

**Andrzej Korybski, Marzena
Myślińska**

**Słuszność postępowania
mediacyjnego (w świetle teorii
dyskursu)**

Studia Iuridica Lublinensia 15, 57-69

2011

Artykuł został opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach
dozwolonego użytku.

ANDRZEJ KORYBSKI, MARZENA MYŚLIŃSKA

Słuszność postępowania mediacyjnego (w świetle teorii dyskursu)

The rightness of mediatory proceedings (in the light of the theory of discourse)

I

Słuszność (rzetelność, uczciwość, odpowiedzialność, właściwość etc.) jest jednym z najważniejszych postulatów adresowanych do jakiegokolwiek postępowania, które ma prowadzić do podjęcia decyzji w określonych strukturach społecznych. Stosownie do powiedzenia przypisywanego Horacemu, każde zjawisko czy proces ma swoją miarę, przed którą i poza którą staje się ono nieodpowiednie, niewłaściwe.¹ Dla zjawisk i procesów zachodzących w życiu społecznym, a w związku z tym nieobojętnych dla ukształtowanych już relacji międzyludzkich, cecha odpowiedzialności tych procesów jest z reguły określana jako rzetelność lub słuszność danego procesu. Dla różnorodnych procedur organizujących ludzkie zachowania miarą tą jest słuszność (rzetelność, właściwość) danego postępowania. Konkretnie zachowanie jest słuszne, jeśli mieści się w ustalonej i akceptowanej społecznie mierze odpowiedzialności (właściwości) takiego zachowania w danym miejscu i czasie, a zatem przy uwzględnieniu warunków, w jakich to zachowanie zostało podjęte. Dana procedura jest słuszna, jeśli odpowiada utrwalonemu społecznie wzorcowi proceduralnemu, z reguły wyrażonemu normatywnie oraz podatnemu na uwzględnienie warunków miejsca i czasu przebiegu tej procedury.

Słuszność (rzetelność, odpowiedzialność) nie jest wartością autonomiczną, samą w sobie. Jest ona zawsze relatywizowana do danego typu postępowania oraz warunków, w jakich ono przebiega, a zarazem stanowi miarę odpowiedzialności jakiegoś konkretnego zachowania (procesu) w życiu społecznym. Przede wszystkim

¹ Tekst powiedzenia, umieszczanego w horacjańskich *Epistolea*, brzmi: *Est modus in rebus, sunt certi denique fines, quo ultra citraque nequit consistere rectum* (za: M. Dubiński, *Sentencje łacińskie na trzecie tysiąclecie*, Wrocław 2000, s. 166).

jest więc ukształtowanym społecznie wzorcem określonego zjawiska/procesu. W życiu społecznym określamy jakieś postępowanie jako słuszne wówczas, gdy stwierdzamy, iż dane postępowanie takie właśnie w danych warunkach powinno być. Relatywizacja słuszności jakiegoś postępowania następuje także poprzez odniesienie wzorca danego typu postępowania do jakichś aprobowanych społecznie wartości. Każdy typ postępowania (procesu) w życiu społecznym ma swój wzorec odpowiedniości (słuszności, rzetelności); ocena konkretnego zachowania (procesu) jako słusznego bądź niesłusznego musi jednak uwzględniać, poza funkcjonującym wzorcem odpowiedniości takiego zachowania, również konkretne warunki czasu i miejsca. Ustalanie słuszności danego zachowania pełni zatem równocześnie rolę czynnika weryfikującego zakres i stopień stosowalności wzorca takiego zachowania w jakichś konkretnych warunkach. W istocie zatem ustalanie słuszności jakiegoś procesu polega na połączeniu tego, co powinno być odpowiednio dla tego procesu, z tym, co jest możliwe do dokonania w danym miejscu i czasie. Zrozumienie tego połączenia ma istotne znaczenie między innymi dla oceny zawartych w prawie obowiązującym regulacji określonych zachowań (postępowań) jako słusznych bądź niesłusznych. W kulturze prawa stanowionego przepisy prawa obowiązującego tworzą wzorce określonych zachowań, jednakże bez możliwości uwzględnienia warunków miejsca i czasu, w jakich przebiega jakieś konkretne, kwalifikowane normatywnie zachowanie (postępowanie). Zastosowanie normatywnych wzorców do pewnych konkretnych zachowań, bez uwzględnienia tych warunków, może prowadzić do sytuacji określonej w znanej sentencji łacińskiej jako „*Summum ius, summa iniuria*”.²

W kolejnych częściach artykułu rozważane są takie założenia i cechy postępowania mediacyjnego, jakie mogłyby stanowić miarę słuszności (odpowiedniości) takiego postępowania, a równocześnie pozwalałyby na ocenę konkretnego postępowania mediacyjnego jako słusznego bądź niesłusznego, z uwzględnieniem konkretnych warunków, w jakich to postępowanie przebiega lub przebiegało.

