

WANDA STOJANOWSKA

Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego

FAKULTATYWNA MEDIACJA W PROCESIE O ROZWÓD WEDŁUG ZNOWELIZOWANEGO KODEKSU POSTĘPOWANIA CYWILNEGO

Ustawa z dnia 28 lipca 2005 r., która weszła w życie z dniem 10 grudnia 2005 r.¹ wprowadziła do polskiego prawa procesowego cywilnego instytucję mediacji, która stanowi alternatywny do sądowego postępowania cywilnego sposób rozstrzygania spraw cywilnych. Przewidziane są dwa tryby inicjowania mediacji: w wyniku porozumienia stron, niezależnie od postępowania cywilnego – oraz w toku postępowania – w wyniku skierowania przez sąd (art. 183¹ k.p.c.). Ta nowa instytucja „dotknęła” również prawa rozwodowego procesowego. Zastąpiła ona funkcjonującą od 1 stycznia 1965 r. (tj. od czasu wprowadzenia w życie k.p.c., nie licząc funkcjonowania jej w d. k.p.c.) instytucję posiedzeń pojednawczych w procesach o rozwód. Ustawodawca stworzył alternatywę i dokonał wyboru polegającego na tym, że wprowadził instytucję fakultatywnej mediacji w miejsce obligatoryjnego posiedzenia pojednawczego.

Ocena wprowadzonej zmiany polega na udzieleniu odpowiedzi na pytanie, czy przyjęcie takiej alternatywy było słuszne, tj. czy nie należało pozostawić posiedzenia pojednawczego jak dotychczas, obok nowej instytucji mediacji, traktując te dwie instytucje jako wspierające się wzajemnie. Rozważane będzie też pytanie, czy do-

¹ Dz.U. Nr 172, poz. 1438.

browolna (przy czym ta dobrowolność dotyczy zarówno sądu jak i stron), a więc fakultatywna mediacja spełni swój cel i będzie bardziej skuteczna niż obligatoryjne posiedzenie pojednawcze.

Omówieniu tej nowej ustawy i sposobu uregulowania w niej instytucji mediacji można by poświęcić obszerną rozprawę, jednakże ograniczę się do kilku stwierdzeń – niestety krytycznych – pod adresem nowej ustawy. Wpisuje się ona, co z żalem stwierdzam, w szereg aktów prawnych, „psujących”, a nie doskonalących prawo. Sama idea mediacji jest jak najbardziej pozytywna i brak jej był odczuwalny. Należało jednak tak ją uregulować, aby realizowała ona główny cel, tj. pojednanie małżonków lub co najmniej złagodzenie między nimi konfliktu, umożliwiające im sprawowanie władzy rodzicielskiej nad ich wspólnym małoletnim dzieckiem bez wciągania go w ten konflikt i naruszania jego dobra.

Zgadzam się z treścią art. 436 § 4 k.p.c. w brzmieniu ustalonym w nowej ustawie, stanowiącym, że mediację powinien prowadzić mediator posiadający wiedzę teoretyczną i umiejętności praktyczne w tym zakresie. Dotyczy to zwłaszcza spraw, w których stopień zwaśnienia małżonków jest znaczny i utrudnia przez to ich pojednanie. Jest jednak duży procent spraw rozwodowych, które nie są zbyt skomplikowane i doprowadzenie w nich do pojednania małżonków nie przekracza możliwości sędziego bez pomocy mediatora. Świadczy o tym dotychczasowa praktyka, wykazująca pewien odsetek spraw o rozwód, w których sąd umorzył postępowanie na skutek pojednania stron. Był więc jakiś efekt tych posiedzeń, a zbyt małe rozmiary tego efektu były spowodowane m.in. oportunistycznym sędziów, którzy traktowali posiedzenie pojednawcze jako formalny obowiązek, dążąc do jak najszybszego zakończenia procesu².

Złe stosowanie dobrego przepisu nie oznacza, że przepis ten trzeba zmienić (tu likwidacja omawianego posiedzenia po-

² Por. np. W. STOJANOWSKA, *Efektywność posiedzeń pojednawczych sądu w sprawach rozwodowych*, «Zeszyty Naukowe IBPS» 8 (1978), s. 80-140.

jednawczego), ale należałoby poprawić praktykę, tj. jego stosowanie³.

