

Mediacje w sferze działania władz publicznych – doświadczenia niemieckie

Powodem podjęcia próby analizy metod wdrażania mediacji w sprawach z zakresu działania administracji publicznej w Niemczech jest daleko idące podobieństwo bądź też, inaczej mówiąc, odwzorowanie w polskiej doktrynie prawa oraz ustawodawstwie podstawowych pojęć i konstrukcji prawnych recypowanych z prawa niemieckiego. Znaczne podobieństwo konstrukcyjne obu systemów prawa administracyjnego pozwala na racjonalne porównywanie oraz przedstawienie wniosków.

Mediacja, jako polubowny sposób rozwiązywania sporów, jakkolwiek znana od stuleci, rozwija się współcześnie od kilkudziesięciu lat. Ponieważ jej podstawową cechą jest znalezienie rozwiązania sporu przez same strony z pomocą mediatora, znajduje zastosowanie przede wszystkim w sferze prawa prywatnego, w którym mamy do czynienia z równością stron i rozporządzalnością sporu mającą swoje źródło w autonomii stron. Natomiast w prawie administracyjnym zasadą jest nadrzędna pozycja organu, który jest wyposażony we władztwo państwowe.

Obszary sporów w działalności administracji są bardzo zróżnicowane. Wynika to z faktu, że współczesna administracja publiczna jest w znacznej mierze organizatorem życia społecznego i realizuje bądź pomaga wdrażać przedsięwzięcia o charakterze modernizacyjnym. Może to dotyczyć takich obszarów, jak gospodarka odpadami, inwestycje drogowe, zagadnienia związane z przemysłem chemicznym i energetycznym, wreszcie wszelkiego typu programy ochrony środowiska (np. ochrony przed hałasem). Działania podejmowane przez administrację publiczną, która bądź realizuje takie projekty samodzielnie, bądź wydaje na nie zgodę, wywołują wielowymiarowe spory. Zainteresowani w takich sprawach są przedstawiciele grup interesów, organizacji ekologicznych, inicjatyw obywatelskich oraz władz publicznych. W sytuacji tak wielopłaszczyznowych sporów przydatne może być sięgnięcie do mediacji. Przy udziale i wsparciu niezależnych pośredników w uporządkowanym procesie uzgodnień pojawia się możliwość przeanalizowania i oceny wszystkich aspektów oraz wariantów przedsięwzięcia. Oznacza to nie tylko wysłuchanie poszczególnych uczestników sporu, lecz także profesjonalne, bezstronne ekspertyzy, które mogą pomóc w rozwiązywaniu sporu. Takie postępowanie pozwala również na swobodne przedstawienie przez strony swoich postulatów oraz sformułowanie przez nie własnych stanowisk. Istotne jest więc prawidłowe określenie wszelkich zainteresowanych w sprawie podmiotów, tak aby w postępowaniu mediacyjnym wzięli udział przedstawiciele wszystkich stron sporu. W konsekwencji mediacja nie służy do realizacji z góry założonego rozwiązania, nie jest też miejscem prowadzenia walki prawnej o to, kto ma rację. Dlatego

ważniejsze od przedstawiania argumentów jest negocjowanie, czyli prowadzenie rokowań. Skoro w postępowaniu mediacyjnym nie ma instrumentów pozwalających na władcze rozstrzygnięcie sporu, to powodzenie takiej procedury jest zależne od zbudowania zaufania pomiędzy stronami konfliktu oraz chęci osiągnięcia porozumienia, a także prowadzenia uczciwej komunikacji. Ponieważ wielostronne procedury mediacyjne wymagające z reguły wiele czasu, środków finansowych oraz osobistego zaangażowania są wykorzystywane tylko w nielicznych sprawach. Nieformalny proces uzgodnień, bez jasno określonych reguł, niesie dla stron konfliktu ryzyko, że ich argumenty zostaną pominięte. Natomiast prawidłowo ustalone reguły postępowania mediacyjnego stanowią szansę polubownego rozwiązania sporu z korzyścią dla wszystkich uczestników.

Zastosowanie mediacji może być przydatne przy rozwiązywaniu zarówno już ujawnionych konfliktów, jak i sporów związanych z planowaniem, finansowaniem oraz realizacją projektów, np. infrastrukturalnych¹. Mediacja może stanowić rozwiązanie dla zainteresowanych stron, a więc nie tylko inwestora, lecz także okolicznych mieszkańców i władz publicznych. W sferze publicznej najwięcej mediacji dotyczy problemów ochrony środowiska, ale ze względu na brak zgodności definicyjnej oraz różnorodność przebiegu postępowania trudno jest wskazać konkretną ich liczbę, szacunki wskazują na ponad sto postępowań mediacyjnych w Niemczech przeprowadzonych w dziedzinie ochrony środowiska. Warto też zwrócić uwagę, że procedura mediacyjna jest w praktyce niemieckiej wykorzystywana także w konfliktach, które dotyczą prawa administracyjnego oraz działalności administracji publicznej, ale niezwiązanych z konkretnym postępowaniem administracyjnym.

Mediacje stosowane w takim wypadku bardziej przypominają instrument prowadzenia polityki i wykonywania administracji publicznej niż prawnie określone narzędzie rozwiązywania konfliktów. Jako przykład można wskazać zastosowanie mediacji dla rozwiązania problemu dalszego rozwoju lotniska we Frankfurcie – opisanego przez A. Geis². Przypadek ten wywołał kontrowersje wśród ekspertów, ponieważ postępowanie nie spełniało podstawowych warunków mediacji. Należy jednak zwrócić uwagę, że praktyka mediacji w dziedzinie publicznej powinna być dostosowana do indywidualnych okoliczności konkretnego sporu. Wszystkie zasady istotne dla mediacji wykorzystywanej do rozwiązywania sporów cywilnoprawnych nie mogą znaleźć zastosowania w takim samym stopniu w rozwiązywaniu sporów w sferze prawa publicznego. Spory takie są często upolitycznione, nagłośnione i śledzone przez opinię publiczną, a do tego uczestniczy w nich znaczna liczba skonfliktowanych stron, które mają odmienne cele oraz interesy. Dlatego uzgodnienia dotyczące lotniska we Frankfurcie mogą być określone najtrafniej jako procedura hybrydowa, obejmująca elementy mediacji, wykorzystania opinii ekspertów oraz arbitrażu³. Z opisu przebiegu postępowania wynika, że zostało ono zainicjowane przez rząd krajowy Hesji

¹ Na przykład doświadczenia mediacyjne związane z budową fragmentu drogi opisane przez H.-J. Driehausa, *Mediation im Straßenbaubeitragsrecht*, ADR 2010, Nr 3, s. 5.

