych, a następnie w Kanadzie rozwinęła się mediacja w celu ograniczenia zbyt intensywnej skłonności do sporów sądowych. Jednak w tym samym czasie we Francji prawo stanowione nie nadawało mediacji charakteru elementu systemu prawnego ani procesowego. Była to raczej innowacja ze strony francuskich sędziów. Mediacja stała się wówczas we Francji procedurą uprzywilejowaną, umożliwiającą zarówno łagodzenie sporów sądowych, jak i łagodzenie konfliktów. Konsekracja prawna mediacji sądowej we Francji nastąpiła dopiero w latach 90., kiedy ustawą stworzono ramy dla sędziowskiej praktyki. Pierwsza ustawa, która proponowała uregulowanie mediacji, nie została jednak przyjęta, ponieważ dopiero w 1995 r. po raz pierwszy uregulowano mediację sądową²⁰. W swoim artykule powyższa ustawa, obok próby ugody, przewidywała możliwość skierowania stron przez sędziego do mediatora²¹. Dekret wykonawczy zapewnił wówczas zakres i organizację mediacji²².

¹⁹ W 2015 r. we Francji zakończono 20 589 środków mediacji rodzinnych z 389 494 spraw skierowanych do sędziów sądów rodzinnych. Nieco ponad 3/4 (76%) tych rodzinnych mediacji pomogło w złagodzeniu konfliktu, 61% zakończonych mediacji rodzinnych zakończyło się ugodą.

²⁰ Loi n° 95-125 du 8.2.1995 relative à l'organisation et à la procédure civile, pénale et administrative, JORF n° 0034 du 9.2.1995 ze zm.

²¹ I. Rohart-Messenger, F. Vert, Le choix du médiateur par le juge, Gaz. Pal. 2018, n° 44, s. 13.

²² Décret n° 96-652 du 22.7.1996 relatif à la conciliation et à la médiation judiciaires, JORF n° 170 du 23.7.1996 ze zm.

Znaczącym impulsem do rozwoju mediacji było działanie instytucji europejskich – od aktów prawnych, przez orzecznictwo, do *soft law*²³. Przez szereg zaleceń zachęcano państwa członkowskie do polubownych sposobów rozwiązywania sporów, a w szczególności do mediacji²⁴. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/52/WE z 21.5.2008 r. w sprawie niektórych aspektów mediacji w sprawach cywilnych i handlowych²⁵ stanowiła kluczowy etap w rozwoju mediacji. Zapewniła procesowi ramy, a także definicję. Jeśli ograniczała się tylko do sporów transgranicznych, to jednak upoważniła państwa członkowskie do szerszej transpozycji przepisów. We Francji był to punkt wyjścia do przyspieszenia reform na rzecz mediacji. Różne przepisy były poświęcone sprawom rodzinnym²⁶, a także sprawom cywilnym²⁷. Transpozycję dyrektywy zapewniło w dużej mierze rozporządzenie z 16.11.2011 r., które określało mediację oraz wspólne ramy w zakresie kompetencji, poufności, a nawet skuteczności porozumień²⁸. Transpozycja zakończyła się w 2012 r. i pozwoliła na włączenie mediacji do francuskiego Kodeksu postępowania cywilnego.

Komisja Europejska także zauważyła w 2004 r., że „mediacja jest szybszym, prostszym i bardziej ekonomicznym sposobem rozwiązywania sporów, po-

²³ Oprócz omawianych dyrektyw i rozporządzeń zob. Code de conduite européen des médiateurs, Bruxelles, 2.7.2004; wyr. TS z 27.6.2013 r. w sprawie C-492/11, *Ciro Di Donna przeciwko Società imballaggi metallici Salerno srl* (SIMSA), EU:C:2013:428; wyr. TS z 14.6.2017 r. w sprawie C-75/16, *Livio Menini i Maria Antonia Rampanelli przeciwko Banco Popolare Società Cooperativa*, EU:C:2017:457. Wymienić trzeba także prace Rady Europy, Europejskiej Komisji na rzecz Skutecznego Wymiaru Sprawiedliwości (franc. Commission pour l'efficacité de la justice, ang. European Commission for the Efficiency of Justice – CEPEJ): Code de conduite européen relatif aux prescripteurs de médiation, CEPEJ, 4.12.2018, <https://www.coe.int/fr/web/cepej/cepej-work/mediation> (dostęp: 10.3.2022 r.); Grille de références pour les indicateurs de performance de la médiation, CEPEJ, 4.12.2018, <https://rm.coe.int/cepej-2018-23-fr-boite-a-outils-pour-le-developpement-de-la-mediation-/1680901e75> (dostęp: 10.3.2022 r.).

