

Olga Sitarz, Dominika Bek ■

MEDIACJA Z UDZIAŁEM MAŁOLETNIEGO – ZAGADNIENIA WIKTYMOLOGICZNE

1.

Dziecko przed organami ścigania i wymiaru sprawiedliwości może występować w dwóch rolach: w roli pokrzywdzonego – gdy stało się ofiarą przestępstwa albo w roli oskarżonego – gdy działało jako sprawca czynu zabronionego. Nie trzeba szczególnie przekonywać, że każda z tych ról jest zasadniczo odmienna. Innym celem służy bowiem zaangażowanie dziecka w proces karny, gdy zostało ono pokrzywdzone, innym – gdy samo kogoś skrzywdziło. W każdym jednak z powyższych przypadków jest to dziecko, które – ze względu na swoją niedojrzałość fizyczną, psychiczną, emocjonalną i intelektualną – wymaga szczególnej ochrony oraz specjalnego traktowania. Polski ustawodawca, mając świadomość takiego stanu rzeczy, przewidział w prawie karnym materialnym, jak i procesowym, szczególne regulacje „dedykowane” najmłodszym uczestnikom procesu karnego. Celem niniejszego opracowania jest próba znalezienia odpowiedzi na pytanie, czy polskie regulacje dotyczące mediacji są właściwe i wystarczające dla adekwatnej ochrony praw dziecka w procesie karnym. Zagadnienie to jest o tyle istotne, że jeśli pojawiają się opracowania dotyczące mediacji z udziałem dzieci, to odnoszą się one przede wszystkim do spraw rodzinnych, często rozwodowych, a rzadziej karnych, gdy dziecko jest sprawcą czynu karalnego – nieletnim. Praktycznie brakuje publikacji poświęconych mediacji z dziecięcą ofiarą przestępstwa – małoletnim. Już w tym miejscu zasygnalizować należy, że jeśli chodzi o mediację z pokrzywdzonym dzieckiem, to brak jest szczególnych przepisów odnoszących się do tej kwestii. Oznacza to, że mediacja z udziałem pokrzywdzonego dziecka jest formalnie dozwolona bez żadnych

ograniczeń¹. Pojawiają się zatem trzy zasadnicze kwestie wymagające rozważenia: możliwość mediacji w określonych typach spraw karnych, zdolność dziecka do udziału w mediacji ze względu na wiek oraz zdolność dziecka do udziału w mediacji ze względu na szczególny stosunek łączący go ze sprawcą.

Bodźcem dla podjęcia tematu stała się sprawa rozpoznawana przez Sąd Najwyższy, zwińczona uchwałą z dnia 20 czerwca 2012 r., I KZP 9/12, której teza brzmi: „Do pojednania małoletniego pokrzywdzonego z jego rodzicem w trybie art. 66 § 3 k.k. uprawniony jest kurator wyznaczony przez sąd opiekuńczy do reprezentowania małoletniego. Na pojednanie to musi zezwolić sąd opiekuńczy”². W powołanym orzeczeniu, w odpowiedzi na pytanie Sądu Okręgowego w K.³, SN zajął się ważkim problemem pojednania rodzica – sprawcy przestępstwa – z dzieckiem, małoletnim pokrzywdzonym, na kanwie przepisu art. 66 § 3 k.k. W rozpatrywanym stanie faktycznym Dobromiła A. oskarżona została o to, że w okresie od lipca 2010 r. daty bliżej nieustalonej do 30 grudnia 2010 r. w miejscowości Ś. znęcała się psychicznie i fizycznie nad swoim dzieckiem Tymonem M. w ten sposób, że ubliżała mu słowami powszechnie uznanymi za obelżywe, popychała go, szarpała za włosy, głośno krzyczała na niego, zamykała go samego w odosobnionym pomieszczeniu, groziła mu pozbawieniem życia, tj. o przestępstwo określone w art. 207 § 1 k.k. Rozpatrując postawione na wstępie pytania, autorki odwoływać się będą m.in. do tez i argumentów wysuwanych w powyższym orzeczeniu SN⁴.

2.

Rozpocząć jednak należy od pewnych uściśleń terminologicznych. Podstawowym pojęciem wiktymologii jest pojęcie „ofiary”, z kolei prawo karne posługuje się pojęciem „pokrzywdzonego”. Czy są to pojęcia synonimiczne? Już *prima facie* wydaje się, że nie. Koniecznym jednak staje się precyzyjne ustalenie relacji między pojęciami „ofiara przestępstwa” a „pokrzywdzony”. Pokrótce zauważyć należy,

¹ O pozytywach i zagrożeniach wynikających z mediacji z udziałem pokrzywdzonego dziecka nie wspomina np. broszura *Gdy dziecko jest ofiarą przestępstwa*, opublikowana na stronie internetowej Fundacji Dzieci Niczyje, <http://fdn.pl/dziecko-w-procedurach-prawnych> [dostęp: 30.06.2014].

² Uchwała SN z dnia 20 czerwca 2012 r., I KZP 9/12, OSNKW 7/2012, poz. 73.

³ „Czy wynikający z treści przepisu art. 66 § 3 k.k. materialnoprawny warunek pojednania się pokrzywdzonego ze sprawcą jest spełniony również wtedy, gdy pojednanie takie nastąpiło między kuratorem ustanowionym przez sąd opiekuńczy na podstawie przepisów k.r.o. dla reprezentowania małoletniego pokrzywdzonego w postępowaniu karnym a sprawcą, a jeśli tak, czy dla zachowania skuteczności tej czynności konieczne jest zezwolenie sądu opiekuńczego?”

⁴ O. Sitarz i D. Bek są także autorkami glosy do uchwały SN z dnia 20 czerwca 2012 r., I KZP 9/12, ukończonej w kwietniu 2013 r. i przyjętej do publikacji w „Państwie i Prawie”.

że w myśl proponowanych definicji, ofiarami są osoby, które indywidualnie lub zbiorowo doznały uszczerbku na zdrowiu fizycznym lub psychicznym, zaburzeń emocjonalnych, strat materialnych lub istotnego naruszenia swoich podstawowych praw w wyniku działania lub zaniechania będącego naruszeniem ustaw karnych. Równocześnie pojęcie „ofiara” obejmuje także najbliższą rodzinę lub osoby pozostające na utrzymaniu rzeczywiście pokrzywdzonego. Przy tym status ofiary przysługuje niezależnie od tego, czy sprawca został ujawniony, zatrzymany, oskarżony czy skazany⁵. Pojęcie ofiary funkcjonuje w obszarze nauk związanych z prawem karnym (kryminologii, wiktymologii), zaś jego „odpowiednikiem” w sferze prawa karnego jest pojęcie „pokrzywdzonego”⁶. Warto podkreślić, że ustawowa definicja pokrzywdzonego pełni funkcję gwarancyjną, stanowi bowiem punkt wyjścia do efektywnej realizacji uprawnień pokrzywdzonego w procesie karnym⁷, w tym – co oczywiste – do wzięcia udziału w postępowaniu mediacyjnym. Wszystkie procesowe uprawnienia pokrzywdzonego reguluje Kodeks postępowania karnego, ale samego pojęcia ostatecznie nie definiuje (mimo brzmienia art. 49 § 1 k.p.k.⁸)⁹. Jak zgodnie wskazuje się w doktrynie i orzecznictwie, definicja pokrzywdzonego oparta

⁵ Art. 1 i 2 Deklaracji Zgromadzenia Ogólnego ONZ podstawowych zasad wymiaru sprawiedliwości odnoszących się do ofiar przestępstw i nadużyć władzy nr 4/34 z 29.11.1985, za: K. Dudka, *Skuteczność instrumentów ochrony praw pokrzywdzonego w postępowaniu przygotowawczym w świetle badań empirycznych*, Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, Lublin 2006, s. 36. Por. też: art. 1 Decyzji Ramowej Rady z dnia 15 marca 2001 r. w sprawie pozycji ofiar w postępowaniu karnym, Dz. U. UE z 22.03.2001 r., L 82/1, Eur-Lex [online] <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001F0220&from=PL> [dostęp: 5.06.2013].

⁶ W Kodeksie karnym pojęcie „ofiary” w ogóle nie występuje, natomiast w Kodeksie postępowania karnego pojęcie to występuje dwukrotnie, jednak nie jako ścisły synonim „pokrzywdzonego”. Por. art. 275a § 5 k.p.k. – „Wydając postanowienie o nakazie opuszczenia przez oskarżonego lokalu mieszkalnego można, na wniosek oskarżonego, wskazać mu miejsce pobytu w placówkach zapewniających miejsca noclegowe. Placówkami wskazanymi do umieszczenia oskarżonego nie mogą być placówki pobytu ofiar przemocy w rodzinie oraz art. 611ff § 1. W razie wystąpienia państwa członkowskiego Unii Europejskiej, zwanego w niniejszym rozdziale ‘państwem wydania orzeczenia’, o wykonanie prawomocnego orzeczenia o karach o charakterze pieniężnym, orzeczenie to podlega wykonaniu przez sąd rejonowy, w okręgu którego sprawca posiada mienie lub osiąga dochody, albo ma stałe lub czasowe miejsce pobytu. W rozumieniu przepisów niniejszego rozdziału ‘karą o charakterze pieniężnym’ jest obowiązek uiszczenia przez sprawcę określonych w orzeczeniu: (...) 3) kwoty pieniężnej na rzecz funduszu publicznego lub organizacji pomocy ofiarom przestępstw (...)”.

⁷ C. Kulesza, *Rola pokrzywdzonego w procesie karnym w świetle ustawodawstwa i praktyki wybranych krajów zachodnich*, Temida 2, Białystok 1995, s. 26.

⁸ Art. 49 k.p.k.: „Pokrzywdzonym jest osoba fizyczna lub prawna, której dobro prawne zostało bezpośrednio zagrożone lub naruszone przez przestępstwo”.

⁹ W. Sych, *Wpływ pokrzywdzonego na tok postępowania przygotowawczego w polskim procesie karnym*, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2006, s. 31–32.

jest na wyznacznikach związanych z prawem karnym materialnym, ponieważ to ta gałąź prawa decyduje o tym, czyje dobro prawne zostało w konkretnej sytuacji naruszone lub zagrożone przestępstwem¹⁰. Jak zauważa K. Dudka, ustawowa definicja pokrzywdzonego wyznacza krąg podmiotów uprawnionych do uczestnictwa w procesie karnym w tym charakterze oraz prowadzi – w efekcie – do ograniczenia liczby pokrzywdzonych przestępstwem, pozbawiając organ procesowy możliwości swobodnego decydowania o tym, kto może być uznany za pokrzywdzonego w procesie karnym¹¹.

Ponieważ dookreślenie pojęcia „pokrzywdzonego” następuje poprzez przepisy prawa karnego materialnego, zatem to na ich podstawie następuje „nadanie” statusu pokrzywdzonego. Innymi słowy, podstawowym warunkiem uznania danego człowieka za pokrzywdzonego jest kryminalizacja określonego zachowania, którego dotknęło. Ustawodawca, kryminalizując dany czyn, przez ustawowe znamiona konstruuje typ czynu zabronionego. Ostatecznie to zakres kryminalizacji wyznacza krąg osób, które mogą być uznane za pokrzywdzone. Przykładowo więc, ofiara nieumyślnego zniszczenia rzeczy, wobec określonego ukształtowania znamion strony podmiotowej czynu określonego w przepisie art. 288 k.k., nigdy na nabierze statusu pokrzywdzonego.