² A. Geis, *Mediation. Verhandlungen im öffentlichen Bereich*, [w:] N. Kersting, *Politische Beteiligung. Einführung in dialogorientierte Instrumente politischer und gesellschaftlicher Partizipation*, Wiesbaden 2008, s. 195.

³ *Ibidem*, s. 205.

ze względu na przedstawiony wiosną 1997 r. przez Lufthansę zamiar rozbudowy lotniska we Frankfurcie. Ogłoszenie tej propozycji spotkało się z różnorodną krytyką, łącznie z hasłami przekształcenia lotniska we Frankfurcie z międzynarodowego na regionalne, tzn. jego zmniejszenia, a nie rozbudowy. Co istotne, dla rządzącej wtedy w Hesji koalicji zielonych i partii socjaldemokratycznej był to punkt zapalny, szczególnie wobec zbliżającej się kampanii wyborczej. Partia zielonych była zdecydowanie przeciwna rozbudowie, natomiast socjaldemokraci nie mieli jednoznacznego stanowiska. Tak więc w celu niejako skanalizowania konfliktu premier rządu krajowego H. Eichel zaproponował „krąg rozmów na temat lotniska”. Pierwotnym celem tej inicjatywy nie było rozwiązanie konfliktu, a jedynie powołanie forum informacyjno-doradcze. Rząd krajowy przygotował koncepcję, ze wskazaniem, że postępowanie mediacyjne powinno wyjaśnić, pod jakimi warunkami lotnisko we Frankfurcie może się przyczynić do rozwoju gospodarczego m.in. w zakresie miejsc pracy bez obciążenia dla środowiska naturalnego. Początkowa inicjatywa spotkała się z dużą krytyką, przede wszystkim organizacji ekologicznych oraz inicjatyw obywatelskich. Ze względu na brak kryteriów postępowania mediacyjnego wskazywano, że jest to jedynie próba uzyskania akceptacji dla podjętej już decyzji o rozbudowie lotniska.

Całe postępowanie trwało od lipca 1998 r. do stycznia 2000 r. i było w nie zaangażowane w sumie 20 osób⁴. Co istotne, problem portu lotniczego był oceniany nie tylko pod kątem ochrony środowiska naturalnego, lecz także jako czynnik rozwoju gospodarczego. Wzięto pod uwagę również oddziaływanie na jakość życia okolicznych mieszkańców oraz możliwości transportowe, w tym pasażerów korzystających z lotniska. Przygotowano cztery warianty rozwoju lotniska we Frankfurcie do roku 2015. Do pomocy w trakcie mediacji zaproszono 129 zewnętrznych ekspertów. Po 24 zebraniach wypracowano pakiet rozwiązań, po przeanalizowaniu dziewięciu wariantów komunikacji kolejowej z lotniskiem oraz istniejącego obciążenia dla sąsiedniej ludności. Efektem uzgodnień mediacyjnych było łącznie pięć postulatów o zróżnicowanym charakterze, dotyczących:

- poprawy systemu transportu kolejowego;
- możliwości rozwojowych dla regionu wynikających z rozbudowy lotniska;
- zakazu wykonywania nocnych lotów;
- paktu przeciwko hałasowi;
- potrzeby powołania regionalnego forum dialogu.

Powyższe uzgodnienia zostały ocenione pozytywnie, ponieważ pomogły w realizacji inwestycji. Na specjalną uwagę zasługuje jednak ostatni wniosek – czyli kwestia powołania forum dialogu, jako stałego miejsca negocjacji i uzgodnień. W pierwszej kolejności forum miało ustalić szczegóły dotyczące przeciwdziałania hałasowi oraz zakazu lotów nocnych. Równocześnie jednak jest to postulat wykraczający poza problem rozbudowy lotniska, stanowiący podstawę do podejmowania mediacji i negocjacji również w innych sprawach.

⁴ Byli to przedstawiciele: inicjatyw obywatelskich – 4 osoby, organizacji ekologicznych – 2 osoby, miast i gmin – 4 osoby, krajowego ministerstwa gospodarki – 1 osoba, krajowego ministerstwa środowiska – 1 osoba, związkowego ministerstwa transportu – 1 osoba, zarządcy lotniska – 1 osoba, Lufthansy – 1 osoba, przedstawicielstwa związku przewoźników lotniczych – 1 osoba, niemieckiego nadzoru lotniczego – 1 osoba, związku zawodowego służb publicznych i transportu – 1 osoba, izby przemysłowo-handlowej we Frankfurcie – 1 osoba, krajowego związku przedsiębiorców – 1 osoba (A. Geis, *op. cit.*, s. 200).

Niezależnie od powyższych zastosowań mediacja może być wykorzystywana w indywidualnych sprawach załatwianych w formie decyzji administracyjnej i podlegających kontroli sądów administracyjnych. Możliwość zastosowania mediacji w procedurach administracyjnych w prawie niemieckim jest warta uwagi ze względu na istniejące konsensualne formy rozstrzygania spraw administracyjnych, co potencjalnie może ułatwić wdrożenie nowej instytucji. Jedną z cech charakterystycznych niemieckiej regulacji procedury administracyjnej jest bowiem dopuszczalność stosowania umowy publicznoprawnej⁵. Natomiast przed sądem administracyjnym przewidziano możliwość zawarcia ugody pomiędzy stronami, o ile mogą one dysponować przedmiotem sporu⁶.

