

Olsztyn, dnia 10 maja 2017 r.

RAPORT
Ośrodka Badań, Studiów i Legislacji
Krajowej Rady Radców Prawnych

„Mediacja jako uzupełniająca forma wymiaru sprawiedliwości”

1) Główny cel, przedmiot i zakres raportu

Głównym celem raportu jest przedstawienie ustaleń na temat potencjału mediacji jako tzw. „uzupełniającej formy wymiaru sprawiedliwości” zwłaszcza w szeroko rozumianym prawie cywilnym, wynikających z prowadzonych przez autora badań naukowych oraz doświadczeń praktycznych w zakresie sądowego i pozasądowego opanowywania sporów, związanych z wykonywaniem zawodu radcy prawnego i mediatora, które stanowią założenia bazowe, uzasadniające podjęcie dalszych, bardziej szczegółowych analiz w zakresie optymalizacji regulacji prawnych dotyczących mediacji w kierunku zwiększenia jej wykorzystania w praktyce, realizującego postulat szerszego dostępu obywateli do wymiaru sprawiedliwości¹.

Realizując tak określony cel raportu w ramach jej poszczególnych etapów przedstawione zostaną w szczególności:

- 1) szersze (przedmiotowo-funkcjonalne) rozumienie terminu „wymiar sprawiedliwości”, jako działalności polegającej na opanowywaniu

¹ Szerzej zob. np. A. Zienkiewicz, *Studium mediacji. Od teorii ku praktyce*, Warszawa 2007, s.208-264; A. Kalisz, A.Zienkiewicz, *Mediacja sądowa i pozasądowa. Zarys wykładu. Wydanie drugie poprawione i uzupełnione*, Warszawa 2014, s.38-41; A.Zienkiewicz, *Mediation als eine Form der Justiz [w:] Mediation als Verfahren konsensualer Streitbeilegung. Die deutsche, polnische und ukrainische Perspektive*, pod red. Tina de Vries, Frankfurt am Main 2012, s.3-22; A.Kalisz, A.Zienkiewicz, *Wymierzanie sprawiedliwości a mediacja*, [w:] *Rozdroża sprawiedliwości we współczesnej myśli filozoficzno prawnej*, pod red. B.Wojciechowskiego, M.Goleckiego, Toruń 2008, s.263-274; A.Kalisz, A.Zienkiewicz, *Dyskrecjonalność sędziowska a zatwierdzanie ugód zawartych przed mediatorem w sprawach cywilnych*, [w:] *Dyskrecjonalność w prawie*, pod red. W.Staśkiewicz, T.Stawecki, Warszawa 2010, s.452-458; A.Zienkiewicz, *Mediacja jako forma wymiaru sprawiedliwości*, „Arbitraż i mediacje” Nr 4 /2013, Warszawa 2013, s.101-115.

- sporów prawnych, nie będącej wyłączną domeną sądów (brak monopolu sądów), niekolidujące z konstytucyjną zasadą prawa do sądu oraz jego nadrzędnej pozycji w systemie wymiaru sprawiedliwości;
- 2) propozycja używania w nauce prawa i praktyce prawniczej terminu „uzupełniające formy wymiaru sprawiedliwości” („*Complementary Forms of Justice*”) na oznaczenie instytucji mediacji oraz innych form ADR, dla podkreślenia ich przede wszystkim uzupełniającego, symbiotycznego oraz subsydiarnego, a nie *stricte* alternatywnego - wobec sądowego wymiaru sprawiedliwości - charakteru;
 - 3) mediacyjna specyfika wymierzania sprawiedliwości w ujęciu porównawczym do sądowego wymierzania sprawiedliwości;
 - 4) generalny przebieg wymierzania sprawiedliwości, wskazujący na istnienie pewnego *iunctim* pomiędzy sądowym, arbitrażowym oraz mediacyjnym wymierzaniem sprawiedliwości;
 - 5) rozważania na temat wprowadzenia do polskiego systemu prawa cywilnego obligatoryjnej mediacji w niektórych typach sporów w kontekście zapewnienia obywatelom szerszego dostępu do wymiaru sprawiedliwości.

2) Wprowadzenie

Autor raportu konsekwentnie od ponad 10 lat wskazuje, iż szeroka dyskusja nad optymalną koncepcją wymiaru sprawiedliwości jest niezbędna i może przynieść istotne korzyści, nawet w sytuacji nie formułowania przez wszystkich uczestników dyskursu propozycji ostatecznych rozwiązań. Analizując podjętą problematykę, należy mieć świadomość, iż dotyczy ona tak fundamentalnych zagadnień jak: wolność, sprawiedliwość, wizja prawa, państwa i społeczeństwa, komunikacja społeczna, opanowywanie sporów, model stosowania prawa, efektywność prawa czy jego granice².

Zjawiska kryzysowe dotyczące tradycyjnego modelu wymiaru sprawiedliwości (sądownictwa)³ oraz zmiany zachodzące we współczesnych systemach prawno-społecznych (dyferencjacja, autonomizacja, proceduralizacja)⁴ uzasadniają pilną potrzebę prowadzenia wieloaspektowych badań w szczególności nad:

² Zob. np. A.Zienkiewicz, *Studium mediacji ...*, s.13-14.

³ Na temat zjawisk kryzysowych oraz krytyki tradycyjnego modelu wymiaru sprawiedliwości (sądownictwa) szerzej zob.: A.Zienkiewicz, *Studium mediacji...*, s.209-215 oraz literatura tam wskazana.

⁴ Głównymi przyczynami przeobrażeń współczesnych systemów prawa są: procesy dyferencjacji funkcjonalnej, społecznej oraz dyferencjacji systemów wartości, rosnący stopień złożoności systemów społecznych i ich nieprzewidywalności (problem społeczeństw ryzyka, niepewność reguł, niepewność faktów), a także wykorzystywanie prawa jako instrumentu sterowania i polityki społecznej – skutkami zaś

- 1) odpowiednim (nowym) rozumieniem (formułą), organizacją i funkcjonowaniem wymiaru sprawiedliwości (postulat pluralizmu form wymiaru sprawiedliwości, postulat ulepszenia wymiaru sprawiedliwości),
- 2) nową wizją sądu (np. ideą sądu otwartego)⁵,
- 3) optymalnym doborem i stosowaniem podstawowych trybów rozwiązywania i rozstrzygania sporów prawnych (adjudykacyjnego, arbitrażowego, mediacyjnego, negocjacyjnego),
- 4) stworzeniem bądź odpowiednim adaptowaniem (repcją) mieszanych form oraz fazowych mechanizmów rozstrzygania i rozwiązywania sporów prawnych.

Jak trafnie wskazuje L. Morawski: „Rozwój alternatywnych form wymiaru sprawiedliwości to jedno z najważniejszych przedsięwzięć, które zmierzają do przystosowania wymiaru sprawiedliwości do realiów społeczeństw postindustrialnych, a zwłaszcza do dokonujących się w tych społeczeństwach procesów funkcjonalnej i kulturowej dyferencjacji systemów społecznych. Postulat rozwoju alternatywnych form wymiaru sprawiedliwości to zatem istotne uzupełnienie programu postklasycznej teorii procesu, która powinna zdawać sobie sprawę z tego, że postulatu organizacji nowoczesnego wymiaru sprawiedliwości nie można oprzeć wyłącznie na procedurach sądowych.”⁶.

3) Szersze (przedmiotowo-funkcjonalne) rozumienie wymiaru sprawiedliwości

Występujący w art.175 ust.1 Konstytucji termin „wymiar sprawiedliwości” nie został prawnie zdefiniowany (brak definicji legalnej). W polskiej doktrynie prawa pojęcie „wymiar sprawiedliwości” ujmowane jest przede wszystkim w dwóch aspektach – materialnym i formalnym. W aspekcie materialnym rozumiane jest jako „wymierzanie sprawiedliwości” (głównie w oparciu o obowiązujące normy prawne). Takie ujęcie często prowadzi do występowania wielu odmiennych koncepcji, co do tego jak, powinien postąpić organ wymierzający sprawiedliwość w konkretnej sprawie, ze względu na sporny i niejednorodny sposób rozumienia pojęcia „sprawiedliwość”. W aspekcie

(przede wszystkim) - istotna zmiana procedur stosowania prawa oraz funkcjonalne różnicowanie się wymiaru sprawiedliwości. – szerzej zob. L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, s. 27–35, 151–196.

⁵ Zob. np. A.Zienkiewicz, *Koncepcja sądu otwartego – wzmocnienie pluralizmu form wymiaru sprawiedliwości* [w:] *Mediacja – nowa droga rozwiązywania sporów*, pod red. A.Rękas, Warszawa 2011, s.29-47.

⁶ L.Morawski, *Główne problemy ...*, s.188.

formalnym pojęcie „wymiar sprawiedliwości” rozumiane jest zasadniczo w trzech znaczeniach: podmiotowym, przedmiotowym oraz mieszanym⁷.

Podzielając stanowisko polskiego Trybunału Konstytucyjnego⁸ zdaniem opiniującego pojęcie **wymiar sprawiedliwości** należy rozumieć w **szerszym (przedmiotowo-funkcyjnym) znaczeniu, jako przede wszystkim działalność polegającą na opanowywaniu sporów prawnych, nie będącą wyłączną domeną sądów** (brak monopolu sądów).

W zakres szerszego rozumienia „wymiaru sprawiedliwości” można zaliczyć zatem alternatywne formy rozwiązywania i rozstrzygania sporów prawnych (*Alternative Dispute Resolution* - ADR), które (nie naruszając prawa do sądu) **mają uzupełniać, a nie zastępować, mechanizmy sądowego wymiaru sprawiedliwości⁹ – przy zachowaniu nadrzędnej pozycji sądów**, wyrażającej się w możliwości zweryfikowania prawidłowości (legalności) rozstrzygnięcia (rozwiązania) „organu pozasądowego” (kontrola sądu)¹⁰.