Wprowadzenie mediacji nie powinno być alternatywnym rozwiązaniem, w stosunku do posiedzenia pojednawczego polegającym na jego likwidacji, ale wspomagającym i doskonalącym I etap procesu o rozwód, tj. postępowanie pojednawcze⁴. Walorem tej zlikwidowanej instytucji była obligatoryjność, narzucana nie tylko sędziom, ale również stronom. Posiedzenie pojednawcze należało pozostawić bez zmian. Wprowadzona na mocy nowej ustawy mediacja jest fakultatywna zarówno dla sądu, jak i dla małżonków. I to już przekreśliła stosowanie przepisów ją regulujących. Artykuł 436 § 1 k.p.c. w nowej ustawie brzmi: „Jeżeli istnieją widoki na utrzymanie małżeństwa, sąd może skierować strony do mediacji”. Po pierwsze, że sąd „może” a nie musi, a po drugie, powstaje pytanie, kiedy sąd ma okazję sprawdzić te wspomniane w zacytowanym przepisie „widoki” na pojednanie, skoro – po likwidacji instytucji posiedzenia pojednawczego – ma obowiązek wyznaczyć rozprawę i zgodnie z zasadą ekonomii procesowej ma przeprowadzić dowody, a więc np. wezwać świadków podanych w pozwie? Wchodzi zatem w drugi etap procesu, tj. postępowanie dowodowe, rozpoczynające się od rozprawy. Wyobraźmy sobie rozprawę i oczekujących na nią świadków na korytarzu sądowym. Co w takiej sytuacji ma zrobić sędzia? Zgodnie z cytowanym wyżej nowym przepisem § 1 art. 436 k.p.c. przed skierowaniem stron na mediację powinien sprawdzić, czy istnieją „widoki” na utrzymanie małżeństwa. Jak ma to sprawdzić? Powinien porozmawiać ze stronami, wypytując je co najmniej o przyczyny rozkładu pożycia, jak to czynił sąd (lub powinien był czynić) dawniej na posiedzeniu pojednawczym. A teraz, kiedy ma to zrobić? Chyba na wyznaczonej rozprawie, nietypowej, bo zaczy-

³ Por. W. STOJANOWSKA, *Efektywność*, cit., s. 80-140 i wnioski wynikające z przeprowadzonego przeze mnie badania.

⁴ Por. W. STOJANOWSKA, *Rozwód a dobro dziecka*, Warszawa 1979, s. 27 i n., a w szczególności model procesu rozwodowego podzielonego na trzy etapy: postępowanie pojednawcze, postępowanie dowodowe i podjęcie przez sąd decyzji.

nającej się od wywiadu i sprawdzenia możliwości skierowania na mediację i wówczas rozprawa w rzeczywistości przemieni się w dawne posiedzenie pojednawcze.

Nie trzeba być prawnikiem, ale zdroworozsądkowo myślącym człowiekiem, aby przewidzieć losy nowej instytucji mediacji. Skoro sąd poprzednio „musiał” prowadzić posiedzenie pojednawcze i na tym posiedzeniu najczęściej nawet nie pytał małżonków, dlaczego mają zamiar się rozwieść, to tym bardziej teraz – jak należy przypuszczać – nie będzie poświęcać im więcej czasu, skoro „może” to zrobić, ale nie „musi”. Powstaje więc pytanie, czy sędziowie dobrowolnie będą kierować strony procesowe na mediację. Na podstawie mego doświadczenia mogę na to pytanie odpowiedzieć przecząco. Uzasadniając ten pogląd, podam przykład. Przed paru laty, prowadząc, sponsorowane przez polski rząd badania, zaproponowałam sądom skorzystanie z ekspertów opłaconych z funduszy przeznaczonych na te badania w sprawach rozwodowych w celu przeprowadzenia terapii rodzinnej i mediacji. Byłam przekonana, że sędziowie skorzystają z takiej okazji, skoro Rodzinne Ośrodki Diagnostyczno-Konsultacyjne nie są w stanie zająć się mediacją, ograniczając swoją działalność do sporządzania opinii na potrzeby sądów. Niestety nie udało mi się nakłonić sędziów do tej współpracy, która mogła uratować nie jedną rodzinę⁵.

Gdyby nawet sędziowie tak dalece się zmienili i poświęcali rozwodzącym się małżonkom tyle czasu, aby sprawdzić, czy warto by skierować ich na mediację, to piętrzy się następna przeszkoda, tj. brak zgody na mediację ze strony małżonków.