Istotę dopuszczalności i celowości umowy publicznoprawnej można łączyć z ewolucją koncepcji ustrojowych oraz rozumienia zasady związania administracji prawem, co stanowi jeden z ważnych argumentów sprzeciwiających się zamianie władczej formy aktu administracyjnego na umowę organu administracji i strony postępowania. Związanie administracji prawem w czasach liberalnego państwa prawa wiązało się z postrzeganiem władzy publicznej jako z zasady ograniczającej swobodę jednostek. Dlatego jednoznaczne określenie kompetencji państwa w konstytucji oraz innych aktach prawnych wydanych na jej podstawie miało stanowić dla podmiotów prywatnych gwarancję ochrony ich praw. Państwo prawne w ujęciu liberalnym ograniczało zadania administracji, przede wszystkim do funkcji reglamentacyjnej, a więc władczego rozstrzygnięcia o prawach i obowiązkach podmiotów administrowanych. W koncepcji prawa dominował pozytywizm, dlatego tylko normy prawa ustanowione przez państwo wyznaczały zakres działania administracji. W takich warunkach ustrojowych ukształtowana została koncepcja aktu administracyjnego jako jednostronnego i władczego rozstrzygnięcia w sprawie. Jest to więc skupienie się na formalnym aspekcie praworządności⁷.

Rozwinięcie koncepcji liberalnego państwa prawnego stanowi konstrukcja socjalnego państwa prawnego. Wiąże się ona ze zmianą spojrzenia na zadania państwa, które powinno zapewnić swoim obywatelom możliwość rozwoju oraz warunki do odpowiedniej egzystencji. Dlatego państwo socjalne ma daleko bardziej rozbudowane zadania administracji świadczącej. Jest to przede wszystkim sfera działalności organizatorskiej. Państwo zapewnia wiele usług zarówno o charakterze społecznym (oświata, ochrona zdrowia), jak i technicznym (odbiór ścieków, komunikacja zbiorowa). Powoduje to także reinterpretację rozumienia związania administracji prawem, ponieważ zasada ta nadal uznawana

⁵ § 54 zd. 1 VwVfG stanowi: *Ein Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts kann durch Vertrag begründet, geändert oder aufgehoben werden (öffentlich-rechtlicher Vertrag), soweit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen* – Stosunek publicznoprawny może być w drodze umowy nawiązany, zmieniony albo zniesiony, jeżeli nie sprzeciwiają się temu przepisy prawa.

⁶ § 106 VwGO stanowi: *Um den Rechtsstreit vollständig oder zum Teil zu erledigen, können die Beteiligten zur Niederschrift des Gerichts oder des beauftragten oder ersuchten Richters einen Vergleich schließen, soweit sie über den Gegenstand des Vergleichs verfügen können. Ein gerichtlicher Vergleich kann auch dadurch geschlossen werden, dass die Beteiligten einen in der Form eines Beschlusses ergangenen Vorschlag des Gerichts, des Vorsitzenden oder des Berichterstatters schriftlich gegenüber dem Gericht annehmen.* – Spór prawny może być w całości lub części zakończony ugodą uczestników postępowania spisana w protokole sądu lub upoważnionego sędziego, o ile strony mogą dysponować przedmiotem ugody. Ugoda sądowa może być również zawarta poprzez przyjęcie propozycji przedstawionej przez sąd, sędziego przewodniczącego albo sprawozdawcę.

⁷ Szerzej Z. Cieślak, *Umowa administracyjna w państwie prawa*, Kraków 2004, s. 20 i n.

jest za obowiązującą⁸. Związanie administracji prawem nie oznacza jednak konieczności uregulowania wszelkich aspektów jej działalności, ponieważ jest to często niemożliwe ze względu na zmieniające się okoliczności. W tej sytuacji ustawodawca częściej wskazuje na zadania i cele, jakie ma do realizacji administracja, niż jednoznacznie określa konkretne powinności podmiotów administrowanych. Zmodyfikowana koncepcja rozumienia pozycji państwa i jego zadań powoduje również inne spojrzenie na podstawową formę prawną stosowania prawa administracyjnego – indywidualny akt administracyjny. Nie oznacza to jednak, że decyzja przestała być podstawową formą stosowania prawa administracyjnego w stosunku do podmiotów administrowanych.

Umowa publicznoprawna została unormowana jako forma działania administracji w ustawie z 25.5.1976 r. o postępowaniu administracyjnym (VwVfG). Wprowadzenie tej instytucji do ustawodawstwa było poprzedzone trwającą prawie sto lat dyskusją naukową, która dotyczyła istoty takiego kontraktu oraz możliwości zastosowania konstrukcji umowy publicznoprawnej w procedurze administracyjnej⁹. Ma ona charakter uzupełniający w stosunku do decyzji administracyjnej. Umowa publicznoprawna może być zawierana pomiędzy organem prowadzącym postępowanie administracyjne a stroną postępowania, zamiast aktu administracyjnego¹⁰. Są to tzw. umowy subordynacyjne (*Subordinationsrechtliche Verträge*)¹¹. Określonym w ustawodawstwie rodzajem umowy publicznoprawnej jest ugoda zawierana na podstawie § 55 VwVfG. Może ona być przyjęta w sytuacji, gdy pozwoli na usunięcie istniejącej niepewności co do okoliczności faktycznych sprawy albo sytuacji prawnej przez wzajemne ustępstwa stron¹². Ugoda staje się skuteczna po jej prawidłowym zawarciu, w szczególności nie wymaga zatwierdzenia ani innej formy urzędowej akceptacji¹³.