²⁴ Rekomendacja Nr R (99) 19 Komitetu Ministrów Rady Europy dla państw członkowskich o mediacji w sprawach karnych przyjęta 15.9.1999 r.; Rekomendacja Nr R (81) 7 Komitetu Ministrów Rady Europy dla państw członkowskich w sprawie środków ułatwiających dostęp do wymiaru sprawiedliwości przyjęta 14.5.1981 r.; Rekomendacja (98) 1 Komitetu Ministrów Rady Europy o mediacji rodzinnej przyjęta 21.1.1998 r.

²⁵ Dz.Urz. UE L 136, s. 3.

²⁶ Décret n° 2010-1395 du 12.11.2010 relatif à la médiation et à l'activité judiciaire en matière familiale, JORF n° 0265 du 16.11.2010 ze zm.

²⁷ Décret n° 2012-66 du 20.1.2012 relatif à la résolution amiable des différends, JORF n° 0045 du 22.2.2012 ze zm.

²⁸ Ordonnance n° 2011-1540 du 16.11.2011 portant transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21.5.2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, JORF n° 0266 du 17.11.2011.

zwala również na uwzględnienie szerszego zakresu interesów stron, które mają więcej szans na osiągnięcie porozumienia. Mediacja powinna być dobrowolna i szanowana, także pozwolić zachować polubowne i trwałe stosunki między stronami²⁹.

Mediacja i pojednanie są ważne dla sprawiedliwości społecznej. Sprawiedliwość nie ma jednej funkcji, nie należy jej postrzegać jedynie jako instytucji pozwalającej na rozstrzygnięcie sporu między stronami przy ścisłym stosowaniu przepisów prawa. W całej historii filozofowie i pisarze wielokrotnie udowodniali, że istnieje również społeczna funkcja sprawiedliwości, dająca szansę na pojednanie stron³⁰. Ta idea naznaczona jest także historią prawa, gdyż rewolucja francuska pozwoliła na stworzenie instytucji sędziów pokoju, których misją było pojednanie stron. W szczególności w kwestiach społecznych, w obliczu wzrostu napięć i strajków w przedsiębiorstwach w regionie Lyonu, pierwsza Rada Pracy została powołana w celu uspokojenia stosunków pracy w drodze pojednania. Jak pokazuje francuskie piśmiennictwo i ewolucja systemu sądownictwa francuskiego, obok swojej roli decyzyjnej, sędzia może również próbować pogodzić strony. Jednak pojednanie ma nie tylko funkcję wymiaru sprawiedliwości, to także kwestia swobody dla wszystkich stron sporu.

²⁹ J. Floch, Rapport d'information pour l'Assemblée Nationale sur la Médiation en Europe (COM [2004] 718 final), Rapport n° 3696, 13.2.2007, l'Assemblée Nationale, www.assemblee-nationale.fr (dostęp: 23.9.2021 r.).

³⁰ *Voltaire* był również przekonany o znaczeniu próby pojednania przed rozprawą. W liście z 1739 r. pogratiulował instytucji rozjemców w Holandii. Pisał: „Najlepsze, najwspanialsze i najbardziej użyteczne prawo, jakie kiedykolwiek widziałem, istnieje w Holandii. Kiedy dwóch mężczyzn chce się ze sobą sprzeczać, muszą najpierw udać się do trybunału rozjemców, zwanych rozjemcami. Jeśli strony przyjeżdżają z prawnikiem i adwokatem, są usuwane jako pierwsze, podobnie jak usuwanie drewna z ognia, który chcesz ugasić. Ci, którzy wprowadzają pokój, mówią stronom: Zwariowaliście, chcąc zjeść swoje pieniądze, aby uczynić się nieszczęśliwymi; zakwaterujemy Cię bezpłatnie. Jeśli ich szaleństwo jest nieuleczalne, wolno im błagać, jak zostawia się gangrenowe kończyny w kajdanach chirurgów: wtedy sprawiedliwość bierze go za rękę” („la meilleure loi, le plus excellent usage, le plus utile que j'aie jamais vu, c'est en Hollande. Quand deux hommes veulent plaider l'un contre l'autre, ils sont obligés d'aller d'abord au tribunal des conciliateurs, appelés faiseurs de paix. Si les parties arrivent avec un avocat et un procureur, on fait d'abord retirer ces derniers comme on ôte le bois d'un feu qu'on veut éteindre. Les faiseurs de paix disent aux parties: Vous êtes de grands fous de vouloir manger votre argent à vous rendre mutuellement malheureux; nous allons vous accommoder sans qu'il vous en coûte rien. Si leur folie est incurable, on leur permet de plaider, comme on abandonne aux fers des chirurgiens des membres gangrenés: alors la justice fait sa main” – *Voltaire*, *Lettres philosophiques*. Derniers écrits sur Dieu, Paris 2006).