Funkcjonowanie ADR jako systemu, tworzy – zwłaszcza gdy uwzględni się wyraźnie oferowaną zainteresowanym możliwość wyboru sposobu opanowania sporu (rozpoznania go przez sąd państwowy lub rozwiązania formą alternatywną) – **nową jakościowo sytuację prawną**. Jej wyróżniającą cechą jest **„pluralizm form wymiaru sprawiedliwości i respektowanie autonomii podmiotów, samodzielnie decydujących o sposobach dochodzenia swoich racji”¹¹**, który za M. Cappellettim

⁷ Szerzej zob. Z.Czeszejko-Sochacki, *O wymiarze sprawiedliwości, w świetle Konstytucji, międzynarodowych standardów i praktyki*, „Państwo i Prawo” 1999, nr 9, s.3 i n.; J.Kuciński, *Konstytucyjny ustrój państwowy Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2003, s.298; H.Zięba – Załucka, *Władza ustawodawcza, wykonawcza i sędziowska w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2002, s.275. Jednocześnie należy zauważyć, że, polskie określenie „wymiar sprawiedliwości” nie ma dokładnych odpowiedników w innych językach, w których pojęcie to określane jest np. jako „*iustitia*”, „*justice*”, „*quistizia*”, czy „*Justiz*” – zob. R.Morek, *ADR – w sprawach gospodarczych*, Warszawa 2004, s.41; A.Zienkiewicz, *Studium mediacji...*, s.215-231.

⁸ Zob.: wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 13.03.1996 r. (K 11/95, OTK 1996, nr 2, poz. 9) wraz z uzasadnieniem oraz wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 8 grudnia 1998 r. (K.41/97, OTK ZU 1998/7, poz. 117) wraz z uzasadnieniem oraz J. Oniszczyk, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Kraków 2000, s. 736.

⁹ Jak słusznie wskazuje R. Morek „dostrzeżenie zjawiska ADR oraz uznanie jego roli w systemie prawnym nie prowadzi zatem do ustanowienia wyjątku od zasady sprawowania wymiaru sprawiedliwości przez sądy, a jedynie do uzupełnienia jego treści.” – Morek R., *op.cit.*, s. 44.

¹⁰ Zob. np. instytucję zatwierdzania ugody zawartej przed mediatorem przez sąd w postępowaniu cywilnym - art.183¹⁴ k.p.c. czy instytucje uznawania i stwierdzenia wykonalności wyroku sądu polubownego lub ugody przed nim zawartej - art.1212 – 1217 k.p.c.

¹¹ Z. Kmiecik, *Mediacja i koncyliacja w prawie administracyjnym*, Kraków 2004, s. 22–23; Por. również: N. Alexander, *Mediation in the Modern Millenium*, raport generalny w sekcji postępowania cywilnego

można określić mianem „*koegzystencyjnego wymiaru sprawiedliwości*” (*co-existential justice*)¹².

Prezentowane pojmowanie terminu „wymiar sprawiedliwości” **zgodne jest z tendencjami wynikającymi z podejścia ponadnarodowego**. Tytułem przykładu konieczność ulepszania dostępu do wymiaru sprawiedliwości przez stosowanie form ADR oraz ich uzupełniający względem sądowego wymiaru sprawiedliwości charakter podkreśla np. Komisja Europejska w tzw. Zielonej Księdze (*Green Paper*) z dnia 10 kwietnia 2002 r.¹³ czy Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/52/WE z dnia 21 maja 2008 r. w sprawie niektórych aspektów mediacji w sprawach cywilnych i handlowych¹⁴.

4) Uzupełniające formy wymiaru sprawiedliwości

W związku z powyższym opiniujący proponują posługiwanie się w nauce i praktyce prawniczej terminem „**uzupełniające formy wymiaru sprawiedliwości**” (*„Complementary Forms of Justice”*) na oznaczenie instytucji mediacji i innych form ADR. Propozycję terminologiczną sformułowałam celem wyraźnego podkreślenia, iż są to formy szeroko (*przedmiotowo-funkcjonalnie*) rozumianego wymiaru sprawiedliwości, które z formą sądowego wymiaru sprawiedliwości łączą **relacje uzupełniania symbiotycznego (wzajemnego pożytku)**¹⁵ oraz **subsidiarności a nie**

przygotowany na XVI Kongres Międzynarodowej Akademii Prawa Porównawczego – referat powielony, Brisbane, 14–20 lipca 2002, s. 3 – za Z. Kmiecik, *op. cit.*, s. 23.

¹² M. Cappelletti, *Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement*, „The Modern Law Review” 1995, nr 56, s. 287– za Z. Kmiecik, *op. cit.*, s. 23.

¹³ „ADR are an integral part of the policies aimed at improving access to justice. In effect, they complement judicial procedures, insofar as the methods used in the context of ADRs are often better suited to the nature of the disputes involved. ADR can help the parties to enter into dialogue where this was not possible before, and to come to their own assessment of the value of going to court.” – zob.: COM (2002)196, April 2002, http://europa.eu.int/eur-lex/en/com/gpr/2002/com2002_0196en01.pdf (*Green Paper*, s. 8).

¹⁴ *Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters* - opublikowana w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 24 maja 2008 r., OJ L 136, 24.5.2008.

¹⁵ Por. R. Morek, *op. cit.*, Warszawa 2004, s. 73; L. Morawski stwierdza wprost, iż: „instytucje alternatywne (ADR) powinny stanowić uzupełnienie sądowego wymiaru sprawiedliwości... Procedury alternatywne nie powinny bowiem wykluczać sądowego wymiaru sprawiedliwości, ale go uzupełniać, ale uzupełniając powinny stanowić zarazem dla niego konkurencję.” – L. Morawski, *op. cit.*, s. 192–193; Na idee uzupełnienia przez ADR możliwości opanowywania sporów przez sądy, a także doprowadzenia do „ulepszenia” wymiaru sprawiedliwości, wskazuje A. Korybski – zob. A. Korybski, *Alternatywne formy rozwiązywania sporów w USA. Studium teoretyczno prawne*, Lublin 1993, s. 10, 67, 89; J. Jabłońska-Bonca uważa iż: „niektóre typy negocjacji są prawnie związane z wymiarem sprawiedliwości albo podejmowaniem decyzji w administracji. Prawo

antagonistycznej konkurencji, oparte o wspólne realizowanie **prawa obywatelskiego do „dobrego” wymiaru sprawiedliwości** oraz **postulat włączenia społeczeństwa obywatelskiego w jego wymiar**¹⁶.

Postulat włączenia społeczeństwa obywatelskiego w wymiar sprawiedliwości koresponduje ponadto z ideą *participatory and individualized justice*¹⁷, polegającą na trwałym wprowadzeniu różnorodnych procedur decyzyjnych, opartych na rokowaniach do postępowania sądowego, w celu zwiększenia wpływu stron nie tylko na samą treść decyzji kończącej spór, ale także na sposób wypracowania tej decyzji¹⁸. Warunkiem osiągnięcia tego celu jest istnienie „elastyczności wymiaru sprawiedliwości, umożliwiającej dobór procedury rozstrzygania lub rozwiązania sporu do swoistości spornej sytuacji, trwałości poprawnych relacji między stronami oraz ochrony uzasadnionych oczekiwań otoczenia społecznego”¹⁹.

Przez „**uzupełnianie symbiotyczne**” rozumiem korzystny dla obu typów wymiaru sprawiedliwości (a w konsekwencji dla stron sporów prawnych) **proces dopełniania sądowego wymiaru sprawiedliwości** przez uzupełniające formy wymiaru sprawiedliwości, charakteryzujący się **odciążaniem sądów** w rozstrzyganiu lub rozwiązywaniu sporów prawnych, **w ramach pozytywnie rozumianej konkurencji**²⁰. Formy ADR powinny być postrzegane nie tylko jako odrębny system rozwiązywania sporów (*a distinct system of dispute resolution*), ale i system sprzężony z

kształtuje je jako instytucje alternatywne albo uzupełniające postępowanie przed organami państwa.” – J. Jabłońska-Bonca, *Prawnik a sztuka negocjacji i retoryki*, Warszawa 2002, s. 179.

¹⁶ Włączenie społeczeństwa obywatelskiego w proces wymiaru sprawiedliwości oraz prawo obywateli do dobrego wymiaru sprawiedliwości postulował również Rzecznik Praw Obywatelskich, prof. A. Zoll – zob.: wystąpienie w Senacie RP we wrześniu 2002 r., stenogram z 24 posiedzenia Senatu RP – www.senat.gov.pl/k5/dok/sten/024/t.htm; zob. również: R. Morek, *op.cit.*, Warszawa 2004, s. 73–74.

¹⁷ Jednym z haseł wysuwanych przez zwolenników ADR była i jest idea „*participatory and individualized justice*” – tj. idea wymiaru sprawiedliwości dostosowanego do warunków konkretnego sporu oraz stwarzającego możliwość aktywnego udziału stron w jego rozwiązywaniu, w szczególności poprzez możliwość doboru najlepszego w danych warunkach sposobu rozwiązania sporu, jak również wypracowania treści ostatecznej decyzji kończącej spór (założenie ograniczonej ingerencji normatywnej w procesy opanowywania sporów). W takim ujęciu sądowi jako instytucji publicznej przypada jedynie rola „ostatecznego zabezpieczenia” (*last resort*) słusznych roszczeń strony. – por. A. Korybski, *op. cit.*, s. 172.

¹⁸ *Ibidem*, s. 188.

¹⁹ *Ibidem*, s. 188–189.

²⁰ „Bez instytucji alternatywnych, które zmuszą sądy do współzawodnictwa w walce o klientów, nie wydaje się możliwa radykalna poprawa sądowego wymiaru sprawiedliwości” – L. Morawski, *op.cit.*, s. 193; podobnie A. Korybski, *op.cit.*, s. 80, 86; Uzupełniający i konkurencyjny charakter mediacji i innych form ADR w stosunku do sądowego wymiaru sprawiedliwości akcentowany jest również w literaturze amerykańskiej – zob. np. J. Resnik, *Many Doors? Closing Doors? Alternative Dispute Resolution and Adjudication*, 10 „Ohio State Journal on Dispute Resolution” 1994–1995, s. 253–261.

sądowym wymiarem sprawiedliwości²¹. Nieuzasadnione jest wobec tego traktowanie ich wyłącznie jako form konkurencyjnych (*stricte* alternatywnych) w stosunku do postępowania sądowego, mających stanowić *panaceum* na wszystkie wady sądowego trybu rozstrzygania sporów we współczesnych organizacjach państwowych²². *Complementary Forms of Justice* mają w istocie wspierać funkcjonowanie systemu sądowego i odciążać go tam, gdzie jest to możliwe i celowe²³ – tj. uzupełniać oraz „ulepszać tradycyjny wymiar sprawiedliwości”²⁴. Jak trafnie wskazuje A. Korybski „moc ADR tkwi w jego adaptacyjnych możliwościach, w komplementarności, nie zaś w alternatywnie wobec sądu i procesu sądowego”²⁵.