II

Sformułowania „rzetelny proces”, „słuszne postępowanie” itp. od dłuższego już czasu zajmują eksponowane miejsca w doktrynie prawniczej poświęconej sądowemu wymiarowi sprawiedliwości.³ Nie można tego powiedzieć o sformu-

² Z łac. „Najwyższe prawo może stać się najwyższym bezprawiem”. Formalistyczne zastosowanie prawa może prowadzić do niesprawiedliwości. M. Kuryłowicz, *Słownik terminów, zwrotów i sentencji prawniczych łacińskich oraz pochodzenia łacińskiego*, Kraków 1998, s. 123.

³ Por. na przykład J. Skorupka, W. Jasiński (red.), *Rzetelny proces karny. Materiały konferencji naukowej*, Warszawa 2009; F. Prusak, *Prawo do sądu i rzetelnego procesu sądowego*, „Zeszyty Naukowe WSHP” (seria Prawo), Warszawa 2001; M. A. Nowicki, *„Rzetelny proces w rozsądnym*

łowaniu „rzetelne/słuszne postępowanie mediacyjne”. W literaturze poświęconej alternatywnemu rozwiązywaniu sporów (w tym również mediacji) termin taki z reguły nie pojawia się, aczkolwiek w wielu publikacjach istotną wagę przywiązuje się do poszukiwania wzorca postępowania mediacyjnego. Przyczyn takiego stanu rzeczy należy upatrywać – jak sądzimy – w skłonności badaczy zajmujących się tą problematyką do utożsamiania postępowania słusznego (rzetelnego) z postępowaniem sprawiedliwym. Trafna wydaje się konstatacja, że spora część tych badaczy przyjmuje milczące założenie, że termin „słuszność” stanowi jeśli nie synonim, to przynajmniej wyrażenie spokrewnione znaczeniowo z terminem „sprawiedliwość”.⁴ W konsekwencji nie widzą oni potrzeby ustalania słuszności (sprawiedliwości) w postępowaniu mediacyjnym, bowiem poszukiwanie sprawiedliwego rozwiązania sporu, będące zasadniczym zadaniem sądu jako organu wymiaru sprawiedliwości, nie należy do istoty mediacji. Mediacja jako taka nie jest traktowana jako wymiar sprawiedliwości, natomiast stanowi alternatywę wobec sądowego wymiaru sprawiedliwości. Poszukiwanie słuszności/sprawiedliwości w postępowaniu mediacyjnym i w jego rezultatach nie jest zatem – w opinii tych autorów – ani uzasadnione, ani potrzebne.

W świetle przyjętego w artykule rozumienia słuszności przedstawione wyżej stanowisko nie wydaje się trafne. Sytuacje oceny jakichś postępowań jako słusznych i sprawiedliwych równocześnie mogą mieć miejsce wówczas, gdy przyjmuje się koncepcję tzw. sprawiedliwości proceduralnej. Wydaje się jednak, że w rozpowszechnionym społecznie przekonaniu sprawiedliwość/niesprawiedliwość jest cechą przypisywaną przede wszystkim decyzjom oraz ich zinstytucjonalizowanym rezultatom (w tym rozwiązaniom zawartym w prawie obowiązującym), podczas gdy słuszność (rzetelność) odnosi się przede wszystkim do pewnego splotu zachowań (postępowania, procesu). Dlatego też wątek słuszności postępowania rozwiązującego bądź rozstrzygającego spór o prawo jest w literaturze prawniczej z reguły prowadzony odrębnie od wątku sprawiedliwości decyzji prawnej (a w szczególności rozstrzygnięcia sądowego).