Rozdział I. Mediacja jako skutek i przyczyna dyferencjacji pojęć w prawie

§ 1. Istota pojęcia mediacji i pojednania (postępowania pojednawczego)

Mediacja jest głównym pojęciem zapożyczonym z wielu dziedzin, takich jak psychologia, filozofia, medycyna itp. Zaadaptowana została również w naukach prawnych. Z prawnego punktu widzenia mediację można zdefiniować jako narzędzie udostępniane osobom, które się nie zgadzają (mediacja umowna) lub biorą udział w postępowaniu sądowym (mediacja sądowa) w celu znalezienia polubownego rozwiązania. Kładąc nacisk na komunikację między stronami, mediacja ma na celu rozwiązanie głębokiego konfliktu między nimi. Mediator nie ogranicza się do rozstrzygania kwestii prawnych, będzie też próbował pogodzić strony. W konsekwencji, poza umiejętnościami prawniczymi, mediator musi mieć wystarczające cechy związane z relacjami międzyludzkimi, aby wypełnić swoją misję. Mediacja wyznacza czas na osiągnięcie celu we współpracy ze stronami. W kwestiach prawnych tego typu ograniczenie jest zatem szczególnie polecane, gdy strony muszą kontynuować relacje lub miały silne więzi (umowa o pracę, relacje rodzinne, umowa gospodarcza, stosunki sąsiedzkie itp.). Mediacja jest zatem procesem umożliwiającym osobom będącym w konflikcie, niezależnie od tego, czy są zaangażowane w sprawę sądową, z pomocą niezależnego i kompetentnego mediatora mającemu za cel przywrócenie komunikacji między nimi, a tym samym znalezienie rozwiązania umożliwiającego rozstrzygnięcie sporu, sytuacji konfliktowej.

Pojednanie jest specyficznym pojęciem prawnym, a jednocześnie odnosi się do wymiaru sprawiedliwości. Jest to również narzędzie oferowane osobom, które się nie zgadzają lub biorą udział w postępowaniu sądowym. Jednak w przeciwieństwie do mediatora rozjemcy, specjalnie przeszkolony w kwestiach prawnych, dobrowolnie pomoże stronom w polubownym załatwieniu różnych wniosków prawnych. Osobą trzecią w pojednaniu stron jest zwykle

prawnik należący do instytucji sądowej (rozjemca wymiaru sprawiedliwości lub wcześniej sędzia pokoju). Postępowanie pojednawcze odbywa się w krótszych ramach czasowych, zwykle w przypadku skierowania sprawy do sądu. Postępowanie pojednawcze to krótka, bezpłatny proces, który umożliwia stronom wypracowanie kompromisu, z pomocą lub bez pomocy zewnętrznego eksperta prawnego, kończąc tym samym spór prawny.

Trudności stwarzane przez prawo pozytywne i utrzymywane przez doktrynę w kwestii pojęć i instytucji mediacji i pojednania nie oznaczają, że wielu autorów nie poświęciło znacznej ilości badań na udoskonalenie definicji tych dwóch pojęć.

Tryb sądowy mediacji powstał w ramach postępowania zainicjowanego przez sędziego, mógł zostać zaproponowany stronom na zasadzie fakultatywnej lub stanowić etap obowiązkowego postępowania sądowego. Elementami związanymi z mediacją pozwalającymi wskazać sądowy charakter mediacji są wyznaczenie osoby trzeciej i związek mediatora z instytucją sądowniczą. Tryb umowny postępowania to sposób wybrany i wdrożony przez dwie osoby, niezależnie od jakiegokolwiek organu sądowego, powstały w celu znalezienia porozumienia i tym samym uniknięcia procesu.