Przez relacje **subsydiarności** (pomocniczości) rozumiem prawidłowość polegającą na podejmowaniu prób rozwiązywania indywidualnych sporów prawnych od jak najmniej zinstytucjonalizowanych i sformalizowanych form, gwarantujących stronom ich jak najszerzy wpływ na treść decyzji kończącej spór oraz sposób jej wypracowania. **Formy bardziej zinstytucjonalizowane i sformalizowane powinny być wykorzystywane co do zasady pomocniczo, dopiero wtedy, gdy poprzednie formy nie doprowadziły do zakończenia sporu** - pod warunkiem jednak, iż jest to **zgodne z wynikiem przeprowadzonej** (po nieudanych bezpośrednich negocjacjach stron) **procedury ustalania i wyboru optymalnej formy opanowania konkretnego sporu**, najlepiej z udziałem osoby profesjonalnie przygotowanej do diagnozowania sporów np. radcy prawnego.

Mediacja oraz pozostałe tzw. *Complementary Forms of Justice* **mogą** – w zależności od formy i specyfiki krajowego systemu prawnego - **uzupełniać sądowy wymiar sprawiedliwości** m.in. o:

- 1) możliwość rozwiązania sporu prawnego przez same strony na drodze bezpośrednich negocjacji, wiodących do zawarcia porozumienia;
- 2) możliwość opanowania sporu prawnego w trybie przedsądowym z udziałem osoby trzeciej – tzw. droga niesądowa, nie wykorzystująca konstrukcji

²¹ Por. N.Alexander, *Mediation in Practice: Common Law nad Civil Law Perspectives Compared*, 6 „International Trade & Business Law” 2001, s. 2–3 – za Z. Kmiecik, *Mediacja i koncyliacja ...*, s. 23.

²² Za A. Korybskim, należy wskazać, iż form ADR nie można traktować, jako *panaceum* na wszystkie wady mechanizmu opanowywania sporów we współczesnych państwach. „Możliwości oddziaływania poszczególnych form ADR są ograniczone i uwarunkowane sytuacyjnie, podobnie zresztą jak możliwości skutecznego opanowywania sporów przez sąd oraz inne sposoby oddziaływania.” – A. Korybski, *op. cit.*, s. 182.

²³ Por. Z. Kmiecik, *op. cit.*, s. 23–24.

²⁴ A. Korybski, wskazuje, iż: „na przełomie lat 70. i 80. stało się dla większości działaczy (ruchu ADR) oczywiste, że podstawowym celem ruchu jest nie tyle wsparcie sądu jako instytucji rozstrzygającej spory, ile ulepszenie tradycyjnego wymiaru sprawiedliwości.” – A. Korybski, *op. cit.*, s. 86–87.

²⁵ A. Korybski, *op. cit.*, s. 182.

- postępowania sądowego (m in. *corporate ombudsman, neutral fact finding, med-arb*, arbitraż, mediacja, *confidential listening*);
- 3) możliwość opanowania sporu prawnego w trybie przedsądowym z udziałem osoby trzeciej – tzw. droga niesądowa, wykorzystująca elementy konstrukcji postępowania sądowego (m in. *mini-trial, private judging* - jako formy quasi-sądowe);
 - 4) możliwość opanowania sporu prawnego z udziałem osoby trzeciej, przed przystąpieniem przez sąd do rozpoznania sprawy już zawisłej, bądź w trakcie postępowania sądowego (m in. *pretrial settlement conferences, early neutral evaluation, litigation management, summary jury trial, court – annexed mediation* lub *court – annexed arbitration*)²⁶.

5) Mediacyjna specyfika wymierzania sprawiedliwości a sądowe wymierzanie sprawiedliwości;

W ramach mediacyjnej specyfiki wymierzania sprawiedliwości kryterium sprawiedliwości/słuszności (nie posiadające jednej, powszechnie przyjmowanej definicji) rozwiązania sporu ma bardziej proceduralny, a zarazem subiektywny wymiar, albowiem fundamentalna kategoria „sprawiedliwości”, podobnie jak i kategoria „prawdy” odkrywane są poprzez (kształtowany podczas „proceduralnie sprawiedliwego” dyskursu mediacyjnego) konsensus stron (supremacja wspólnego uznania faktów lub dowodów nad ich obiektywnym istnieniem). Wymierzanie sprawiedliwości w trakcie dyskursu opiera się zatem na ustalonym przez same strony konfliktu wspólnym mianowniku (poczuciu) tego co w konkretnej sprawie jest sprawiedliwe, osiąganym na drodze dyskursu argumentacyjnego, u którego podstaw leżą wzajemnie akceptowane przez strony (najczęściej również internalizowane powszechnie, w ramach zasad sprawiedliwości społecznej) przekonania, normy i wartości²⁷

Za E.Waldman należy wskazać na **trzy modele mediacji**, które można wyróżnić ze względu na **kryterium roli norm społecznych** w procesie rozwiązywania sporu na drodze dyskursu mediacyjnego: *norm-generating mediation, norm-educating mediation* oraz *norm-advocating mediation*²⁸.

²⁶ Por. A. Korybski, *op.cit.*, s.136.

²⁷ Szerzej na temat specyfiki wymierzania sprawiedliwości w mediacji w porównaniu do postępowania sądowego zob. A.Zienkiewicz, *Studium mediacji ...*, s.231-245.

²⁸ Szerzej zob. E.Waldman, *Identifying Role of Social Norms in Mediation: A Multiple Model Approach*, 48 „Hastings Law Journal” 1997, s.703 i n.; E.Waldman, *The Challenge of Certification: How to Ensure Mediator*

W ramach modelu *norm-generating* mediator unika odwoływania się do norm systemu społecznego (norm prawnych, moralnych, obyczajowych itp.), w ten sposób dając stronom maksimum swobody w tym zakresie i umożliwiając im rozwiązanie sporu wyłącznie w oparciu o osobiste preferencje.

Norm - educating model zakłada natomiast, iż mediator za pomocą różnych technik (uzależnionych od przyjętej strategii) powinien edukować strony w zakresie relewantnych dla ich sporu norm społecznych. Strony dyskursu mediacyjnego mogą, ale nie muszą oprzeć rozwiązanie sporu na normach prawnych czy etycznych. Kardynalnym celem w ramach tego ujęcia modelowego jest przede wszystkim zapewnienie stronom świadomości/wiedzy co do ich pozycji w sporze, ocenianej przez pryzmat norm głównych podsystemów normatywnych (prawa, moralności, zwyczajów, czy religii). Jednocześnie akcentowana jest reguła, że to strony są wyłącznym „właścicielem/decydentem rozwiązania sporu” a nie społeczeństwo (normy społeczne).

Trzeci model określany mianem *norm-advocating* przyjmuje, iż założenia konkurencyjnych dwóch modeli niewystarczająco chronią interesy stron i otoczenia społecznego. Stąd też mediator powinien nie tylko informować strony o relewantnych normach prawnych, czy etycznych, ale również nakłaniać je, aby porozumienie zawarte między nimi respektowało ich dyspozycje. W tym sensie mediator wykracza poza rolę edukacyjną i staje się strażnikiem norm i wartości powszechnie obowiązujących w społeczeństwie²⁹.

W realiach regulacji prawa polskiego, zważywszy chociażby na sankcję nieważności przewidzianą w art. 58 kc oraz przesłanki tzw. zatwierdzenia ugody zawartej przed mediatorem (183¹⁴ § 3 k.p.c) - należy opowiedzieć się za trzecim z zaprezentowanych modeli.

Omawiając specyfikę wymierzania sprawiedliwości w ramach mediacji należy przedstawić przynajmniej **ogólną charakterystyką modelu decyzyjnego w mediacji klasycznej** (zorientowanej *problem-solving/interest-based*) **w ujęciu porównawczym w stosunku do modelu sądowego podejmowania decyzji**³⁰. Należy podkreślić, iż dyskurs mediacyjny jest nie tylko procesem komunikacyjnym, poznawczym oraz relacyjnym, ale również decyzyjnym. Na końcu tego procesu pojawia się w udanej mediacji specyficzna decyzja rozwiązująca spór – tj. obustronna akceptacja treści i formy

Competence While Preserving Diversity, 30 „University of San Francisco Law Review” 1995-1996, s.723-756.

²⁹ W ramach modelu *norm-advocating* zadaniem trudnym i wymagającym szczególnej troski jest zachowanie przez mediatora bezstronności (neutralności) w sprawie tak, aby w konsekwencji nie doszło do naruszenia fundamentalnej reguły dyskursu mediacyjnego - autonomii stron (dobrowolności mediacji) w zakresie zawarcia i treści ugody.

³⁰ Por. A.Kalisz, A.Zienkiewicz, *Wymierzanie sprawiedliwości a mediacja ...*, s.263-274.

porozumienia. Ponadto w trakcie szeroko pojętego dyskursu mediacyjnego pojawia się wiele innych decyzji: począwszy od decyzji o przystąpieniu do mediacji, wyborze osoby mediatora, reguł, etapów, strategii mediacyjnej, po alokację czasoprzestrzenną mediacji, czy decyzje w trakcie negocjacji pośredniczących oraz decyzje interpretacyjne reguł mediowania. Decyzja końcowa ma swoją odrębną specyfikę – głównie co do formy (czasami niepisana) i braku konieczności powiązania jej treści bezpośrednio z dyspozycjami norm prawnych. Ponadto brak jest potrzeby dokonywania w postępowaniu mediacyjnym racjonalizacji wtórnej – tj. zaopatrzenia jej w odpowiednio skonstruowane uzasadnienie.