W doktrynie wskazuje się, że jakkolwiek umowy publicznoprawne są zawierane pomiędzy podmiotami, które w ramach stosunku administracyjnego pozostają w relacji nadrzędności i podporządkowania, to w zakresie kontraktowym obowiązuje zasada równości stron¹⁴. Mimo że nie jest wymagane szczególne upoważnienie do zawarcia umowy zamiast aktu administracyjnego, zakaz jej zawarcia może wynikać z przepisu szczególnego. Ogólną podstawę zawarcia umowy stanowi § 54 VwVfG. Zdarza się jednak, że sens i cel konkretnej regulacji prawnej sprzeciwia się możliwości zawarcia umowy, jeśli jednoznacznie wskazuje na formę aktu administracyjnego jako sposobu załatwienia sprawy. Ze względu na powyższe ograniczenia w doktrynie wskazuje się, że zawarcie

⁸ *Ibidem*, s. 27.

⁹ M. Ostrowska, Koncepcja umowy publicznoprawnej w niemieckiej nauce prawa administracyjnego, [w:] J. Łukaszewicz (red.), Jakość administracji publicznej. Księga pamiątkowa ku czci prof. M. Jełowickiego. Konferencja naukowa (Cedzyna, 24–26.9.2004 r.), Rzeszów 2004, s. 302–309.

¹⁰ § 54 zd. 2 VwVfG: *Insbesondere kann die Behörde, anstatt einen Verwaltungsakt zu erlassen, einen öffentlich-rechtlichen Vertrag mit demjenigen schließen, an den sie sonst den Verwaltungsakt richten würde* – W szczególności organ może zawrzeć umowę publicznoprawną z podmiotem, do którego miałby skierować akt administracyjny.

¹¹ Z. Kmiecik (red.), Postępowanie administracyjne w Europie, Warszawa 2010, s. 328.

¹² Por. B. Dolnicki, Umowa publicznoprawna w prawie niemieckim, PiP 2001, z. 3, s. 82.

¹³ Por. P. Ruczkowski, Ugoda administracyjna (procesowa) w prawie polskim i niemieckim, PPP 2011, Nr 9, s. 14.

¹⁴ Z. Cieslik, *op. cit.*, s. 43.

umowy byłoby wątpliwe w wypadku spraw o wydanie zezwoleń albo koncesji¹⁵. Ponadto w praktyce nie wykorzystuje się umowy do zastępowania samego rozstrzygnięcia stanowiącego istotę aktu administracyjnego, ale bardziej do uzgodnienia pewnych kwestii dodatkowych, które znajdują odzwierciedlenie w treści rozstrzygnięcia danej sprawy, raczej jako zagadnienia poboczne wobec zasadniczego przedmiotu sprawy administracyjnej.

Biorąc pod uwagę zasadę związania administracji prawem, wynikającą z art. 20 III Konstytucji Republiki Federalnej, trzeba pamiętać, że uzgodnienia mediacyjne, które sprzeciwiałyby się obowiązującym przepisom prawa, są nieważne.

Zasadnicza różnica pomiędzy mediacją w prawie cywilnym oraz administracyjnym polega na tym, że organy administracji w żadnym wypadku nie mogą być zmuszone do przyjęcia rozwiązania sprzecznego z dobrem wspólnym. Również umowa publicznoprawna opiera się na kończącym postępowanie jednostronnym i władczym rozstrzygnięciu administracji. Nie zmienia tej oceny możliwość podejmowania przez zainteresowane strony negocjacji z organem administracji. Przyjęte przez strony postępowania ustalenia z organem administracji nie są z tego powodu bezpośrednio skuteczne, ponieważ to organ jest ostatecznie odpowiedzialny za treść umowy, podobnie jak decyzji administracyjnej.

Ze względu na zrównanie pozycji prawnej organu i stron postępowania w procesie sądowym mediacja jest rozwijana w szerszym zakresie w postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Umożliwia odmienne podejście do konfliktu, jaki jest przedmiotem sprawy sądowej. Istotą mediacji jest próba wspólnego pogodzenia interesów wszystkich stron procesu¹⁶. Nie jest to natomiast ściśle prawniczy pojedynek na argumenty przytaczane dla poparcia roszczeń opartych na przepisach prawa. Hipotetycznym przykładem może być skarga na pozwolenie budowlane, złożona przez sąsiada inwestora, ze względu na zasłonięcie dostępu do światła słonecznego przez planowaną inwestycję. W procesie sądowym można uzyskać jedynie uchylenie pozwolenia albo jego utrzymanie w mocy, a więc jedna strona sprawę wygra, a druga przegra. Natomiast zastosowanie mediacji pozwoli być może na wzajemne ustępstwa i zmianę projektu w sposób, który będzie akceptowalny również dla sąsiada¹⁷. Jednak w praktyce mediacja nie jest popularną metodą, ponieważ mniej niż 1% spraw zawisłych w sądach trafia do tego postępowania pojednawczego. Ważnym kryterium skierowania sprawy do mediacji w przypadku wątpliwości co do jej przeprowadzenia jest zgoda samych zainteresowanych podmiotów. Natomiast nie będą się nadawać do mediacji spory, których istotą jest udzielenie odpowiedzi na określony problem prawny, ponieważ w takich sprawach brakuje przestrzeni do podejmowania uzgodnień pomiędzy stronami sporu.

Ponieważ efektem mediacji może być uzgodnienie co od dalszych działań podejmowanych przez organy administracji, takich jak wydanie określonej decyzji albo jej uchylenie, ważne jest, aby w mediacji uczestniczyli wszyscy zainteresowani. Co prawda nie mają oni wpływu na przyszłe postępowanie administracyjne, ale mogą uczestniczyć w ustaleniu sposobu zakończenia powstałego konfliktu.

¹⁵ Por. B. Dolnicki, *op. cit.*, s. 84.

¹⁶ M.J. Seibert, *Mediation in der Verwaltungsgerichtbarkeit – Erfahrungen und Überlegungen zu einer alternativen Streitbeilegung*, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2004, z. 4, s. 365.

¹⁷ *Ibidem*, s. 366.

