

Ewa Chmielarczyk

radca prawny, kierownik doradztwa prawno-podatkowego w Kancelarii Roedl, Majchrowicz-Bączyk Kancelaria Prawna sp. k. oddział we Wrocławiu, stypendystka rocznego Stypendium Ministerstwa Sprawiedliwości Landu Nadrenii-Westfalii dla Międzynarodowych Prawników; doktorantka w Instytucie Nauk Administracyjnych w Zakładzie Prawa Konkurencji i Regulacji Sektorowej

Marek Pasewicz

absolwent WPiA w Poznaniu, *Master of German and Polish Law* na Uniwersytecie Europejskim Viadrina we Frankfurcie nad Odrą

Podstawowe założenia niemieckiego projektu ustawy o promocji mediacji i innych postępowań pozasądowego rozstrzygnięcia sporów¹

Projekt ustawy o promocji mediacji i innych postępowań pozasądowego rozstrzygnięcia sporów (dalej również: projekt lub projekt ustawy mediacyjnej) został uchwalony przez rząd federalny Niemiec 12.4.2011 r. Pierwsze czytanie projektu w Bundestagu miało miejsce 14.4.2011 r., natomiast publiczne wysłuchanie przez Komisję Prawną – 25.5.2011 r. Pomimo że projekt nie został jeszcze ostatecznie uchwalony (procedura legislacyjna jest w toku), to warto zapoznać się z jego podstawowymi założeniami, szczególnie że wejście w życie ustawy jest bardzo prawdopodobne. Zasadniczym celem projektu jest promocja wymienionych w jego tytule sposobów rozstrzygnięcia sporów. Omawiany akt prawny wprowadza różne formy mediacji, które do tej pory pozostawały w znacznym stopniu poza sferą regulacji ustawowej, a mianowicie: mediację przeprowadzaną niezależnie od postępowania sądowego (tzw. mediacja pozasądowa), mediację prowadzoną w ramach postępowania sądowego poza sądem (tzw. mediacja okołosądowa) oraz mediację prowadzoną podczas postępowania sądowego, jednak przez sędziego nieupoważnionego do orzekania w postępowaniu mediacyjnym (tzw. mediacja sądowa). Dla mediacji sądowej powinna być stworzona wyraźna podstawa prawna, w tym sensie, że określone regulacje w tym zakresie powinny być zamieszczone w przepisach odnoszących się do postępowania przed niemieckimi sądami, inaczej w przypadku mediacji pozasądowej (czy okołosądowej), która ma charakter co do zasady

¹ Niniejszy artykuł oparty został na uzasadnieniu projektu ustawy z 1.4.2011 r. o promocji mediacji i innych postępowań pozasądowego rozstrzygnięcia sporów, BT-Drucksache 17/5335. Tłumaczenie projektu ustawy, jak również jego uzasadnienia zostało dokonane na potrzeby niniejszego artykułu przez jego autorów.

mniej sformalizowany. Omawiany projekt ustawy ma również na celu implementację do niemieckiego porządku prawnego dyrektywy 2008/52/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 21.5.2008 r. o poszczególnych aspektach mediacji w sprawach cywilnych i gospodarczych² (dalej jako: dyrektywa lub dyrektywa o mediacji).

Projekt zakłada wzmocnienie mediacji poprzez ułatwienie wykonalności porozumień mediacyjnych oraz zwiększenie ochrony poufności procesu mediacji, co ma gwarantować m.in. wprowadzenie obowiązku zachowania przez mediatorów tajemnicy odnośnie do okoliczności, o których dowiedzieli się podczas mediacji. Ponadto projekt określa pewne minimalne wymagania dotyczące osób samych mediatorów. Wreszcie wprowadza możliwość przekazywania spraw z procesu sądowego do mediacji albo innego pozasądowego trybu rozwiązywania konfliktów. W świetle omawianego projektu uregulowania dotyczące mediacji sądowej zostaną wprowadzone do Kodeksu postępowania cywilnego (*Zivilprozessordnung*³), ustawy o postępowaniu w sprawach rodzinnych oraz dobrowolnego sądownictwa (*Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*⁴), ustawy o sądzie pracy (*Arbeitsgerichtsgesetz*⁵), prawa o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (*Verwaltungsgerichtsordnung*⁶), ustawy o sądzie socjalnym (*Sozialgerichtsgesetz*⁷), ustawy patentowej (*Patentgesetz*⁸) oraz ustawy o markach (*Markengesetz*⁹).