Mediacja, stanowiąc jeden z fundamentalnych, tzw. alternatywnych (obok negocjacji i arbitrażu) form postępowania zmierzającego do podjęcia decyzji w sytuacji konfliktu lub sporu, jest przez jednych postrzegana jako alternatywa wobec sądu, przez innych zaś jako istotne uzupełnienie sądowego wymiaru sprawiedli-

terminie” w *prawie europejskim*, „Studia Europejskie” 1997, nr 2; M. A. Nowicki, *Prawo do rzetelnego procesu sądowego – część „cywilna”*, „Palestra” 1996, nr 7/8.

⁴ Tak na przykład w artykule – A. Góra-Błaszczkowska, „Rzetelne postępowanie przed sądem” według Trybunału Konstytucyjnego, [w:] *Ius et remedium. Księga jubileuszowa Profesora Mieczysława Sawczuka*, Warszawa 2010, s. 169–170 i przytoczona tam literatura.

wości.⁵ W odniesieniu do pierwszego z wymienionych stanowisk zasadniczą kwestią wydaje się być wskazanie na jakościowe odrębności między postępowaniem sądowym a postępowaniem mediacyjnym. Odrębności te będą w konsekwencji decydowały o odmienności wzorców słusznej procedury w każdym z tych przypadków. Akceptacja drugiego stanowiska pozwala natomiast na poszukiwanie przynajmniej części podobnych cech obu tych postępowań, a w konsekwencji przynajmniej częściowego korzystania – przy konstruowaniu wzorca słusznego postępowania mediacyjnego – z dorobku doktryny prawniczej, dotyczącego słusznej procedury sądowej.

W naszych rozważaniach przyjmujemy, że mediacja, jako jeden z mechanizmów alternatywnego rozwiązywania sporów, jest odmiennym od sądu sposobem podejmowania decyzji w sytuacji konfliktu lub sporu. Opiera się jednak na założeniach i wartościach wspólnych dla każdego sposobu podejmowania decyzji, wykluczającego przemoc, przymus oraz każde inne, arbitralne rozstrzygnięcie sporu. W szczególności opiera się na założeniu równorzędności stron sporu oraz ich autonomii w zakresie wyboru odpowiedniego sposobu zdecydowania o rozwiązaniu bądź rozstrzygnięciu tego sporu. Dodać należy także, iż wspólną funkcją sądowego wymiaru sprawiedliwości oraz postępowania mediacyjnego jest ustalanie przyszłych, wzajemnych praw lub obowiązków konkretnych podmiotów prawa w sytuacji sporu; powoduje to konieczność podjęcia komunikacji między stronami sporu w celu ustalenia wyjściowych pozycji stron oraz ukształtowania modelu wzajemnych relacji między nimi na przyszłość. Uznajemy zatem, iż modele słusznej procedury sądowej i słusznego postępowania sądowego wykazują się pewną zbieżnością, co umożliwia odpowiednie wykorzystanie dorobku doktryny prawniczej, dotyczącego słusznego postępowania sądowego. Jest jednak także oczywiste, że pozostała część założeń oraz funkcji różni oba analizowane modele słusznego postępowania, w związku z czym mediacja, stanowiąc istotne uzupełnienie sądowego wymiaru sprawiedliwości, nie może być sama traktowana jako wymiar sprawiedliwości. Z uwagi na odmienną celów mediacji nie można w szczególności mówić o sprawiedliwości postępowania mediacyjnego oraz o sprawiedliwym rozwiązaniu sporu w drodze mediacji.

III

Pozasiłowe, niearbitralne rozstrzygnięcie bądź rozwiązywanie sporów – jako cecha zarówno sądowego, jak też alternatywnego postępowania zmierzające-

⁵ Na uzupełniający, komplementarny charakter mediacji w ramach wymiaru sprawiedliwości wskazują m.in.: A. Korybski, *Alternatywne rozwiązywanie sporów w USA*, Lublin 1993, s. 10; L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2003, s. 233; R. Morek, *ADR w sprawach gospodarczych*, Warszawa 2004, s. 73.