Warto przy tym zwrócić uwagę, że w myśl przepisu k.p.k. pokrzywdzonym jest osoba fizyczna lub prawna, której dobro prawne zostało bezpośrednio zagrożone lub naruszone przez przestępstwo. Przestępstwem zaś jest czyn bezprawny, zabroniony przez ustawę, jeśli sprawcy w chwili czynu można przypisać winę. Rodzi się więc pytanie, czy w momencie stwierdzenia braku możliwości przypisania winy, ofiara czynu zabronionego traci status pokrzywdzonego? Jest to zagadnienie w zasadzie

¹⁰ Niebagatelną rolę w tej mierze odegrała uchwała SN z 14.02.1931 r., OSP 1931, poz. 294, s. 279, która do dzisiaj nie straciła swej aktualności – za: W. Sych, op. cit., s. 31–32. Por. też: J. Grajewski, S. Steinborn, w: L.K. Paprzycki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 1: *Komentarz do art. 1-424*, Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa 2013, s. 221.

¹¹ K. Dudka, op. cit., s. 35. Autorka, po przeprowadzeniu badań aktowych i ankietowych, proponuje rozwiązania poprawiające skuteczność ochrony praw pokrzywdzonego. Równocześnie warto przytoczyć stanowisko SN, który jeszcze w 1976 r. wskazywał, że chociaż kryterium uznania jakiejś osoby za pokrzywdzoną wynika z prawa karnego materialnego, to nie oznacza jednak, by organ procesowy pozbawiony był możliwości dokonywania odmiennej oceny dowodów także co do przyjętego uprzednio założenia, że dana osoba jest pokrzywdzona przestępstwem. O tym bowiem, kto jest osobą pokrzywdzoną w konkretnej sprawie, decyduje dobro prawne tej osoby naruszone lub zagrożone przez sprawcę czynu, i to w sposób bezpośredni (art. 40 § 1 k.p.k.), choćby nie wynikało to wprost z opisu tego czynu i jego kwalifikacji prawnej. Owa bezpośredniość wchodzi w grę także wtedy, gdy przedmiotem ochrony prawnej jest wprawdzie dobro ogólniejszej natury, ale zagrożenie tego dobra powoduje również bezpośrednie pokrzywdzenie indywidualnej osoby – Uchwała SN Izby Karnej oraz Wojskowej z 26.11.1976 r., VI KZP 11/75, OSNKW 1/1977, LEX nr 19212.

w literaturze pomijane¹². Nie tracąc z pola widzenia poglądów, iż aplikacja procesowego sposobu rozumienia pojęcia „pokrzywdzonego” na grunt regulacji materialno-prawnych rodzi szereg komplikacji ze względu na zbyt wąski, utrudniający realizację funkcji prawa karnego zakres¹³, podkreślić należy te okoliczności wyłączające winę, które w przypadku wiktyimizacji dziecka nabierają pewnego znaczenia. Przede wszystkim mowa tu o błędzie co do kontratypu karcenia małoletniego (art. 29 § 1 k.k.). Ponieważ sam kontratyp karcenia nie ma charakteru normatywnego, a jego przesłanki, zakres i granice nie są precyzyjne, nietrudno wykluczyć sytuację, w której sprawca oskarżony o przestępstwo znęcania się nad małoletnim dzieckiem powoła się na błąd co do tego kontratypu. Z podobną nieco sytuacją mamy do czynienia w przypadku okoliczności wyłączających bezprawność, albowiem i one wyłączają przestępność czynu. Do nich zaliczyć należy przede wszystkim właśnie sam kontratyp karcenia małoletnich, który, choć ograniczony m.in. brzmieniem art. 96¹ k.r.o.¹⁴ i definicją przemocy w rodzinie¹⁵, dopuszcza naruszanie pewnych dóbr dzieci w celach wychowawczych. Czy w powyższych sytuacjach, nawet wobec naruszenia dóbr małoletniego i – w pierwszej z nich – niesubminimalnego stopnia społecznej szkodliwości, należy odmówić małoletniemu miana pokrzywdzonego? W myśl przepisów prawa karnego – tak.

¹² Por. np. wypowiedź W. Sycha, który chociaż deklaruje, iż wszystkie elementy definicji pokrzywdzonego, zgodnie z brzmieniem przepisu art. 49 § 1 k.p.k., zostały przez niego mówione, element „przestępstwa” pomija – W. Sych, op. cit., s. 30–47. Por. też: Sz. Pawelec, *Spółka kapitałowa jako pokrzywdzony w procesie karnym*, LEX a Wolters Kluwer business, Warszawa 2011, s. 29–71. Natomiast odrębną kwestią jest pojęcie „hipotetycznego pokrzywdzonego”, które to pojęcie – wobec zasady domniemania niewinności – wydaje się właściwsze dla ofiary do momentu uprawomocnienia się wyroku skazującego. Por. też: A.Z. Krawiec, *Małoletni pokrzywdzony w polskim procesie karnym*, Wydawnictwo Dom Organizatora, Toruń 2012, s. 102–104.

¹³ P. Kardas, w: P. Hofmański (red.), *System prawa karnego procesowego: zagadnienia ogólne*, t. 1, cz. 1, LexisNexis Polska, Warszawa 2013, s. 651–652.

¹⁴ Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz. U. 1964, nr 9 poz. 59 z późn. zm.): „Art. 96. Osobom wykonującym władzę rodzicielską oraz sprawującym opiekę lub pieczęć nad małoletnim zakazuje się stosowania kar cielesnych”.

¹⁵ Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie (Dz. U. 2005, nr 180, poz. 1493 z późn. zm.): „Art. 2. Ilekroć w ustawie jest mowa o:

- 1) członku rodziny – należy przez to rozumieć osobę najbliższą w rozumieniu art. 115 § 11 Ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553, z późn. zm. 1), a także inną osobę wspólnie zamieszkującą lub gospodarującą;
- 2) przemocy w rodzinie – należy przez to rozumieć jednorazowe albo powtarzające się umyślne działanie lub zaniechanie naruszające prawa lub dobra osobiste osób wymienionych w pkt 1, w szczególności narażające te osoby na niebezpieczeństwo utraty życia, zdrowia, naruszające ich godność, nietykalność cielesną, wolność, w tym seksualną, powodujące szkody na ich zdrowiu fizycznym lub psychicznym, a także wywołujące cierpienia i krzywdy moralne u osób dotkniętych przemocą”.

Wyjaśnienia też wymaga, używane w niniejszej publikacji, pojęcie „dziecka”. Pojęcie to w polskim prawie, niestety, nie jest jednoznaczne. Różne gałęzie polskiego prawa na własny użytek posługują się różnymi synonimami pojęcia „dziecka”¹⁶, ustalając w obszarze własnych regulacji odrębne granice wiekowe¹⁷. W niniejszym opracowaniu przyjmujemy, że dzieckiem jest każdy człowiek od urodzenia do 18. roku życia, niezależnie od jego statusu cywilnoprawnego¹⁸. Podejście to jest zbieżne z karnoprawnym pojęciem „małoletniego”, występującym jako znamię strony przedmiotowej niektórych przestępstw, czasem z dodatkowym obniżeniem granicy wieku do 15 lat (np. przy przestępstwie uprowadzenia – art. 211 k.k.)¹⁹.

3.

Pierwszą, zasadniczą kwestią związaną z możliwością udziału małoletniego w mediacji jest przystawalność rozwiązań koncyliacyjnych do poszczególnych rodzajów spraw karnych. Przede wszystkim podkreślić należy, że przepisy polskiego prawa karnego nie wykluczają mediacji w jakiegokolwiek sprawie. Negatywną przesłanką prowadzenia mediacji formalnie nie może być ani waga czynu, ani rodzaj naruszonego dobra, ani też szczególna relacja między sprawcą a pokrzywdzonym. Niemniej dokumenty międzynarodowe i piśmiennictwo oparte na wieloletniej praktyce tworzą katalogi przestępstw nienadających się do mediacji. Jednym z bardziej kontrowersyjnych zagadnień jest stosowanie mediacji pomiędzy pokrzywdzonym a sprawcą przemocy w rodzinie. Departament Spraw Ekonomicznych i Społecznych Organizacji Narodów Zjednoczonych wprost sugeruje wprowadzenie zakazu mediacji w tego typu sprawach²⁰. Rozwiązanie takie zastosowano np. w Hiszpanii²¹.

¹⁶ Małoletni, niepełnoletni, nieletni, młodociany. W prawie karnym materialnym samo pojęcie dziecka występuje dwa razy – wśród ustawowych znamion przestępstwa dzieciobójstwa (art. 149 k.k.) oraz organizowania nielegalnej adopcji (art. 211a k.k.).

¹⁷ Por. szerzej: O. Sitarz, *Ochrona praw dziecka w polskim prawie karnym na tle postanowień konwencji o prawach dziecka*, Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, Katowice 2004; M. Kornak, *Małoletni jako świadek w procesie karnym*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2009, s. 21–24; A.Z. Krawiec, op. cit., s. 113–115.

¹⁸ Odrębnym zagadnieniem – wciąż de facto nierozstrzygniętym – jest kwestia nabycia przez dziewczynę poniżej 18. roku życia statusu osoby pełnoletniej na skutek zawarcia związku małżeńskiego i ewentualny wpływ tego faktu na pojęcie małoletniego w prawie karnym. Mówiąc krótko, czy młoda mężatka (przed ukończeniem 18 lat) może stać się np. pokrzywdzoną przestępstwem rozpijania – art. 208 k.k.?

¹⁹ Warto równocześnie odnotować, że Kodeks wykroczeń ustala dodatkowe cezury wiekowe dla najmłodszych pokrzywdzonych: 7, 10 i 13 lat.

²⁰ Department of Economic and Social Affairs Division for the Advancement of Women, *Handbook for Legislation on Violence against Women*, United Nations, New York 2009.

²¹ *Organic Act 1/2004 of 28 December on Integrated Protection Measures against Gender Violence*, 21760, BOE [Official State Gazette] z 29 grudnia 2004 r., nr 313.

Z drugiej strony, jak wynika ze statystyk, postępowania dotyczące art. 207 k.k. stanowią w Polsce większość spraw przekazywanych do mediacji²².