I. Pojęcie mediatora, mediacji oraz jej rodzajów

Artykuł 1 § 1 projektu stanowi, iż:

(1) Mediacja jest poufnym i zorganizowanym postępowaniem, w których strony dobrowolnie i na własną odpowiedzialność z pomocą jednego lub więcej mediatorów zgodnie dążą do zakończenia konfliktu. Mediacja może być przeprowadzona:

- 1) niezależnie od postępowania sądowego (mediacja pozasądowa),
- 2) podczas postępowania sądowego poza sądem (mediacja okołosądowa) lub
- 3) podczas postępowania sądowego przed sędzią, który nie jest upoważniony do orzekania w postępowaniu mediacyjnym (mediacja sądowa).

(2) Mediator jest osobą niezależną i neutralną bez upoważnienia do orzekania, która kieruje mediacją.

Definicje pojęć „mediacja” i „mediator” zostały oparte na legalnych definicjach tych pojęć zawartych w art. 3 dyrektywy o mediacji. Przytoczony przepis został sformułowany w ten sposób, że nie precyzuje, ile stron może wziąć udział w mediacji, tj. mogą to być dwie

² Dz.Urz. UE L Nr 136 z 21.5.2008 r., s. 8.

³ BGBl. 2005 I, s. 3202; 2006 I, s. 431; 2007 I, s. 1781, ostatnio zmieniona przez art. 4 ustawy z 23.5.2011 r. (BGBl. I, s. 898).

⁴ BGBl. 2008 I, s. 2586, 2587, ostatnio zmieniona przez art. 3 ustawy z 22.12.2010 r. (BGBl. I, s. 2255).

⁵ BGBl. 1979 I, s. 853, 1036, ostatnio zmieniona przez art. 2 ustawy z 14.6.2011 r. (BGBl., s. 1050).

⁶ BGBl. 1991 I, s. 686, ostatnio zmieniona przez art. 9 ustawy z 22.12.2010 r. (BGBl. I, s. 2248).

⁷ BGBl. 1975 I, s. 2535, ostatnio zmieniona przez art. 4 ustawy z 24.3.2011 r. (BGBl. I, s. 453).

⁸ BGBl. 1981 I, s. 1, ostatnio zmieniona przez art. 1 ustawy z 31.7.2009 r. (BGBl. I, s. 2521).

⁹ BGBl. 1994 I, s. 3082; 1995 I, s. 156; 1996 I, s. 682, ostatnio zmieniona przez art. 17 ustawy z 22.12.2010 r. (BGBl. I, s. 2248).

lub więcej osób. Posiadanie statusu mediatora wiąże się z określonymi obowiązkami lub uprawnieniami wskazanymi w projekcie, o czym mowa poniżej. Wprowadzenie definicji „mediacji” jest również konieczne ze względu na instytucję porozumienia mediacyjnego, które zgodnie z przepisami niemieckiego kodeksu postępowania cywilnego będzie stanowić tytuł egzekucyjny.

Odnosząc się do poszczególnych rodzajów (trybów) mediacji, należy zwrócić uwagę, że w przypadku mediacji pozasądowej nie chodzi bynajmniej o pomieszczenia sądowe, a o sąd jako instytucję. Innymi słowy, mediacja pozasądowa może odbywać się w sądzie, ale niezależnie od postępowania sądowego tam prowadzonego. Istotą mediacji pozasądowej jest to, że strony od początku decydują się na rozstrzygnięcie sporu poza trybem procedury sądowej. Inaczej w przypadku mediacji okołosądowej, która jest związana z postępowaniem sądowym, ale podobnie jak mediacja pozasądowa – jest prowadzona przez mediatora niebędącego sędzią. W tym przypadku chodzi o urząd sędziego, tj. sędzia może prowadzić postępowanie mediacyjne pozasądowe i okołosądowe, jednak wówczas występuje w charakterze osoby fizycznej będącej mediatorem, bez związku z urzędem sędziego. Projekt zakłada prowadzenie mediacji sądowej przez sędziego, który nie jest jednak upoważniony do orzekania w postępowaniu mediacyjnym, którego istotą jest osiągnięcie konsensusu pomiędzy stronami.

Użyte w projekcie pojęcie „strona” oznacza osoby biorące udział w mediacji (oczywiście z wyłączeniem mediatora). Określenie to należy stosować także do ustaw regulujących postępowania, które inaczej niż niemiecki kodeks postępowania cywilnego, nie posługują się określeniem „strona”, lecz przykładowo używają pojęcie „uczestnicy”, jak w przypadku niemieckiego kodeksu postępowania administracyjnego.

