

Dr Damian Gil

Wydział Zamiejscowy Prawa i Nauk o Gospodarce w Stalowej Woli

Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II

Problematyka mediacji w kontekście zmian w polskim procesie karnym

Streszczenie

Pokrzywdzony przestępstwem należy do ważnych uczestników procesu karnego. Mediacja karna ma zapewnić dotkniętym przestępstwem większy komfort realizacji swoich roszczeń w procesie karnym. Porozumienie osiągnięte w trakcie mediacji ma wpływ na sytuację pokrzywdzonego i oskarżonego. Obszerne zmiany w k.p.k. zwracają uwagę na zasady postępowania mediacyjnego, rolę referendarza w procesie karnym oraz gwarancje praw oskarżonego. Autor czyni wstępne refleksje na temat istotnych problemów praw pokrzywdzonego w postępowaniu mediacyjnym, które mogą być przedmiotem rozwinięcia w innych opracowaniach naukowych.

Słowa kluczowe: *pokrzywdzony, mediacja, proces karny, strony, referendarz.*

The Problem of Mediation in the Context of Changes in the Polish Criminal Proceedings

Abstract

The victim of a crime is one of the important participants of a criminal process. Penal mediation is created to assure larger comfort to the affected by the crime in executing their claims in the criminal proceedings. The agreement reached during mediation influences the situation of the victim and the accused. Spacious changes in the Code of Criminal Proceedings pay attention to the principles of mediatory conduct, the role of the judicial assistant in the criminal process, as well as the guarantees of the rights of the accused. The

author makes preliminary reflections on the essential problems of the victim's rights in the mediatory conduct, which can be developed in further scientific studies.

Key words: *victim, mediation, criminal process, parts, judicial assistant.*

Uwagi wstępne

Instytucja mediacji w postępowaniu karnym spotyka się ciągle z niechęcią organów procesowych i samych uczestników procesu. W świetle opublikowanych danych statystycznych dotyczących mediacji w postępowaniu przygotowawczym liczba spraw skierowanych do mediacji okazuje się niewielka. Przykładowo w 2008 r. w Apelacji Lubelskiej na 100 415 spraw tylko 16 skierowano do postępowania mediacyjnego, a w 2009 r. w Apelacji Warszawskiej na 139 181 spraw tylko w 15 zastosowano mediację. Obszarem, gdzie sięga się stosunkowo często po mediację, jest Apelacja Białostocka. W 2008 r. liczba spraw skierowanych do mediacji wyniosła aż 1294, natomiast w 2009 r. – 1029¹. W doktrynie padają jednoznaczne stwierdzenia, że „mediacja karna w Polsce nie działa”². Hamulcem przed stosowaniem mediacji może być stosunkowo mała wiedza o mediacji w obszarze prawa karnego oraz bardzo złe regulacje w aktach prawnych³.

Mediacja niewątpliwie daje szansę pokrzywdzonemu do aktywnego uczestnictwa w rozwiązywaniu konfliktu. „Pokrzywdzony ma możliwość uzyskania informacji dotyczących np. motywacji i zachowania sprawcy, możliwość uświadomienia sprawcy wyrządzonej jego czynem szkody i krzywdy (materialnej, psychicznej, moralnej)”⁴. W różnych środowiskach podejmuje się dyskusję nad wachlarzem uprawnień pokrzywdzonego w postępowaniu karnym. Dekada członkostwa Polski w Unii Europejskiej owocowała wdrożeniem m.in. decyzji ramowej z 15 marca 2001 r. w sprawie pozycji ofiar w postępowaniu karnym⁵. Na szczeblu rządowym i samorządowym podejmowano ważne inicjatywy, służące

¹ Zob. *Dane statystyczne dotyczące mediacji w postępowaniu przygotowawczym*, (w:) *Mediacja karna jako forma sprawiedliwości naprawczej*, red. L. Mazowiecka, Warszawa 2011, s. 94-95.

² Por. E. Bieńkowska, *O potrzebie zmian obowiązujących regulacji prawnych dotyczących mediacji w sprawach karnych*, (w:) *Mediacja karna ...*, s. 59.

³ Tamże.

⁴ D. Wójcik, (w:) E. Bieńkowska, B. Czarnecka-Działuk, D. Wójcik, *Postępowanie mediacyjne w nowej kodyfikacji karnej. Nowa Kodyfikacja karna. Kodeks postępowania karnego. Krótkie komentarz*, z. 14, Warszawa 1998, s. 232-233.

⁵ Decyzja ramowa Rady z dnia 15 marca 2001r. o pozycji ofiar w postępowaniu karnym, 2001/220/WSiSW (Dz. Urz. UE L z dnia 22 marca 2001r.).

doinformowaniu pokrzywdzonego przestępstwem. W doktrynie zaczęto szerzej pisać nt. uprawnień pokrzywdzonego w postępowaniu karnym⁶.

Ogromna ilość spraw poddanych kognicji sądów polskich (w 2013 r. wpływ przekroczył 16 000 000⁷) uzasadnia poszukiwanie i sięganie po alternatywne sposoby rozwiązywania sporów sądowych. Postępowanie mediacyjne, które powoli znajduje swoje miejsce w procesie karnym, nie stanowi postępowania konkurencyjnego względem procesu karnego. W myśl art. 53 § 3 k.k., wymierzając karę, sąd bierze także pod uwagę pozytywne wyniki przeprowadzonej mediacji pomiędzy pokrzywdzonym a sprawcą albo ugodę pomiędzy nimi osiągniętą w postępowaniu przed sądem lub prokuratorem. Zdaniem G. Skrobotowicza „za wskazane powyżej pozytywne wyniki przeprowadzonej mediacji uznać można wyłącznie fakt wypracowania satysfakcjonującego obie strony konfliktu porozumienia urzeczywistnionego w postaci ugody mediacyjnej. W tak przyjętym rozumieniu tego zwrotu nie podlega analizie dalszy proces wykonania przez sprawcę zobowiązań zawartych w przedmiotowej umowie⁸. Z pewnością osiągnięcie kompromisu stanowi element składający się na pozytywne wyniki przeprowadzonej mediacji, jednak w mojej ocenie nie może stanowić pełnego i wyczerpującego zdefiniowania tego terminu. Wskazać jednak należy, że sędziowie i ławnicy (jeżeli skład orzekający zawiera w sobie element społeczny) podczas wymierzania kary są niezawisli i podlegają tylko Konstytucji RP⁹ oraz ustawom. Zatem w celu zapewnienia realizacji zasady sędziowskiej swobody w wymierzaniu kary nie mogą być oni ograniczani dokumentem, jakim jest ugoda mediacyjna, oraz zawartymi w niej