go do podjęcia decyzji kończącej spór i ustalającej przyszłe relacje między jego stronami – można oprzeć na założeniach teorii działania komunikacyjnego J. Habermasa. Jako ich wspólne elementy wskazuje się paradygmaty dialogu (dyskursu) i konsensu.⁶ Habermasowska koncepcja świata oraz prawa znajduje swoje urzeczywistnienie w społeczeństwie pluralistycznym, charakteryzującym się dynamiczną strukturą, wzajemnym oddziaływaniem na siebie członków społeczności za pośrednictwem języka, a więc dyskursem komunikacyjnym – w sytuacji różnorodnych konfliktów międzyjednostkowych, międzygrupowych oraz organizacyjnych (instytucjonalnych).⁷ Preferowaną podstawą procesów decyzyjnych prowadzących do ustalenia decyzji w sytuacji konfliktu (w tym także w sferze tworzenia i stosowania prawa) powinien być dyskurs umożliwiający aprobatę lub uzgodnienie decyzji, a także powodujący zbyteczność jednostronnych, opartych na przymusie decyzji władzy publicznej.⁸

Optymalizacyjny model dyskursu wysunięty przez J. Habermasa, będący swoistą teorią argumentacji, opiera się na komunikacji spełniającej warunek etyki mowy, nastawienia kooperacyjnego jego uczestników oraz warunku idealnej sytuacji mowy.⁹ Zgodnie z pierwszym warunkiem dyskursu jego uczestnicy powinni porozumiewać się w sposób szczery, zgodny z rzeczywistością i społecznie uznanymi normami (według Habermasa każdy akt mowy implikuje konieczność realizacji tzw. roszczeń ważności: zrozumiałości, prawdziwości, szczerości, słuszności norm).¹⁰ Nastawienie kooperacyjne stron uzależnione jest w głównej mierze od przyjętej motywacji oraz świadomości – nakierowanych na konsensualne rozwiązanie sporu.¹¹ Idealna sytuacja mowy ma z kolei swoje źródło w samej strukturze argumentacji, jej istotą jest konieczność zapewnienia komunikowania

⁶ Tak. m.in.: A. Jakubiak-Mirończuk, *Alternatywne a sądowe rozstrzygnięcie sporów*, Warszawa 2008, s. 117.

⁷ Szerzej na temat teorii działania komunikacyjnego m.in. [w:] J. Habermas, *Faktyczność i obowiązanie. Teoria dyskursu wobec zagadnień prawa i demokratycznego państwa prawnego*, Warszawa 2005.

⁸ Dopiero brak możliwości samodzielnego rozwiązania sporu upoważnia organy państwowe do jego rozstrzygnięcia. Zob. np. A. Korybski, *op. cit.*, s. 10.

⁹ Dyskurs jako forma procesu dochodzenia do porozumienia może prowadzić do stwierdzenia prawdziwości bądź fałszywości wypowiedzi opisowych (dyskurs teoretyczny) albo do trafności (słuszności) bądź nietrafności wypowiedzi pozaopisowych (dyskurs praktyczny). Szerzej m.in.: J. Oniszczyk, *Filozofia i teoria prawa*, Warszawa 2008, s. 768.

¹⁰ *Ibidem*, s. 791.

¹¹ A. Jakubiak-Mirończuk, *Alternatywne a sądowe*, s. 129. Co prawda w literaturze stwierdzono, iż warunkiem osiągnięcia konsensu w ramach dyskursu są poza nastawieniem kooperacyjnym również wysokie umiejętności perswazyjne i komunikacyjne, to jednak podkreślenia wymaga, że warunek ten znajduje realizację jedynie w procesie negocjacyjnego rozwiązywania sporów. Nie jest zaś konieczny w formach opanowywania sporu z udziałem procesu trzeciego, w tym mediacji, w których to zadaniem podmiotu trzeciego jest umiejętne pokierowanie wzajemną komunikacją pomiędzy stronami sporu w celu doprowadzenia do porozumienia stron.

w sposób wolny od przymusu, na podstawie symetrycznego podziału szans uczestników dyskursu oraz zapewnienie wymienialności ról dialogowych. Przejście od jednego argumentu do drugiego powinno znaleźć oparcie w normach i wartościach, będących obowiązującymi w interakcjach społecznych regułami komunikacji¹². Uzyskany w drodze dyskursu konsens jest legitymowany „siłą lepszego argumentu”, jego podstawą są internalizowane przez uczestników normy społeczne (tzw. racjonalność komunikacyjna).¹³ Racjonalność komunikacyjna odwołuje się tu do proceduralnego rozumienia racjonalności, rozwiązanie sporu w drodze dyskursu (w oparciu o określone ramy proceduralne) implikuje racjonalność konsensu.¹⁴ Słuszność rozwiązania sporu (opartego na konsensualnej teorii prawdy) rozpatrywana jest jako końcowy wynik spełniającego wymogi proceduralne dyskursu prowadzonego w ramach idealnej sytuacji mowy.¹⁵ O prawomocności komunikacji rozstrzyga zgoda wszystkich argumentujących podmiotów, co stanowi gwarancję realizacji osiągniętego porozumienia.¹⁶