Spór można zdefiniować jako spór między dwojgiem ludzi, związany z różnicą punktów widzenia, nieprowadzący do poważnego zerwania relacji między nimi. Konflikt to nieporozumienie o większym znaczeniu, które wpływa na stosunki między stronami, powodując napięcie i zerwanie dialogu. Pojęcie sporu jest przełożeniem konfliktu na język prawniczy i określeniem wymagającym przy wniesieniu sprawy do sądu.

Należałoby określić, w jaki sposób ponowne zdefiniowanie pojęć mediacji i pojednania może zostać włączone do regulacji prawnych. Pozostaje do ustalenia, czy istnieje interes w ustanowieniu prawa w celu uregulowania tych procesów, czy też wystarczą różne definicje. Pewne jest, że zbyt ostrożne uregulowanie przez ustawodawcę procesu mediacji i postępowania pojednawczego groziłoby uszczywnieniem tych dwóch technik, narażając osobę trzecią na niewielkie pole manewru w próbach zbliżenia stron. Wydaje się jednak, że konieczne jest nasycenie prawa inną wiedzą pozwalającą na opis mediacji i pojednania, aby mieć pełniejszą wizję obu procesów. Aby uniknąć całkowitej utraty zaufania do powyższych instytucji, konieczne staje się zagwarantowanie jakości obu sposobów.

Pojednanie, postępowanie pojednawcze (*conciliation*) we Francji jest definiowane jako „działanie mające na celu przywrócenie porozumienia między

osobami, których opinie lub interesy są sprzeczne”¹. W definicji pojawia się idea działania, która charakteryzuje to pojęcie. W języku potocznym postępowanie pojednawcze jest procesem zakończonym, ale jedynie jako działanie mające na celu zbliżenie stanowisk stron. Pomieszczenie pojęć mediacji i pojednania jest także obecne w języku potocznym².

Definicje podane w słownikach języka francuskiego nie pozwalają na rozróżnienie między mediacją a pojednaniem, ponieważ oba działania dążą do tego samego rezultatu – pojednania stron. Ponadto słowniki często traktują oba pojęcia jako synonimy³.

Włączenie postępowania pojednawczego do francuskiego systemu sądownictwa miało miejsce już w średniowieczu, a następnie w czasach *ancien régime*’u, ponieważ już wtedy obowiązywały procedury pojednawcze. W środowiskach wiejskich istniała pewna solidarność, która zachęcała osoby będące w konflikcie do pojednania, jednak francuska kultura polubownego rozwiązywania problemów została szczególnie wzmocniona dopiero po rewolucji. W obliczu wielu zarzutów skierowanych pod adresem sądownictwa *ancien régime*’u postępowanie pojednawcze okazało się lekarstwem na zło „starego” wymiaru sprawiedliwości. Tak więc ustawa zasadnicza z 16 i 24.8.1790 r.⁴ uczyniła postępowanie pojednawcze obowiązkowym, prowadzonym przez sędziów

¹ Dictionnaire Larousse, Conciliation, <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/conciliation/17930> (dostęp: 23.9.2021 r.).

² Najważniejsze cechy postępowania mediacyjnego i pojednawczego w polskim prawie są następujące: 1) mediacja odbywa się przed niezależnym i bezstronnym mediatorem i nie stanowi postępowania sądowego, z kolei postępowanie pojednawcze odbywa się według procedury cywilnej; 2) w mediacji strony mają prawo wybrać mediatora, w postępowaniu pojednawczym możliwość taka nie istnieje; 3) postępowanie mediacyjne nie jest jawne, z kolei postępowanie pojednawcze co do zasady jest jawne; 4) w przypadku postępowania mediacyjnego strona, składając wniosek o jego przeprowadzenie, nie może być pewna, że mediacja odbędzie się (zależy od woli drugiej strony), z kolei w przypadku postępowania pojednawczego posiedzenie w tej sprawie odbędzie się niezależnie od stanowiska przeciwnika, z którym strona nie musi się nawet wcześniej kontaktować i uzgadniać propozycji układowych; 5) mediator ma prawo do wynagrodzenia i zwrotu wydatków związanych z przeprowadzeniem mediacji, chyba że wyrazi zgodę na prowadzenie mediacji bez wynagrodzenia – wynagrodzenie i zwrot wydatków obciążają strony. Zarówno w postępowaniu mediacyjnym, jak i postępowaniu pojednawczym strony mogą zewrzeć ugodę, której treść wciągana jest do protokołu. Uгода zawarta przed sądem lub mediatorem i zatwierdzona przez sąd może stanowić tytuł egzekucyjny i po nadaniu klauzuli wykonalności stanowić podstawę do prowadzenia egzekucji komorniczej.