Zniechęcającym do mediacji czynnikiem są również jej koszty przewidziane w omawianej nowej ustawie. Wśród rozwodzących się małżonków są wszakże tacy, którym brakuje na chleb. Dlatego

⁵ Por. W. STOJANOWSKA, *Ochrona dziecka przed negatywnymi skutkami konfliktu między jego rodzicami*, Warszawa 1997, s. 35-36. W cytowanej książce wyraziłam swoje ubolewanie z powodu nieudanej próby zainteresowania sędziów przedmiotowym badaniem.

można przypuszczać, że nie skorzystają oni z mediacji z przyczyn od nich niezależnych.

Warto dodać, że w ustawie sprawa kosztów jest problemem samym w sobie ze względu na brak jasności uregulowania tej kwestii, ale zostanie pominięty, bo wykraczałby poza ramy niniejszej publikacji.

Istnieją inne jeszcze problemy utrudniające stosowanie przepisów o mediacji (np. kto może być mediatorem, ugody zawierane przed mediatorem). Krótko mówiąc, ustawa która jeszcze nie weszła w życie, już budzi szereg poważnych wątpliwości, one zaś zmuszają do rozważań zmierzających do jej nowelizacji.

Należy stwierdzić, że nowa ustawa, a ściślej nowa instytucja mediacji – mimo niewątpliwiej intencji zwiększenia możliwości niedopuszczenia do rozwodu rozwodzących się rodziców – nie zwiększyła zakresu i intensywności ochrony dobra dziecka, a wręcz odwrotnie – zmniejszyła.

W uchylonym przepisie art. 436 k.p.c. ustawodawca powoływał się na dobro dziecka, natomiast w znowelizowanym brak wzmianki na ten temat, ustawa bowiem nie wspomina o zasadzie ochrony dobra dziecka, a tym samym traktuje jednakowo rozwodzących się małżonków, nie wyróżniając tych, którzy mają wspólne małoletnie dzieci. Artykuł 183⁸ § 1 k.p.c. zawierający możliwość kierowania przez sąd stron do mediacji, powinien zawierać kryterium dobra dziecka rozwodzących się rodziców, decydujące o obowiązku takiego skierowania.

Powołanie się na dobro dziecka jest zawarte w Rekomendacji Nr R (98) 1 Rady Europy w sprawie mediacji rodzinnej⁶.

Jedną z zasad dotyczących organizacji mediacji rodzinnej, zawartych we wspomnianej Rekomendacji, jest następujące sformułowanie: „Mediacja w z a s a d z i e (podkr. – W. S.) nie powinna być przymusowa”. To oznacza, że w szczególnych przypadkach to zalecenie nie musi być realizowane. Zważyć należy, że istnieją dwa

⁶ Rekomendacja Nr R (98) 1 Komitetu Ministrów Rady Europy dla państw członkowskich w sprawie mediacji rodzinnej, «Mediator» 10.2 (1999), s. 3.

aspekty tego zagadnienia: kierowanie przez sąd do mediacji i skorzystanie przez strony z mediacji. O ile w tym drugim przypadku niecelowe byłoby ustanowienie przymusu wobec stron uczestniczenia w mediacji (z wyjątkiem jakichś niekorzystnych konsekwencji, np. co do powierzenia bezpośredniej pieczy nad dzieckiem wobec tego z rodziców, który nie zgadza się na mediację), to w tym pierwszym nie ma przeszkód, aby zawrzeć w ustawie przymus wobec sądu, tj. obligatoryjność skierowania stron do mediacji, jako generalną zasadę z określeniem np. wyjątków odstąpienia od niej w określonych sytuacjach. Całkowita swoboda kierowania przez sąd do mediacji stron w procesie o rozwód może stać się fikcją. Taki wniosek łatwo wysnuć z doświadczeń odnośnie posiedzeń pojednawczych, które mimo swej obligatoryjności często były formalnością. Niechęć sądu do kierowania stron do mediacji i nie wykazywanie zainteresowania przez strony tą instytucją może spowodować, że przygotowani i gotowi do podjęcia działań mediatorzy nie będą mieli możliwości zrealizowania celu mediacji. Nawet gdyby sąd był przekonany, że mediacja jest potrzebna rozwodzącym się małżonkom, to obecnie – po zlikwidowaniu posiedzenia pojednawczego – nie ma miejsca i czasu na perswazje, aby z niej skorzystali. Podczas wyznaczonej pierwszej rozprawy sąd z reguły przystępuje do przeprowadzenia dowodów w sprawie (np. przesłuchuje świadków), co zwiększa stopień zwaśnienia małżonków i zmniejsza szanse pojednania. Nie ma też warunków do sprawdzenia zarówno, czy istnieją widoki na utrzymanie małżeństwa, co stanowi przesłankę skierowania stron do mediacji (art. 436 § 1 k.p.c. w brzmieniu ustawy), jak również sprawdzenia istnienia podstawy do zawieszenia postępowania w trybie art. 440 k.p.c., przyjmując pogląd, że tego rodzaju zawieszenie postępowania powinno nastąpić na posiedzeniu pojednawczym⁷.