Psychologowie, definiując przemoc, wskazują na element dominacji sprawcy nad ofiarą; dominacji ekonomicznej, psychicznej czy fizycznej²³. Pokrzywdzonych przemocą domową często dotyka syndrom wyuczony bezradności²⁴ oraz zespół stresu pourazowego²⁵. Stany te czynią ofiarę bezbronną, a nawet niezdolną do skorzystania z oferowanej pomocy. Niska samoocena nie pozwala na swobodne wyrażanie własnego zdania i artykułowanie potrzeb. Osoba dotknięta takimi syndromami nie jest zdolna – jak wskazuje się w piśmiennictwie – do wzięcia udziału w mediacji jako równorzędny partner w dyskusji. W takich sytuacjach zasadne wydaje się skierowanie obydwu stron na terapie, które ewentualnie poprzedzić mogą spotkanie mediacyjne²⁶. Mediacja z pewnością nie może zastąpić pracy z psychologiem. Dodatkowym zagrożeniem dla pokrzywdzonego jest dość powszechne przesądzenie, że za konflikt w rodzinie zawsze odpowiadają obydwie jego strony²⁷. Przyjęcie współodpowiedzialności ofiary za przemoc stosowaną wobec niej może wywołać u sprawcy poczucie bezkarności, a u ofiary – nieuzasadnione poczucie winy. Dodatkowo, koncentracja na przyszłości, która pomaga w rozwiązaniu konfliktu, może równocześnie prowadzić do bagatelizowania przemocy i racjonalizo-

²² W 2002 r. wśród spraw kierowanych w Polsce do mediacji 34% stanowiły przestępstwa przeciwko rodzinie, 26,6% przeciwko życiu i zdrowiu, 16,9% przeciwko czci, 10,9% przeciwko mieniu, E. Czwartosz, *Victim – offender mediation. Short notes from Poland*, „Restorative Justice Online” 2004 (listopad), s. 2, <http://www.restorativejustice.org/10fulltext/czwartosz/view>. Niestety, Ministerstwo Sprawiedliwości, publikując nowsze dane dotyczące mediacji, nie dokonuje specyfikacji według rodzaju przestępstwa – <http://ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/mediacje/publikacje-akty-prawne-statystyki/> [dostęp: 19.12.2014]. W powyższy trend wpisują się wyniki uzyskane przez Ośrodek Mediacji działający przy WPiA UŚ. W ciągu ostatnich 5 lat, przeprowadziliśmy 55 mediacji w sprawach karnych, z czego 12 (22%) dotyczyło przestępstw przeciwko rodzinie, a jedynie 7 (13%) przeciwko mieniu – dane własne.

²³ J. Błachut, A. Gaberle, K. Krajewski, *Kryminologia*, Wydawnictwo Arche, Gdańsk 2001, s. 259–266.

²⁴ L.E. Walker, *The Battered Woman*, Harper & Row, New York–London 1980, s. 42–54, omawiamy za A. Sitarską [przyp. 32], s. 58.

²⁵ A. Lipowska-Teutsch, *Wychowywać, wyleczyć, wyzwolić*, PARPA, Warszawa 1998, s. 49–50, omawiamy za A. Sitarską [jw.], s. 59.

²⁶ D. Cordes, *Pojednanie sprawcy z ofiarą jako pozasądowa forma rozwiązania konfliktu*, w: E. Bieńkowska (red.), *Teoria i praktyka pojednania ofiary ze sprawcą: materiały konferencji międzynarodowej (Warszawa, 26–27 styczeń 1995)*, Stowarzyszenie Penitencjarne „Patronat”, Warszawa 1995, s. 187; D. Wójcik, *Czy należy zakazać stosowania mediacji w sprawach o przemoc rodzinną (partnerską)*, w: V. Konarska-Wrzosek, J. Lachowski, J. Wójcikiewicz (red.), *Węzłowe problemy prawa karnego, kryminologii i polityki kryminalnej: księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Andrzejowi Markowi*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa–Kraków 2010, s. 1026.

²⁷ Por. np. T. Grillo, *The mediation alternative: Process dangers for women*, „The Yale Law Journal” 1991, t. 100, nr 6, s. 1545–1610.

wania jej przyczyn²⁸. Nieumiejętnie przeprowadzona mediacja może spotęgować konsekwencje przemocy domowej i utrwalić negatywne postawy²⁹.

Ponadto ważnym argumentem przeciwko stosowaniu mediacji w sprawach przemocy, zwłaszcza domowej, jest faktyczny brak kontroli nad realizacją ugody. Mediator, choć ustawodawca nałożył na niego obowiązek sprawdzenia wykonania zobowiązań stron³⁰, nie ma ku temu narzędzi³¹. Ofiara różnego rodzaju przemocy często nadal mieszka ze sprawcą bądź w jego sąsiedztwie i ryzyko powrotu do poprzedniej sytuacji jest duże.

Zwolennicy *restorative justice* wskazują jednak na zbawienny wpływ poprawnie przeprowadzonej mediacji dla relacji pomiędzy stronami, psychicznego wzmocnienia ofiary i resocjalizacji sprawcy³². Podkreślają przy tym, że niebezpieczeństwa związane z mediacją w sytuacjach przemocy nie są większe niż te związane z udziałem w postępowaniu sądowym³³. W literaturze można znaleźć warunki prowadzenia mediacji w sprawach „przemocowych”. Wskazuje się, że generalna kategoria „przemoc” nie odzwierciedla złożoności zjawiska, a sprawą kluczową jest zdolność danej osoby do negocjacji i możliwość zachowania równowagi³⁴. Wszyscy jednak są zgodni co do tego, że materia jest szalenie delikatna, wymagająca dużego wysiłku i umiejętności ze strony mediatora.

Wątpliwości podobne do tych związanych z mediacjami, w sytuacjach przemocy domowej, towarzyszyć też muszą innym przestępstwom dokonanym z użyciem przemocy, np. zgwałceniu, molestowaniu seksualnemu.

Podkreślić przy tym należy, że przywoływane zastrzeżenia i wątpliwości dotyczą sytuacji przemocy między dorosłymi partnerami. Dostrzeżone zagrożenia radykalnie zaostrzają się, gdy przemoc w rodzinie dotyczy dziecka. Wydaje się, że

²⁸ Por. A. Gójska, V. Huryn, *Mediacja w rozwiązywaniu konfliktów rodzinnych*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2007, s. 205–207.

²⁹ D. Wójcik, *Czy należy zakazać...*, s. 1025–1026.

³⁰ § 11 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 13.06.2003 r. w sprawie postępowania mediacyjnego w sprawach karnych, Dz. U. 2003, nr 108, poz. 1020.

³¹ Pewnym rozwiązaniem w obecnym stanie prawnym jest zastosowanie środków probacyjnych, bowiem naruszenie warunków próby skutkować może zastosowaniem niekorzystnych dla sprawcy rozwiązań, jednak decyzja o zastosowaniu tych środków należy wyłącznie do sądu i – chociażby ze względów formalnych – nie zawsze jest możliwa.

³² Np. A. Sitarz, *Przemoc w rodzinie a mediacja*, „Prokuratura i Prawo” 2006, nr 1, s. 56–74, D. Wójcik, *Czy należy zakazać...*, s. 1017–1032 i przytoczone tam badania C. Pelikan, przewodniczącej Komitetu Rady Europy, powołane do opracowania Rekomendacji Nr R(99)19.

³³ Por. A. Gójska, V. Huryn, op. cit., s. 208–209.

³⁴ Por. A. Gójska, V. Huryn, op. cit., s. 210, za: H. Irving, M. Benjamin, *Family Mediation. Contemporary Issues*, Sage Publications, Thousand Oaks 1995 i J. Pearson, *Mediating when domestic violence is a factor: Policies and practices in court-based divorce mediation programs*, „Mediation Quarterly” 1997, t. 14, nr 4, s. 319–335.

w przypadku mediacji z dzieckiem, warunki konieczne do jej przeprowadzenia są szczególnie trudne do zrealizowania.

4.

Jak wskazano powyżej, już sam charakter przestępstw, których ofiarą najczęściej padają dzieci, stawia możliwość przeprowadzenia mediacji pod znakiem zapytania. Niewątpliwie jednak polskie prawo dopuszcza mediację w sprawach przemocy, a praktyka pokazuje, że uczestnicy postępowania często z tej możliwości korzystają. Czy zatem dziecko może stać się stroną takiego postępowania mediacyjnego?

Z karnoprosesowego punktu widzenia małoletnia ofiara czynu zabronionego – poza wyłączeniami wskazanymi przykładowo w pierwszej części tekstu – ma status pokrzywdzonego. Zgodnie z art. 51 § 2 k.p.k., jeżeli pokrzywdzonym jest małoletni, prawa jego wykonuje przedstawiciel ustawowy albo osoba, pod której stałą pieczęć pokrzywdzony pozostaje. Idea sprawiedliwości naprawczej i wywodząca się z niej mediacja zakładają natomiast pojednanie sprawcy z ofiarą, które z kolei oparte być musi na przebaczeniu³⁵. Rodzi się więc zasadnicze pytanie o charakter pojednania i przebaczenia. Czy pojednanie jest czynnością prawną/procesową oraz, czy może i powinno być realizowane przez przedstawiciela ustawowego małoletniego lub przez inną, prawnie ustanowioną osobę?

Jak słusznie podkreśla się w piśmiennictwie, często zdarza się, iż osoby dążące do pokonania w sobie poczucia krzywdy, myślą przebaczenie z pojednaniem. Są to jednak dwa różne, chociaż ściśle ze sobą złączone doświadczenia. Przebaczenie uprzedza pojednanie; stanowi także konieczny warunek zgody między ludźmi. Słusznie zauważa J. Misztal-Konecka, że przebaczenie różni się od pojednania m.in. jednostronnym charakterem – przebaczenie jest jednostronnym aktem dotkniętego krzywdą, w pojednaniu niezbędna jest aktywność dwu podmiotów – sprawcy i pokrzywdzonego³⁶. Przebaczenie ma charakter doświadczenia wewnętrznego i nie zależy od osób trzecich. Jest ono osobistą decyzją odpuszczenia temu, który skrzywdził, jego przewinień popełnionych wobec pokrzywdzonego. Osobiste przebaczenie jest możliwe także wówczas, kiedy z różnych przyczyn nie można się jeszcze z krzywdzicielem w pełni pojednać. Przebaczyć można także wtedy, gdy sam sprawca nie poczuwa się jeszcze do odpowiedzialności za wyrządzone

³⁵ J. Consedine: *Sprawiedliwość naprawcza. Przywrócenie ładu społecznego*, tłum. M. Wolodźko, K. Gradoń, Polskie Stowarzyszenie Edukacji Prawnej, Warszawa 2004, za: M. Kuć: *Wiktymologia*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2010, s. 133.