II. Osoba mediatora

Zawarta w projekcie definicja osoby mediatora celowo rezygnuje z pełnego, precyzyjnie uregulowanego profilu zawodowego mediatora. O takim ukształtowaniu regulacji prawnej przesądziła myśl, że mediacja to proces, który wciąż dynamicznie się rozwija. Niemiecki ustawodawca uznał zatem, że należy zapewnić rozwój tej instytucji, w tym instytucji mediatora, a to mogłoby być utrudnione przez przyjęcie sztywnych wymogów ustawowych co do jego osoby. Rezygnacja z kompleksowego uregulowania zawodu mediatora uwzględnia również fakt, że wielu mediatorów nie wykonuje mediacji jako swojego głównego zawodu, którym jest np. zawód adwokata, doradcy podatkowego czy psychologa. Zawód „podstawowy” oddziałuje na relacje pomiędzy przepisami omawianej ustawy a przepisami regulującymi dany zawód, jednak w razie ich kolizji pierwszeństwo przysługuje tym pierwszym. Ustawa o mediacji stanowić będzie tym samym *lex specialis* w stosunku do uregulowań odnoszących się do określonego zawodu, które należy mimo to stosować obok przepisów przyszłej ustawy. Pierwszorzędne znaczenie odnośnie do osoby mediatora i jego zadań w procesie mediacji ma zasada neutralności, która zobowiązuje go do zachowania bezstronności podczas prowadzenia procesu mediacji i w konsekwencji sprawia, że cieszy się on większym autorytetem. Brak upoważnienia mediatora do wydawania orzeczeń w sądowym postępowaniu mediacyjnym jest odzwierciedleniem zasady odpowiedzialności stron za własne działania. Głównym zadaniem mediatora jest bowiem

wspieranie stron w wypracowaniu swoich własnych stanowisk. Mediacja sądowa jest związana ze szczególnymi czynnościami sędziowskimi, które nie zawierają w sobie jednak elementu wyrokowania w sporze. Zawarte w drugim akapicie stwierdzenie, że **mediator kieruje mediacją**, oznacza, że mediatorzy ponoszą odpowiedzialność za przebieg postępowania mediacyjnego, a w szczególności za pomyślną komunikację pomiędzy stronami.

III. Obowiązki mediatora

Mediacja jako postępowanie rządzi się określonymi regułami, które mogą się różnić w zależności od sprawy będącej przedmiotem mediacji (tj. sprawy rodzinne, gospodarcze, ochrona środowiska). Dalsza organizacja postępowania mediacyjnego wynika z reguł oraz zadań mediatora zawartych w art. 1 § 2 projektu, który stanowi, że:

- 1) strony wybierają mediatora;
- 2) mediator upewnia się, że strony zrozumiały podstawowe założenia i przebieg procesu mediacji oraz że podejmują proces mediacji dobrowolnie;
- 3) mediator jest zobowiązany wobec stron w równym stopniu. Wspiera on komunikację pomiędzy stronami oraz zapewnia, by strony w sposób uczciwy związane były z procesem mediacji. Za zgodą wszystkich stron mediator może prowadzić na osobności rozmowy ze stronami;
- 4) osoby trzecie mogą wejść do procesu mediacji za zgodą wszystkich stron;
- 5) strony mogą zakończyć proces mediacji w każdej chwili. Mediator może zakończyć proces mediacji, w szczególności gdy nabierze przekonania, że strony nie są w stanie nawiązać komunikacji lub osiągnąć porozumienia;
- 6) mediator dąży do tego, by strony osiągnęły porozumienie przy znajomości stanu rzeczy oraz rozumiały treść porozumienia. Mediator powinien wskazać stronom uczestniczącym bez profesjonalnego pełnomocnika możliwość sprawdzenia porozumienia przez zewnętrznego doradcę. Za zgodą stron osiągnięte porozumienie może być udokumentowane w porozumieniu końcowym.

Przepis ten zawiera najbardziej istotne elementy Europejskiego Kodeksu Postępowania dla Mediatorów¹⁰. Przytoczony fragment projektu daje wyraz samostanowienia stron w procesie mediacji, jednak – jak wskazuje uzasadnienie projektu – nie wymaga inicjatywy stron w wyborze mediatora, strony mogą bowiem przyjąć zaproponowanego mediatora w sposób dorozumiany. Przepis art. 1 § 2 akapit 1 projektu potwierdza także, że w przypadku mediacji sądowej nie istnieje żaden „sądowy mediator”, tj. przydzielany automatycznie do danej sprawy. Mediatorzy mają za zadanie zapewnić, by strony były w pełni poinformowane o stanie rzeczy i przebiegu procesu, a ich uczestnictwo w mediacji było dobrowolne (art. 1 § 2 akapit 2 projektu). Na początku procesu mediacji należy poinformować strony, że mogą one samodzielnie ustalić podstawowe zasady dotyczące jego przebiegu, organizacji i reguł komunikacji. Strony mogą również ustalić zakres jawności postępowania oraz zasady oceny dowodów, wysokość wynagrodzenia dla mediatora oraz zasady wglądu do akt.