Proces decyzyjny w mediacji klasycznej znacznie różni się od paradygmatu adjudykacyjnego. **Model sądowego rozstrzygnięcia sporu** można zamknąć w uproszczonym schemacie:

1. Ustalenie stanu faktycznego;
2. Ustalenie adekwatnego dla sprawy stanu prawnego (wraz z dokonaniem interpretacji);
3. Subsumpcja (podciągnięcie stanu faktycznego pod ustaloną, adekwatną normę prawną – kwalifikacja prawna stanu faktycznego);
4. Decyzja końcowa (ustalenie i dobór konsekwencji prawnych) – ustalenie sprawiedliwego rozstrzygnięcia.
5. Wydanie/sporzządzenie i uzasadnienie orzeczenia – wymierzenie sprawiedliwości.

Natomiast najważniejsze **etapy modelu mediacyjnego** (w mediacji klasycznej typu *problem –solving*) w uogólnieniu przedstawiają się następująco:

1. Identyfikacja interesów i potrzeb stron (zastępująca prymat ustaleń faktycznych);
2. Zidentyfikowanie tzw. potencjalnej przestrzeni porozumienia - kreowanie opcji rozwiązania sporu;
3. Mediacyjna „subsumpcja”, czyli podciągnięcie potencjalnych konsekwencji (tj. wykreowanych opcji rozwiązania sporu) pod mediacyjną „normę podstawową”;
4. Decyzja końcowa – tj. wybór określonych konsekwencji - ustalenie sprawiedliwego/słusznego rozwiązania;
5. Sporządzenie treści i zawarcie porozumienia (brak potrzeby uzasadniania, tzw. racjonalizacji wtórnej) – wymierzenie sprawiedliwości.

Różnice pomiędzy obydwooma schematami decyzyjnymi, odnosząc się wprost do mediacji można ująć zatem następująco³¹:

³¹ Por. A.Zienkiewicz, *Studium mediacji ...*, s. 243-245.

Po pierwsze, ustalenie stanu faktycznego – schodzi na dalszy plan, bo mediacja koncentruje się raczej na konstelacji „teraźniejszość/przyszłość”, niż – jak w przypadku procesu sądowego - „przeszłość/teraźniejszość”, na celach i interesach stron, a nie na retrospektywnym „poszukiwaniu racji”.

Po drugie, ustalenia walidacyjne, czyli ustalenie źródeł prawa potrzebnych dla rekonstrukcji normy prawnej – nie są najważniejsze, gdyż zazwyczaj nie normy prawne są w mediacji podstawą rozwiązania sporu. Bywają jednak istotne, gdy postępowanie mediacyjne nie powinno kończyć się ugodą zawartą *contra* lub *preter legem*, z uwagi na rygor skutków przewidzianych w systemie prawnym danego państwa, np. w Polsce w art. 58 kodeksu cywilnego oraz w art. 183¹⁴ § 3 kodeksu postępowania cywilnego³². Strony wypracowują rozwiązanie na podstawie tego, co uznają za słuszne, czerpiąc często normy materialne z podsystemów normatywnych takich jak moralność, zwyczaj, czy etyka grupowa/zawodowa.

Po trzecie, **subsumpcja mediacyjna** ma charakter „odwrócony” w stosunku do modelu sądowego – polega nie na podciągnięciu tego, co miało miejsce w przeszłości (faktów) pod wyinterpretowaną z przepisów (i innych źródeł prawa) normę, lecz na swoistej ocenie, czy wykreowane przez strony opcje przyszłego rozwiązania sporu (tj. w pewnym sensie wykreowane konsekwencje ich wcześniejszych zachowań, które doprowadziły do zaistnienia sporu) „mieszczą się” w ramach mediacyjnej „normy podstawowej”. Treść „**normy podstawowej**” można określić w następujący sposób: „*Określoną opcję rozwiązania sporu należy uznać za rozwiązanie sprawiedliwe (słuszne) gdy:*

- 1) *jest wzajemnie akceptowalne w całości przez wszystkie strony sporu;*
- 2) *uwzględnia interesy i potrzeby wszystkich stron sporu;*
- 3) *jest możliwe do spełnienia (realne);*
- 4) *nie jest sprzeczne z prawem lub zasadami współżycia społecznego albo nie zmierza do obejścia prawa według polskiego kodeksu postępowania cywilnego - dodatkowo:*
- 5) *nie jest niezrozumiałe;*

³² Art. 183¹⁴ §3 kodeksu postępowania cywilnego z dnia 17 listopada 1964 r stanowi: „Sąd odmawia nadania klauzuli wykonalności albo zatwierdzenia ugody zawartej przed mediatorem, w całości lub części, jeżeli ugoda jest sprzeczna z prawem lub zasadami współżycia społecznego albo zmierza do obejścia prawa, a także gdy jest niezrozumiała lub zawiera sprzeczności.” Art. 58 kodeksu cywilnego z dnia 26 kwietnia 1964 r. stanowi: „§ 1. Czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy. § 2. Nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego. § 3. Jeżeli nieważnością jest dotknięta tylko część czynności prawnej, czynność pozostaje w mocy co do pozostałych części, chyba że z okoliczności wynika, iż bez postanowień dotkniętych nieważnością czynność nie zostałaby dokonana.”

6) *nie zawiera sprzeczności*”.

Po czwarte, ustalenie konsekwencji ma charakter autonomiczny, pochodzi od stron sporu i zostaje jedynie zaakceptowane przez sąd poprzez instytucję zatwierdzenia ugody i ewentualnego nadania jej klauzuli wykonalności zawartą w art. 183¹⁴ § 3 k.p.c.

Po piąte, z uwagi na ową autonomiczność decyzji brak jest wymogu, a wręcz i potrzeby uzasadniania decyzji, gdyż przekonanie co do niej strony (które same wszak najpierw wygenerowały opcje rozwiązania sporu, potem znalazły opcję kompromisową, którą następnie zaakceptowały) wyrażają poprzez zawarcie ugody.

6) Generalny przebieg wymierzania sprawiedliwości – sąd, arbitraż, mediacja

Przeciwstawianie powyższych modeli procesu decyzyjnego w postępowaniu sądowym i mediacyjnym, pełniące ważną rolę przy opisywaniu różnic pomiędzy sądowym rozstrzygnięciem a alternatywnym rozwiązywaniem sporów, może sprawiać mylne wrażenie, że obie te konstrukcje nie mają ze sobą nic wspólnego, podczas gdy łączy je ten sam cel główny – tj. opanowanie sporu³³, a także **generalna trój etapowa struktura fazowa**:

- 1) Etap pierwszy to ustalenie treści sprawiedliwego rozwiązania/rozstrzygnięcia;
- 2) Etap drugi to wymierzenie (narzucenie/zaakceptowanie) sprawiedliwego rozwiązania/rozstrzygnięcia (*najczęściej w formie czynności konwencjonalnej – np. poprzez ogłoszenie wyroku, podpisanie ugody*);
- 3) Etap trzeci to zmaterializowanie – realizacja sprawiedliwego rozwiązania/rozstrzygnięcia (*dobrowolne spełnienie postanowień wyroku/ ugody albo ich przymusowa aktywizacja np. na drodze egzekucji sądowej*).

Oczywiście szczegółowa analiza komparatystyczna pozostałych celów czy samego procesu decyzyjnego obecnego w ramach poszczególnych form opanowywania sporów ujawnia indywidualną specyfikę każdej z nich (np. porównując subsumpcje sądową

³³ Należy za F.E.A.Sander podkreślić, iż sądy mają do spełnienia dwie główne role, które warto aby były odróżniane. Po pierwsze, sądy powinny w ramach procedury stosowania prawa dokonywać wykładni prawa oraz stać na straży realizacji zasad, reguł prawnych oraz wartości społecznych, po drugie ich rolą jest rozstrzygnięcie sporów stron – por. F.E.A.Sander, *The Future of ADR*, “Journal of Dispute Resolution”, 2000, nr 1, s.4.

z mediacyjną subsumpcją „odwróconą” czy chociażby kwestie potrzeby racjonalizacji wtórnej – uzasadniania wyroku sądowego oraz ugody mediacyjnej)³⁴.

7) Obligatoryjność instytucji mediacji – uwagi w kontekście zapewnienia obywatelom szerszego dostępu do wymiaru sprawiedliwości

Problematyka szerszego dostępu obywateli do wymiaru sprawiedliwości poprzez wzmacnianie stosowania instytucji mediacji powinna być postrzegana co najmniej w dwóch głównych aspektach.

Po pierwsze, zgodnie z wcześniej przedstawionym wywodem strony konfliktu decydując się na opisanie własnego sporu poprzez mediację otrzymują możliwość partycypowania w wymierzaniu sprawiedliwości w szerszym (przedmiotowo-funkcyjnym) znaczeniu, doprowadzając przy pomocy mediatora do konsensualnego ustalenia treści jego sprawiedliwego/słusznego rozwiązania, dokonując czynności konwencjonalnej w postaci zawarcia ugody zawierającej to rozwiązanie, a następnie je materializując, poprzez realizację uzgodnionych w porozumieniu postanowień. Instytucja mediacji stwarza stronom szansę na zdecydowanie szybsze, tańsze, często nie wymagające korzystania z wiedzy eksperckiej (biegłego, prawnika) opisanie sporu, stwarzające szanse na likwidację przyczyn konfliktu, satysfakcję obydwu stron, poprawę ich relacji, a nawet współpracę w przyszłości.