³⁶ J. Misztal-Konecka, *Pojednanie w prawie karnym (zagadnienia wybrane)*, „Prokuratura i Prawo” 2013, nr 12, s. 76.

zło. Przebaczenie jest zawsze możliwe, ponieważ zależy ono wyłącznie od decyzji pokrzywdzonego. W pojednaniu natomiast konieczne jest zaangażowanie stron uwikłanych w konflikt³⁷. Zatem samo przebaczenie, a co za tym idzie i pojednanie, musi być aktem indywidualnym i osobistym, bowiem przebaczać oznacza przedstawiać czuć gniew czy urazę do kogoś z jakiegoś powodu, darować komuś jakąś winę³⁸. Osobisty charakter wybaczenia szczególnie mocno podkreślają filozofowie, którzy dowodzą, że wybaczenie wiąże się z przewyciężeniem gniewu na człowieka, który zrobił coś złego, z przewyciężeniem negatywnych, ale nie będących gniewem stanów emocjonalnych nakierowanych na kogoś, kto zrobił coś złego lub wreszcie z (towarzyszącym przewyciężeniu uczucia przykrości) odrzuceniem przekonania, że winowajca pozostaje winowajcą³⁹. Jak słusznie zauważa Monika Płatek, przebaczenie to przede wszystkim dla pokrzywdzonego sposób na uwolnienie się od tego, co się stało, od przeszłości, ale to ofiara decyduje, kiedy ma to nastąpić⁴⁰. Pojednanie, którego istotę scharakteryzowałyśmy powyżej, stanowi centralny element mediacji, także mediacji karnej. Pojednanie nie jest jednak jedynym celem mediacji i nie można do niego dążyć za wszelką cenę. Z wiktymologicznego punktu widzenia najbardziej istotne wydają się potrzeby i oczekiwania pokrzywdzonego. Mediacja zaspakaja jego potrzeby psychologiczne – umożliwia przedstawienie swojej wersji zdarzeń, co pozwala na odreagowanie napięcia i wyrażenie gniewu, pozwala na zrozumienie, dlaczego stał się ofiarą, pozwala na usłyszenie przyznania się do winy oraz przeprosin; ostatecznie mediacja umożliwia przebaczenie sprawcy⁴¹. Słusznie

³⁷ J. Augustyn, *Ból krzywdy, radość przebaczenia*, Mateusz. Chrześcijański serwis www, http://mateusz.pl/ksiazki/ja-bkrp/ja-bkrp_11.htm [dostęp: 28.10.2012]. Odmienne relację między przebaczeniem a pojednaniem widzi J. Wilson, pisząc o „autentycznym przebaczeniu” – J. Wilson, *Dlaczego przebaczenie wymaga skruchy*, w: J. Hołówka (red.), *Filozofia moralności. Wina, kara, wybaczenie*, tłum. D. Gałęcki, Fundacja Aletheia, Warszawa 2000, s. 453.

³⁸ E. Sobol (red.), L. Drabik et al. (opr. hasel), *Mały słownik języka polskiego PWN*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1995, s. 715.

³⁹ P.M. Hughes, *Na czym polega wybaczenie?*, w: J. Hołówka (red.), op. cit., s. 457 i przytoczona przez autora literatura. O trzech znaczeniach wybaczenia (jako reakcji, osobistej skłonności i cesze charakterystycznej jednostki społecznej) zob. szerzej: M.E. McCullough, W.Ch. Vanoyen Witvliet, *The psychology of forgiveness*, w: C.R. Synder, S.J. Lopez (red.), *Handbook of Positive Psychology*, Oxford University Press, New York 2002, s. 446–458. Zob także: A. Carr, *Psychologia pozytywna. Nauka o szczęściu i ludzkich siłach*, tłum. Z.A. Królicki, Wydawnictwo Zysk i S-ka, Poznań 2009, s. 279–280.

⁴⁰ M. Płatek, *Wstęp I, czyli o miejscu i roli sprawiedliwości naprawczej w systemie sprawiedliwości karnej*, w: M. Płatek, M. Fajst (red.), *Sprawiedliwość naprawcza: idee, teoria, praktyka*, Liber, Warszawa 2005, s. 11.

⁴¹ P. Chlebowicz, M. Kotowska-Romanowska, *Problematyka mediacji z perspektywy wiktymologicznej*, w: T. Cielecki, J.B. Banach-Gutierrez, A. Suchorska (red.), *Pozycja ofiary w procesie karnym – standardy europejskie a prawo krajowe*, Wydawnictwo Wyższej Szkoły Policji, Szczytno 2008, s. 74–79.

jednak zauważa D. Wójcik, że pojednanie oparte o przebaczeniu zdarza się stosunkowo rzadko i nawet podpisanie ugody co do formy zadośćuczynienia nie musi oznaczać całkowitego wygaszenia konfliktu⁴². Interesującą definicję przebaczenia (co prawda na gruncie prawa cywilnego, ale nie ma to wpływu na istotę rzeczy) zaproponowała M. Wilejczyk. Jej zdaniem przebaczenie to uzewnętrzniony przejaw stanu uczuciowego⁴³. Wydaje się, że nie tracąc z pola widzenia różnic pomiędzy przebaczeniem i pojednaniem, również i to ostatnie jest silnie nacechowane emocjonalnie. Zatem założyć trzeba, że choć konstrukcja taka znana jest prawnikom, nie można przebaczać „w czyimś imieniu” lub na „czyjąś rzecz”. Podobnie, ewentualne pojednanie ma charakter osobisty (i to nawet wtedy, gdy pokrzywdzonym jest instytucja i w jej imieniu czynności dokonuje organ do tego uprawniony).

Sąd Najwyższy w przywołanym na wstępie orzeczeniu sam wskazał dość licznie prezentowane w piśmiennictwie stanowiska akcentujące fakt, że charakter pojednania, o którym mowa w art. 66 § 3 k.k., powoduje, że pojednanie dopuszczalne jest wyłącznie między pokrzywdzonym a sprawcą przestępstwa i w imieniu oraz za pokrzywdzonego żadne inne osoby dokonywać pojednania nie mogą. SN nie podzielił jednak tego stanowiska, uznając, że pojednanie się pokrzywdzonego ze sprawcą w rozumieniu art. 66 § 3 k.k. stanowi uprawnienie pokrzywdzonego, przybierające postać czynności procesowej. Wychodząc z tego założenia, uwzględniając przepisy k.r.o., SN dochodzi do przekonania, że kurator wyznaczony przez sąd opiekuńczy jest uprawniony do reprezentowania małoletniego w postępowaniu mediacyjnym⁴⁴.

SN przywołuje również stanowisko Andrzeja Zolla, iż z art. 52 k.p.k. można skutecznie wywodzić, że w razie śmierci pokrzywdzonego, pojednać ze sprawcą na potrzeby art. 66 § 3 może najbliższy⁴⁵. W literaturze podmioty wstępujące w prawa zmarłego pokrzywdzonego zwykło się określać mianem stron zastępczych. Od przedstawicieli (również przedstawicieli ustawowych) różnią się tym, że nie działają za kogoś innego, tzn. w jego zastępstwie i ze skutkiem dla zastąpionego, lecz we własnym imieniu, gdyż zmarły, którego miejsce one zajęły, nie jest już podmiotem

⁴² D. Wójcik, *Rola mediacji między pokrzywdzonym a sprawcą przestępstwa*, w: A. Marek (red.), *System prawa karnego. Zagadnienia ogólne*, t. 1, Wydawnictwo C.H. Beck, Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa 2010, s. 379.

⁴³ M. Wilejczyk, *Cywilnoprawne znaczenie przebaczenia*, „*Studia Prawnicze*” 2013, nr 1, s. 101–111.

⁴⁴ Tak też: K. Banasik, *Uwagi do art. 66 § 3 kodeksu karnego*, „*Prokuratura i Prawo*” 2008, nr 7–8, s. 22 oraz w aprobującej glosie M. Kornak, *Glosa do uchwały SN z dnia 20 czerwca 2012 r.*, sygn. I KZP 9/12, LEX/el.

⁴⁵ A. Zoll, w: A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz LEX*, t. 1: *Komentarz do art. 1-116 k.k.*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012, s. 923.; tęzę prezentował też uprzednio SN w Uchwale z dnia 30 września 2003 r., sygn. I KZP 19/03, OSNKW 2003, nr 9–10, poz. 78.

prawnym, więc nie może wykonywać swoich praw⁴⁶. Trudno więc w takich sytuacjach mówić o pojednaniu w imieniu pokrzywdzonego. Warto także zauważyć, że w myśl art. 52 § 1 k.p.k., w wypadku braku osób najbliższych lub ich nieujawnienia, uprawnienia w razie śmierci pokrzywdzonego może, działając z urzędu, wykonywać prokurator. Rodzi się więc pytanie, czy prokurator może brać udział w postępowaniu pojednawczym. I tutaj A. Zoll, powołując się na charakter pojednania, wyklucza możliwość zastosowania art. 52 § 1 k.p.k. i przyjęcia, że jedną ze stron mógłby być prokurator. Autor ten dodaje, że prokurator może przejąć uprawnienia procesowe pokrzywdzonego, a nie materialnoprawne, do jakich należy zaliczyć możliwość pojednania się ze sprawcą⁴⁷. Warto więc odnotować stanowisko doktryny, że ściśle osobisty charakter niektórych uprawnień pokrzywdzonego wyklucza możliwość zastępczego realizowania uprawnień przez prokuratora – co dotyczy nie tylko pojednania, ale też naprawienia szkody. Wielce kontrowersyjne jest też uprawnienie prokuratora do zainicjowania postępowania w sprawie o czyn ścigany na wniosek, jeżeli pokrzywdzony zmarł przed skorzystaniem ze swego uprawnienia⁴⁸. Wydaje się, że – odwołując się do istoty pojednania, opartego na przebaczeniu – uprawnienia wynikające z art. 66 § 3 k.k. w razie śmierci pokrzywdzonego nie może realizować nikt inny, ponieważ byłoby to pojednanie bez przebaczenia⁴⁹, a co najmniej – siłą rzeczy – bez uwzględnienia woli pokrzywdzonego. Oczywiście, nie należy wykluczać mediacji w razie śmierci pokrzywdzonego między jego najbliższymi a sprawcą, pamiętać jednak należy, że wybaczenie w takiej sytuacji będzie obejmować krzywdę wyrządzoną najbliższym poprzez spowodowanie śmierci pokrzywdzonego na skutek zachowania sprawcy. Warto bowiem zwrócić uwagę, że *ratio legis* art. 52 k.p.k. jest ochrona interesów pokrzywdzonego nawet w wypadku jego śmierci⁵⁰. Z całą pewnością brak pojednania nie narusza w żaden sposób interesów pokrzywdzonego (zwłaszcza wobec jego śmierci) ani jego najbliższych. Warto również przypomnieć, że w piśmiennictwie pojawiają się głosy podkreślające, iż pojednanie, o którym mowa w art. 66 § 3 k.k., jako pewien akt moralny o relewantnym prawnie charakterze, nie statuuje „prawa pokrzywdzonego do pojednania się ze sprawcą”⁵¹. Ciekawą obserwację co do wykładni art. 66 § 3 k.k. czyni też J. Misztal-Konecka, zestawiając ten przepis z art. 46 k.k., w którym mowa jest o „pokrzywdzonym” lub

⁴⁶ J. Grajewski, w: J. Grajewski (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 1: *Komentarz do art. 1-424 k.p.k.*, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2006, s. 216.

⁴⁷ A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część ogólna...*, s. 923–924.

⁴⁸ P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego*, t. 1: *Komentarz do art. 1-296*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2011, s. 398.

⁴⁹ T. Kozioł: *Glosa do uchwały SN z 30 IX 2003 r.*, I KZP 19/03, „Państwo i Prawo” 2004, nr 7, s. 129.