¹⁰ Zob. http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_pl.pdf.

Do obowiązków mediatora należą w szczególności obowiązek udzielania informacji i wskazówek w celu upewnienia się, czy strony rozumieją założenia procesu mediacji, stan sprawy i treść porozumienia, jak również obowiązek wyjawienia, o którym mowa poniżej.

1. Obowiązek udzielania informacji przez mediatora

Artykuł 1 § 2 akapit 6 zd. 1 projektu ustawy mediacyjnej nakłada na mediatora obowiązek upewnienia się, że strony znają stan sprawy oraz rozumieją treść zawartego porozumienia. Z kolei na podstawie art. 1 § 2 akapit 6 zd. 2 projektu ustawy mediator ma obowiązek wskazać stronie, która bierze udział w mediacji bez profesjonalnego pełnomocnika, możliwość sprawdzenia porozumienia przez „doradcę zewnętrznego”. Jeżeli bowiem strony zawierają porozumienie, którego treść rodzi określone następstwa prawne, mediatorzy powinni dążyć do tego, aby przed jego podpisaniem strony poddały go weryfikacji – przykładowo przez adwokata. W zależności od konkretnego przypadku profesjonalne doradztwo przy weryfikacji porozumienia może być dokonane ponadto przez rzeczoznawcę technicznego, biegłego rewidenta lub psychologa.

Pomimo że mediator ma prawo udzielać podczas procesu mediacyjnego ogólnych informacji prawnych oraz poddawać pod dyskusję możliwość zawarcia w porozumieniu określonych regulacji, to uprawnienie regulowania stosunków pomiędzy stronami pozostawione jest im samym. W tym kontekście nie budzi wątpliwości prawo mediatora do przedstawiania stronom pewnych ogólnych rozwiązań prawnych, jednak nie powinno to przyjąć co do zasady charakteru doradztwa prawnego, z wyjątkiem dozwolonych usług prawnych. Mediator nie ma bowiem prawa ingerowania w rozmowy mediacyjne w taki sposób, aby sugerować wykorzystanie konkretnych uregulowań prawnych. Ustawodawca niemiecki nie zawiera jednak bezwzględnego zakazu ingerencji mediatora w treść porozumienia, jednak powinna być ona dokonywana w granicach określonych przez ustawę o świadczeniu usług prawnych¹¹. Przykładowo w ramach mediacji rodzinnej mediator może wskazać w treści porozumienia, które dochody oraz obciążenia po stronie zarówno uprawnionego, i zobowiązanego należy uwzględnić przy obliczaniu wysokości alimentów. Jednak ostateczne określenie przez mediatora wysokości tychże alimentów dla konkretnego przypadku wykracza już poza ramy dozwolonych usług prawnych, o których mowa w ww. ustawie.

2. Obowiązek zachowania neutralności (bezstronności) przez mediatora

Artykuł 1 § 2 akapit 3 zd. 1 projektu zobowiązuje mediatora do zachowania neutralności (bezstronności), która – tak jak wymóg niezależność mediatora – jest niezbędnym elementem pomyślnego przebiegu mediacji. Mediatorzy powinni służyć pomocą wszystkim stronom postępowania mediacyjnego w równym stopniu. Z tego też powodu mówi się o obowiązku mediatorów do zachowania „stronniczości wobec wszystkich stron”.

¹¹ Rechtsdienstleistungsgesetz, BGBl. 2007 I, s. 2840, ostatnio zmieniona przez art. 2 ustawy z 22.12.2010 r. (BGBl. I, s. 2248).

3. Obowiązek ujawniania przez mediatora okoliczności kolidujących z jego niezależnością i neutralnością

Artykuł 1 § 3 projektu stanowi o obowiązku ujawnienia przez mediatora okoliczności, które mogą kolidować z jego niezależnością lub neutralnością. Wspomniany artykuł mówi bowiem, że:

- 1) mediator ma obowiązek ujawnić stronom wszystkie okoliczności, które mogłyby kolidować z jego niezależnością, bezstronnością. W razie wystąpienia takich okoliczności może działać jako mediator wyłącznie za wyraźną zgodą wszystkich stron;
- 2) jako mediator nie może działać osoba, która przed rozpoczęciem procesu mediacji działała na rzecz jednej ze stron. Mediator nie może w tej samej sprawie działać na rzecz jednej ze stron podczas procesu mediacji, a także po jego zakończeniu;
- 3) jako mediator nie może działać osoba, gdy inna powiązana z nią osoba przez działanie w tej samej wspólnocie zawodowej lub biurze działała w procesie mediacji na rzecz jednej ze stron. Taka osoba nie może również działać w tej samej sprawie na rzecz jednej ze stron podczas procesu mediacji, a także po jego zakończeniu;
- 4) ograniczenia, o których mowa w akapicie 3, nie obowiązują, gdy strony po wyczerpującym poinformowaniu wyrażają na to zgodę oraz interesy wymiaru sprawiedliwości nie stoją temu na przeszkodzie;
- 5) mediator jest zobowiązany na żądanie stron udzielić informacji na temat swojego wykształcenia oraz doświadczenia w zakresie mediacji.

Artykuł 1 § 3 akapit 1 projektu służy zabezpieczeniu neutralności i niezależności mediatora. Okoliczności, które mogłyby naruszyć niezależność i neutralność mediatora, to w szczególności osobiste lub gospodarcze związki z jedną ze stron bądź też prywatny interes w określonym rozstrzygnięciu procesu. Mediatorzy mają obowiązek ujawnienia tego rodzaju okoliczności, a w razie ich zaistnienia dalsze czynności mogą podejmować tylko wtedy, gdy strony wyraźnie się na to zgodzą. Mediatorzy określają przy tym samodzielnie, w jakiej formie i sposób dokonują ujawniania omawianych okoliczności.

Zgodnie z art. 1 § 3 akapit 2 projektu ustawy mediacyjnej reprezentowanie strony (przykładowo jako adwokat) i prowadzenie mediacji przez tę samą osobę jest wykluczone niezależnie od tego, czy strony wyrażą na to zgodę. Taka sytuacja uzasadniałaby bowiem obawę jednej strony, że po ewentualnym niepowodzeniu mediacji mediator, reprezentując interesy drugiej strony, wykorzysta uzyskaną podczas mediacji wiedzę na jej niekorzyść. Wykluczone jest tym samym, aby mediator jako adwokat działał w interesie jednej ze stron przed wszczęciem postępowania mediacyjnego, wówczas bowiem wątpliwe jest zachowanie przez niego neutralności podczas procesu mediacji. Nie chodzi jednak tylko o to, czy mediator jest w stanie przeprowadzić mediację w sposób bezstronny z jego punktu widzenia, tj. o podejście subiektywne. Ważne jest przede wszystkim, czy jest postrzegany przez strony uczestniczące w mediacji jako osoba neutralna, a co do zasady nie będzie to możliwe w sytuacji, w której przed mediacją w tej samej sprawie działał on na rzecz jednej ze stron (nawet gdy jego działanie ograniczało się tylko do zakończenia sporu ugodą).

Ograniczenia, o których mowa w art. 1 § 3 akapit 3 projektu ustawy mediacyjnej, dotyczą także mediatora będącego adwokatem w zespole adwokatów (biurze), do jakiego

należy inny adwokat reprezentujący w tej samej sprawie drugą ze stron mediacji. Także w przypadku mediacji zakończonej niepowodzeniem zespół adwokatów będących mediatorami nie może reprezentować żadnej ze stron mediacji. W związku z orzecznictwem Niemieckiego Trybunału Konstytucyjnego¹² dopuszczone zostały w omawianym zakresie pewne wyjątki, na które wskazuje art. 1 § 3 akapit 4 projektu ustawy. Ograniczenia, o których mowa powyżej, nie obowiązują, gdy strony po wyczerpującym poinformowaniu ich o okolicznościach dotyczących potencjalnego zagrożenia neutralności mediatora zgadzają się na prowadzenie mediacji przez osoby z tego samego zespołu adwokatów, biura działające na rzecz przeciwnych stron, przy czym dodatkową przesłanką owego wyjątku jest to, aby interes wymiaru sprawiedliwości nie stał temu na przeszkodzie.

Na marginesie warto zaznaczyć, że dla adwokatów zakaz reprezentowania stron, których interesy są sprzeczne, wyrażony został w § 43a ustawy o adwokaturze¹³ i rozciągnięty na pozostałe zawody.