Po drugie, przeniesienie znacznej ilości sporów prawnych na forum postępowań mediacyjnych może istotnie odciążyć i usprawnić pracę sądów, zmniejszając przewlekłość postępowań sądowych i tym samym wzmacniając realizację prawa do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd (art.45 Konstytucji RP). Rozwiązywanie sporów prawnych na drodze ugody zawartej przed mediatorem zmniejsza ryzyko wygenerowania kolejnego sporu pomiędzy stronami, co jest nierzadko spotykane w przypadku postępowań sądowych, które antagonizują strony, eskalują konflikt i mogą w przypadku przegranej albo wygranej w procesie motywować każdą ze stron do wszczynania kolejnych sporów sądowych (przegraną poszukuje możliwości „odegrania się”, wygrany „utwierdzony” zwycięstwem, poszukuje zaspokojenia dalszych roszczeń). Podczas gdy odpowiednio poprowadzona mediacja stwarza szansę na edukowania stron w zakresie zapobiegania eskalacji przyszłych konfliktów, ich diagnozy oraz polubownego rozwiązywania samodzielnie lub z udziałem mediatora, który niejednokrotnie po zawarciu ugody w mediacji, może proponować tzw. monitoring i pomoc w jej prawidłowej realizacji.

³⁴ Szerzej na temat porównania procesu decyzyjnego w postępowaniu sądowym z mediacją klasyczną – zob. A.Kalisz, A.Zienkiewicz, *Wymierzanie sprawiedliwości a mediacja ...*, s.263-274.

Prowadząc rozważania na temat zwiększenia dostępu obywateli do wymiaru sprawiedliwości poprzez odpowiednie wprowadzenie obligatoryjności postępowania mediacyjnego w niektórych typach sporów należy w pierwszej kolejności ustosunkować się do co najmniej **trzech (3) fundamentalnych zagadnień**:

1. jaki model obligatoryjności postępowania mediacyjnego przyjmą regulacje prawne?
2. czy nie zostanie przez to naruszona gwarantowana konstytucyjnie zasada prawa do sądu (zob. art.45 Konstytucji RP)?
3. czy istnieją dostateczne racje za tym aby ograniczyć/wyłączyć konstytucyjną cechę i zarazem podstawową zasadę mediacji jaką jest jej dobrowolność, a także w jakim jej aspekcie i na jakim etapie sporu (zob. art.183¹ §1 kpc)?

Obligatoryjność postępowania mediacyjnego w zależności od przyjętej przez Prawodawcę formuły może mieć **różną postać**³⁵.

Nie wchodząc na obecnym etapie rozważań w nadmierną szczegółowość modelowo należałoby zwłaszcza odróżnić wariant w ramach którego:

³⁵ Na przykład identyfikowaną na pięciostopniowej skali rozwiniętej przez T.Sourdin, w polskiej literaturze przybliżoną m.in. przez M.Flota, która zaproponował następującą charakterystykę skalowego podejścia do dobrowolności / obligatoryjności mediacji:

- „1. Dobrowolność – mediacja pozasądowa bądź ze skierowania sądu, na którą strony mogą się nie zgodzić.
2. Wymóg uczestnictwa w sesji bądź konferencji informacyjnej na temat mediacji.
3. „Miękkie sankcje” – dodatkowe przywileje za udział w mediacji bądź obostrzenia za jego brak, np. większe koszty procesu dla stron, które nie skorzystały z tej formy i nie przedstawiły ważnych okoliczności usprawiedliwiających.
4. System *opt-out* – domyślny udział w mediacji (kategorycznej bądź dyskrecjonalnej) dla wszystkich, z możliwością zwolnienia.
5. System bezwyjątkowy – obowiązkowy udział w mediacji przedsądowej albo ze skierowania sądu w toku procesu dla wszystkich, bez możliwości zwolnienia i z sankcjami w wypadku braku udziału stron w procedurze mediacyjnej (w postaci np. nieprzyjęcia sprawy do rozpoznania).” – zob. M.Flota, *Możliwość wprowadzenia obowiązkowej mediacji w Polsce*, Warszawa 2013, s.9 <http://www.isp.org.pl/uploads/pdf/1114632877.pdf>; por. T. Sourdin, *Making People Mediate, Mandatory Mediations in Court-Connected Programmes*, [w:] D. Spencer, T. Altobelli, *Dispute Resolution in Australia: Cases, Commentary and Materials 2005*, s. 148 – za: M.Flota, *op.cit.*

- a) obligatoryjność mediacji w niektórych typach spraw wynika wprost z ustawy (obligatoryjność bezwarunkowa);
- b) obligatoryjność mediacji w niektórych typach spraw wynika z dyskrecjonalnej władzy sędziego (obligatoryjność dyskrecjonalna).

Kluczową kwestię stanowi odpowiednie ustalenie tego, jakich typów spraw dotyczyłaby mediacja obligatoryjna.

Ponadto modelowo warto odróżnić wariant w ramach, którego strony objęte obligatoryjnością są kierowane:

- a) na posiedzenie informacyjne na temat mediacji (wariant minimalistyczny)
- b) na pierwszą sesję mediacyjną (wariant podstawowy)
- c) do całego postępowania mediacyjnego (wariant maksymalistyczny).

Możliwe jest również łączenie w/w wariantów np. a) z b), czy a) z c).

Obligatoryjność mediacji może w zależności od przyjętego rozwiązania legislacyjnego dla danego typu sporów dotyczyć obydwu stron mediacji albo tylko jednej z nich (np. tzw. „podmiotu silniejszego” w sporach konsumenckich czy pracowniczych – tj. odpowiednio przedsiębiorcy czy pracodawcy).

Obligatoryjność mediacji może się wreszcie się wiązać:

- a) z koniecznością jej odbywania niezależnie (a nawet równolegle) od postępowania sądowego albo
- b) z koniecznością jej odbycia jako warunku uzyskania dostępu stron do sądu.

Ustosunkowując się do drugiego zagadnienia, należy podkreślić, iż wątpliwości konstytucyjnoprawne może budzić takie rozwiązanie legislacyjne, które uzależnia możliwość skorzystania z prawa do sądu od wcześniejszego zastosowania przez strony sporu mediacji. W ocenie opiniującego, przyjęcie **odpowiedniego rozwiązania ustawowego w analizowanej materii nie będzie prowadzić do naruszenia konstytucyjnie gwarantowanego prawa do sądu, gdy utrzymany zostanie brak przymusu zawarcia przez strony w mediacji ugody oraz gdy jej nie zawarcie nie będzie przeszkodą do następczego skierowania sprawy do postępowania sądowego albo jego kontynuacji w sytuacji tzw. mediacji ze skierowania sądu**³⁶. Stąd też odpowiednie wprowadzenie obligatoryjności postępowania mediacyjnego w niektórych typach sporów nie powinno prowadzić do naruszenia prawa

³⁶ Podobnie: R. Morek, Dopuszczalność obligatoryjności mediacji online, <http://www.rozwiązanywiesporow.pl/2016/11/04/dopuszczalnosc-obligatoryjnosci-mediacji-online/>

do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd. Istotnym jest jednak aby prawodawca projektując rozwiązania legislacyjne dotyczące mediacji obligatoryjnej nie tracił z pola widzenia rzeczoności prawa, stwarzając np. możliwość doprowadzania przez nierzetelną stronę sporu (zwłaszcza dłużnika) do nieuzasadnionego wydłużania możliwości wszczęcia postępowania sądowego. Zakreślenie przez ustawodawcę lub sąd stosunkowo krótkiego okresu na przeprowadzenie obligatoryjnej mediacji (zwłaszcza do dnia pierwszego terminu przewidzianego na rozprawę/posiedzenie sądu) wydaje się być rozwiązaniem pożądanym, tak aby mediacja nie stanowiła dla nierzetelnych dłużników jedynie sposobu wydłużania dochodzenia od nich należności, co powinno łączyć się tym samym z należytą ochroną praw i interesów wierzycieli.

Konsekwencja i porządek rzeczy wymaga, aby w tym miejscu zauważyć, iż w **aktualnym stanie prawnym w Polsce istnieje możliwość obligatoryjnego skierowania stron** postępowania sądowego w sprawach cywilnych na posiedzenie informacyjne dotyczące mediacji (zob. art. 183⁸§4-6 kpc). **Specyficzna obligatoryjność** postępowania mediacyjnego jest też już obecna np. w ramach tzw. rozwiązywania sporów zbiorowych z zakresu prawa pracy (zob. 10 ustawy z dnia 23 maja 1991 r. o rozwiązywaniu sporów zbiorowych, tekst jedn. z dnia 20.02.2015 r., Dz.U.2015.295) czy chociażby w ramach mediacji sądowno-administracyjnej (zob. art.115 ustawy z dnia 30.08.2002 r. prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, tekst jedn. z dnia 10.05.2016 r., Dz.U.2016.718)³⁷. Ustawa z dnia 23 września 2016 r. o pozasądowym rozwiązywaniu sporów konsumenckich jedynie wspomina o obligatoryjnym korzystaniu z pozasądowego rozwiązywania sporów przed przedsiębiorców, posługując się ogólnym przepisem odsyłającym w art. 31 ust. 1. (Dz.U.2016.1823)³⁸.

Ponadto należy zauważyć, iż **na gruncie regulacji unijnych** - Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/52/WE z dnia 21 maja 2008 r. w sprawie niektórych aspektów mediacji w sprawach cywilnych i handlowych nie zakazuje państwom

³⁷ Artykuł 10 w/w ustawy o rozwiązywaniu sporów zbiorowych stanowi jednoznacznie: „Jeżeli strona, która wszczęła spór, podtrzymuje zgłoszone żądania, spór ten prowadzony jest przez strony z udziałem osoby dającej gwarancję bezstronności, zwanej dalej mediatorem.” Zgodnie z art. 115§1 w/w ustawy prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi na wniosek skarżącego lub organu, złożony przed wyznaczeniem rozprawy, może być przeprowadzone postępowanie mediacyjne. Jednak gdy w ocenie sądu charakter sprawy przemawia za przeprowadzeniem postępowania mediacyjnego może być ono prowadzone mimo braku wniosku stron jego przeprowadzenie (art.115§2 w/w ustawy). Strony nie mają formalnoprawnego środka, aby temu się sprzeciwić (ograniczenie zasady dobrowolności).