⁵⁰ J. Grajewski, op. cit., s. 216.

⁵¹ Por. też: T. Kozioł, op. cit., s. 127.

„innej osobie uprawnionej”. Art. 66 nie zawiera takiego rozszerzenia, co dodatkowo wzmacnia przekonanie, że pojednanie leży w gestii wyłącznie samego pokrzywdzonego (i sprawcy – z drugiej strony)⁵².

Równocześnie, zgodnie z treścią przepisu art. 51 § 2 k.p.k., jeżeli pokrzywdzonym jest małoletni, prawa jego wykonuje przedstawiciel ustawowy albo osoba, pod której stałą pieczęć pokrzywdzony pozostaje. Nie budzą jednak wątpliwości w doktrynie sytuacje, w której zasada ta jest ograniczana. Przykładowo wskazuje się, że jeżeli małoletni świadek ma zeznawać przeciwko swojemu rodzicowi, który jest oskarżonym, decyzja w przedmiocie korzystania z prawa do odmowy zeznań należy wyłącznie do niego⁵³. *Ratio legis* przywołanego przepisu jest ochrona dobra małoletniego. Stąd też teza SN, że jeżeli osoba wskazana w art. 51 § 2 k.p.k. nie składa – z naruszeniem dobra małoletniego – wniosku o ściganie, zawiadamia się sąd opiekuńczy, który postępuje stosownie do przepisów k.r.o.⁵⁴ Zadać należy więc pytanie, czy w ogóle zaniechanie udziału w postępowaniu mediacyjnym, brak pojednania w znaczeniu procesowym może działać na szkodę małoletniego? Jeśli nawet odpowiedź na to pytanie miałaby być twierdząca (przykładowo brak mediacji miałby spowodować nierozwiązanie konfliktu między dzieckiem a rodzicem, a co za tym idzie dalsze pokrzywdzenie dziecka), to przeprowadzenie mediacji chyba tym bardziej nie powinno być wskazane (udział w mediacji i przebaczenie nie może być uwarunkowany strachem przed dalszym pokrzywdzeniem).

Reasumując, o ile możliwa jest mediacja pośrednia, listowna, przy współudziale osób trzecich (nawet niezaangażowanych w konflikt), o tyle zarówno przebaczenie, jak i pojednanie mają ściśle osobisty i indywidualny charakter, silnie związany ze stanem emocjonalnym, dlatego nikt w czyimś imieniu takiego aktu dokonać nie może⁵⁵. Osoba trzecia może, co najwyżej, przekazać stosowną decyzję podjętą wyłącznie przez osobę skrzywdzoną. Warto też zaznaczyć, że w literaturze cywilistycznej stanowczo podkreśla się, że przebaczenie jest aktem osobistym i z natury swej nie może być podjęte przez kogokolwiek innego niż sam darczyńca (gdyż przebaczenie uniemożliwia odwołanie darowizny). Ten ostatni, nawet gdyby działał z pełnym rozeznaniem i dysponował pełną zdolnością do czynności prawnych, nie mógłby nikogo upoważnić do dokonania przebaczenia w jego imieniu⁵⁶.

⁵² J. Misztal-Konecka, op. cit., s. 72.

⁵³ K.T. Boratyńska, w: U. Danilczuk, K.T. Boratyńska (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 170; Uchwała SN z dnia 19 lutego 2003 r., I KZP 48/02, OSNKW 2003/3–4/23.

⁵⁴ Uchwała SN z dnia 17 grudnia 1970 r. VI KZP 43/68, OSNKW 7–8/1971, poz. 101.

⁵⁵ Por. P.M. Hughes, *Na czym polega wybaczenie?*, w: J. Hołówka (red.), op. cit., s. 460, który stanowczo podkreśla, że nie ma „zastępcy w wybaczeniu”.

⁵⁶ P. Księżak, *Przebaczenie w polskim prawie cywilnym*, „Państwo i Prawo” 2006, nr 11, s. 65.

I nie ma żadnych argumentów, aby na płaszczyźnie prawa karnego podchodzić do charakteru przebaczenia inaczej⁵⁷.

5.

Kolejna kwestia to ta, którą można by określić mianem „zdolności wybaczenia”⁵⁸. Maja Klubińska trafnie stwierdza, że składającą się na pojednanie czynność pokrzywdzonego należy traktować – zarówno co do charakteru prawnego, jak i przesłanek skuteczności – analogicznie do przebaczenia darczyńcy i spadkodawcy, o których mowa w art. 899 § 1, art. 930 § 1 i art. 1010 § 1 k.c., a więc jako „czynność podobną do czynności prawnych”. Podkreślenia są godne także – wywodzone przez autorkę, za piśmiennictwem cywilnoprawnym – skutki wynikające z tego założenia: „po pierwsze, przebaczenie nie musi przybierać szczególnej formy⁵⁹, po drugie, nie jest konieczne, by przebaczący znał skutki prawne związane z jego dokonaniem i miał zamiar ich wywołania⁶⁰, a nade wszystko, by miał zdolność do czynności prawnych⁶¹”⁶². Kodeks cywilny wymaga jednak, aby osoba dokonująca przebaczenia działała z dostatecznym rozeznaniem. W piśmiennictwie podkreśla się, że istotne jest istnienie rzeczywistej i świadomie wyrażonej woli przebaczenia, a świadomość obejmować musi zarówno zachowanie drugiej strony, jak i samą intencję przebaczenia⁶³. Jeszcze precyzyjniej zwrot „dostateczne rozeznanie” określa Paweł Księżak. Jego zdaniem, ustawa wymaga od przebaczącego wiedzy o okolicznościach, które mogą mieć znaczenie dla przebaczenia i zdolności do rozsądnej oceny tych okoliczności⁶⁴.

Pojawić więc musi się w tym miejscu pytanie, czy dziecko ma, i w jakim wieku nabywa, zdolność i umiejętność przebaczenia.

Pewne światło na to zagadnienie rzuca Rekomendacja nr R(99) 19 Komitetu Ministrów Rady Europy dla państw członkowskich o mediacji w sprawach karnych,

⁵⁷ Tak też: M. Klubińska, *Glosa do uchwały z dnia 20 czerwca 2012 r., sygn. I KZP 9/12*, „Prokuratura i Prawo” 2014, nr 2, s. 177–178.

⁵⁸ Samo pojęcie zaczerpnięte z pracy P.M. Hughes, op. cit., s. 468.

⁵⁹ L. Stecki, w: J. Rajski (red.), *Prawo zobowiązań – część szczegółowa. System prawa prywatnego*, Wydawnictwo C.H. Beck, Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa 2001, s. 213.

⁶⁰ S. Piątkowski (red.), W. Czachórski (red. tomu), *System prawa cywilnego*, t. 4: *Prawo spadkowe*, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wydawnictwo PAN, Wrocław–Warszawa 1986, s. 115.

⁶¹ K. Mularski, *Czynności podobne do czynności prawnych*, Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa, 2011, s. 420.

⁶² M. Klubińska, op. cit.

⁶³ M. Safjan, w: K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2013, s. 695.

⁶⁴ P. Księżak, op. cit., s. 59.

przyjęta 15 września 1999⁶⁵. Zgodnie z punktem 13 Rekomendacji nie powinno się prowadzić mediacji, jeśli któraś ze stron nie jest w stanie zrozumieć jej sensu. Punkt 15 Rekomendacji zwraca uwagę organu kierującego sprawę do mediacji na oczywiste dysproporcje występujące między stronami, dotyczące ich wieku, dojrzałości i możliwości intelektualnych. Przyjęcie tych tez za słuszne stawia pod znakiem zapytania mediację z małoletnim pokrzywdzonym, o ile nie wyklucza jej całkowicie. To prawda, że w mediacjach w sprawach nieletnich wprost pisze się o możliwości prowadzenia mediacji z małoletnim pokrzywdzonym (w obecności rodzica)⁶⁶, jest to jednak sytuacja szczególna – z założenia sprawca (nieletni) jest starszy od pokrzywdzonego co najwyżej o kilka lat, brak jest również między stronami najsilniejszego uzależnienia, jakim jest uzależnienie emocjonalne. W mediacji takiej rodzic jest wsparciem dla dziecka, „działa” po jego stronie. W innych przypadkach polskie prawo każe bardzo ostrożnie podchodzić do problemu udziału niepełnoletniego w czynnościach procesowych i bardzo ostrożnie nadaje pełne znaczenie prawne wyrażonej przez niego woli. Warto zatem spojrzeć nieco szerzej na miejsce osób niepełnoletnich w systemie polskiego prawa karnego.

W określonych przypadkach szczególnie podejście do osób niepełnoletnich zakłada m.in. procedura karna. Najważniejszym w tej perspektywie jawi się przepis art. 185 a k.p.k., nakazujący przesłuchanie pokrzywdzonego, który w chwili przesłuchania nie ukończył lat 15, w sprawach o przestępstwa stypizowane w rozdziałach XXV i XXVI w specjalnym trybie⁶⁷. *Ratio legis* takiego unormowania tkwi w potrzebie udzielenia ochrony dzieciom, które stały się ofiarą przestępstw, m.in. przeciwko rodzinie i opiece. Równocześnie to właśnie charakter przestępstw i wiek pokrzywdzonego uzasadnia obligatoryjny udział biegłego psychologa w przesłuchaniu (art. 185a § 2 k.p.k.)⁶⁸. D. Tarnowska, akceptując co do zasady tę instytucję, stawia uzasadnione pytanie o sens ograniczenia ochrony pokrzywdzonego małoletniego wyłącznie do czynności przesłuchania. Postuluje tym samym niwelowanie dodatkowych dolegliwości dla małoletniego, wynikających z jego kontaktu ze sprawcą (aczkolwiek postulat ten zgłoszony został, gdy zakresem przedmiotowym przepisu art. 185a k.p.k. były wyłącznie przestępstwa przeciwko wolności seksualnej)⁶⁹.

⁶⁵ Tekst Rekomendacji w języku polskim w „Archiwum Kryminologii” 1999–2000, t. XXV.

⁶⁶ § 10 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 3 sierpnia 2001 r. w sprawie organizacji i zakresu działania ośrodków diagnostyczno-konsultacyjnych, Dz. U. 2001, nr 97, poz. 1063.

⁶⁷ O poglądach na temat możliwości przesłuchania dziecka w charakterze świadka zob.: J. Kosonoga, *Przesłuchanie pokrzywdzonego w trybie art. 185a k.p.k.*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 1, s. 63–64.

⁶⁸ P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, op. cit., s. 1054 i 1060.