⁶ Por. m.in. C. Kulesza, *Rola pokrzywdzonego w procesie karnym w świetle ustawodawstwa i praktyki wybranych krajów zachodnich*, Białystok 1995, s. 220 i n.; K. Dudka, *Skuteczność instrumentów ochrony praw pokrzywdzonego w postępowaniu przygotowawczym w świetle badań empirycznych*, Lublin 2006 i literatura tam cytowana; R. Koper, *Postępowanie mediacyjne a skazanie oskarżonego bez rozprawy*, „Prokuratura i Prawo” 1999, nr 11-12, s. 57 i n.; D. Kuźelewski, *Mediacja w polskim procesie karnym w ocenie prokuratorów i sędziów*, (w:) *Porozumienia karnoprocesowe w praktyce wymiaru sprawiedliwości*, red. C. Kulesza, Białystok 2010, s. 137 i n.; tenże, *Wpływ prawa karnego materialnego na mediacje między pokrzywdzonym i oskarżonym – wybrane aspekty*, (w:) *Współzależność prawa karnego materialnego i procesowego*, red. Z. Cwiakalski, G. Artymiak, Warszawa 2009, s. 341 i n.; D. Gil, *Postępowanie w sprawach z oskarżenia prywatnego w polskim procesie karnym*, Warszawa 2011, s. 210 i n.; tenże, *Polubowne rozwiązania w postępowaniu prywatnoskargowym*, (w:) *Kalejdoskop Naukowy 2*, red. S. Krajewski, Lublin 2009, s. 45 i n.; W. Zalewski, *Mediacja w polskim prawie karnym – teoria i praktyka*, „Przegląd Sądowy” 2003, nr 6, s. 114; B. Kiszło, *Instytucja mediacji w praktyce. Uwagi na tle danych statystycznych z Prokuratury Rejonowej Białystok-Południe w Białymstoku*, (w:) *Ocena funkcjonowania porozumień procesowych w praktyce wymiaru sprawiedliwości*, red. C. Kulesza, Warszawa 2009, s. 264; M. Grudziecka, *Mediacja w sytuacjach przemocy domowej na tle doświadczeń polskich i zagranicznych (zagadnienia wybrane w postępowaniu uproszczonym)*, (w:) *Gwarancje praw pokrzywdzonych w postępowaniach szczególnych*, red. D. Gil, Warszawa 2012, s. 191 i n.; G. Skrobotowicz, *Gwarancje praw pokrzywdzonego realizowane w ramach postępowania mediacyjnego a modele postępowań szczególnych*, (w:) *Gwarancje praw pokrzywdzonych ...*, s. 212 i n.

⁷ Dane statystyczne przywołane przez pracownika Ministerstwa Sprawiedliwości na konferencji naukowej „Przyszłość mediacji w polskim systemie prawa”, Stalowa Wola, 19 XI 2013r.

⁸ E. Bieńkowska, *Mediacja w polskim prawie karnym. Charakterystyka regulacji prawnej*, „Przegląd Prawa Karnego” 1998, nr 18, s. 23.

⁹ Ustawa z dnia 2 kwietnia 1997r. – Konstytucja RP (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.).

postulatami. Z drugiej jednak strony postępowanie mediacyjne prowadzone jest m.in. w celu polubownego rozwiązania wynikłego pomiędzy stronami konfliktu, co oznacza, że sąd w wydanym orzeczeniu nie powinien niweczyć rezultatów przeprowadzonej mediacji oraz osiągniętego porozumienia i zawartej ugody. W przeciwnym wypadku zasadność całego postępowania mediacyjnego pozostawałaby pod znakiem zapytania¹⁰. Należy jednocześnie stwierdzić, że wpływ postępowania mediacyjnego na postępowanie karne ogranicza samodzielność jurysdykcyjną sądu. W świetle art. 8 § 1 k.p.k. sąd karny rozstrzyga samodzielnie zagadnienia faktyczne i prawne oraz nie jest związany rozstrzygnięciem innego sądu lub organu. Sąd nie jest uprawniony, lecz zobowiązany wziąć pod uwagę pozytywny wynik mediacji.

Odmienne kształtuje się status uczestników postępowania karnego i postępowania mediacyjnego. W mojej ocenie nie sposób mówić o „stronach postępowania mediacyjnego”. Pozasądowy charakter mediacji i jej funkcje nie eksponują sporu między stronami o przeciwstawnych interesach. Rozmowa, dążenie do konsensusu i rola mediatora – „strażnika zasad postępowania mediacyjnego” deprecjonują kontrydiktoryjność postępowania mediacyjnego. Przyjmijmy zatem, że osoby biorące udział w mediacji są jej uczestnikami.

Jak już wcześniej zasygnalizowano, fasadowość mediacji w procesie karnym ma podłoże w wadliwej konstrukcji normatywnej, o której mówią i piszą teoretycy i praktycy¹¹. Obszerna nowelizacja Kodeksu postępowania karnego z września 2013 r., która wejdzie w życie 1 lipca 2015r., dokonuje również istotnych zmian w postępowaniu mediacyjnym¹².

1. Istota postępowania mediacyjnego

Jeden z najpopularniejszych słowników języka polskiego definiuje „mediację” jako pośredniczenie w sporze, „mediator” zaś to pośrednik, którego celem jest doprowadzenie do ugody między spierającymi się¹³. Mediację traktuje się jako instrument sprawiedliwości naprawczej, który ma charakter uniwersalny, globalny i ponad podziałowy¹⁴. W 2003r. nowelizacją k.p.k. dodano do przepisów wstępnych kodeksu art. 23a (postępowanie

¹⁰ G. Skrobotowicz, *Gwarancje praw pokrzywdzonego ...*, s. 226.