³⁸ Art. 31 ust. 1 w/w ustawy stanowi, iż: „Przedsiębiorca, który zobowiązał się albo jest obowiązany na podstawie odrębnych przepisów do korzystania z pozasądowego rozwiązywania sporów z konsumentami, informuje konsumentów o podmiocie uprawnionym, który jest właściwy dla tego przedsiębiorcy.”

członkowskim wprowadzania obowiązkowej mediacji do porządków krajowych³⁹. Natomiast Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/11/UE z dnia 21 maja 2013 r. w sprawie alternatywnych metod rozstrzygania sporów konsumenckich oraz zmiany rozporządzenia (WE) nr 2006/2004 i dyrektywy 2009/22/WE (tzw. dyrektywa w sprawie ADR w sporach konsumenckich - OJ L 165, 18.6.2013, s. 63–79) jedynie ogólnie m.in. w pkt.39 preambuły dopuszcza mediacje obowiązkowe na poziomie prawa krajowego⁴⁰.

Odnosząc się do kwestii istnienia **dostatecznych racji – poza zakładanym celem w postaci zwiększenia dostępu do wymiaru sprawiedliwości – dla wprowadzenia obligatoryjności mediacji**, ograniczającej/wyłączającej konstytutywną cechę i fundamentalną zasadę mediacji, jaką jest jej dobrowolność, w ocenie opiniującego można je odnaleźć w kategoriach, które ściśle związane są z typami danych sporów, predysponowanych do projektowanego rozwiązania legislacyjnego, wśród których należałoby wymienić takie kategorie:

- 1) dobro dziecka, zasada trwałości małżeństwa (np. sprawy o separację, rozwodowe, dotyczące alimentacji, wykonywania władzy rodzicielskiej, ustalenia kontaktów z dzieckiem, podział majątku małżeńskiego itp.);
- 2) istotność jakości i prawdopodobna długotrwałość relacji stron (np. spory rodzinne, pracownicze, sąsiedzkie, niektóre spory gospodarcze);
- 3) słuszny interes publiczny lub społeczny (np. związany z pilną potrzebę odciążenia sądów, zmniejszenia przewlekłości postępowań sądowych, poprawą warunków prowadzenia działalności gospodarczej, czy bezpieczeństwa);

Stąd też wśród **typów sporów, co do których w szczególności powinna być rozważona obligatoryjność postępowania mediacyjnego** należy wymienić m.in:

- 1) spory rodzinne i opiekuńcze, w tym w sprawach małżeńskich, ze stosunków między rodzicami i dziećmi, czy dotyczące wykonywania kontaktów z dzieckiem;
- 2) spory gospodarcze (np. w sprawach budowlanych, ze stosunku spółki, czy o zapłatę);
- 3) spory indywidualne z zakresu prawa pracy;

³⁹ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX%3A32008L0052>

⁴⁰ Pkt.39 preambuły w/w Dyrektywy stanowi: „Podmioty ADR powinny być dostępne i przejrzyste. Aby zapewnić przejrzystość podmiotów i postępowań ADR, niezbędne jest udostępnianie stronom jasnych i przystępnych informacji potrzebnych im do podjęcia świadomej decyzji przed zaangażowaniem się w postępowanie ADR. Przekazywanie takich informacji przedsiębiorcom nie powinno być wymagane w przypadkach, gdy ich udział w postępowaniu ADR jest obowiązkowy na mocy przepisów krajowych”.

- 4) spory konsumenckie⁴¹;
- 5) spory sąsiedzkie;
- 6) spory cywilne o naruszenie dóbr osobistych, zniesienie współwłasności, ustanowienie drogi koniecznej, dział spadku czy o odszkodowanie np. na tle błędów medycznych czy wypadków komunikacyjnych;
- 7) spory cywilne rozpoznawane aktualnie w postępowaniu uproszczonym.

Z pola widzenia przy tym nie można stracić przesłanek ograniczających albo wyłączających zasadność aplikowania mediacji w konkretnej sprawie w ramach danego typu sporu co do zasady predysponowanego do obligatoryjnej mediacji (np. z uwagi na problem z uzależnieniem jednej stron, stosowaniem przemocy, czy silną nierównowagą stron).

W tym miejscu należy wyraźnie podkreślić, iż **dobrowolność w mediacji dotyczy wielu aspektów i należy do jej ograniczenie/wyłączenia podchodzić z należytą ostrożnością, wprowadzając je jedynie w takim zakresie w jakim jest to absolutnie niezbędne**. Dobrowolność strony w postępowaniu mediacyjnym przejawia się w szczególności w takich kwestiach decyzyjnych jak:

- a) decyzja o wszczęciu/zgodzie na przystąpienie do postępowania mediacyjnego;
- 2) decyzja o wyborze/zgodzie na osobę mediatora lub sposób jego wyboru;
- 3) decyzja o treści obowiązującego regulaminu mediacji, w tym zastosowaniu określonych strategii i technik mediacyjnych (np. strategia facylitatywna, ewaluatywna, transformatywna, czy narracyjna) ;
- 4) decyzja o alokacji czasoprzestrzennej mediacji;
- 5) decyzja o formie mediacji – bezpośrednia/pośrednia;
- 6) decyzja o udziale osób trzecich w mediacji (prawnicy, eksperci w dziedzinie sporu, osoby bliskie, świadkowie);
- 7) decyzja o kontynuowaniu postępowania mediacyjnego (możliwość wyjścia z mediacji na każdym jej etapie, tzw. opcja *opt-out*);
- 8) decyzja o zmianie osoby mediatora;
- 9) decyzja o czynnym włączeniu się dyskurs mediacyjny (np. w zakresie tzw. *storytelling*, generowania opcji rozwiązanie sporu, wysłuchania drugiej strony, próby zrozumienia jej argumentacji i uwarunkowań);
- 10) decyzja o przestrzeganiu zasad mediacji, zwłaszcza w zakresie zachowania dobrych obyczajów i zasady szacunku;
- 11) decyzje w toku negocjacji właściwych (żądania, ustępstwa itp.)
- 12) decyzja o ostatecznej treści i zawarciu ugody;

⁴¹ Przy odpowiednim uwzględnieniu zwłaszcza regulacji ustawy z dnia 23 września 2016 r. o pozasądowym rozwiązywaniu sporów konsumenckich (Dz.U.2016.1823).

13) decyzja o formie ugody (ustna, pisemna, akt notarialny itp.).

Analizując aspekty dobrowolności mediacji, które mogłyby doznać ograniczenia/wyłączenia poprzez tzw. obligatoryjność mediacji zwłaszcza dla zakładanego celu głównego w postaci zwiększenia dostępu obywateli do wymiaru sprawiedliwości, wystarczającym wydaje się skoncentrowanie na aspekcie dotyczącym obowiązkowego przystąpienia do postępowania mediacyjnego, a konkretnie tzw. pierwszej sesji zawierającej etap pre-mediacji oraz mediacji właściwej (wariant podstawowy), z wyłączeniem możliwości jej opuszczenia, aż do ogłoszenia jej zakończenia przez mediatora. Tak rozumiana obligatoryjność nie rozciąga się na pozostałe aspekty dobrowolności w ramach postępowania mediacyjnego, w tym zwłaszcza nie narusza zasady autonomii konfliktu i władzy decyzyjnej stron co do ustalenia treści i zawarcia ugody⁴².

Dalsze przymusowe kontynuowanie postępowania mediacyjnego (wariant maksymalistyczny) wydaje się być w wielu przypadkach w praktyce niecelowe, trudno bowiem zakładać, iż strona/y która zdecydowanie nie chce wejść aktywnie (w tym z zachowaniem tzw. dobrej wiary i poszanowaniem innych zasad partycypacji w mediacji) w dyskurs mediacyjny będzie na polecenie mediatora ujawniała własne potrzeby i interesy, poszukiwała przestrzeni porozumienia, generowała opcje rozwiązania sporu, deklarowała zakres ustępstw, przedstawiała własną argumentację czy analizowała z próbą zrozumienia stanowisko drugiej strony. Stąd też w ocenie opiniującego dla zapewnienia efektywności obligatoryjnej, pierwszej sesji mediacyjnej istotne byłoby, aby podczas jej trwania zapewniony zawsze był jej wysoki poziom podmiotowy (profesjonalizm mediatora) oraz przedmiotowy (odpowiedni przebieg sesji mediacyjnej). Z uwagi na zakładany stopień ogólności niniejszej opinii należy bez wchodzenia w szczegóły podkreślić, iż niezbędne wydaje się optymalne poprowadzenie tzw. etapu pre-mediacyjnego (zwłaszcza jeżeli nie było wcześniejszego spotkania informacyjnego), zbudowanie zaufania stron do osoby i profesjonalizmu mediatora, właściwe zmotywowanie stron do mediacji oraz przełamanie istotnych obaw stron przed mediacją, dotyczących tak postępowania mediacyjnego, osoby mediatora, jak i samej strony lub strony przeciwnej⁴³.

Nie można w tym miejscu tracić z pola widzenia, iż jak słusznie wskazuje Społeczna Rada ADR przy Ministrze Sprawiedliwości w preambule „Standardów

⁴² Szerzej na temat zasady dobrowolności, autonomii konfliktu, władzy decyzyjnej stron i innych zasad mediacji zob. np. A.Kalisz, A.Zienkiewicz, *Mediacja sądowa i pozasądowa ...*, s.58-61.

⁴³ Na temat przebiegu pre-mediacji, mediacji właściwej i post-mediacji zob. np. A.Zienkiewicz, *Studium mediacji ...*, s. . 123-137; Na temat obaw stron przed rozwiązywaniem sporu na drodze mediacji oraz ich przełamywania zob. np. A.Zienkiewicz, *Obawy stron przed rozwiązywaniem sporów poprzez mediację* [w:] *Mediacje w prawie*, pod red. J.Czapskiej, M.Szeląg – Dylewskiego, Kraków 2014, s.29-44.

prowadzenia mediacji i postępowania mediatora”, uchwalonych 26.06.2006 r.: „Powodzenie mediacji jako skutecznej metody rozwiązywania konfliktów zależy w dużym stopniu od profesjonalizmu mediatorów i wysokiego poziomu ich etyki zawodowej”⁴⁴, co powinno skłonić ustawodawcę do dokładnego zbadania czy w wypadku wprowadzenia obligatoryjnej mediacji w określonych typach, licznych spraw cywilnych będą mogły być one należycie merytorycznie i w odpowiednio krótkich terminach „obsłużone” w zestawieniu z liczbą profesjonalnie przygotowanych i aktywnie działających w Polsce mediatorów.