⁶⁹ D. Tarnowska, *Przesłuchanie pokrzywdzonego przestępstwem określonym w rozdziale XXV k.k., który w chwili czynu nie ukończył 15 lat (art. 185 a KPK)*, „Przegląd Sądowy” 2004, nr 10,

Równocześnie psychologia rozwoju dziecka pozwoliła na określenie niesformalizowanych w przepisach standardów przesłuchania dziecka, z uwzględnieniem jego możliwości postrzegania, zapamiętywania, odtwarzania i interpretowania⁷⁰. Ponadto, co warto mocno podkreślić, kategorycznie stawia się tezę, iż dziecko można konfrontować w ostateczności, i to co najwyżej z dzieckiem w tym samym lub zbliżonym wieku, będącym ponadto na podobnym poziomie rozwoju fizycznego i psychicznego. Należy wystrzegać się konfrontowania małoletniego zarówno z osobami dorosłymi, jak i ze starszymi dziećmi, a wręcz do tego nie dopuszczać. W obu przypadkach może pojawić się niebezpieczeństwo świadomego czy nieświadomego wywierania sugestii. Absolutnie zaś niedopuszczalna jest konfrontacja małoletniego świadka z podejrzanym czy oskarżonym⁷¹.

Wobec wątpliwości dotyczących przesłuchania małoletniego świadka oraz obostrzeń dotyczących konfrontacji rodzi się pytanie, czy wszystkie wskazane zastrzeżenia nie powinny aktualizować się w postępowaniu mediacyjnym, ograniczając de facto dostępność tegoż w sytuacjach pokrzywdzenia małoletniego? Bowiem, o ile przesłuchanie małoletniego pokrzywdzonego zachodzi zawsze jako konieczność, zwłaszcza gdy małoletni jest jedynym świadkiem przestępstwa, o tyle pojednanie (w aspekcie procesowym, a więc w czasie i trybie wskazanym przez organ prowadzący postępowanie) już taką koniecznością nie jest. Skoro przy zagadnieniu małoletniego świadka podkreśla się niedojrzałość psychiczną⁷², jak można uznać za dojrzały akt przebaczenia będący podstawą pojednania? Nie można zapominać, że słaby krytycyzm dziecka i przekonanie o zdecydowanej wyższości osób starszych przyczyniają się do tego, iż sugestia dorosłych silnie oddziałuje na dzieci. Dziecku łatwo można coś zasugerować świadomie i nieświadomie, i to w takim stopniu, że nie będzie ono zdolne do rozpoznania prawdy. Wiedza dziecka ma charakter wybitnie egocentryczny. Widzi świat poprzez siebie. Przyjmuje łatwo wiadomości sprzeczne⁷³. Co więcej, paradoksalnie, dzieci,

s. 82–83. Zob. także: J. Kosonoga, *Małoletni jako świadek przestępstwa (wybrane zagadnienia proceduralne)*, „Państwo i Prawo” 2006, nr 3.

⁷⁰ Por. np.: V. Kwiatkowska-Darul, *Przesłuchanie małoletniego świadka w polskim procesie karnym*, TNOiK „Dom Organizatora”, Toruń 2007 oraz M. Kornak, op. cit.

⁷¹ M. Kornak, op. cit., s. 267–274.

⁷² Przykładowo, J. Bossowski uważał, że dzieci do pewnego wieku nie powinny zeznawać ze względu na naiwność w pojmowaniu zjawisk życiowych, nieograniczone niebezpieczeństwo sugestii – J. Bossowski, *Ewolucja postępowania dowodowego w procesie karnym*, Fiszer i Majewski, Poznań 1924, s. 124, za: B. Hołyst, *Kryminalistyka*, LexisNexis, Warszawa 2010, s. 1107.

⁷³ M. Debesse (red.), *Psychologia dziecka*, Państwowe Zakłady Wydawnictw Szkolnych, Warszawa 1963, s. 21, za: B. Hołyst, op. cit., s. 1107 oraz A. Birch, T. Malim, *Psychologia rozwojowa w zarysie. Od niemowlęctwa do dorosłości*, tłum. J. Łuczyński, M. Olejnik, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1997, s. 130–132, i wskazane tam stadia rozwoju psychospołecznego według E.H. Eriksona. Por. też: M. Kornak, op. cit., s. 170–180.

które są maltretowane przez rodziców, wykazują ogromne od nich uzależnienie⁷⁴. Jednoznacznie brzmi w tym kontekście wypowiedź psychologa D. Zdrady: „Ilekcroć słyszę z ust pacjentów: ‘Czy powinienem przebaczyć swoim rodzicom’ lub z ust terapeutów zdanie wypowiedziane w podobnym charakterze, zastanawiam się: ‘Co to znaczy?’ W jaki sposób dziecko może przebaczyć swoim rodzicom? Relacja pomiędzy rodzicem a dzieckiem nie jest równa. Rodzic jest tym, który stoi wyżej. Nasuwa mi się porównanie: król i podwładny. Czy podwładny może powiedzieć królowi: ‘Przebaczam ci?’ Nie, bo zmieniloby to relację między nimi. To większy może wybaczyć mniejszemu”⁷⁵. Nie można zapominać, że dziecko to szczególna ofiara przestępstwa, a tym bardziej, gdy sprawcą jest osoba mu bliska. S. Forward, stawia wręcz tezę, że nie zawsze dziecko musi przebaczyć swoim rodzicom, mówi o pułapce przebaczenia jako sytuacji wiktymogennej⁷⁶.

Również w prawie karnym materialnym dziecko zajmuje szczególną pozycję, i to nie tylko ze względu na wyjątkową podatność na pokrzywdzenie. Wiele typizacji ogranicza wręcz – jak mogłoby się wydawać – znaczenie woli dziecka, nie uwzględniając jej roli w elementach konstytutywnych przestępstwa. Nie ma więc znaczenia dla bytu przestępstwa ewentualna zgoda małoletniego poniżej 15. roku życia na obcowanie płciowe (art. 200 k.k.), opuszczenie (art. 210 k.k.) czy zatrzymanie wbrew woli osoby nieuprawnionej (art. 211 k.k.). Z kolei w typizacjach wprost odnoszących się do woli późniejszego pokrzywdzonego – np. eutanazja (art. 150 k.k.), podkreśla się, że żądanie musi być wyrażone przez osobę działającą z rozważaniem (tzn. m.in. w odpowiednim wieku)⁷⁷. Przykładowo, A. Zoll, powołując się na art. 32 Ustawy z 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (Dz.U. 1997, nr 28, poz. 152), przyjmuje, że żądanie osoby, która nie ukończyła 16 lat, jest zawsze bezskuteczne⁷⁸. Niezależnie od pojawiających się w literaturze

⁷⁴ I. Pospiszyl, *Przemoc w rodzinie*, Wydawnictwa Szkolne i Pedagogiczne, Warszawa 1994, s. 160, za: V. Kwiatkowska-Darul, op. cit., s. 144.

⁷⁵ D. Zdrada, *Przebaczenie czy przyjęcie?*, Centrum Psychoterapii i Leczenia Uzależnień w Sosnowcu [online], http://www.uzaleznienia-sosnowiec.pl/index.php?option=com_content&task=view&id=73&Itemid=93 [dostęp: 30.06.2014].

⁷⁶ S. Forward, *Toksyczni rodzice*, tłum. R. Grażyński, Jacek Santorski & Co Agencja Wydawnicza, Warszawa 1994, s. 137–140. Odrębną kwestię stanowi niezwykle interesująca relacja wieku i skłonności do wybaczenia. W psychologii formułuje się tezę, że im bardziej zaawansowany wiek, tym większe jest prawdopodobieństwo wybaczenia. Stawia się pytania, czy tendencje do przebaczenia wzrastające z wiekiem są powiązane z rosnącą w miarę dojrzewania zdolnością poznawczą lub rozwojem moralnym – por. szerzej: M.E. McCullough, Ch. van Oyen Witvliet, op. cit. s. 449.

⁷⁷ K. Daszkiewicz, *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu: Rozdział XIX Kodeksu karnego: Komentarz*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2000, s. 242–243.

⁷⁸ A. Zoll (red.), *Kodeks karny: część szczególna: komentarz, t. 2: Komentarz do art. 117–277 k.k.*, Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa 2008, s. 261–262.

wątpliwości co do znaczenia zgody dysponenta dobrem prawnym⁷⁹, nie ulega wątpliwości, że zgoda taka jest relewantna prawnie, o ile została wyrażona przez osobę posiadającą zdolność do wyrażenia takiej zgody, co np. Jarosław Warylewski, utożsamia z odpowiednim wiekiem, przedstawiając cezury czasowe dla różnych kategorii dóbr. Równocześnie autor ten dodaje, że w niektórych sytuacjach możliwa jest zgoda zastępcza (wyrażenie zgody w zastępstwie osoby będącej dysponentem danego dobra prawnego). Zatem – zdaniem J. Warylewskiego – wobec istniejącego stanu prawnego, w którym przepisy dla różnych przypadków przewidują wprost możliwość wyrażenia zgody nie tylko przez pokrzywdzonego, ale (najczęściej) przez przedstawiciela ustawowego, opiekuna, rodzeństwo, sąd opiekuńczy oraz osobę sprawującą faktyczną opiekę, twierdzenie o braku takiej możliwości jest nieuprawnione⁸⁰. Już wcześniej A. Spotowski wskazywał, że podstawowym warunkiem skuteczności zezwolenia i zgody jest to, że podmiot udzielający zezwolenia lub zgody jest jedynym dzierżycielem dobra prawnego i może nim swobodnie dysponować. Dodawał jednak, że zezwolenie lub zgoda nie muszą być udzielane osobiście przez osobę uprawnioną, lecz mogą zostać udzielone w pewnych wypadkach również przez przedstawiciela ustawowego lub ustanowionego – np. pełnomocnik może zezwolić na zabranie rzeczy⁸¹. Wydaje się jednak, że dzisiaj – w czasach dostrzegania i respektowania praw dziecka – zgoda „zastępcza” przedstawiciela ustawowego w żaden sposób nie może dotyczyć dóbr o charakterze osobistym, a i ta dotycząca spraw majątkowych nie może swym zakresem przekraczać „zwykłego zarządu”. Pojawia się więc pytanie, czy pojednania nie należy traktować jak wyrażenia zgody dysponenta dobrem prawnym, a mówiąc precyzyjniej, czy warunki skuteczności pojednania nie muszą być takie, jak – *mutatis mutandi* – warunki skuteczności udzielania zgody lub zezwolenia?

6.

Obok wieku dziecka jako czynnika przemawiającego przeciwko prowadzeniu z nim mediacji, pojawia się czynnik jeszcze poważniejszy – szczegółna relacja między sprawcą a pokrzywdzonym.

⁷⁹ Por. przede wszystkim: W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Społeczny Instytut Wydawniczy Znak, Kraków 2010, s. 169.

⁸⁰ J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, LexisNexis, Warszawa 2009, s. 279, por. też: A. Gubiński, *Zgoda pokrzywdzonego*, „Państwo i Prawo” 1960, nr 7, s. 55.

⁸¹ A. Spotowski, *Zezwolenie uprawnionego i zgoda pokrzywdzonego a odpowiedzialność karna*, „Państwo i Prawo” 1972, nr 3, s. 85.