¹¹ Por. E. Bieńkowska, *O potrzebie zmian ...*, s. 56 i n.; D. Wójcik, *Poglądy sędziów na temat mediacji w sprawach karnych*, (w:) *Nauki penalne wobec problemów współczesnej przestępczości (księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin prof. A. Gaberle)*, red. K. Krajewski, Warszawa 2007, s. 555 i n.; D. Kuźelewski, *Mediacja w polskim procesie karnym w ocenie prokuratorów i sędziów*, (w:) *Porozumienia karnoprocesowe ...*, s. 137 i n.

¹² Ustawa z dnia 27 września 2013r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1247), zwana dalej „nowelą”.

¹³ S. Skorupka, H. Auderska, Z. Łempecka, *Mały słownik języka polskiego*, Warszawa 1969.

¹⁴ Por. G. Skrobotowicz, *Zalety mediacji karnej*, „Prokuratura i Prawo” 2012, nr 2, s. 128.

mediacyjne) i zmieniono art. 489 § 2, stanowiąc, że przepisy art. 23a stosuje się odpowiednio do postępowania w sprawach z oskarżenia prywatnego.

Główne cechy mediacji to:

1. dobrowolność,
2. bezstronność,
3. neutralność,
4. akceptowalność,
5. poufność,
6. profesjonalizm,
7. bezinteresowność,
8. szacunek dla obu stron¹⁵.

Do postępowania mediacyjnego można skierować sprawę z inicjatywy pokrzywdzonego, oskarżonego lub też z urzędu za obopólną zgodą stron postępowania karnego. A. Murzynowski, którego można nazwać pomysłodawcą wprowadzenia mediacji do kodeksu postępowania karnego, opowiedział się za możliwością skierowania sprawy do mediacji bez zgody stron¹⁶. Z poglądem Autora nie można się zgodzić. Mediacja przecież stanowi dobrowolną i akceptowalną formę pozasądowej próby rozstrzygnięcia sporu. Narzucenie postępowania mediacyjnego można porównać z środkiem przymusu, do których tej instytucji nie sposób zaliczyć.

Pierwotnie mediacja została uregulowana w art. 320 § 1 k.p.k., który brzmiał następująco: „Jeżeli ma to znaczenie dla wystąpienia do sądu z odpowiednim wnioskiem, prokurator może, z inicjatywy lub za zgodą stron, skierować sprawę do instytucji lub osoby godnej zaufania w celu przeprowadzenia postępowania mediacyjnego”¹⁷. Przepis ten, w związku z wejściem w życie art. 23a k.p.k., został uchylony w 2003 r.

Przedstawiciele doktryny twierdzą, że celem mediacji jest pojednanie pozostających w konflikcie stron i zawarcie ugody, przy pośrednictwie neutralnego mediatora, natomiast przedmiotem mediacji są kwestie restytucyjno-odszkodowawcze związane z zarzucanym przestępstwem¹⁸.

¹⁵ Zob. m.in. M. Grudziecka, *Zawód mediator*, (w:) *Mediacja w teorii i praktyce*, red. A. Gretkowski, D. Karbarz, Stalowa Wola 2009, s. 257 i n.

¹⁶ Por. A. Murzynowski, *Mediacja w postępowaniu przygotowawczym*, „Jurysta” 2002, nr 9, s. 4.

¹⁷ E. Bieńkowska, *Istota i znaczenie mediacji w prawie karnym* (w:) *U progu nowych kodyfikacji karnych. Księga pamiątkowa ofiarowana prof. L Tyszkiewiczowi*, red. O. Górniok, Katowice 1999, s. 19.

¹⁸ B. Czarnecka-Działuk, D. Wójcik, *Mediacja w sprawach nieletnich w świetle teorii i badań*, Warszawa 2001, s. 22–23; A. Rękas, *Mediacja w Polsce na tle doświadczeń państw Unii Europejskiej* (w:) *Mediacja w krajach Unii Europejskiej i w Polsce*, red. J. Szymańczak, A. Chodyra, „Konferencje i SeminaRIA” 4 (48) 03, Warszawa 2003, s. 9-11.

W mojej ocenie głównym celem mediacji jest wypracowania konsensusu, który wpłynie na ostateczny wymiar kary lub środka karnego. Oczywiście pojednanie, przebaczenie, powrót do dobrych relacji mogą być wynikiem skutecznie przeprowadzonej mediacji, choć nie muszą. Przedmiotem mediacji w postępowaniu karnym jest konkretna sprawa, konkretny zarzut, pod adresem konkretnego sprawcy. Ta potrójna „konkretność” sprawia, że mediacji nie można pojmować w oderwaniu od któregośkolwiek z tych elementów. Strony chcą bowiem pozasądowo rozwiązać spór i ta idea winna przyświecać zarówno im, jak i mediatorowi.

Przepis art. 23a k.p.k. nie stanowi w ogóle o zawarciu ugody. Nawet art. 23a § 5 k.p.k., który stanowi delegację ustawową dla Ministra Sprawiedliwości do wydania rozporządzenia wykonawczego, nie wskazuje na potrzebę zawarcia ugody między pokrzywdzonym a podejrzanym lub oskarżonym w konkretnej sprawie. Po raz pierwszy ze słowem „ugoda” spotykamy się, analizując treść § 11 pkt 4 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 13 czerwca 2003 r. w sprawie postępowania mediacyjnego w sprawach karnych¹⁹, które stanowi, że „(...) mediator pomaga w sformułowaniu treści ugody między podejrzanym lub oskarżonym i pokrzywdzonym oraz sprawdza wykonanie wynikających z niej zobowiązań”. Wydaje się, że ugoda, która po zaopatrzeniu w klauzulę wykonalności stanowi tytuł wykonawczy, winna być uregulowana w cytowanym już przepisie części ogólnej k.p.k. Ponadto należy dodać, że przepis art. 494 k.p.k. dotyczy wyłącznie ugody zawartej na posiedzeniu pojednawczym w sprawach z oskarżenia prywatnego. Zgodnie z brzmieniem art. 107 § 3 k.p.k. nadany wspomnianą nowelą sąd lub referendarz sądowy na żądanie osoby uprawnionej nadaje klauzulę wykonalności ugodzie zawartej przed mediatorem. Za trafne należy uznać dodanie przepisu art. 107 § 4 k.p.k., stanowiącego, że sąd lub referendarz sądowy odmawia nadania klauzuli wykonalności ugodzie zawartej przed mediatorem, w całości lub w części, jeżeli ugoda jest sprzeczna z prawem lub zasadami współżycia społecznego albo zmierza do obejścia prawa. Trzeba zwrócić uwagę, że dodany przepis jest w zasadzie kalką art. 183(14) § 3 k.p.c. W art. 107 § 4 k.p.k. nie wpisano zastrzeżenia odmowy nadania klauzuli wykonalności, w sytuacji gdy ugoda „jest niezrozumiała lub zawiera sprzeczności” (art. 183(14) § 3 k.p.c. *in fine*). Co ciekawe, nowela odwołuje się do „zasad współżycia społecznego”, do których na gruncie prawa karnego trudno się odwoływać. Po wejściu w życie noweli treść ugody nie musi być wciągnięta do