W naturalny sposób z przedstawionymi powyżej założeniami dyskursu koresponduje rozwiązywanie sporu w drodze mediacji. Zatem postępowanie mediacyjne (dyskurs mediacyjny), w odniesieniu do powołanej teorii, można przedstawić jako rodzaj dyskursu argumentacyjnego z udziałem bezstronnego podmiotu zewnętrznego (mediatora). Oparty jest on na komunikacyjnym modelu argumentacji, racjonalności komunikacyjnej oraz konsensualnym sposobie dochodzenia do prawdy, w którym decydujący wpływ na ramy proceduralne mają jego uczestnicy.¹⁷ Dyskurs mediacyjny koresponduje z koncepcją dyskursu w ramach komunikacyjnej wizji prawa, w szczególności poprzez upatrywanie końcowego etapu procesu decyzyjnego w obopólnie akceptowalnym konsensie. Reguły dyskursu mediacyjnego odnoszą się więc do proceduralnego pojęcia racjonalności związanej z dyskursem praktycznym.¹⁸ Słuszność konsensu wypracowanego w drodze mediacji rozpatrywana może być jako końcowy efekt spełniającego wymogi proceduralnego dyskursu, prowadzonego według obopólnie zaakceptowanej procedury uwzględniającej wymiennosc ról procesowych.¹⁹ W ramach dyskursu mediacyjnego zastosowanie znajdują poza normami prawnymi, normy należące

¹² L. Morawski, *Dyskurs w ujęciu Habermasa a inne koncepcje argumentacji*, [w:] *Dyskursy rozumu: między przemocą i emancypacją. Z recepcji Jurgena Habermasa w Polsce*, L. Morawski (red.), Toruń 1990, s. 128. Idem, *Główne problemy*, s. 142.

¹³ Tak m.in.: J. Oniszczyk, *op. cit.*, s. 802.

¹⁴ Por. np.: A. Jakubiak-Mirończuk, *op. cit.*, s. 123–132.

¹⁵ J. Stelmach, R. Sarkowicz, *Filozofia prawa XIX i XX wieku*, Kraków 1998, s. 166.

¹⁶ A. Jakubiak-Mirończuk, *op. cit.*, s. 126.

¹⁷ Por. A. Zienkiewicz, *Studium mediacji. Od teorii ku praktyce*, Warszawa 2007, s. 75.

¹⁸ Tak m.in. A. Jakubiak-Mirończuk, *op. cit.*, s. 128.

¹⁹ *Ibidem*, s. 127.

do innych składających się na system kontroli społecznej, co sprzyja wzajemnej satysfakcji stron z osiągniętego konsensu.²⁰

Niezależnie od stosowanej strategii²¹ oraz rodzaju mediacji²², do zasad proceduralnych postępowania mediacyjnego, charakteryzujących tę formę rozwiązywania sporów, należy zaliczyć: zasadę dobrowolności, akceptowalności, zasadę autonomii konfliktu, elastyczności procedury, poufności, a także odnoszące się bezpośrednio do roli/pozycji podmiotu zewnętrznego – mediatora, tj. zasadę bezstronności, neutralności i niezależności, a także jego fachowość. Istota pierwszej z powołanych zasad – dobrowolności przejawia się w braku zewnętrznego przymusu do udziału w tej formie rozwiązywania sporów, jak i treści osiągniętego konsensu. Zatem uczestnictwo w mediacji, wybór mediatora oraz rezygnacja

²⁰ A. Korybski, *op. cit.*, s. 55.