4. Obowiązek udzielenia przez mediatora informacji dotyczących jego kwalifikacji

Zgodnie z wyżej przytoczonym art. 1 § 3 akapit 5 projektu ustawy strony biorące udział w mediacji mogą wymagać od mediatora udzielenia informacji na temat jego doświadczenia w prowadzeniu postępowań mediacyjnych oraz wykształcenia (ukończonych studiów, „podstawowego” zawodu itd.). Obowiązek informacyjny dotyczy wszystkich mediatorów, niezależnie od wykonywanego przez nich zawodu oraz rodzaju prowadzonej mediacji (mediacja pozasądowa, okołosądowa czy sądowa). Przepis ten uwzględnia okoliczność, że ustawa nie określa minimalnych kwalifikacji dla mediatorów. Niemiecki ustawodawca przyjął, że zabezpieczeniem „jakości” usług wykonywanych przez mediatorów są zasady rządzące wolnym rynkiem, jednak jest to możliwe tylko wówczas, gdy strony mają zagwarantowany dostęp do informacji na temat kwalifikacji mediatorów. Regulacja ustawowa nie określa, w jaki sposób następuje udzielanie informacji o kwalifikacjach mediatorów, stąd mediatorom pozostawiono w tym zakresie pełną swobodę.

5. Obowiązek zachowania tajemnicy

Artykuł 1 § 4 projektu reguluje obowiązek zachowania tajemnicy przez mediatora w postępowaniu mediacyjnym. Zgodnie z nim mediator oraz osoby związane z przeprowadzeniem procesu mediacji są zobowiązane do zachowania tajemnicy, o ile ustawa nie przewiduje inaczej. Obowiązek ten dotyczy wszystkiego, czego osoby zobowiązane do zachowania tajemnicy dowiedziały się podczas wykonywania swoich czynności. Niezależnie od innych przepisów ustaw dotyczących obowiązku zachowania tajemnicy nie obowiązuje on, o ile:

- 1) ujawnienie treści zawartego porozumienia osiągniętego podczas procesu mediacji konieczne jest do jego wykonania lub egzekucji,

¹² BVerfG, 1 BvR 238/01.

¹³ Bundesrechtsanwaltsordnung, BGBl. 2010 I, s. 2248.

- 2) ujawnienie nakazane jest ze względu na zachowanie porządku publicznego, w szczególności, aby odeprzeć niebezpieczeństwo grożące dobru dziecka lub ciężkiego naruszenia integralności psychicznej lub fizycznej człowieka, lub
- 3) chodzi o fakty powszechnie znane lub ze względu na swoje znaczenie niewymagające utrzymania w tajemnicy.

Mediator zobowiązany jest poinformować strony o zakresie swojego obowiązku zachowania tajemnicy.

Zacytowany artykuł projektu ma na celu implementację art. 7 dyrektywy o mediacji, który postuluje zachowanie tajemnicy odnośnie do okoliczności mediacji w sprawach cywilnych i handlowych, czego odzwierciedleniem jest prawo odmowy zeznań przez mediatorów oraz osoby związane z przeprowadzeniem procesu mediacji. Zakresu osób związanych z przeprowadzeniem mediacji, które obejmuje omawiany obowiązek, nie należy interpretować rozszerzająco. Obowiązek zachowania tajemnicy dotyczy przykładowo osób pomagających mediatorowi w kierowaniu mediacją, natomiast nie dotyczy osób trzecich, które za zgodą stron przystąpiły do procesu mediacji, jak np. rzeczoznawcy czy członkowie rodziny.

W związku z ustawową regulacją obowiązku zachowania tajemnicy mediatorzy i osoby związane z przeprowadzeniem mediacji mają zgodnie z niemieckim kodeksem postępowania cywilnego prawo odmowy zeznań w postępowaniu cywilnym, a także innych postępowaniach opartych na przepisach tego kodeksu. Istotne jest, że w świetle projektu ustawy mediacyjnej strony uczestniczące w mediacji mogą za obopólną zgodą zwolnić z obowiązku zachowania tajemnicy osoby zobowiązane do jej przestrzegania.

Strony mogą również rozszerzyć w ramach zawartego porozumienia obowiązek zachowania tajemnicy na dalsze związane z mediacją osoby. W razie naruszenia obowiązku zachowania tajemnicy stronom przysługuje roszczenie odszkodowawcze.

Warto zwrócić uwagę, że art. 1 § 4 projektu ustawy mediacyjnej w zakresie obowiązku zachowania tajemnicy jako przepis *lex specialis* ma pierwszeństwo przed innymi przepisami z zakresu uregulowań dotyczących poszczególnych zawodów mediatorów. Zapewnia to jednakową ochronę tajemnicy u wszystkich mediatorów, bez względu na wykonywany przez nich zawód. Szczególne znaczenie ma to w przypadkach tzw. komediacji (w mediacji występuje kilku mediatorów), gdzie trudno byłoby stronom weryfikować zakres obowiązku zachowania tajemnicy właściwy dla różnych zawodów.