¹⁹ Dz. U. Nr 108, poz. 1020.

wyroku, może stanowić odrębny dokument, który będzie brany pod uwagę przy orzekaniu i po zaopatrzeniu w klauzulę wykonalności w postępowaniu egzekucyjnym.

Zmiany, jakie wprowadziła nowela z września 2013 roku, nie dotyczą wyłącznie ugody. Do postępowania mediacyjnego sprawę może skierować sąd lub referendarz sądowy, a w postępowaniu przygotowawczym – prokurator (art. 23a § 1 k.p.k. w brzmieniu nadanym nowelą). W piśmiennictwie z niepokojem przyjęto kompetencję referendarzy sądowych do kierowania spraw na drogę postępowania mediacyjnego²⁰. Istnieje realna obawa, że referendarz nie będzie w stanie należycie ocenić czy sprawa nadaje się do mediacji oraz czy nie wpłynie ona negatywnie na ofiarę przestępstwa. Zmieniony art. 23a § 4 k.p.k. akcentuje dobrowolność udziału oskarżonego i pokrzywdzonego w mediacji. Zgodę na uczestniczenie w postępowaniu mediacyjnym odbiera organ kierujący do mediacji lub mediator, po wyjaśnieniu oskarżonemu i pokrzywdzonemu celów i zasad postępowania mediacyjnego i pouczeniu ich o możliwości cofnięcia tej zgody aż do zakończenia postępowania mediacyjnego. Nie określono formy oświadczenia o wyrażeniu zgody na mediację. Należy zatem przyjąć, że pokrzywdzony i podejrzany mogą wyrazić zgodę w formie pisemnej lub też ustnie do protokołu. Wniosek strony o skierowaniu sprawy do mediacji, należy traktować na równi ze zgodą. Regulacja ta stanowi swoisty „ukłon w kierunku mediacji”, po raz pierwszy bowiem zwrócono uwagę na potrzebę wyjaśnienia czym jest mediacja, jakie są jej zasady, cele i jak istotna jest dobrowolność na każdym etapie mediowania. Ponadto dodano przepis (art. 23a § 7 k.p.k.), stanowiący, że postępowanie mediacyjne prowadzi się w sposób bezstronny i poufny. W dodanym art. 178a k.p.k. wprowadzono nowy zakaz dowodowy, przesłuchania mediatora jako świadka co do faktów, o których dowiedział się od oskarżonego lub pokrzywdzonego prowadząc postępowanie mediacyjne, z wyjątkiem informacji objętych penalizacją z art. 240 § 1 k.k. Zakaz ten należy uznać za niezupełny bezwzględny, gdyż nie ma przeszkód do przesłuchania innej osoby, która zna te okoliczności np. jako świadek naoczny zdarzenia²¹.

²⁰ Por. E. Bieńkowska, *Mediacja w projekcie nowelizacji kodeksu postępowania karnego*, „Prokuratura i Prawo” 2012, nr 11, s. 53-54.

²¹ W uzasadnieniu do projektu (dostępny na stronie MS www.ms.gov.pl) w sposób obszerny wyjaśniono sens dodania tych przepisów. „Obowiązujące przepisy prawne w zakresie postępowania mediacyjnego nie gwarantują zachowania poufności w omawianej procedurze. Z tego względu konieczne jest uzupełnienie regulacji prawnych o przepisy gwarantujące poufność. Jedną z takich gwarancji jest dodanie po art. 178 k.p.k. projektowanego art. 178a k.p.k. Postępowanie mediacyjne jest poufne i oświadczenia składane w jej toku nie mogą stanowić dowodu w postępowaniu karnym, co daje stronom gwarancję, że okoliczności, o których zdecydowały się mówić w trakcie mediacji, pozostaną nieujawnione. Z tego względu zdecydowano o umieszczeniu zakazu przesłuchania mediatora co do okoliczności, o których dowiedział się w trakcie mediacji właśnie w tym miejscu regulacji ustawowej. Jedynym wyjątkiem od zasady zakazu przesłuchania mediatora będzie możliwość jego przesłuchania w zakresie informacji, jakie uzyskał prowadząc mediację od oskarżonego lub pokrzywdzonego, dotyczących

2. Mediacja jako instytucja dla pokrzywdzonego

W literaturze podkreśla się, że mediacja jest instytucją dla pokrzywdzonego, gdyż ma uchronić doświadczony przestępstwem przed tzw. wtórną wiktyimizacją oraz stwarza mu szansę porozumienia ze sprawcą i uzyskania kompensaty²². B. Czarnecka-Działuk i D. Wójcik wskazują na trzy główne zalety mediacji karnej:

1. Spowodowanie u sprawcy poczucia odpowiedzialności za popełnione zło i równoległe wzbudzenie w nim chęci naprawy wyrządzonej krzywdy lub szkody,
2. Zaspokojenie potrzeb emocjonalnych i interesu ofiary,
3. Włączenie społeczeństwa do udziału w resocjalizacji przestępcy oraz wspomaganie go podczas jego powrotu do normalnego, uczciwego życia²³.