Dopiero na etapie postępowania sądowoadministracyjnego możliwa jest mediacja, rozumiana jako partnerska rozmowa równych stron zaangażowanych w spór z udziałem niezależnej i bezstronnej osoby trzeciej. Na etapie postępowania odwoławczego nie ma mowy o podstawowej dla mediacji zasadzie dobrowolności. Korzyści ze stosowania mediacji przed sądem administracyjnym można zauważyć w dwóch zasadniczych kwestiach. Osiągnięcie zadowolenia stron oraz zakończenie konfliktu z jednej strony, z drugiej natomiast – odciążenie sądów administracyjnych¹⁸.

Równocześnie jednak w doktrynie pojawiają się głosy, że funkcjonująca już w postępowaniu sądowoadministracyjnym ugoda jest podobną instytucją do mediacji sądowej. R. Fritz obrazowo wskazuje, że nie są to co prawda bliźnięta, ale bracia o bardzo zbliżonym genomie¹⁹. W ramach czynności przygotowawczych do rozprawy sędzia przewodniczący albo sprawozdawca stara się m.in. omówić ze stronami postępowania zarówno stan faktyczny sprawy, jak i kwestie sporne oraz nakłonić je do zawarcia ugody. Są to więc czynności podobne do postępowania mediacyjnego. Chociaż prowadzi je sędzia uczestniczący w rozpoznaniu sprawy, a nie osoba trzecia, to jednak nie ma wątpliwości co do bezstronności sędziego, jako standardu współczesnego sądownictwa. W konsekwencji są to instytucje podobne. Nie oznacza to, że nie jest potrzebne wprowadzanie do sądów administracyjnych mediacji.

Pomimo istniejących już w systemie prawnym form konsensualnego rozstrzygnięcia spraw administracyjnych, co mogłoby zachęcać do szybkiej implementacji, mediacja nie została od razu wprowadzona do niemieckiego porządku prawnego. Specyficznym instrumentem służącym rozwojowi idei mediacji w sferze prawa publicznego w Niemczech były programy pilotażowe wprowadzane w poszczególnych krajach związkowych²⁰. W niniejszym artykule zostały omówione reprezentatywne dla metod wdrażania mediacji projekty z czterech krajów związkowych (Dolnej Saksonii, Północnej Westfalii, Hesji oraz Bawarii).

Na szczególną uwagę zasługuje inicjatywa Dolnej Saksonii rozpoczęta 1.3.2002 r. Projekt ten i jego realizacja zostały poddane analizie prawniczej i prawno-ekonomicznej na uniwersytecie w Getyndze²¹. Pilotaż dotyczył mediacji w różnych dziedzinach prawa: przede wszystkim cywilnym, ale i administracyjnym. Na podstawie powyższego projektu zostały sformułowane również wnioski dotyczące mediacji w postępowaniu administracyjnym i przed sądem administracyjnym. Główne z tych spostrzeżeń są następujące²²:

- jak długo nie zostaną unormowane reguły mediacji w sferze publicznoprawnej, mediacja w trakcie postępowania sądowego będzie niezależną wobec sądowego wymiaru sprawiedliwości ofertą, podobnie jak działalność prywatnych mediatorów;

¹⁸ *Ibidem*, s. 370.

¹⁹ R. Fritz, *Mediationsvereinbarung und mediativer Vergleich – Zwillinge oder ungleiche Brüder?*, Zeitschrift für Landes- und Kommunalrecht 2009, Nr 8, s. 281.

²⁰ Według danych Związkowego Ministerstwa Sprawiedliwości programy takie były prowadzone w różnych okresach, począwszy od 2000 r., w poszczególnych krajach związkowych: Badenii Wirtembergii, Berlinie, Hesji, Meklemburgii, Północnej Westfalii. Źródło: www.bmj.bund.de.

²¹ G. Spindler, *Gerichtnahe Mediation in Niedersachsen*, Göttingen 2006.

²² *Ibidem*, s. 32.

- podstawowa zasada nadrzędności ustawy i praworządności ogranicza możliwości organów administracji w postępowaniu mediacyjnym, ponieważ nie mogą one zobowiązać się do przyjęcia niezgodnych z prawem rozwiązań;
- granicą uzgodnień w mediacji w sprawach z zakresu administracji publicznej jest też konstytucyjna zasada równego traktowania, szczególnie w zakresie udzielania przez administrację świadczeń. Zasada ta oznacza związanie w wykonywaniu uprawnień przez organy administracji publicznej. W konsekwencji możliwości ustalenia przez administrację rozwiązania akceptowalnego dla stron sporu są znacznie ograniczone;
- prawidłowość ugody mediacyjnej zależy też od właściwości rzeczowej i miejscowej organu, a także zachowania wymogu formy pisemnej;
- możliwość zachowania poufności przebiegu postępowania mediacyjnego jest wyraźnie ograniczona ze względu na zasadę oficjalności, którą jest związany sąd administracyjny. Polega ona na tym, że sąd nie jest związany umowami dowodowymi stron i z urzędu prowadzi postępowanie dowodowe. W interesie publicznym leży bowiem dokładne wyjaśnienie stanu faktycznego;
- zachętą do prowadzenia mediacji jest unormowanie o zmniejszeniu do połowy kosztów sądowych, jakie ponoszą strony w wypadku dojścia do ugody.

Ważnym elementem oceny projektu wdrażania mediacji była też analiza prawno-ekonomiczna²³. Wskazuje ona, jakie należy ewentualnie wprowadzić zachęty w wymiarze ekonomicznym do korzystania z mediacji. Jest to nie tylko problem zmniejszenia ponoszonych kosztów bezpośrednich dla stron (opłaty sądowe, wynagrodzenie pełnomocników), lecz także oszczędność czasu, a dla sądów rozstrzygających sprawy – zmniejszenie liczby rozpatrywanych spraw.