³ Le Petit Robert, 2013, hasło: *médiation*, <https://dictionnaire.lerobert.com/definition/mediation> (dostęp: 23.9.2021 r.).

⁴ Recueil Duvergier, Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens, avis du Conseil-d’État, vol. 2.

pokoju przed postępowaniem sądowym. Misją sędziego pokoju było, po wysłuchaniu opinii każdej ze stron, doprowadzenie do znalezienia akceptowalnego układu. W tamtym czasie strony mogły wystąpić do sędziego jedynie w przypadku braku porozumienia. Pojednanie nie było alternatywną sprawiedliwością, ale pierwszym etapem w procesie. W 1791 r. pojednanie uzyskało wartość konstytucyjną przez włączenie do Konstytucji obowiązkowego wstępnego postępowania pojednawczego, które pokazało, jak ważne było to postępowanie w oczach władz publicznych i stron sporu.

Stopniowy spadek znaczenia wstępnego postępowania pojednawczego w 1806 r. nastąpił po uchwaleniu francuskiego Kodeksu postępowania cywilnego, postępowanie pojednawcze nabrało bardzo restrykcyjnego aspektu proceduralnego. Artykuły 49 i n. franc. KPC ściśle nadzorowały tę procedurę i ograniczały jej zakres stosowania. Podczas gdy wstępne postępowanie pojednawcze pierwotnie dotyczyło wszystkich sporów wnoszonych do sądów cywilnych, kodeks przewidywał wyjątki dla niektórych rodzajów sporów. Następnie orzecznictwo rozszerzyło te wyłączenia, stopniowo pozbawiając wstępne postępowanie pojednawcze jego treści. Liczba wstępnych postępowań pojednawczych zaczęła spadać. Dopiero w 1949 r. francuski ustawodawca zdecydował o zniesieniu przymusowego wstępnego postępowania pojednawczego. W 1958 r. reforma sądownictwa dała sądowi pierwszej instancji uprawnienia do pojednania stron. Niemniej jednak postępowanie pojednawcze pozostało w systemie sądowym. W 1975 r. Nowy kodeks postępowania cywilnego doprecyzował procedurę, w której to do sędziego należy próba pojednania stron. Niektórzy autorzy widzieli w tym tylko odnowienie pojednania, zwłaszcza że ten sam kodeks dawał również stronom inną możliwość pogodzenia się⁵. Następnie, aby zachęcić do praktyki pojednawczej, ustanowiono funkcję rozjemcy-koncyliatora (*conciliateur*). Dekret z 23.3.1978 r. przewidywał, że zadaniem rozjemców było „ułatwienie, poza jakąkolwiek procedurą prawną, polubownego rozwiązywania sporów”⁶. Celem było wówczas zachęcenie do polubownego rozwiązywania drobnych sporów przez interwencję osoby trzeciej przed rozprawą. Osoba trzecia nie była na ogół z zawodu prawnikiem, ale zwykłą osobą fizyczną niepełniącą innej specjalnej funkcji. Pokazało to rzeczywście wolę prawodawcy do poparcia tzw. lokalnej sprawiedliwości. Instytucja

⁵ Art. 127 i 131 franc. KPC.

⁶ Art. 2 dekretu z 20.3.1978 r. dotyczący postępowania pojednawczego (*conciliation*): „le conciliateur doit satisfaire aux conditions suivantes: (...) ne pas exercer d'activités judiciaires à titre professionnel”.

pojednania w przeszłości była również czasami źle odbierana przez francuskie środowisko prawnicze. Obawiano się, że prawo nie będzie już podstawą rozstrzygania sporów. Rzeczywiście istniał w pewnym okresie brak zaufania ze strony sędziów i ogólnie środowiska prawniczego w stosunku do rozjemców. Jednak od lat 90. ubiegłego wieku niechęć ustąpiła. Od rozjemców zaczęto wymagać spełniania pewnych warunków, zwłaszcza w kwestiach prawnych, ich misje zostały rozszerzone, aby zapewnić im rzeczywiste miejsce w procedurze.