G. Skrobotowicz wśród atutów postępowania mediacyjnego dostrzega przyspieszenie postępowania karnego, przy zachowaniu wszystkich gwarancji procesowych. W zależności od stadium procesu zawarcie ugody mediacyjnej może skutkować cofnięciem wniosku o ściganie (na etapie postępowania przygotowawczego), skazaniem bez przeprowadzenia rozprawy (art. 335 k.p.k.), warunkowym umorzeniem postępowania na posiedzeniu (art. 336 k.p.k.) lub dobrowolnym poddaniem się karze (art. 387 k.p.k.)²⁴. Rozstrzygnięcia oparte na porozumieniu okazują się korzystne również dla pokrzywdzonego. Po pierwsze, ma on szansę spotkania ze sprawcą, rozmowy, poznania motywów jego działania, przebaczenia mu, ustalenia sposobu naprawienia szkody. Po drugie, w trakcie mediacji nie doznaje tzw. wtórnej wiktyimizacji, która często towarzyszy pokrzywdzonym w długotrwałym i sformalizowanym procesie. Po trzecie mediator łądodzi napięcie (emocje) między stronami konfliktu.

przestępstw, o których mowa w art. 240 § 1 k.k. Proponowane rozwiązanie jest zgodne z § 30 Rekomendacji Nr R(99)19, który to przepis przewiduje możliwość informowania przez mediatora organów ścigania o okolicznościach dotyczących bardzo poważnych przestępstw, o których dowiedział się prowadząc mediację od uczestników tego postępowania. Rekomendacja nie określa bliżej, co należy rozumieć pod pojęciem „poważne przestępstwo”, zaś polskie prawo karne nie operuje takim zwrotem. Z tego względu projektodawca zdecydował, że w świetle polskiego prawa karnego do kategorii ciężkich przestępstw niewątpliwie należy zaliczyć przygotowanie, usiłowanie lub dokonanie przestępstwa, o którym mowa w art. 240 § 1 k.k. Przepis ten przewiduje bowiem obowiązek – pod groźbą sankcji karnej – niezwłocznego przekazania organowi powołanemu do ścigania przestępstw wiarygodnej wiadomości o karalnym przygotowaniu albo usiłowaniu lub dokonaniu czynu zabronionego, określonego w art. 118, 118a, 120-124, 127, 128, 130, 134, 140, 148, 163, 166, 189, 189a § 1, art. 252 k.k. lub przestępstwa o charakterze terrorystycznym. Projekt wzmacnia także gwarancję przestrzegania zasady poufności w przypadku sporządzania przez mediatora sprawozdania z mediacji, eliminując z przepisu informację o przebiegu mediacji (proj. art. 23a § 5 k.p.k.)”.

²² Por. m. in. W. Zalewski, *Mediacja w polskim ...*, s. 114; B. Kiszło, *Instytucja mediacji ...*, s. 264 i n.; M. Grudziecka, *Mediacja w sytuacjach ...*, s. 191 i n.; G. Skrobotowicz, *Gwarancje praw pokrzywdzonego ...*, s. 212 i n.

²³ Por. D. Wójcik, *Poglądy sędziów na temat mediacji w sprawach karnych*, (w:) *Mediacja*, red. L. Mazowiecka, Warszawa 2009, s. 211 i n.; B. Czarnecka-Działuk, *Wprowadzenie mediacji między ofiarą i sprawcą – polskie doświadczenia i perspektywy*, (w:) *Mediacja ...*, Warszawa 2009, s. 81 i n.

²⁴ Por. G. Skrobotowicz, *Zalety mediacji ...*, s. 135.

Prezentując mediację z pozycji pokrzywdzonego, wypada zadać zasadnicze pytanie: Czym obecnie jest mediacja karna dla pokrzywdzonego? Zdaniem sędzi A. Rękas „istotą mediacji jest prowadzenie jej w atmosferze całkowicie odformalizowanej i sprzyjającej swobodnym wypowiedziom stron, rozładowaniu emocji powstałych na skutek przestępstwa. Pokrzywdzony i sprawca są podmiotami procesu, partnerami i gospodarzami procedury mediacyjnej, a nie osobami pełniącymi ściśle określone, przeciwstawne role. Główną ideą mediacji jest to, że oskarżony i pokrzywdzony mają sami dojść do porozumienia, korzystając z pomocy mediatora”²⁵.

Na początku obowiązywania k.p.k. z 1997 r. mediacja w sprawach karnych była niemalże instytucją fasadową. W 1998 r. mieliśmy tylko 10 spraw skierowanych do mediacji, natomiast w 2012 t. było ich już 3252. Ponad 1000 spraw skierowanych do mediacji w 2012 r. nie zakończyło się porozumieniem (ugodą)²⁶. Stosunkowo mała liczba spraw kierowanych do mediacji uprawnia do zadania pytania o przyczyny niechęci (lub braku należytej informacji) w zakresie kierowania spraw do mediacji. Po pierwsze, uczestnicy procesu karnego są nieświadomi tego, czym jest mediacja, jaki jest jej przebieg oraz nie znają skutków (korzyści) płynących z porozumienia mediacyjnego. Nieświadomość znaczenia przedmiotowej instytucji, wynika z braku pouczenia o prawie do mediacji. W świetle art. 300 § 1 i 2 k.p.k. w brzmieniu nadanym nowelą, przed pierwszym przesłuchaniem podejrzanego i pokrzywdzonego, należy go pouczyć również o uprawnieniach z art. 23a § 1 k.p.k. Problem tkwi w tym, że tzw. druk pouczenia zawiera różne informacje (kilka stron), których przekaz („naszpikowany” terminologią prawniczą) nie wydaje się zrozumiały dla osób, które nie posiadają wykształcenia prawniczego. Moim zdaniem o mediację powinien zabiegać podejrzany, gdyż korzyść płynąca z porozumienia w oczach sądu i społeczeństwa wydaje się niewymierną korzyścią. Po drugie, istnieje przeświadczenie, że mediacja stanowi klucz do uniknięcia kary przez sprawcę przestępstwa. Tymczasem raz jeszcze należy podkreślić, że pozytywny wynik mediacji sąd bierze pod uwagę przy wymiarze kary (art. 53 § 3 k.k.). Po trzecie, pokrzywdzony nie pouczony o prawie do mediacji może obawiać się jej przebiegu oraz wyegzekwowania postanowień ugody mediacyjnej. Po czwarte, zdarzają się przypadki, że pełnomocnik pokrzywdzonego z różnych przyczyn odradza mediację. W świetle przedstawionych refleksji można postawić tezę, że *de lege lata* pokrzywdzony nie jest

²⁵ A. Rękas, *Mediacja w teorii i praktyce*, (w:) D. Karbarz, A. Gretkowski, *Mediacja w teorii i praktyce*, Stalowa Wola 2009, s. 155.