Nawiązując do cytowanej Rekomendacji Rady Europy, chciałabym wspomnieć, że w swoim wystąpieniu, jako przedstawicielka

⁷ Por. W. STOJANOWSKA, *Zawieszenie postępowania w procesie o rozwód (art. 440 k.p.c.), a ochrona dobra dziecka*, «Studia Prawnicze» 1997 nr 3-4, s. 143-162.

Polski na posiedzeniu Komitetu Ekspertów Prawa Rodzinnego Rady Europy na Malcie w 1997 r. skrytykowała projekt tej Rekomendacji, m.in. dobrowolność mediacji. Ta dobrowolność – jak już wcześniej wspomniałam – może doprowadzić do tego, że instytucja mediacji stanie się fikcją⁸. Istnieje pewna subtelna różnica między dyskutowanym projektem na Malcie, a ostatecznie obowiązującą wersją omawianej Rekomendacji, w której zawarto wspomniany zwrot „w zasadzie”, odnosząc go do dobrowolności mediacji. Ustawodawca polski nie stworzył możliwości odstąpienia od zasady dobrowolności w szczególnych – jak uważam – przypadkach (np. gdy małżonkowie mają małoletnie dzieci).

Warto wspomnieć – w nawiązaniu do powołanych wcześniej badań – w szczególności o treści wypowiedzi respondentów na temat instytucji posiedzenia pojednawczego. Wypowiadali się oni za tym, aby to sąd prowadził mediację na posiedzeniu pojednawczym, którego obligatoryjność należy zachować. Poglądy respondentów (którzy byli już po rozwodzie w chwili ich badania) nie zostały oczywiście wzięte pod uwagę przy uchwalaniu omawianej ustawy⁹.

Należy jeszcze dodać, że likwidacja posiedzenia pojednawczego była autonomiczną decyzją polskiego ustawodawcy, gdyż omawiana Rekomendacja takiego zalecenia nie zawiera. Stwierdzić należy, że była to pochopna decyzja, nie konsultowana z sędziami ani z innymi zainteresowanymi środowiskami i nie poprzedzona żadnymi badaniami empirycznymi..

Omawiana ustawa z dnia 28 lipca 2005 r. zawiera inne jeszcze niedociągnięcia i wymaga przygotowań do jej nowelizacji. Pilną potrzebą jest przywrócenie posiedzenia pojednawczego w ramach realizacji wniosku *de lege ferenda*. W razie spełnienia tego postulatu należałoby konsekwentnie przywrócić treść uchylonego art. 437 k.p.c. regulującego zaniechanie przeprowadzenia posiedzenia po-

⁸ W dniach 18-19 września 1997 r. podczas posiedzenia Komitetu Ekspertów Prawa Rodzinnego Rady Europy na Malcie (Valletta), w którym uczestniczyłam, rozważano poprawki do wspomnianego projektu.

⁹ Por. W. STOJANOWSKA, *Efektywność*, cit., s. 80 i n.

jednawczego, dodając do niego jeszcze jedną przesłankę, tj. zgodny wniosek stron, który poddały się mediacji¹⁰.

Przeciwko likwidacji instytucji posiedzenia pojednawczego wypowiedziała się E. Holewińska-Łapińska i B. Czech w postaci krótkiej wzmianki¹¹.

Likwidacja posiedzenia pojednawczego w procesie o rozwód stanowi jeden z trzech czynników, przyspieszających czas trwania procesu. Nieskorzystanie przez sąd i strony z instytucji mediacji likwiduje I etap procesu o rozwód, tj. postępowanie pojednawcze, przez co sprawa rozwodowa wkracza w II etap, tj. postępowanie dowodowe. W tym drugim etapie czynnikiem przyspieszającym proces rozwodowy jest przyjęcie koncepcji nie orzekania o winie na zgodny wniosek stron, co pozwala na ograniczenie postępowania dowodowego do minimum, a to w konsekwencji ogranicza możliwości rozważenia, czy rozwód nie zagraża dobru dziecka oraz, w jaki sposób sąd powinien rozstrzygnąć o innych kwestiach w wyroku rozwodowym. Trzecim czynnikiem, przyspieszającym czas trwania procesu, jest rozstrzygnięcie sądu polegające na pozostawieniu pełnej władzy rodzicielskiej obojgu rozwiedzionym rodzicom, które nie wymaga ustaleń, niezbędnych przy innego rodzaju rozstrzygnięciach o władzy rodzicielskiej w wyroku rozwodowym¹².