Kolejnym opisanym²⁴ przykładem projektu pilotażowego był powadzony od stycznia 2006 r. projekt w sądzie administracyjnym w Minden (Północna Westfalia). Jako mediatorzy występowali czterej sędziowie tego sądu. Wśród zasadniczych różnic pomiędzy postępowaniem sądowym a mediacyjnym wskazano na podstawie doświadczeń tego projektu:

	Postępowanie sądowe	Mediacja
Przedmiot sporu	określony i ograniczony zakresem zaskarżenia	konflikt jako pewna całość
Uczestnicy	tylko podmioty uprawnione na podstawie odpowiednich przepisów	wszyscy zainteresowani, których dotyczy spór
Postępowanie jest zorientowane na	porządek normatywny (na pierwszym planie są pełnomocnicy stron)	interesy uczestników (w centrum postępowania są strony konfliktu)
Nakierowanie postępowania na	ocenę przeszłości	przyszłe zdarzenia
Zakończenie	wyrok lub uznanie powództwa (wygrany/przegranany)	porozumienie za zgodą stron (wygrany/wygrany)

²³ *Ibidem*, s. 57.

²⁴ Zob. www.justiz-online.de.

Mediacja może być w szczególności stosowana w wypadku konfliktów wielostronnych, również z udziałem osób, które nie są stronami postępowania administracyjnego. Obejmuje spory długotrwałe, dotyczące projektów, przy realizacji których krzyżują się rozmaite interesy oraz gdy organy publiczne mają możliwość uznaniowego rozstrzygnięcia sprawy. Przykładowo wskazuje się konflikty sąsiedzkie związane z postępowaniem o pozwolenie na budowę, ochroną przed immisjami, konflikty wewnątrz administracji – w tym powstające w zakresie prawa urzędniczego, z zakresu prawa przemysłowego – lokalizacja przedsiębiorstwa, gospodarki i prawa komunalnego – w tym pomiędzy powiatami a gminami, postępowania w zakresie prawa ochrony środowiska – gdzie szczególnie widoczne są wpływy grup interesów.

Przebieg modelowego postępowania mediacyjnego w sądzie w Minden można przedstawić następująco: właściwy wydział sądu sprawdza, czy w danej sprawie spełnia przesłanki kwalifikujące ją do mediacji, występuje do uczestników postępowania z wnioskiem o wyrażenie zgody na mediację, a w wypadku wyrażenia takiej zgody – zawiesza postępowanie w sprawie przed sądem. Postępowanie mediacyjne jest prowadzone przez mediatora zewnętrznego albo jednego z odpowiednio przygotowanych sędziów. Jeśli mediacja nie przyniesie efektu, zawieszono uprzednio postępowanie sądowe w sprawie jest podejmowane i dalej prowadzone.

W Hesji projekt pilotażowy rozpoczął się 1.5.2004 r. i objął wszystkie sądy administracyjne I i II instancji. W okresie do 31.12.2004 r. przeprowadzono 170 postępowań mediacyjnych, z których zakończono 80 spraw, w tym 70 pozytywnie. Równocześnie jednak w 43 przypadkach zgoda stron na mediację została wycofana już w trakcie tego postępowania. Cechą charakterystyczną tego projektu była współpraca przy jego realizacji z Niemiecką Wyższą Szkołą Administracji w Speyer, gdzie prowadzono równoległe badania m.in. przez wywiady z uczestnikami takich postępowań, w celu określenia skuteczności i efektywności tej metody rozwiązywania sporów oraz ewentualnych potrzebnych rozwiązań w procedurach sądowych. Jako pozytywne cechy mediacji podkreślono:

- gruntowność tego postępowania, w którym centralnym punktem nie jest sam przedmiot sporu, tylko strony w niego zaangażowane oraz ich zdanie. Ze względu na brak ograniczeń czasowych charakterystycznych dla posiedzeń sądu, w trakcie mediacji występuje możliwość lepszego przeanalizowania oraz wzięcia pod uwagę różnorodnych interesów uczestników sporu;
- kompleksowość mediacji, rozumianą jako możliwość podejmowania uzgodnień również w innych sprawach oraz sporach dotyczących uczestników mediacji, bez związania przedmiotem sprawy przed sądem administracyjnym.

Ponadto zwrócono uwagę na wytworzenie się pozytywnego zjawiska konkurencji dla sądowego rozwiązywania sporów²⁵.

Projekty pilotażowe nie służyły jedynie zdobyciu doświadczeń, lecz także mają na celu propagowanie idei mediacji. Świadczy o tym dalsze prowadzenie projektów m.in. w Bawarii, gdzie od czerwca 2009 r. prowadzony jest projekt mediacji w sądownictwie

²⁵ H. Walther, Mediation durch Verwaltungsgerichte, ZKM 2005, Nr 2, s. 53.

administracyjnym, na próbę przez 2 lata. W roli mediatorów występuje 15 sędziów, a postępowanie jest wolne od jakichkolwiek opłat²⁶.

Po zebraniu doświadczeń z projektów modelowych oraz wniosków przedstawianych przez przedstawicieli nauki prawa związkowe Ministerstwo Sprawiedliwości zaproponowało projekt ustawy popierającej mediację i inne pozasądowe metody rozwiązywania konfliktów²⁷. Projekt został przygotowany na poziomie federalnym, aby ujednoczyć zarówno zasady prowadzenia tych procedur, jak i wzmocnić niezależność i neutralność mediatora oraz poufność postępowania mediacyjnego we wszystkich krajach związkowych. Projekt obejmuje również mediację przed sądami administracyjnymi.

Mediacja ma być prowadzona w trzech dotychczas rozwijanych formach:

- jako niezależna od postępowania sądowego – mediacja pozasądowa (*außergerichtliche Mediation*);
- przeprowadzona podczas postępowania sądowego, ale poza sądem (*gerichtsnahe Mediation*);
- przeprowadzona podczas postępowania sądowego przez sędziego, który nie orzeka w danej sprawie (*rechtliche Mediation*);
- co przewiduje § 1 projektu, który zawiera też definicję legalną mediacji. Jest to poufne postępowanie, niezależnie od jednej z powyższych form jego prowadzenia, podczas którego strony z pomocą mediatora dobrowolnie dążą do uzyskania porozumienia kończącego konflikt, przez samodzielne rozstrzygnięcia co do treści swoich praw i obowiązków.