Artykuł 1 § 4 zd. 3 projektu przewiduje wyjątki od zasady zachowania tajemnicy, które są odzwierciedleniem odpowiednich postanowień dyrektywy o mediacji w tym zakresie.

Przepis odnosi się w pkt 2 do kryterium porządku publicznego (*ordre public*) i przyjmuje ujawnienie tajemnicy w przypadku, gdyby jej dochowanie prowadziło do sytuacji, które byłyby sprzeczne z podstawowymi wartościami niemieckiego porządku prawnego. W szczególności obowiązek zachowania tajemnicy nie obowiązuje, gdy jej zachowanie (przykładowo wobec urzędu ds. młodzieży albo policji) mogłoby zagrażać dobru dziecka. Podobnie ochrona zdrowia psychicznego i fizycznego człowieka uzasadnia przyjęcie wyjątków od obowiązku zachowania tajemnicy.

Mediatorzy mają obowiązek poinformowania stron o zakresie obowiązku zachowania tajemnicy i – jak się wydaje – również o wyjątkach.

Reasumując, należy stwierdzić, że zdaniem niemieckiego ustawodawcy zasada poufności procesu mediacji stanowi element, który niejako decyduje o wiarygodności tego trybu rozstrzygania sporów. Poszanowanie zasady poufności umożliwia bowiem stronom otwartą rozmowę o swoich interesach. Mediacja prowadzona w sposób poufny pozwala stronom dojść do przekonania, że zawarte porozumienie uwzględni interesy każdej z nich, a przez to sprzyja poczuciu sprawiedliwości.

IV. Dobrowolność mediacji

Dobrowolność mediacji oznacza, że zasadniczo strony samodzielnie decydują, czy zamierzają rozstrzygnąć istniejący między nimi spór w trybie mediacji. Zgodnie z treścią ww. art. 1 § 2 akapit 5 projektu ustawy strony mogą zakończyć proces mediacji w każdej chwili. Postanowienie to jest właśnie odzwierciedleniem zasady dobrowolności uczestnictwa w mediacji. Dalsza część przepisu wskazuje, że również mediator może zakończyć proces mediacji, w szczególności gdy nabierze przekonania, że strony nie są w stanie nawiązać komunikacji lub osiągnąć porozumienia.

Z obowiązkiem mediatora do przestrzegania ustalonego porządku w procesie mediacji łączy się prawo do zakończenia mediacji w przypadku, gdy strony nie są w stanie dojść do porozumienia i tym samym pozytywne zakończenie mediacji staje się niemożliwe. Mediator może zakończyć mediację, gdyby się okazało, że jedna ze stron ma znacznie ograniczoną zdolność do podejmowania czynności na własną odpowiedzialność lub też takiej zdolności w ogóle nie ma. Taka sytuacja może wystąpić w przypadku ciężkiej choroby psychicznej lub silnego uzależnienia. Jeżeli ze względu na okoliczności dotyczące osoby mediatora doszłoby do zakończenia procesu mediacji, w niektórych przypadkach mediacja może być kontynuowana z udziałem innego mediatora.

V. Osoby trzecie w postępowaniu mediacyjnym

Na podstawie art. 1 § 2 akapit 4 zd. 2 projektu ustawy strony określają jednomyślnie, jakie dalsze osoby mogą zostać włączone do postępowania. Uprawnienie to wynika z zasady autonomii woli stron, która obowiązuje w procesie mediacji. Pod pojęciem „włączenia” należy rozumieć osobisty udział w mediacji. Osobami trzecimi mogą być również adwokaci lub inni pełnomocnicy stron, jeżeli oczywiście nie występują w charakterze mediatorów.

VI. Dokumentacja i zakończenie postępowania mediacyjnego

Projekt ustawy mediacyjnej nie zawiera obowiązku sporządzania dokumentacji z przebiegu postępowania mediacyjnego. Sporządzenie dokumentacji można polecić w przypadku, gdy mediator ze względu na przebieg mediacji lub treść zawartego porozumienia uzna to za stosowne.

Regułą jest natomiast, w przypadku mediacji zakończonej powodzeniem, utrwalanie zawartego porozumienia kończącego postępowanie, w szczególności ze względu na możliwość

uzyskania tytułu wykonawczego zgodnie ze zmianami, które wprowadza do niemieckiego Kodeksu postępowania cywilnego omawiany projekt.