¹⁰ Tę dodatkową przesłankę – jako § 2 uchylanego art. 437 k.p.c. – przewidywał projekt jego nowelizacji zaproponowany przez Departament Sądów Powszechnych Ministerstwa Sprawiedliwości z lipca 2002 r.; por. E. HOLEWIŃSKA-ŁAPIŃSKA, *Spoleczne aspekty stosowania „zasady” integralności wyroku rozwodowego*, «Zeszyty Prawnicze [UKSW]» 5.2 (2005), s. 47. Z tego wynika, że pierwotnie nie było zamiaru likwidacji instytucji posiedzenia pojednawczego, a jedynie nowelizacja art. 437 k.p.c.

¹¹ E. HOLEWIŃSKA-ŁAPIŃSKA, *op. cit.*, s. 46-47.

¹² Krytyki tego rodzaju rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej w wyroku rozwodowym dokonałam, uzasadniając ją wynikami swoich badań (W. STOJANOWSKA, *Dowód z opinii Rodzinnego Ośrodka Diagnostyczno-Konsultacyjnego w sprawach o rozwód i jego wpływ na treść wyroku w świetle wyników badań ankietowych*, «Zeszyty Prawnicze [UKSW]» 2.1 (2002), s. 7 i n.

Tęgo rodzaju praktyka sądowa i legislacyjna, dotycząca rozwodu, poważnie narusza zasadę ochrony dobra dziecka, trwałości małżeństwa i rodziny. Nie można zachować się obojętnie wobec takiego rozpoznania sytuacji.

Potrzebny jest jakiś program działania, mający na celu pobudzenie inicjatywy ustawodawczej, jak również dokonanie pewnych zmian w zakresie stylu pracy sądów orzekających w sprawach rodzinnych, w tym również stworzenie warunków do właściwego stosowania przepisów regulujących nową instytucję, jaką jest mediacja, aby nie stała się ona instytucją martwą i to od początku pojawienia się jej w polskim systemie prawnym.

Powyższe uwagi krytyczne pod adresem nowej instytucji mediacji odnoszą się do prawa rozwodowego¹³, co nie oznacza, że dotyczą one również innych działów prawa cywilnego.

OPTIONAL MEDIATION IN THE DIVORCE PROCEEDINGS AS AN EFFECT OF THE AMENDMENTS TO THE CODE OF CIVIL PROCEEDINGS

Summary

The article discusses the provisions amending the Code of Civil Proceedings with respect to the conciliatory proceedings with regard to a divorce. The amendment consists in a removal of the obligatory

¹³ Warto nadmienić, że instytucja mediacji mogłaby spełnić ważną rolę w postępowaniu na podstawie art. 24 i 97 § 2 k.r.o. ze względu na charakter tego rodzaju spraw. Jeden z wniosków, jaki udało się sformułować na podstawie przeprowadzonych przeze mnie badań tych spraw, sprowadzał się do stwierdzenia, że cel, jakim powinno być doprowadzenie stron do porozumienia nie jest osiągany ze względu na brak mediacji i zaostrzające konflikt między stronami postępowanie dowodowe, jak również duży pośpiech w rozpoznawaniu badanych spraw. Por. W. STOJAŃSKA, *Rozstrzyganie przez sąd na podstawie art. 24 i 97 § 2 k.r.o. o istotnych sprawach rodziny w braku porozumienia między małżonkami lub rodzicami*, «NP» 41.7-8 (1985), s. 81 i n. Mediacja w tego rodzaju sprawach powinna – moim zdaniem – być obligatoryjna.

conciliatory proceedings and introduction of a new procedural means – mediation. The author evaluates the amendments and draws critical conclusions. First, the removal of the conciliatory proceedings was not right. It should have been retained treating it together with mediation as supplementary means. At present the court cannot encourage the parties to use mediation because it is obliged to appoint a sitting and commencing the proceedings for revealing evidence. Moreover, mediation is optional, therefore, it is probable that it will not be used in practice.