Dla wzmocnienia efektywności obligatoryjnej sesji mediacyjnej można dodatkowo rozważyć czy strony mediacji obecne na sesji mediacyjnej z prawnikiem nie powinny nawiązywać z nim stosunku prawnego charakterystycznego dla tzw. „*collaborative lawyering*”, tj. przewidzianego jedynie dla postępowania negocyjacyjnego lub mediacyjnego bez możliwości kontynuowania przez tego prawnika po obligatoryjnej sesji mediacyjnej pomocy prawnej na etapie procesowym, co zdaniem zwolenników tej orientacji zdecydowanie zwiększa zaangażowanie i motywacje prawników w pomoc stronom w polubownym rozwiązaniu sporu⁴⁵.

Rozważając **odpowiedni etap na odbywanie przez strony obligatoryjnej sesji mediacyjnej** należy odróżnić sytuację, gdy strony na etapie przedsądowym z uwagi na obowiązek ustawowy zgodnie przystępują do mediacji od sytuacji gdy do mediacji przedsądowej nie dochodzi z uwagi na brak woli jednej lub obydwu stron, o czym sąd dowiaduje się na etapie próby wszczęcia postępowania sądowego przez jedną ze stron składającą odpowiednio pozew/wniosek do sądu.

W ocenie opiniującego w pierwszej sytuacji sąd powinien mieć jak dotychczas uprawnienie do skierowania stron do ponownej mediacji jeżeli uzna, że pomimo niezakończonych porozumieniem mediacji przedsądowej - strony i charakter sprawy predysponuje do skierowania stron do postępowania mediacyjnego na etapie procesowym.

W drugiej sytuacji w określonych przez ustawodawcę typach sporów przeznaczonych do obligatoryjnej mediacji - sąd powinien obowiązkowo kierować strony do mediacji, której przeprowadzenie stanowiłoby warunek konieczny dla następczego przeprowadzenia postępowania sądowego. Należałoby przy tym rozważyć czy poza

⁴⁴ Szerzej zob. A.Zienkiewicz, *Standardy prowadzenia mediacji i postępowania mediatora – uchwalone przez Społeczną Radę ADR przy Ministrze Sprawiedliwości*, „Studia Prawnoustrojowe” 2012, nr 18, s.185-200.

⁴⁵ Szerzej zob. np.S. Gutterman., *Collaborative Law. A New Model of Dispute Resolution*, Denver 2004.

obowiązkiem skierowania stron do mediacji na początkowym etapie postępowania sądowego (np. przed dniem pierwszego terminu wyznaczonego na rozprawę/posiedzenie sądowe), nie warto byłoby **wzmocnić uprawnień sądu możliwością ponownego obligatoryjnego skierowania stron do mediacji** w określonych typach spraw cywilnych, których rozpoznanie w danej instancji znacznie się przedłuża. Chodzi o to, aby strony miały szansę („z zachowaniem twarzy”, bez obawy okazywania „słabości pozycji”) podjąć próbę polubownego rozwiązania sporu z udziałem mediatora postrzegając ją już z perspektywy doświadczenia przedłużania się postępowania, jego skomplikowanego aspektu jurydycznego czy dowodowego, które nie daje pewności co do treści przyszłego rozstrzygnięcia sądowego (por. tzw. instytucję *settlement days* bądź *settlement weeks*)⁴⁶.

Ponadto już na wstępnym etapie rozważań nad wprowadzeniem obligatoryjnej mediacji do polskiego systemu prawa cywilnego w niektórych typach sporów należy dokonać analizy optymalnego modelu – **źródła finansowania kosztów obligatoryjnej mediacji**, na które mogą składać się co najmniej takie standardowe koszty jak: wynagrodzenie mediatora oraz wydatki związane z wynajęciem pomieszczenia na mediację, korespondencją, dojazdem mediatora itp. Bez wchodzenia w rozwiązania szczegółowe można wskazać, iż podmiotem ponoszącym koszty obligatoryjnej sesji mediacyjnej może być modelowo w szczególności:

- a) Skarb Państwa;
- b) Strony;
- c) Skarb Państwa lub/albo Strony w zależności od przyjęcia różnych przesłanek warunkujących wdrożenie rozwiązań stanowiących zachęty / sankcje ekonomiczne dla stron/strony do przyjęcia efektywnej postawy w dyskursie mediacyjnym.

Możliwe jest również uzależnienie podmiotu zobowiązanego do pokrycia kosztów obligatoryjnej mediacji od typu sporu (np. w sporach pracowniczych, koszty ponosi pracodawca, w sporach konsumenckich przedsiębiorca, w sporach gospodarczych strony sporu w równych częściach). Możliwy jest również model mieszany, tj. podział obciążenia kosztami mediacji – część kosztów w danym typie sporu ponosi Skarb Państwa, pozostałą część strona/strony, np. wynagrodzenie mediatora ponosi Skarb Państwa a wydatki związane z mediacją strony. Godne rozważania są różnego typu zachęty ekonomiczne znane już systemowi prawa cywilnego lub nowe np. w postaci możliwości odliczenia ustalonej przez Prawodawcę kwoty od podatku jeżeli została ona przeznaczona na pokrycie kosztów mediacji obligatoryjnej.

⁴⁶ Szerzej na temat funkcjonowania instytucji *settlement days* bądź *settlement weeks* – zob. np. A.Korybski, op.cit., s.143-145.

Wprowadzony model finansowania mediacji obligatoryjnej co do zasady nie powinien obciążać wyłącznie stron postępowania. Niezależnie od przyjętego modelu finansowania należy go zestawić z instytucją zwolnienia od kosztów mediacji zarezerwowaną dla tych stron, które znajdują się w trudnej sytuacji życiowej, w tym finansowej powodującej, iż poniesienie przez nich jakichkolwiek kosztów mediacji byłoby dla nich nadmiernym obciążeniem.

8) Podsumowanie

Mając na uwadze powyższe rozważania w ocenie autora raportu stanowiąca główny przedmiot analizy **instytucja mediacji powinna być zatem traktowana jako jedna z podstawowych uzupełniających form wymiaru sprawiedliwości** (*Complementary Form of Justice*), której z pewnością **nie można traktować** jako „*second class justice*” („wymiar sprawiedliwości gorszego rodzaju”)⁴⁷. Spotykane w literaturze przedmiotu i praktyce próby „wartościowania jakości” wymierzania sprawiedliwości (istniejącego w ramach różnych form opanowywania sporów), które z jednej strony bezkrytycznie gloryfikują tryb sądowy, deprecjonując jednocześnie inne formy alternatywne (jako mniej wartościowe) należy uznać za niewłaściwe i nazbyt jednostronne⁴⁸. W przekonaniu autora raportu każda z form wymierzania sprawiedliwości ma swoją indywidualną specyfikę, przez co bardziej zasadnym jest postrzeganie i wykorzystywanie określonych form ze względu na obszary ich preferencji (przydatności/odpowiedniości) zastosowania, aniżeli przesądzanie o ich mniejszej lub większej wartościowości, często w oparciu za ledwie o jedno subiektywnie wybrane kryterium oceny⁴⁹.

⁴⁷ Na temat postrzegania mediacji i innych form ADR jako „*second class justice*” – zob. M.Frey, *Symposium: Alternative Dispute Resolution in The Twenty-First Century – Does ADR Offer Second Class Justice?*, 37 „Tulsa Law Review” 2000-2001, s.727-766; A.Korybski, *op.cit.*, s.101; C.McEwen, L.Williams, *Legal Policy and Access to Justice Through Courts and Mediation*, 13 „Ohio State Journal on Dispute Resolution” 1997-1998, s.865,868.; Na temat specyfiki wymierzania sprawiedliwości w procesie mediacji zob. również – T.Christian, *Community Dispute Resolution: First Process or Second – Class Justice?*, 14 „N.Y.U. Review of Law and Social Change” 1986, s.771-784; J.Hyman, L.Love, *If Portia Were A Mediator: An Inquiry Into Justice in Mediation*, 9 „Clinical Law Review” 2002-2003, s.157-193.

⁴⁸ W literaturze przedmiotu obecne są również stanowiska, które gloryfikują formy ADR, jako bardziej odpowiednie, efektywniejsze i sprawiedliwsze (bardziej *fair*) niż postępowanie sądowe – zob. np. J.Resnik, *Many Doors? Closing Doors*” ..., s.246-252; por.: E.Norton, *Justice and Efficiency in Dispute System*, 5 „Ohio State Journal on Dispute Resolution” 1989-1990, s.207-230; J.Weinstein, *Some Benefits and Risks of Privatization of Justice Through ADR*, 11 „Ohio State Journal on Dispute Resolution” 1996, s.241-295.

⁴⁹ Na temat specyfiki (jakości) mediacyjnego wymierzania sprawiedliwości w zestawieniu z sądowym wymierzaniem sprawiedliwości – szerzej zob. A.Zienkiewicz, *Studium mediacji* ..., s.231-242.