VII. Zawód mediator

Profil zawodowy mediatora został określony w § 5 projektu ustawy mediacyjnej, który stanowi, że:

„Mediator na własną odpowiedzialność zapewnia, że poprzez odpowiednie wykształcenie oraz regularne dokształcanie dysponuje wiedzą teoretyczną oraz doświadczeniem praktycznym, by przeprowadzić postępowanie mediacyjne w sposób fachowy”.

Zgodnie z dyrektywą o mediacji państwa członkowskie wspierają kształcenie i dokształcanie mediatorów, by zapewnić fachową i bezstronną mediację. Odpowiednie wykształcenie oraz regularne dokształcanie powinno w szczególności obejmować znajomość podstawowych założeń mediacji, technik komunikacji i prowadzenia negocjacji, a także roli prawa w procesie mediacji. Wspieranie rozwoju osobistych kompetencji jest równie istotne i dotyczy m.in. zrozumienia własnej roli w procesie mediacji, zdolności do samokrytyki i samooceny. Kształcenie i dokształcanie mediatorów powinno uwzględniać fakt, że mediatorzy mogą wykonywać zupełnie różne zawody. Zwłaszcza mediatorzy nieposiadający wykształcenia prawniczego powinni wykazać szczególną ostrożność w sprawach, w których strona występuje bez profesjonalnego pełnomocnika i sama nie dysponuje wiedzą prawniczą. Z drugiej strony mediatorzy, którzy wykonują zawód sędziego lub adwokata, powinni poszerzać posiadaną już wiedzę o zagadnienia dotyczące technik komunikacji, umiejętności rozwiązywania konfliktów, a także niebezpieczeństwa zaistnienia stronniczości po stronie mediatora.

W ramach kształcenia mediatorów zalecany rozwiązaniem jest również zdobywanie praktycznego doświadczenia poprzez przykładowo przeprowadzanie pierwszych mediacji z doświadczonym mediatorem.

Obok solidnego wykształcenia podstawowego mediatorzy powinni specjalizować się w określonych obszarach prawa, tj. w mediacji rodzinnej, gospodarczej itd. Regularne dokształcanie daje możliwość nie tyle pogłębiania wiedzy, ile również weryfikowania umiejętności już posiadanych. Jest to szczególnie istotne w zawodzie mediatora, który w odróżnieniu od zawodu adwokata lub notariusza nie został uregulowany ustawowo.

Ponadto przyjmuje się, że przy okazji zawodu mediatora mamy do czynienia niejako z konfliktem interesów konsumentów, którzy z jednej strony wymagają zapewnienia bardziej transparentnego rynku usług mediacyjnych, a z drugiej strony dalszego rozwoju instytucji mediacji, w tym zawodu mediatora nieograniczanego przez sztywne ramy ustawowe. Wpływowe związki mediatorów, jak również przedstawiciele innych grup społecznych w Niemczech dostrzegli ten konflikt interesów i pracują od dłuższego czasu nad stworzeniem minimalnych standardów wykształcenia i dokształcania mediatorów. W obecnym stanie z uwagi na rozwój mediacji wydaje się, że uregulowanie zawarte w projekcie ustawy mediacyjnej jest wystarczające, by mediatorzy we własnym zakresie zapewnili stronom przeprowadzenie fachowego postępowania mediacyjnego.

VIII. Odpowiedzialność osobista stron

Wymóg odpowiedzialności osobistej podkreśla znaczenie autonomii woli stron w procesie mediacji. Strony pozostają bowiem podczas całego procesu mediacji odpowiedzialne za podjęte działania i dokonane ustalenia zmierzające do zażegnania konfliktu, jak również za treść samego porozumienia.

Reasumując, należy pozytywnie ocenić zamiysł wprowadzenia przez ustawodawcę niemieckiego ustawy o promocji mediacji i innych postępowaniach pozasądowego rozstrzygania sporów w Niemczech. Tryby pozasądowego rozwiązywania konfliktów powinny być bardziej popularyzowane wśród obywateli, którzy powinni mieć pełną świadomość ich pozytywnych aspektów.

ABSTRACT

This article describes the planned amendments to the institution of mediation in the German law. The bill provides for in-court mediation, near-court mediation and out-of-court mediation. Mediators – adequately qualified individuals – are obliged to remain impartial, provide information to parties to the mediation proceedings, keep confidentiality of the information disclosed during the proceedings, disclose any circumstances affecting their impartiality, and provide information about the arbiter's qualifications. Mediation proceedings are absolutely voluntary, the parties jointly select the persons who will participate in the proceedings, and no minutes need to be taken from the meetings. Only the final settlement must be recorded. According to the authors, the proposed amendments to the German mediation regulations are a step in good direction, and make the mediation available to a greater number of citizens.