Mediatorem ma być osoba niezależna i neutralna, która nie ma kompetencji do rozstrzygnięcia sporu, a jedynie jest uprawniona do prowadzenia postępowania mediacyjnego. Definicje te zostały sformułowane na podstawie art. 3 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/52/WE z 21.5.2008 r. w sprawie niektórych aspektów mediacji w sprawach cywilnych i handlowych.

W szczególności wprowadzenia wyraźnej podstawy prawnej wymaga mediacja sędziowska, która była dotychczas realizowana w ramach projektów w poszczególnych krajach związkowych. Postulat taki był wyrażany w nauce prawa w związku z oceną projektów pilotażowych²⁸.

Projekt przewiduje możliwość szerszego zastosowania mediacji, ponieważ potwierdza zasadę poufności postępowania mediacyjnego przez obowiązek zachowania dyskrecji przez mediatora, ponadto przewiduje ułatwienia w realizacji uzgodnionego w mediacji porozumienia. W uzasadnieniu projektu Nr BR-Drs 10/12 wskazano, że dobrowolność mediacji nie kłóci się z możliwością jej zaproponowania przez sąd, zarządzenia przez sąd albo obligatoryjnością postępowania mediacyjnego przewidzianą

²⁶ Zob. <http://www.vgh.bayern.de/mediation.htm>.

²⁷ Projekt ma charakter kompleksowy, obejmuje mediację w różnych dziedzinach prawa. Należy wskazać, że został przygotowany również ze względu na konieczność wdrożenia do 21.5.2011 r. dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/52/WE z 21.5.2008 r. w sprawie niektórych aspektów mediacji w sprawach cywilnych i handlowych (Dz.Urz. UE L Nr 136 z 21.5.2008 r., s. 3).

²⁸ R. Pitschas, *Mediation als Methode und Instrument der Konfliktmittlung im öffentlichen Sektor*, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2004, z. 4, s. 403.

w prawie. Dobrowolność mediacji przejawia się w tym, że we wskazanych powyżej przypadkach strony mogą same zakończyć postępowanie mediacyjne, przerywając je, jeśli nie osiągną porozumienia. W projekcie podkreślono, że neutralność mediatora stanowi również jeden z elementów wzmacniających jego autorytet. Mediator nie może być w żaden sposób – pośrednio ani tym bardziej bezpośrednio – zainteresowany przedmiotem sporu. Przykładowo, niedopuszczalna byłaby sytuacja, gdyby mediator chciał nabyć nieruchomość, o którą toczy się spór pomiędzy stronami. Do mediatora należy prawidłowe przeprowadzenie postępowania, a szczególnie zapewnienie odpowiedniej komunikacji między stronami. Podstawową troską mediatora powinna być dbałość o odpowiednią atmosferę negocjacji. Zgodnie z § 2 art. 1 projektu powinien on upewnić się, że strony rozumieją podstawowe zasady zarówno samej instytucji, jak i postępowania mediacyjnego, oraz że biorą udział w mediacji dobrowolnie. Obowiązkiem mediatora jest zakończenie mediacji w sytuacji, gdyby okazało się, że jedna ze stron ma ograniczone możliwości odpowiedzialnego podejmowania decyzji, co może wynikać z takich przyczyn jak: choroba psychiczna albo uzależnienie od narkotyków, który może utrudniać stronie podejmowanie świadomych decyzji.

Mediator powinien przedstawić wszystkim stronom te okoliczności, które mogą wpływać na jego niezależność oraz neutralność. Przy zaistnieniu takich okoliczności potrzebna jest wyraźna zgoda stron na prowadzenie mediacji przez taką osobę. Wbrew powszechnej zasadzie strony mogą się również zgodzić na prowadzenie mediacji przez osobę, która zajmowała się sprawą stanowiącą przedmiot sporu dla jednej ze stron bezpośrednio albo też jeżeli w sprawie zaangażowany był współnik albo współpracownik mediatora.

Jedną z podstawowych cech mediacji stanowi jej poufność, a więc obowiązek zachowania przez mediatora dyskrecji. Zgodnie z § 4 art. 1 projektu przebieg okoliczności przeprowadzonego postępowania mediacyjnego i ustalonych faktów postępowania może zostać ujawniony jedynie w trzech sytuacjach:

- gdy jest to potrzebne do realizacji porozumienia, które zakończyło mediację;
- gdy jest to niezbędne ze względu na zagrożenie dobra dziecka albo poważne zagrożenie dla stanu psychicznego lub fizycznego osoby – związane z ochroną ważnego interesu publicznego;
- gdy są to okoliczności o charakterze oczywistym albo nie wymagają zachowania tajemnicy.

Każdy mediator jest odpowiedzialny za swoje wykształcenie i doksztalcanie, tak aby mógł w kompetentny sposób prowadzić postępowania mediacyjne – jak przewiduje art. 1 § 5 projektu. Doksztalcanie powinno obejmować warunki mediacji i negocjacji, techniki komunikacyjne, kompetencje zarządzania konfliktem. W uzasadnieniu projektu wskazano, że ustawowe uregulowanie wykształcenia oraz kompetencji mediatorów nie jest potrzebne, ze względu na różnorodność sporów i metod ich rozwiązywania. Zarówno adwokaci, jak i notariusze w ramach przygotowania zawodowego mają elementy przygotowania do prowadzenia mediacji.

Przebieg mediacji został unormowany jedynie fragmentarycznie przez zmianę ordynacji postępowania cywilnego (ZPO) – art. 3 projektu. Wskazano tam formy mediacji

oraz kwestię wykonalności porozumienia osiągniętego w mediacji. Proponowana nowelizacja ordynacji postępowania sędziowskoadministracyjnego – VwGO – zawarta w art. 7 projektu obejmuje odesłanie do regulacji ZPO.