²⁶ Dane ze strony Ministerstwa Sprawiedliwości (www.ms.gov.pl), dostęp 22.02.2014r.

pełnoprawnym uczestnikiem postępowania mediacyjnego. Prof. C. Kulesza do mierników efektywności mediacji zalicza:

1. Satysfakcję ofiar i sprawców z udziału w postępowaniu mediacyjnym i jego wyników,
2. Akceptację mediacji przez organy wymiaru sprawiedliwości, mediatorów i społeczeństwo,
3. Zawieranie i wykonywalność porozumień (ugód)²⁷.

W mojej ocenie kluczem do efektywnej mediacji wydaje się również właściwa postawa samych mediatorów. Narzucanie rozwiązań, pogardliwy stosunek dla oskarżonego, brak odpowiednich predyspozycji, zbyt empatyczne spojrzenie to czynniki deprecjonujące mediację. *A contrario* dobrze przygotowany mediator nie tylko pomaga w osiągnięciu porozumienia, ale również ułatwia pracę wymiaru sprawiedliwości. Na szczególną afirmację zasługuje przemyślenie B. Kiszło: „Mediacją jest więc instytucją korzystną dla wszystkich. Wnosimy zawsze o naprawienie szkody wyrządzonej pokrzywdzonemu, jeżeli nie było skutecznej mediacji. Podejrzany może mieć realny wpływ na rodzaj kary i jej wymiar. Niższe są koszty postępowania. Oszczędza się czas stron postępowania, nie muszą się one zgłaszać do sądu. Jest to szczególnie ważne, jeżeli chodzi o pokrzywdzonego. W sprawach rozpoznawanych w postępowaniu zwyczajnym prokurator bierze udział jedynie w krótkim posiedzeniu w przedmiocie wniosku o skazanie bez przeprowadzenia rozprawy, unikając często wielogodzinnych rozpraw sądowych. Sąd zaś nie przeprowadza postępowania dowodowego i generalnie nie sporządza uzasadnień orzeczeń zapadłych w tym trybie, ma zatem więcej czasu, aby zająć się poważniejszymi sprawami”²⁸.

W świetle obowiązujących regulacji mediacja nie wydaje się instytucją efektywną. Świadczą o tym szczególnie problemy związane z powtórzeniem treści ugody przed sądem, nieograniczonym zakresem przedmiotowym spraw skierowanych do mediacji oraz często nierealność wykonywania ugód mediacyjnych (sprawca zgadza się na wszystko, potem zaś nie jest w stanie sprostać wykonaniu postanowień ugody). *De lege ferenda* za konieczne należy uznać wprowadzenie regulacji skutkującej obligatoryjnym wznowieniem postępowania z przyczyn niewykonania postanowień ugody (porozumienia) mediacyjnego. Proponowana konstrukcja wydaje się być zbliżona do podjęcia warunkowo umorzonego postępowania, z tą jednak różnicą, że na skutek wznowienia postępowania w tym wypadku należy zbadać przyczyny niewykonania lub nienależytego wykonania ugody mediacyjnej.

²⁷ Por. C. Kulesza, *Za i przeciw mediacji w sprawach karnych na gruncie aktualnej regulacji prawnej*, (w:) *Mediacja karna ...*, s. 33.

²⁸ B. Kiszło, *Instytucja mediacji ...*, s. 264.

3. Referendarz sądowy – kierujący sprawę do mediacji

Istotną zmianą modelową jest wprowadzenie do procesu karnego instytucji referendarza sądowego. Genezy tej instytucji na ziemiach polskich należy szukać sięgając do XVI w. Termin „referendarz sądowy” po raz pierwszy użyto dla określenia referendarza duchownego²⁹. W XVI w. funkcjonował tzw. sąd referendarski, który zajmował się sporami między dzierżawcami królewskich ziem a ich włodarzami³⁰. Około roku 1600 referendarze stali się urzędnikami sądowymi, wchodzili w skład tzw. sądów asesorskich, które odbywały się w obecności króla, senatorów oraz sądów sejmowych³¹. Po 1918 r. ówczesne prawo ustrojowe nie wprowadziło instytucji referendarza sądowego³². Ustawa z dnia 20 lipca 1950r. o Prokuraturze Rzeczypospolitej Polskiej³³ wprowadziła instytucję referendarzy śledczych, którzy byli pracownikami państwowymi i podlegali przepisom ustawy o państwowej służbie cywilnej (art. 15).

Ukształtowanie pozycji referendarza sądowego (zbliżonej do obecnej regulacji) miało miejsce wraz z wejściem w życie ustawy z 20 czerwca 1985 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych³⁴. Na gruncie tej ustawy referendarz był wyższym urzędnikiem sądowym, wykonywał czynności administracyjne i nadzorował pracę sekretariatu sądowego (wydziałowego). Sekretarz sądowy, który miał pięcioletnią praktykę na tym stanowisku, mógł zostać referendarzem sądowym (bez kompetencji merytorycznych). W 1997 r. zmieniono przepisy ustawy oraz oczekiwania w stosunku do osób piastujących ten urząd. Referendarz sądowy zyskał kompetencje do wykonywania określonych czynności należących do sądów w zakresie postępowania w sprawach związanych z prowadzeniem ksiąg wieczystych i rejestrów sądowych³⁵. Stosunek pracy z referendarzem sądowym nawiązywano na podstawie mianowania (art. 122 ust. 1 ustawy).

²⁹ Por. A. M. Arkuszewska, *Referendarz sądowy w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2011, s. 30.

³⁰ Tamże, s. 30.

³¹ M. Rojewski, (w:) *Metodyka pracy referendarza sądowego w wydziałach cywilnych, gospodarczych, ksiąg wieczystych, rejestru zastawów i prowadzącym e-sąd*, red. M. Rojewski, Warszawa 2012, s. 18.