Ze wszech miar zasadnym dla unikania subiektywnej jednostronności oraz ustalenia rzeczywistych obszarów szczególnej preferencji (przydatności/odpowiedniości) zastosowania określonych form wymiaru sprawiedliwości jest zatem:

1) podejmowanie prób opracowania obiektywnego katalogu kryteriów służących ich wieloaspektowej, uporządkowanej charakterystyce oraz porównaniu;

2) w sytuacji podejmowania prób wartościowania jakości wymierzania sprawiedliwości (istniejącego w ramach różnych form opanowywania sporów prawnych) korzystanie z co najmniej kilku fundamentalnych kryteriów jego oceny (postulat wieloaspektowości). Do fundamentalnych kryteriów porównania można m.in. zaliczyć:

- 1) dostępność do określonej formy wymiaru sprawiedliwości (uwarunkowana np. kosztami finansowymi, osobistymi, czy społecznymi, stopniem skomplikowania procedury, potrzebną wiedzą prawną czy chociażby potrzebą angażowania profesjonalnej pomocy prawnej itp.);
- 2) średni czas trwania postępowania prowadzonego w ramach określonej formy;
- 3) jakość i sposób zabezpieczenia (ochrony) równości praw stron w trakcie postępowania;
- 4) sprawiedliwość (słuszność, odpowiedniość) rozstrzygnięcia (rozwiązywania) sporów;
- 5) możliwości wpływu stron na przebieg i wynik postępowania;
- 6) poziom realizacji przez strony sporu jego rozstrzygnięcia (rozwiązania) oraz skuteczności ewentualnej egzekucji;
- 7) wpływ charakteru procesu i jego wyniku na zlikwidowanie przyczyn sporu, wzajemne relacje jego uczestników oraz podniesienie ich zdolności do samodzielnego rozwiązywania konfliktów na drodze polubownej w przyszłości;
- 8) poziom (szeroko pojętej) satysfakcji stron sporu z przebiegu postępowania i jego wyniku.⁵⁰

Nie mniej istotnym jest znalezienie odpowiedzi na fundamentalne pytanie: czego tak naprawdę od procesu wymierzania sprawiedliwości (czy opanowywania sporu) oczekują same strony sporu i jak to odnosi się do realiów (możliwości), interesów i potrzeb społecznych?⁵¹

⁵⁰ Szerzej na temat wieloaspektowego katalogu kryteriów charakterystyki i porównania różnych form opanowywania sporów zob. A.Zienkiewicz, *Studium mediacji...*, s.249-253.

⁵¹ Tytułem przykładu, odpowiedzi na powyższą kwestię udziela Warren E.Burger (*Chief Justice*, podczas American Bar Association National Conference w lutym 1982 r.) podnosząc, iż wyobrażenie, iż zwykli ludzie potrzebują dla rozwiązania ich sporu – odzianych w czarne togi sędziów, dobrze ubranych prawników oraz wysokiej jakości sal sądowych jest nieprawidłowe. Ludzie z problemami, cierpiący, chcą przede wszystkim pomocy w rozwiązaniu ich sytuacji tak szybko i tak tanio jak to tylko jest możliwe –

Jak słusznie wskazują autorzy raportu *The Report of the Ad Hoc Panel on Dispute Resolution and Public Policy*, z zorganizowanego przez *National Institute for Dispute Resolution* panelu⁵² - nie ma takiej formy opanowywania sporów, która byłaby najodpowiedniejsza dla każdego rodzaju sporu (dostosowana optymalnie do jego natury oraz oczekiwań stron sporu – we wszystkich istotnych aspektach).

Wymierzanie sprawiedliwości proponuję zatem postrzegać jako pewne specyficzne continuum różnych jego form, które mogą się wspomagać i uzupełniać (gdyż możliwym jest, aby w konkretnej sprawie były one stosowane oddzielenie, „od jednej do drugiej”, a nawet w niektórych przypadkach równocześnie⁵³) na drodze do wspólnego celu jakim jest wygaszenie przyczyn konfliktu i optymalne (wieloaspektowo) opanowanie sporu⁵⁴.

Odpowiednie rozwijanie wymiaru sprawiedliwości rozumianego w szerszym, przedmiotowo-funkcyjnym znaczeniu, jako działalność polegającą na opanowywaniu (rozwiązywaniu lub rozstrzyganiu) sporów prawnych, będącą sferą aktywności sądów oraz uzupełniających form wymiaru sprawiedliwości („*Complementary Forms of Justice*”), stanowi „istotne narzędzie udoskonalenia i demokratyzacji społecznych form rozstrzygania konfliktów we współczesnych społeczeństwach”⁵⁵. Konstytucyjna regulacja prawa do sądu nie powinna zatem ograniczać możliwości opanowania sporu na drodze procedur decyzyjnych opartych na „konstrukcji rokowań i spełniających

zob. T.Christian, *Community Dispute Resolution: First Process or Second – Class Justice?*, 14 „N.Y.U. Review of Law and Social Change” 1986, s.772.

⁵² Zob. *The Report of the Ad Hoc Panel on Dispute Resolution and Public Policy*, s.3-4, 8-18, 30, 34-35 za: L.Riskin, J.Westbrook, Ch.Guthrie, T.Heinsz, R.Reuben, J.Robbennolt, *Dispute Resolution and Lawyers. Abridged Edition. Third Edition*, Saint Paul 2006,s.495-497.

⁵³ Por. np. założenia instytucji *two-track approach*, która zakłada dwutorowe, równoległe prowadzenie rokowań z zastosowaniem określonej formy ADR oraz udział w regularnym postępowaniu sądowym – zob. A.Korybski, *Alternatywne ...*, s.133 oraz Ch.Renfrew, *A Survey of Dispute Resolution Methods*, [w:] *Corporate Counsel’s Guide, Business Laws, Inc.*, 1989, s. 33 – za: A.Korybski, *op. cit.*, s.33.

⁵⁴ Podobnie uważa Martin Frey, który charakteryzuje sposób wymierzania sprawiedliwości istniejący w ramach continuum, składającego się z następujących form opanowywania sporów: *inaction, acquiescence, self-help, negotiation, ombudsmanship* (corporate, institution, and government sponsored), *mediation* (private ad court-sponsored), *arbitration* (private and court-sponsored), *litigation* (court and private judging) - zob. M.Frey, *Symposium: Alternative Dispute Resolution in The Twenty-First Century – Does ADR Offer Second Class Justice?*, 37 „Tulsa Law Review” 2000-2001, s.727-766; por. również continuum zaprezentowane przez J.Folberga pod nazwą „*Dispute Resolution Spectrum*” w ramach, którego wyróżnia on: *direct negotiation, facilitative mediation, evaluative mediation, neutral evaluation, settlement conference, mini-trial, summery jury trial, advisory arbitration, brecket arbitration, final offer arbitration, traditional arbitration, private judging, trial* - J.Folberg, D.Golann, L.Kloppenber, T.Stipanowich, *Resolving Disputes. Theory, Practice, and Law*, New York 2005, s.3-5.

⁵⁵ A. Korybski, *op. cit.*, s. 181.

warunki należytości (słuszności)⁵⁶ – funkcjonujących w ramach szeroko pojętej instytucji sądu albo poza nią⁵⁷.

Odpowiednio legislacyjnie i organizacyjnie przygotowane wprowadzenie optymalnego dla polskiego systemu społeczno-prawnego modelu obligatoryjności mediacji w wybranych typach sporów, mając zwłaszcza na uwadze wskazane wcześniej istotne cele takiego zabiegu - należy (pomimo istniejących kontrargumentów) ocenić jako działanie co do zasady korzystne, które może przynieść dalszą popularyzację stosowania i wykorzystania potencjału mediacji⁵⁸, a także zwiększenie dostępu obywateli do szeroko rozumianego wymiaru sprawiedliwości zarówno w formule sądowej, jak i pozasądowej, pożądane odciążenie i uzupełnienie pracy sądów, a w konsekwencji także wzmocnienie realizacji postulatu istnienia pluralizmu form wymiaru sprawiedliwości⁵⁹.

Model obligatoryjnej mediacji optymalny dla polskich realiów społeczno-prawnych powinien być przedmiotem dalszych pogłębionych analiz, a następnie prac legislacyjnych z uwzględnieniem istotnych stanowisk wszystkich zainteresowanych środowisk i osób profesjonalnie zajmujących się mediacją i wymiarem sprawiedliwości zarówno w wymiarze praktycznym, jak i naukowym. Jego wprowadzeniu powinien towarzyszyć staranny namysł i ostrożność, tak aby nie doszło do wprowadzenia rozwiązań budzących szeroki społeczny sprzeciw czy nieefektywnych, a w konsekwencji na lata zniechęcających społeczeństwo, w tym prawników do instytucji mediacji⁶⁰. Jednocześnie można założyć, iż mediacja obligatoryjna mogłaby być potraktowana jako „środek przejściowy”, który będzie stosowany do momentu, gdy upowszechni się na tyle, by była świadomie i dobrowolnie często wybieraną alternatywą wobec postępowania sądowego⁶¹.

W świetle prowadzonych rozważań nad wprowadzeniem obligatoryjnej mediacji w Polsce powinna powrócić szersza dyskusja na temat przygotowania ustawy o mediacji, która z jednej strony kompleksowo i spójnie uregulowałaby instytucję mediacji

⁵⁶ Ibidem, s. 191.

⁵⁷ Por. ibidem.

⁵⁸ Szerzej na temat wieloaspektowych celów (potencjału) mediacji w wymiarze: personalnym, interpersonalnym, społecznym, psychologicznym, komunikacyjnym, czy negocjacyjno-informacyjnym – zob. A.Zienkiewicz, *Studium mediacji ...*, s. 96-123.

⁵⁹ Por. L.Morawski, *Główne problemy ...*, s.188.; zob. również L.Morawski, *Proces sądowy a instytucje alternatywne*, „Państwo i Prawo” 1993, nr 1, s.22.

⁶⁰ Por. uwagi A.Gójskiej i R.Boch – Idem, *Obligatoryjna mediacja w sprawach rodzinnych – refleksje praktyków* - http://www.smr.org.pl/pdf/med_37.pdf

⁶¹ Tak np. M.Flota, *Możliwość wprowadzenia obowiązkowej mediacji w Polsce*, Warszawa 2013, s.9 – zob. <http://www.isp.org.pl/uploads/pdf/1114632877.pdf>

w różnych typach sporów (gałęziach prawa) oraz zaproponowałyby rozwiązania gwarantujące odpowiedni dostęp do mediacji i jej wysoki poziom - profesjonalizm mediatorów (a może nawet uzyskanie przez nich statusu zawodu zaufania publicznego)⁶², a z drugiej podniosłaby rangę i autorytet samej mediacji tak w środowiskach prawniczych, jak i w społeczeństwie.

dr Adam Zienkiewicz

Katedra Prawa Konstytucyjnego

Wydział Prawa i Administracji

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

radca prawny

mediator Ośrodka Mediacji Gospodarczych przy OIRP w Olsztynie

⁶² Por. uwagi A.Zienkiewicz, *Studium mediacji ...*, s.320.