Niewątpliwie osiągnięciu autentycznego porozumienia pomiędzy sprawcą a pokrzywdzonym mają sprzyjać zasady, w oparciu o które mediacja została ukształtowana. Wśród zasad sprawiedliwości naprawczej i mediacji, jako jednej z jej form, jednogłośnie na pierwszym miejscu wymienia się zasadę dobrowolności⁸². Także k.p.k. uzależnia możliwość skierowania sprawy do mediacji od inicjatywy bądź zgody pokrzywdzonego i oskarżonego⁸³. Z zasadą dobrowolności nierozzerwalnie wiąże się zasada równości pozycji stron – także obowiązująca w postępowaniu mediacyjnym. Dominacja jednej ze stron nad drugą grozi brakiem samodzielności w podejmowaniu decyzji o udziale w mediacji i skrepowaniem podczas postępowania mediacyjnego. Co gorsza, przy takiej dysproporcji stron, także ryzyko wymuszenia ugody wydaje się dużo większe (problem ten w sposób szczególnie podkreśla się w sprawach o przemoc domową⁸⁴). A przecież, jak powszechnie się przyjmuje, największą zaletą mediacji jest fakt, że to strony – a nie mediator – samodzielnie podejmują decyzję.

Warto zwrócić uwagę, że szczególna relacja między rodzicami a dzieckiem stała się na przykład przyczyną ograniczeń dowodowych w postępowaniu w sprawach małżeńskich. Zgodnie z przepisem, art. 430 k.p.c., małoletni, którzy nie ukończyli lat trzynastu, a zstępni stron, którzy nie ukończyli lat siedemnastu nie mogą być w tych sprawach przesłuchiwanymi w charakterze świadków. Jak podkreśla się w komentarzach, przepis ma na celu ochronę małoletnich dzieci przed skutkami przesłuchań w sprawach małżeńskich, w których ujawniane są często drastyczne i stresujące dla nich fakty⁸⁵, które mogłyby wzbudzić traumatyczne przeżycia u dzieci uczestniczących w ich roztrząsaniu⁸⁶. Zakaz ten ma charakter bezwzględny i osoby, o których w nim mowa, nie mogą go uchylić, żądając, aby były przesłuchane; nie może być też uchylony wolą stron czy samego sądu⁸⁷.

Na problem relacji między dzieckiem a dorosłym zwraca też uwagę – z natury rzeczy – psychologia. Już wyżej wspomniano o silnym uzależnieniu dziecka od rodzica, paradoksalnie – silniejszym u dziecka maltretowanego.

⁸² Por. np. M. Płatek, op. cit., s. 20., D. Wójcik, *Rola mediacji...*, s. 356., A. Sitarska, op. cit., s. 62–63, a także pkt 1 Rekomendacji Nr R(99)19 Komitetu Ministrów Rady Europy dla państw członkowskich o mediacji w sprawach karnych z 15.09.1999 r.

⁸³ Art. 23a § 1. k.p.k.

⁸⁴ Por. np. D. Wójcik, *Rola mediacji...*, s. 356; C. Kulesza, *Mediacja a system wymiaru sprawiedliwości: szanse, ograniczenia, zagrożenia*, w: E. Bieńkowska (red.), op. cit., s. 50; D. Wójcik, *Czy należy zakazać...*, s. 1025.

⁸⁵ T. Ereciński, w: T. Ereciński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego: komentarz*, t. 2, *Część pierwsza – Postępowanie rozpoznawcze*, LexisNexis Polska, Warszawa 2009, s. 488

⁸⁶ U. Dąbrowska, w: J. Ignaczewski (red.), *Rozwód i separacja*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2012, s. 298.

⁸⁷ T. Ereciński, w: T. Ereciński (red.), op. cit., s. 488; U. Dąbrowska, w: J. Ignaczewski (red.), op. cit., s. 298.

Rodzi się więc pytanie, czy mediator w takim przypadku ma możliwość wykreowania równowagi (ponieważ trudno nawet mówić o jej przywróceniu, skoro takiej równowagi z natury rzeczy nie ma). Anna Sitarska pisze, że mediacja likwiduje stan przewagi sprawcy nad ofiarą, co jest – w opinii autorki niniejszego tekstu – podwójnym nieporozumieniem⁸⁸. Po pierwsze, mediacja nie likwiduje nierównowagi, to nie jest jej rola ani cel (mediacja musi być przeprowadzona przy zachowaniu równowagi). Ponadto relacja sprawca – ofiara nie przesądza o kierunku braku równowagi (sprawca nie zawsze ma przewagę). Choć istotnie, w przypadku przemocy domowej pokrzywdzony jest zwykle słabszy fizycznie i psychicznie od sprawcy, to jego siła w konflikcie może wynikać z innych źródeł, takich jak wsparcie społeczne, siła moralna czy możliwość blokowania rozmów, a tym samym szans na łagodniejszą odpowiedzialność sprawcy⁸⁹.

Ponownie więc sięgnąć należy do punktu 15. wspomnianych wcześniej Rekomendacji Nr R(99)19 Komitetu Ministrów Rady Europy dla państw członkowskich o mediacji w sprawach karnych⁹⁰. Zgodnie z jego treścią organ procesowy, rozważając skierowanie sprawy do mediacji, powinien zwracać uwagę na wyraźne dysproporcje występujące między stronami dotyczące ich wieku, dojrzałości i możliwości intelektualnych. W przypadku istnienia tego rodzaju dysproporcji, mediacja nie jest dobrym wyborem. Jak wskazuje się w komentarzu, przykładem tego rodzaju sytuacji jest nierównowaga sił wynikająca ze stosunku zależności jednej strony od drugiej. Zdaniem E. Bieńkowskiej, z powyższych względów mediację wyklucza taki stan rozwoju psychicznego, który sprawia, że dana osoba nie potrafi zrozumieć istoty i sensu mediacji; tak samo jest w przypadku, gdy ofiarą przestępstwa jest małe dziecko, zwłaszcza będące ofiarą przestępstw seksualnych⁹¹. Tę tezę należy jednak wyostrzyć – mediacja między młodszymi dziećmi (jako pokrzywdzonymi) a ich rodzicami (jako sprawcami) powinna być niedopuszczalna.

Już tylko sygnałnie należy odnotować zagadnienie wad oświadczenia woli w kontekście pojednania osadzonego w prawie karnym czy mediacji. Jest to temat niemal całkowicie niezbadany⁹², nie ma jednak wątpliwości, że przy mediacji z dzieckiem, zwłaszcza gdy chodzi o relacje rodzinne, na takie wady mediacja jest szczególnie narażona. Problem dostrzega Joanna Misztal-Konecka, wskazując, że

⁸⁸ A. Sitarska, op. cit., s. 63.

⁸⁹ Por. A. Gójska, V. Huryn, op. cit., s. 198–199.

⁹⁰ Zob. „Archiwum Kryminologii” 1999–2000, t. XXV.

⁹¹ Por. np.: E. Bieńkowska, *Mediacja w sprawach karnych i nieletnich: Kiedy organ procesowy może (a nawet powinien) odwołać się do postępowania mediacyjnego*, w: L. Mazowiecka (red.), *Mediacja*, Oficyna a Wolters Kluwer business, Warszawa 2009, s. 43.

⁹² O znaczeniu wad przy przebaczeniu w prawie cywilnym por. P. Księżak, op. cit., s. 65–66; M. Wilejczyk, op. cit., s. 102.

choć pojednanie nie jest czynnością prawną, to należałoby tu ostrożnie stosować przepisy odnoszące się do wad oświadczenia woli⁹³, sytuację jednak komplikuje fakt, że konsekwencją mediacji karnych jest wyrok sądu karnego o daleko idących skutkach w sferze praw człowieka.

7.

Niezmiernie istotną kwestią jest wzrost procesowego znaczenia pokrzywdzonego i jego decyzji odnośnie do ugody, przewidziany w nowelizacji kodeksu karnego z 27.09.2013 r.⁹⁴, która wejdzie w życie 1.07.2015 r. W myśl nowego przepisu art. 59a umarza się, na wniosek pokrzywdzonego, postępowanie karne o występki zagrożony karą nieprzekraczającą trzech lat pozbawienia wolności, a także o występki przeciwko mieniu, zagrożony karą nieprzekraczającą pięciu lat pozbawienia wolności, jak również o występki określony w art. 157 § 1, jeżeli przed rozpoczęciem przewodu sądowego w pierwszej instancji sprawca, który nie był uprzednio skazany za przestępstwo umyślne z użyciem przemocy, naprawił szkodę lub zadośćuczynił wyrządzonej krzywdzie. Co prawda wśród przesłanek formalnych umorzenia nie ma przestępstwa znęcania się (które zagrożone jest karą do pięciu lat pozbawienia wolności), nietrudno jednak wskazać inne przestępstwa, których dopuszczają się rodzice względem dzieci, mieszczące się w powyższym katalogu (przykładowo groźba karalna, nieumyślne uszczerbki na zdrowiu i inne). Tak znacząca rola pokrzywdzonego musi sprawiać, że niebezpieczeństwo nacisków wzrasta, a ustanowienie przez sąd rodzinny kuratora niewiele pomoże, skoro dziecko na co dzień mieszka z krzywdzącym go rodzicem. To prawda, bezwzględny charakter umorzenia, o którym mowa w przywołanym przepisie, zostaje nieco złagodzony poprzez treść przepisu § 3, zgodnie z którym umorzenia nie stosuje się, jeżeli zachodzi szczególna okoliczność uzasadniająca, że umorzenie postępowania byłoby sprzeczne z potrzebą realizacji celów kary, jednak skoro nawet SN nie widzi problemu mediacji z małoletnim, czy dostrzegą go sądy powszechne? Zatem nawet przy sprawach między dorosłymi stronami mediator, przy zachowaniu pełnej bezstronności, szczególnie będzie musiał czuwać, aby nie dochodziło do nadużycia silniejszej pozycji i swoistego wymuszania rozwiązań dogodnych tylko dla jednej ze stron⁹⁵. Czy zachowanie takiej równowagi jest możliwe przy mediacji karnej między rodzicem a dzieckiem?

⁹³ J. Misztal-Konecka, op. cit., s. 77.

⁹⁴ Dz. U. 2013, poz. 1247.

⁹⁵ To jest oczywiście szerszy problem zachowania bezstronności przy równoczesnym budowaniu równowagi między stronami, gdy ta jest lekko zachwiana (całkowity brak takiej równowagi między stronami w ogóle uniemożliwia mediację).

8.

Reasumując, należy zadać pytanie, czy liczne i poważne zastrzeżenia wobec mediacji z małoletnim mają oznaczać, że przestępstwa przeciwko dzieciom muszą spotykać się wyłącznie z surową karą? Oczywiście nie. Jednak ewentualne łagodzenie odpowiedzialności karnej powinno być uzasadnione przepracowaną terapią, zmianą relacji między rodzicem a dzieckiem, potwierdzoną opinią psychologów. Słusznie podkreśla się w *Wytycznych Komitetu Ministrów Rady Europy w sprawie wymiaru sprawiedliwości przyjaznego dzieciom*, że alternatywne (profilaktyczne) metody nie mogą zamykać dziecku drogi do postępowania sądowego⁹⁶.