Dekret z 22.7.1996 r. upoważnił sędziego do powierzenia wstępnej próby pojednania rozjemcom. Ten ostatni został zatem włączony do sądu jako instytucja pomocnicza. Wkrótce potem dekret z 13.12.1996 r. zmienił nazwę rozjemcy na „rozjemcę wymiaru sprawiedliwości”⁷. Wreszcie dekret z 28.12.1998 r. uznawał zdolność sędziego do delegowania misji pojednawczej rozjemcom sądowym (rozjemcom wymiaru sprawiedliwości). Rola rozjemców wzrosła, promowała możliwość swobodnego wysłuchania stron i zróżnicowania metod rozwiązywania sporów. Rola rozjemców była początkowo ograniczona do postępowań pozasądowych, stopniowo stawali się członkami sądu odpowiedzialnego za prowadzenie postępowań pojednawczych, czy to w sprawach sądowych, czy pozasądowych.

§ 2. Brak rozróżnienia pojęć mediacji i pojednania

Kwestie związane z ogólnym rozróżnieniem pomiędzy mediacją a pojednaniem polegają na znalezieniu elementów o charakterze historycznym, społecznym i procesowym. We Francji podczas reformy wymiaru sprawiedliwości w XXI w., pragnąc dostosować procedury sądowe do głębokich przemian społecznych, kwestia definicji mediacji i pojednania, a także ich rozróżnienia, wzbudziła istotne zainteresowanie⁸. W obliczu ogólnego entuzjazmu dla polubownych sposobów regulacji sporów, zarówno na szczeblu krajowym, jak i europejskim, konieczne stało się rozróżnienie obu mechanizmów. Aby zilustro-

⁷ Décret n° 96-1091 du 13.12.1996 modifiant le décret n° 78-381 du 20.3.1978 relatif aux conciliateurs, JORF n° 0292 du 15.12.1996.

⁸ Zob. Qu'est-ce que la justice du XIX^{ème} siècle, Ministère de la Justice (<http://www.justice.gouv.fr/la-justice-du-21e-siecle-12563/quest-ce-que-la-justice-du-21e-siecle-12580/>). Parmi les propositions, le gouvernement souhaite „renforcer la médiation et la conciliation sur l'ensemble du territoire” (dostęp: 10.8.2020 r.). Por. S. Amrani-Mekki, Les modes amiables de résolution des différends dans la loi de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle, Gaz. Pal., 31.1.2017.

wać znaczenie, jakie przyjmują procesy polubowne, niektórzy autorzy określili je jako „wielodrzwiowy sąd” (*multi-door courthouse*)⁹. W ten sposób strona w procesie dysponuje wieloma rozwiązaniami umożliwiającymi rozstrzygnięcie sporu, ma po prostu wybrać rozwiązanie, które wydaje się najbardziej odpowiednie dla sytuacji. Jednak w praktyce wybór ten może okazać się trudny, jeśli nie jest on w stanie odróżnić oferowanych rozwiązań. Nie brak było uwag autorów, że „istnieje zestaw alternatywnych metod rozwiązywania sporów. Trzeba je jeszcze poznać i rozróżnić, żeby wybrać najbardziej adekwatną (...)”¹⁰.

Kwestia rozróżnienia obu pojęć jest szczególnie istotna pod względem prawnym. Niezależnie od stanowiska w odniesieniu do alternatywnych metod rozwiązywania sporów, znajomość obu procedur stała się we Francji niezbędna. Dekret z 11.3.2015 r. w procedurach prywatnoprawnych nałożył na strony chcące skierować sprawę do sądziego obowiązek uzasadnienia próby polubownego zakończenia sporu¹¹. Przepisy jednakże nie wymagają uciekania się do polubownych sposobów regulacji, niemniej przypominają, że należy traktować je jako pierwszą fazę procesu i że każdą ze stron należy poinformować o możliwości polubownego rozwiązania sprawy. Nie można jednak zapewnić pełnych informacji i świadomego wyboru, jeśli mediacja i postępowanie pojednawcze są nieróżnicowane.