Podsumowując przegląd doświadczeń niemieckich we wdrażaniu mediacji, warto wskazać następujące charakterystyczne kwestie. Mediacja może być wykorzystywana do rozwiązywania różnych rodzajów sporów, jakie pojawiają się w obszarze prawa administracyjnego i działalności administracji. Z jednej strony są to postępowania o charakterze indywidualnym, z drugiej natomiast – wielowymiarowe konflikty całych grup społecznych związane z realizacją nierzadko dużych projektów infrastrukturalnych, bezpośrednio przez administrację oraz podmioty prywatne.

W postępowaniu administracyjnym, mimo sposobności zawarcia umowy publiczno-prawnej zamiast decyzji w sprawie indywidualnej, możliwości wykorzystania mediacji w jej prywatnoprawnym rozumieniu są znacznie ograniczone. Organ administracji jest wyposażony w kompetencję do władczego rozstrzygnięcia o prawach i obowiązkach stron postępowania i nie ma możliwości, aby osoba trzecia prowadziła uzgodnienia między organem a stronami. Dlatego w postępowaniu administracyjnym można mówić jedynie o elementach mediacyjnych.

Ze względu na równość stron mediacja jest szerzej wykorzystywana w sądach administracyjnych. W znacznej większości przypadków rolę mediatorów spełniają wybrani sędziowie danego sądu, którzy nie orzekają w sprawie w razie niepowodzenia mediacji. Warto podkreślić, że sędziowie tacy zostali wcześniej przeszkoleni w zakresie metod i technik wykorzystywanych w mediacji, a więc przede wszystkim dotyczących przełamywania barier komunikacyjnych i skutecznego prowadzenia negocjacji. Sędzia pełniący funkcję mediatora nie ma kompetencji do władczego rozstrzygnięcia sporu ani przedstawienia propozycji ugody. Jednak z racji pełnionego urzędu jest osobą godną zaufania, co może mieć znaczenie dla stron sporu.

Mediacja odbywa się na nieformalnym spotkaniu stron z mediatorem, podczas którego omawiane są wszelkie kwestie związane ze sporem i jego rozwiązaniem. Jest to więc ustalenie stanu faktycznego, a następnie przedstawianie propozycji oraz koncepcji rozwiązania sporu. Co ważne mediator nie powinien przedstawiać stronom swoich poglądów, w tym również ocen prawnych zaistniałego sporu. Jego zadaniem jest przede wszystkim zapewnienie dobrej komunikacji pomiędzy stronami i moderowanie uzgodnieniami w celu osiągnięcia porozumienia.

Dotychczas postępowanie mediacyjne w niemieckim sądownictwie administracyjnym, jak i w innych rodzajach spraw sądowych, ma charakter nieformalny, ponieważ nie zostało unormowane w przepisach. Przez kilka lat prowadzone były projekty pilotażowe, które pozwoliły zdobyć doświadczenia w celu przygotowania jak najlepszych i skutecznych przepisów. Dopiero po kilku latach doświadczeń i analiz przygotowany został projekt ustawy, która reguluje kwestie mediacji sądowych. Jest to odmienne podejście do wprowadzenia mediacji w sprawach administracyjnych niż w Polsce. Zalecenie wprowadzenia do regulacji krajowych mediacji oraz innych metod polubownego rozwiązywania sporów pomiędzy organami administracji i podmiotami prywatnymi znalazło się

w Rekomendacji Komitetu Ministrów Rady Europy Rec(2001)9 z 5.9.2001 r.²⁹. W Polsce postępowanie mediacyjne zostało wprowadzone do ustawy z 30.8.2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi³⁰ i zaczęło funkcjonować od 2004 r. Niestety przepisy te nie są skuteczne, ponieważ liczba wszczętych i zakończonych spraw mediacyjnych z roku na rok systematycznie spada³¹.

Prowadzone w Niemczech programy pilotażowe mediacji odgrywają równocześnie istotną rolę praktycznej formy propagowania wśród uczestników postępowań sądowych możliwości polubownego zakończenia sporu.

Projekty pilotażowe mają z natury rzeczy charakter praktyczny, jednak specyfiką rozwiązań niemieckich jest ściśle powiązanie z ośrodkami naukowymi, które uczestniczyły zarówno w przygotowaniu poszczególnych projektów, obserwowały ich przebieg oraz dokonywały ocen ewaluacyjnych. Równie ważne są prawne analizy doświadczeń zdobytych podczas projektów pilotażowych.

Generalne konkluzje projektów pilotażowych oraz wypowiedzi przedstawicieli doktryny prawa wskazują na pozytywne doświadczenia i efekty prowadzonych postępowań mediacyjnych. Ich liczba nie jest duża i – co oczywiste – nie wszystkie z nich kończą się porozumieniem stron, ale dają dodatkową możliwość rozwiązania sporu. Właśnie jako pewien pomocniczy instrument rozwiązywania sporów mediacje mogą być wykorzystywane również w prawie administracyjnym, nawet w sprawach, w których organy administracji są uprawnione do władczego rozstrzygnięcia o prawach i obowiązkach stron.

Wykorzystanie mediacji, z udziałem wyspecjalizowanych pośredników, wydaje się być też elementem nowego podejścia do rozwiązywania problemów związanych z samą działalnością administracji bądź też rozstrzygnięciami władz publicznych, które mogą wpływać na jakość życia mieszkańców danej gminy lub regionu oraz na środowisko naturalne. Wdrażanie takich procedur nie zawsze spotyka się z akceptacją i chęcią udziału w mediacji, ale przeprowadzone projekty wskazują na pozytywne cechy takich rozwiązań.

²⁹ H. Machińska (red.), *Mediacja w sprawach administracyjnych*, Warszawa 2007, s. 109.

³⁰ Dz.U. Nr 153, poz. 1270 ze zm.

³¹ Według danych Naczelnego Sądu Administracyjnego:

Rok	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Liczba spraw wszczętych	679	204	172	87	36	21	11
Liczba spraw załatwionych	170	117	66	17	16	3	2

Źródło: Informacja o działalności sądów administracyjnych w 2010 r., Warszawa 2011, s. 14.