³² Por. A. M. Arkuszewska, *Referendarz sądowy ...*, s. 32-33.

³³ Dz. U. Nr 38, poz. 346.

³⁴ Dz. U. z 1994r., Nr 7, poz. 25 – akt prawny nie obowiązujący.

³⁵ Szerzej A. M. Arkuszewska, *Referendarz sądowy ...*, s. 18 i n. W świetle art. 122 ustawy z 1985 r.: § 2. Na stanowisko referendarza sądowego mógł być mianowany ten, kto:

- 1) posiadał obywatelstwo polskie i korzysta z pełni praw cywilnych i obywatelskich,
- 2) jest nieskazitelnego charakteru,
- 3) ukończył wyższe studia prawnicze lub wyższe studia administracyjne,
- 4) odbył aplikację referendarską i złożył egzamin referendarski albo odbył aplikację sądową, prokuratorską, notarialną, adwokacką lub radcowską i złożył odpowiedni egzamin albo złożył egzamin referendarski,
- 5) ukończył 24 lata.

De lege lata na podstawie art. 147 § 1 ustawy z dnia 27 lipca 2001 – Prawo o ustroju sądów powszechnych³⁶ w sądach rejonowych i okręgowych do wykonywania określonych w ustawach czynności należących do sądów w zakresie ochrony prawnej zatrudniani są referendarze sądowi i starsi referendarze sądowi. Należy zwrócić uwagę, że przepisy obowiązującej ustawy mają fundamentalne znaczenie dla pozycji referendarza w procesie karnym. Na stanowisko referendarza sądowego może być mianowany ten, kto: posiada obywatelstwo polskie i korzysta z pełni praw cywilnych i obywatelskich; jest nieskazitelnego charakteru; ukończył wyższe studia prawnicze w Polsce i uzyskał tytuł magistra prawa lub zagraniczne uznane w Polsce; ukończył 24 lata; ukończył aplikację ogólną prowadzoną przez Krajową Szkołę Sądownictwa i Prokuratury lub zdał egzamin sędziowski, prokuratorski, notarialny, adwokacki lub radcowski (art. 149 § 1 ustawy)³⁷. Stosunek pracy z referendarzem nawiązuje i rozwiązuje prezes sądu apelacyjnego, na podstawie i z dniem określonym w akcie mianowania (art. 150 § 2 i 3 ustawy). Za naruszenie swoich obowiązków, w tym za oczywistą i rażącą obrazę przepisów prawa i uchybienie godności stanowiska, referendarz ponosi odpowiedzialność dyscyplinarną³⁸ (art. 152 § 1 ustawy). We wszystkich procedurach referendarz podlega wyłączeniu z tych samych przyczyn co sędzia. O wyłączeniu referendarza orzeka sąd w składzie jednego sędziego³⁹.

Pomysł wprowadzenia referendarza sądowego do postępowania karnego należy ocenić pozytywnie. W świetle uchwalonej nowelą z września 2013 r. art. 23a § 1 k.p.k. referendarz sądowy może skierować sprawę do postępowania mediacyjnego, zaś w świetle 107 k.p.k. referendarz zyskał uprawnienia do nadania lub odmowy nadania klauzuli wykonalności ugodzie sądowej zawartej w postępowaniu mediacyjnym. Brakuje natomiast przepisu o niejawnym posiedzeniu prejudycjalnym (mógłby je prowadzić referendarz sądowy), którego celem byłaby analiza sprawozdania mediacyjnego i poczynienie dalszych zarządzeń związanych z przygotowaniem rozprawy głównej. Protokół z tego posiedzenia powinien stanowić dowód w sprawie.

Trybunał Konstytucyjny stwierdził, „że referendarze są urzędnikami sądowymi, którzy zostali upoważnieni do wykonywania oznaczonych czynności w postępowaniu

§ 3. Aplikacja referendarska trwa sześć miesięcy.

³⁶ Dz. U. z 2013r., poz. 427.

³⁷ Z kolei w świetle art. 150 § 1 ustawy na stanowisko starszego referendarza sądowego może być mianowany referendarz, który zajmował stanowisko referendarza sądowego przez co najmniej dziesięć lat, nie był karany za przewinienia dyscyplinarne i uzyskiwał pozytywne okresowe oceny.

³⁸ Katalog kar dyscyplinarnych stosowanych wobec referendarzy sądowych obejmuje cztery: naganę, naganę z ostrzeżeniem, naganę z obniżeniem wynagrodzenia zasadniczego o 10% na okres dwóch lat oraz wydalenie z pracy.

³⁹ Zob. art. 54 k.p.c.; art. 24 p.p.s.a.; art. 44 k.p.k. po nowelizacji.

sądowym – innych niż sprawowanie wymiaru sprawiedliwości (...). Choć ustawodawca ani nie określił kompetencji referendarzy sądowych w sposób generalny, ani też nie wskazał, na czym polega realizacja zadań z zakresu ochrony prawnej, to z zastosowania językowych i systematycznych reguł wykładni norm konstytucyjnych oraz prawa o ustroju sądów powszechnych wynika, że ich działalność nie jest sprawowaniem wymiaru sprawiedliwości. Jednoczesne zaś uprawnienie sędziów i referendarzy sądowych do wykonywania tego samego rodzaju zadań z zakresu ochrony prawnej nie narusza *per se* prawa do sądu⁴⁰. W innych krajach referendarze sądowi mają status wyższych urzędników sądowych, zaś w prawie niemieckim „referendarz jest merytorycznie niezależny i związany jedynie prawem i ustawą”⁴¹.