W ustawach i kolejnych dekretych regulujących mediację i postępowanie pojednawcze zaistniało kilka odniesień z określeniem „sądowy”. W istocie już w 1995 r. ustawodawca francuski wyraźnie wskazał mediację i postępowanie pojednawcze jako „sądowe”¹². Określenie było następnie używane w różnych aktach prawnych, m.in. w rozporządzeniu z 16.11.2011 r. transponującym dyrektywę 2008/52/WE. Przepisy europejskie zostały włączone do francuskiego Kodeksu postępowania cywilnego w art. 131-1 i n. dotyczących mediacji, a także w art. 129-1 i n., dotyczących pojednania, o czym w dalszej części pracy.

⁹ A. Schneebalg, E. Galton, *Le rôle du conseil en médiation civile et commerciale*, Paris 2003, s. 4.

¹⁰ M. Boittelle-Coussau, *Comment choisir entre la conciliation et la médiation?*, *Gaz. Pal.* n° 164, 13.6.2015, s. 9.

¹¹ Décret n° 2015-282 du 11.3.2015 relatif à la simplification de la procédure civile, à la communication électronique et à la résolution amiable des différends, *JORF* n° 0062 du 14.3.2015.

¹² Ordonnance n° 2011-1140 du 16.11.2011 portant transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, *JORF* n° 0266 du 17.11.2011.

Mediacja umowna, postępowanie pojednawcze pojawiły się we francuskim Kodeksie postępowania cywilnego relatywnie niedawno, gdyż dopiero w 2012 r., kiedy we Francji po raz pierwszy uregulowano procedury umowne. Dekret z 20.1.2012 r. kontynuujący transpozycję dyrektywy europejskiej z 2008 r. po raz pierwszy wprowadził do francuskiego Kodeksu postępowania cywilnego regulację dotyczącą procedur umownych¹³. Poza francuskim Kodeksem postępowania cywilnego procedury mediacyjne lub koncyliacyjne regulują inne przepisy, właściwe w określonych sprawach. Rzadko wśród nich występują wyrażenia „sądowy” czy „pozasądowy”. Dlatego m.in. we francuskim prawie pracy oferowane są pracownikom i pracodawcom różne procedury mediacyjne – np. w przypadku mobbingu czy strajku pracowników. Jednak żaden przepis w tym zakresie nie dodawał, że jest to mediacja sądowa czy umowna. Dlatego tylko przez dedukcję, biorąc pod uwagę wnioskodawcę, można było określić charakter procedury.

Brak definicji mediacji w procedurach sądowniczych był także problemem. Przyjmuje się, że postępowanie sądowe to postępowanie wszczęte/zaproponowane przez sędziego prowadzącego sprawę. Żaden przepis francuskiego Kodeksu postępowania cywilnego nie definiował wyraźnie tego pojęcia. Dlatego też znaczenie określenia „sądowy” można rozumieć jedynie poprzez lekturę przepisów z księgi I franc. KPC dotyczących mediacji i postępowania pojednawczego. Wskazano w nich, że sędzia wszczyna procedurę. Za sprawą włączenia na mocy dekretu z 20.1.2012 r. regulacji procedur umownych do księgi V franc. KPC umieszczono pewne elementy definicji. Artykuł 1528 franc. KPC wskazuje, że strony „mogą z własnej inicjatywy próbować rozwiązać spór w sposób polubowny”¹⁴. W związku z tym można wywnioskować, że procedurą umowną jest procedura wprowadzona przez strony, a nie określona przez podmiot trzeci. Ponadto art. 1530 franc. KPC stanowił, że „przez mediację i zwykłe pojednanie rozumie się (...) każdy zorganizowany proces, w którym dwie strony lub więcej usiłuje osiągnąć porozumienie, poza postępowaniem

¹³ Décret n° 2012-66 du 20.1.2012 relatif à la résolution amiable des différends, JORF n° 0019 du 22.1.2012.

¹⁴ Art. 1528 franc. KPC: „Les parties à un différend peuvent, à leur initiative et dans les conditions prévues par le présent livre, tenter de le résoudre de façon amiable avec l'assistance d'un médiateur, d'un conciliateur de justice ou, dans le cadre d'une procédure participative, de leurs avocats”.