Nie ma wątpliwości, że rozwiązanie konfliktu to zdecydowanie najlepsza sprawa, jaką można zrobić dla dziecka⁹⁷ (i nie trzeba chyba przekonywać, że szczególnie w przypadku pokrzywdzonego dziecka, gdyż to jego dobro powinno być jedyną przesłanką skierowania sprawy do postępowania mediacyjnego⁹⁸). Jednak szczególna konstrukcja psychofizyczna dziecka, jego podatność na krzywdę, każą do mediacji podchodzić z dużą ostrożnością ze względu na możliwość wtórnej wiktymizacji, jak i manipulacji dzieckiem przez drugą stronę biorącą udział w mediacji. Pojawia się więc pytanie, czy rzeczywiście mediator bez wsparcia psychologa lub innego terapeuty jest w stanie konflikt rozwiązać, jeśli – przykładowo – jego tłem jest wieloletnie krzywdzenie dziecka (fizyczne, emocjonalne, seksualne czy ekonomiczne). I kwestia zasadnicza, kto powinien na takie pytanie odpowiadać: strony, mediator, sąd czy może jednak ustawodawca, zakazując mediacji w określonych sprawach, gdy jedną ze stron jest dziecko (bądź przynajmniej określając szczególne warunki prowadzenia takich postępowań).

Mediacja dziecięca z pewnością wymaga szczególnej formy legislacyjnej – określenia minimalnego wieku dziecka biorącego udział w mediacji⁹⁹, rzetelne-

⁹⁶ Council of Europe, European Union, *Wytyczne Komitetu Ministrów Rady Europy w sprawie wymiaru sprawiedliwości przyjaznego dzieciom*, Publications Office of the European Union, Luxembourg 2012, punkt B.24, s. 25 oraz uzasadnienie B.82 i 83, s. 72–73, [wersja online], http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/childjustice/Source/GuidelinesChildFriendlyJustice_PL.pdf [dostęp: 28.06.2014].

⁹⁷ Por. A. Woźniak-Bahr, *Studia podyplomowe z zakresu mediacji* [praca dyplomowa], „Mediator” 2009, nr 50, s. 58, gdzie autorka pisze, iż jedynie 20% sprawców czynów z art. 207 k.k. popełniło po mediacji nowy czyn karalny, w tym zaledwie 6% ponownie znęcało się nad rodziną.

⁹⁸ Trudno więc zgodzić się nam ze stanowiskiem prezentowanym przez A.Z. Krawiec, że dopuszczalność mediacji z dzieckiem uzasadniana jest korzyściami przede wszystkim dla sprawcy, a w stosunku do dziecka chodzi przede wszystkim o skrócenie postępowania głównego, wyeliminowanie czynności narażających na wtórną wiktymizacji – i wreszcie – naprawę relacji ze sprawcą – członkiem rodziny – A.Z. Krawiec, op. cit., s. 210–211.

⁹⁹ Nabywanie emocjonalnej niezależności od rodziców następuje w wieku 12–18 lat, zgodnie z przyjętym przez R.J. Havighurtsa, schematem zadań rozwojowych w poszczególnych okresach

go przygotowania fachowego mediatora, szczególnej formy jej przeprowadzenia, z uwzględnieniem specyficznych cech dziecka. Przepisy powinny też zawierać wyraźne zastrzeżenie, że ugoda, pojednanie i przebaczenie nie może nastąpić wbrew woli małoletniego – np. gdy w ocenie kuratora pojednanie będzie lepszym rozwiązaniem niż trwanie w poczuciu pokrzywdzenia. Stanowisko dziecka powinno być wyraźnie w ugodzie zaznaczone. W tej perspektywie całkowicie kuriozalnie brzmi stanowisko SN, że sąd opiekuńczy przed wydaniem zezwolenia na pojednanie „powinien wysłuchać małoletniego i w miarę możliwości uwzględnić jego stanowisko”. Takie podejście, jak się wydaje, całkowicie przekreśla ideę mediacji.

Z pewnością nie można zgodzić się także z tezą zawartą w *Wytycznych Komitetu Ministrów Rady Europy w sprawie wymiaru sprawiedliwości przyjaznego dzieciom*, że godne rozważenia jest obowiązkowe odesłanie do usług mediacyjnych przed postępowaniami sądowymi: nie po to, aby zmusić ludzi do mediacji (co byłoby sprzeczne z całą ideą mediacji), ale po to, aby każdy mógł się dowiedzieć o istnieniu takiej możliwości¹⁰⁰. Nie ma wątpliwości, że takie podejście nie może być praktykowane odnośnie do mediacji z udziałem dziecka. Wydaje się, że są jednak prostsze i mniej kosztowne (dla pokrzywdzonego) sposoby wprowadzenia zasady pełnej informacji o mediacji.

Kończąc, warto jeszcze zaznaczyć, że zaprezentowane stanowisko nie stoi w sprzeczności z ideą mediacji w sprawach nieletnich. Inna jest bowiem rola procesowa dziecka jako pokrzywdzonego i jako sprawcy, inny jest układ stosunków z „drugą stroną”¹⁰¹ konfliktu (najczęściej pokrzywdzonymi przez nieletniego są osoby małoletnie – młodsze lub rówieśnicy, a jeśli – wyjątkowo – starsi, to rzadko powiązani z nieletnim relacją zależności). Inna też jest rola rodziców nieletniego w procesie – z założenia są dla niego wsparciem, a nie „przeciwnikiem”, jak w przypadku małoletniego pokrzywdzonego przez matkę lub ojca. Nawet autorzy sceptyczni wobec mediacji uznają, że czynności, których celem jest oddziaływanie wychowawcze na nieletniego oraz skłonienie go do zmiany postawy i zadośćuczynienia pokrzywdzonemu, mogą być pożyteczne. Jednak T. Bojarski, także w przypadku postępowania

życia – J.M. Stanik, *Psychologia sądowa: podstawy, badania, aplikacje*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2013, s. 53. Odmienny pogląd – dopuszczający możliwość mediacji z dzieckiem – zdaniem A.Z. Krawiec prezentuje T. Cielecki, *Bezdroża mediacji*, w: L. Mazowiecka (red.), op. cit., s. 76, choć zauważyć należy, że przywołany przez autorkę opis mediacji dotyczy mediacji z nieletnimi – A.Z. Krawiec, op. cit., s. 210.

¹⁰⁰ Council of Europe, European Union, *Wytyczne Komitetu Ministrów Rady Europy...*, punkt B.24, s. 25 oraz uzasadnienie B.82, s. 73.

¹⁰¹ Słusznie podkreśla się, że postępowanie w sprawach nieletnich nie powinno być rozumiane jako forma sporu między przeciwstawnymi stronami (Por. T. Bojarski, w: T. Bojarski, E. Kruk, E. Skrętowicz, *Ustawa o postępowaniu w sprawach nieletnich: komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2014, s. 54).

w sprawach nieletnich, kwestionuje możliwość mediacji nieletniego z osobą dorosłą, uznając taką sytuację za sztuczną, a niekiedy wręcz niewychowawczą¹⁰².

Dostrzec także trzeba, że mediacje z udziałem osób poniżej 18. roku życia mogą mieć szczególny walor wychowawczy nie tylko wobec dzieci biorących w nich udział, ale – poprzez relacje o nich z ust uczestników – także wobec dzieci ze środowisk uczestników (znajomych, przyjaciół). Instytucja mediacji uczy od najmłodszych lat, że konflikty warto rozwiązywać, stąd idea powinna być szeroko propagowana w szkołach¹⁰³. Odnosi się to jednak przede wszystkim do mediacji rówieśniczych.

Wobec wniosku o niezwykle ograniczonej możliwości prowadzenia mediacji z udziałem małoletniego pokrzywdzonego, warto pamiętać, że bez cienia wątpliwości mediacja dotycząca czynu krzywdzącego dziecko jest możliwa po osiągnięciu przez to dziecko wieku dorosłego¹⁰⁴, jeśli wówczas toczy się postępowanie karne. Trzeba mieć tu na uwadze konsekwencje szczególnej zasady przedawnienia karalności przestępstw popełnianych na dzieciach. Regułą jest, że karalność przestępstwa ustaje, w zależności od trybu ścigania i ustawowego zagrożenia karą, z upływem od 5 do 30 lat od jego popełnienia (lub – w razie przestępstw materialnych – od wystąpienia określonego skutku)¹⁰⁵. Obowiązujące przepisy czynią ważny wyjątek od ogólnych zasad przedawnienia, gdy pokrzywdzony jest osobą małoletnią – z natury rzeczy mniej zdolną do samodzielnej ochrony swoich praw. Wydłużony okres karalności upływa z chwilą ukończenia przez pokrzywdzonego 30. roku życia. Specyfika przestępstw przeciwko dzieciom uwzględniona jest jednak tylko w stosunku do wybranych typów czynów zabronionych¹⁰⁶. W tych określonych

¹⁰² T. Bojarski, w: *ibidem*, s. 54.

¹⁰³ Por. np. E. Krytkowska, *Wykorzystanie mediacji w procesie wychowania*, „Mediator” 2013, t. 64, nr 1, s. 11.

¹⁰⁴ A warto zauważyć, że przeprowadzane badania jednoznacznie wskazują, że wpływ czasu to czynnik korzystny psychologicznie – M. Grodziecka, *Mediacja w sytuacjach przemocy domowej na tle doświadczeń polskich i zagranicznych (zagadnienia wybrane w postępowaniu uproszczonym)*, w: D. Gil (red.), *Gwarancje pokrzywdzonych w postępowaniach szczególnych*, Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa 2012, s. 202.

¹⁰⁵ Art. 101 § 1 i 2 k.k.

¹⁰⁶ Art. 101 § 4: „W przypadku gdy pokrzywdzonym jest małoletni, przedawnienie karalności przestępstw określonych w art. 189a § 1 oraz w rozdziale XXV nie może nastąpić przed ukończeniem przez tego pokrzywdzonego 30. roku życia”. Aktualne brzmienie przepisu stanowi pewien postęp w porównaniu do poprzedniego stanu: „Przedawnienie karalności przestępstw określonych w art. 199 § 2 i 3, art. 200, art. 202 § 2 i 4 oraz art. 204 § 3, jak również przestępstw określonych w art. 197, art. 201, art. 202 § 3, art. 203 i art. 204 § 4, w przypadku, gdy pokrzywdzonym jest małoletni – nie może nastąpić przed upływem 5 lat od ukończenia przez pokrzywdzonego 18 lat”. Szerzej patrz: O. Sitarz, *Problem przedawnienia w prawie polskim i orzecznictwie ETPCz na tle przestępstw popełnianych na szkodę małoletnich*, w: J. Warylewski (red.), *Czas i jego znaczenie w prawie karnym*, Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego, Gdańsk 2010 oraz M. Kulik, *Przedawnienie karalności i przedawnienie wykonania kary w polskim*

przypadkach osoba dorosła dotknięta przestępstwem w wieku poniżej 18 lat bez przeszkód będzie mogła realizować uprawnienia pokrzywdzonego, w tym także wziąć udział w mediacji.

prawie karnym, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2014, który postuluje, aby rozszerzenie przedmiotowe dotyczyło wyłącznie przestępstw zagrożonych określoną karą, np. przekraczającą trzy lata pozbawienia wolności (s. 501).