Jak już wcześniej wspomniano referendarz sądowy na etapie postępowania sądowego ma prawo skierować sprawę do postępowania mediacyjnego. Na ocenę nowej regulacji art. 23a § 1 k.p.k. jest zdecydowanie za wcześnie. Niemniej jednak, należy zauważyć że nowela dość odważnie przyznaje referendarzom prawo do prowadzenia posiedzeń jawnych, w tym posiedzenia pojednawczego w sprawach z oskarżenia prywatnego (489 § 1 k.p.k.) oraz posiedzenia na którym odbierze zgodę stron na mediację (art. 23a § 1 k.p.k.). Mając na uwadze dotychczasowe doświadczenia z udziałem referendarzy w postępowaniu cywilnym oraz postępowaniu przed sądami administracyjnymi, należy odnotować że jak dotąd nie przyznano mu kompetencji do podejmowania decyzji procesowych na posiedzeniu jawnym. W związku z powyższym (nie negując nowych zadań referendarzy w postępowaniu karnym), wypada postulować wprowadzenie obowiązkowego szkolenia dla referendarzy, dotyczącego postępowania mediacyjnego w sprawach karnych. Bez należytego przygotowania referendarz nie będzie w stanie należycie ocenić czy sprawa nadaje się do mediacji.

4. Pokrzywdzony w postępowaniu mediacyjnym *de lege ferenda*

Nowela z września 2013 r. zmienia przepisy k.p.k. również pod kątem uprawnień pokrzywdzonego. Zwrócić uwagę należy na to, że ustawodawca kładzie większy nacisk na prawo pokrzywdzonego do informacji. Nie można się oprzeć jednak wrażeniu, że polski proces karny „schlebia” wyłącznie oskarżonemu. Początkowo w projekcie przekazanym do konsultacji społecznych dodano art. 23b w brzmieniu: „Postępowanie w sprawie o występki zagrożony karą pozbawienia wolności do lat 3 można umorzyć za zgodą pokrzywdzonego, jeżeli przed rozpoczęciem przewodu sądowego w pierwszej instancji pojednał się

⁴⁰ Wyrok TK z dnia 12 maja 2011r. (P 38/08), Dz. U. Nr 109, poz. 640; Z.U. 2011/4A/33 – s. 31 uzasadnienia.

⁴¹ A. M. Arkuszewska, *Referendarz sądowy ...*, s. 63.

w szczególności w wyniku mediacji z pokrzywdzonym, naprawił szkodę wyrządzoną przez przestępstwo lub zadośćuczynił wyrządzonej krzywdzie, a nie sprzeciwia się temu interes wymiaru sprawiedliwości”. Nowela przepis ten w zmodyfikowanym brzmieniu przeniosła do kodeksu karnego jako art. 59a. Uzasadnienie zmian w postępowaniu mediacyjnym jest bardzo obszerne. Wprowadzenie poufności postępowania mediacyjnego (art. 23a § 5 i 178a k.p.k.) bez wątplenia jest zabiegiem koniecznym. W piśmiennictwie trafnie dostrzeżono, że nowela nie wprowadza zakazu wykorzystywania treści rozmów prowadzonych w trakcie mediacji, dla celów dalszego postępowania karnego. Zadaniem mediacji nie jest dostarczanie dowodów⁴².

W dalszym ciągu nie rozwiązano problemu skierowania sprawy do mediacji w postępowaniu sądowym (w sytuacji, gdy pokrzywdzony nie bierze udziału w tym postępowaniu). Sąd powinien korespondencyjnie pouczyć pokrzywdzonego o prawie do mediacji, jej skutkach, w szczególności wówczas, gdy zgodę na mediację wyraża oskarżony.

Nowela wprowadza mediację w postępowaniu w sprawach o wykroczenia. Niestety, oprócz odesłania w art. 8 k.p.w.⁴³, ustawodawca nie zadał sobie więcej trudu na szersze uregulowanie mediacji w tym specyficznym postępowaniu. Pokrzywdzony *de lege ferenda* powinien być pouczony o prawie do mediacji, wraz z obecnym pouczeniem o prawie do złożenia oświadczenia, że chce zyskać uprawnienie oskarżyciela posiłkowego ubocznego (konieczna zmiana art. 26 § 3 k.p.w.).

W mojej ocenie nie każda sprawa nadaje się do mediacji, zaś sprawy o zbrodnie powinny być wyłączone z mediacji. W przypadku przestępstw o większym ciężarze gatunkowym, wtórna wiktymizacja w zasadzie wydaje się nieuchronna. Ponadto w sprawach np. o zabójstwo osoby najbliższe dla zmarłego, z powodu doznanej traumy, nie będą w stanie uczestniczyć w mediacji.

Konieczny wydaje się wymiar edukacyjny. Świadomy obywatel (potencjalny pokrzywdzony) powinien otrzymać podstawowe informacje o mediacji, zanim stanie się pokrzywdzonym. Szkoda, że w szkołach średnich nie reaktywowano propedeutyki prawa, która w XX w. przez krótki okres była przedmiotem obowiązkowym. Edukacja młodego pokolenia może spowodować wzrost zainteresowania mediacją nie tylko w wymiarze

⁴² Por. E. Bieńkowska, *Pokrzywdzony w świetle najnowszych nowelizacji przepisów prawa karnego*, „Prokuratura i Prawo” 2014, nr 3, s. 21. Autorka powołuje się na art. 12 ust. 1 lit e dyrektywy 2012/29/UE, który stanowi, że „rozmowy prowadzone w ramach czynności sprawiedliwości naprawczej (...) mają charakter poufny i nie są następnie ujawniane, chyba że strony wyrażą na to zgodę lub wymaga tego prawo krajowe ze względu na nadrzędny interes publiczny”.

⁴³ Ustawa z dnia 24 sierpnia 2001 r. – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia (Dz. U. Nr 106, poz. 1148 z późn. zm.), zwana dalej k.p.w.

teoretycznym, ale przede wszystkim poprzez zwiększenie ilości spraw kierowanych do mediacji na wniosek stron postępowania.

De lege ferenda należy również zabiegać o przepisy gwarantujące pokrzywdzonemu realizację postanowień ugody mediacyjnej. Obecnie pokrzywdzony może się obawiać, że mediacja niczego nie rozwiąże, a oskarżony i tak uchyli się od wykonania postanowień zawartych w ugodzie. Gdyby np. rozdzielić Fundusz Pomocy Pokrzywdzonym i Fundusz Pomocy Postpenitencjarnej z przepisami gwarancyjnymi w tym pierwszym, wówczas w razie pasywności oskarżonego pokrzywdzony mógłby skorzystać ze środków Funduszu. Oczywiście proponowana zmiana wymaga głębszego przemyślenia i nowelizacji licznych przepisów, szczególnie Kodeksu karnego wykonawczego.