²¹ W literaturze przedmiotu z uwagi na rolę podmiotu zewnętrznego w stosunku do sporu (mediatora) oraz cel jego interwencji wyróżniono trzy podstawowe strategie mediacji: mediacja facylitatywna (*facilitative mediation*), w której rola mediatora sprowadza się jedynie do czuwania nad przebiegiem mediacji, w szczególności poprzez wspomaganie stron w dochodzeniu do obopólnie zadowalającego rozwiązania sporu; mediacja ewaluatywna (*evaluative mediation*), w której mediator ma możliwość aktywnej interwencji w spór, podmiot trzeci uczestniczy w przygotowaniu merytorycznego rozwiązania sporu, doradza, przedstawia swoje stanowisko dotyczące argumentów stron, oraz mediacja transformatywna (*transformative mediation*), gdzie działania podejmowane przez mediatora mają na celu pomoc stronom w zrozumieniu racji strony przeciwnej, strategia ta ma na celu realizację zasady samostanowienia stron (*self-determination*). Dodatkowo wskazać należy na tzw. *mediację narratywną*, w której mediator wspomaga strony w stworzeniu własnej wizji sytuacji spornej przez strony sporu, co ma w efekcie prowadzić do usprawnienia komunikacji i rozwiązania przyszłych konfliktów, oraz *mediację humanistyczną*, w której mediator pełni rolę terapeuty – strony dzielą się z nim swoimi emocjami i spostrzeżeniami związanymi z przedmiotem sporu. Przedstawione pobieżnie w tym miejscu rodzaje/strategie mają charakter modelowy, każdorazowe przeprowadzenie mediacji może być oparte również na połączonych elementach każdego z nich. Szerzej m.in. E. Gmurzyńska, *Rodzaje mediacji*, [w:] *Mediacje. Teoria i praktyka*, E. Gmurzyńska, R. Morek (red.), Warszawa 2009, s. 109–122.

²² W tym zakresie wskazać należy na tzw. następujące – wyróżnione w literaturze przedmiotu – rodzaje mediacji: 1) z uwagi na postać, jaką może przyjąć postępowanie mediacyjne, wyróżniamy: mediację bezpośrednią (*face to face mediation, joint session*), gdy w sesji biorą udział wszystkie strony sporu oraz mediację pośrednią (*caucus, private/separate meetings*), w przypadku sesji indywidualnych; 2) z uwagi na stopień organizacyjny podmiotu trzeciego (mediatora) wyróżniamy: mediację instytucjonalną (gdy mediatorem jest stały, zorganizowany, wyspecjalizowany podmiot świadczący usługi mediacyjne) oraz tzw. *ad hoc* (mediator wykonuje swoją funkcję incydentalnie); 3) z uwagi na rodzaj podmiotu inicjującego mediację wyróżniamy: mediację z inicjatywy sądu (postępowanie mediacyjne jest zainicjowane poprzez podjęcie przez sąd prowadzący sprawę decyzji o skierowaniu stron do tej formy rozwiązania sporu), mediację umowną (na podstawie zawartej wcześniej przez strony sporu umowy o mediację) oraz mediację na wniosek strony (zainicjowanie postępowania mediacyjnego następuje wskutek złożenia przez jedną ze stron sporu wniosku o przeprowadzenie mediacji). Szerzej m.in.: R. Cebula, *Mediator w polskim prawie cywilnym*, „Mediator” 2005, nr 34, s. 28; R. Morek, *Mediacja i arbitraż. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 42; A. Zienkiewicz, *Mediator w sprawach cywilnych*, „Rejent” 2005, nr 5, s. 138–139; idem, *Studium mediacji*, s. 50.

z udziału w dowolnym momencie jest w pełni uzależniona od woli stron.²³ Zasada akceptowalności sprowadza się do wyrażenia zgody przez strony na osobę mediatora²⁴. Istota zasady autonomii konfliktu przejawia się w określeniu przez strony sporu ram proceduralnych oraz materialnych mediacji.²⁵ Odformalizowanie dyskursu mediacyjnego z kolei wyraża się m.in. poprzez uzależnienie przebiegu mediacji od stron sporu i mediatora.²⁶ Zasada poufności dyskursu mediacyjnego umożliwia zapewnienie jego uczestnikom poczucia bezpieczeństwa oraz swobody wypowiedzi.²⁷

Kolejne zasady mediacji, tj.: zasada bezstronności, neutralności oraz niezależności – są bezpośrednio związane z pozycją/rolą mediatora w dyskursie. Istota zasady bezstronności, będącej odzwierciedleniem stosunku mediatora do uczestników dyskursu, sprowadza się do konieczności zachowania obiektywnej postawy w stosunku do stron²⁸ oraz przedmiotu mediacji. Mediator bowiem powinien zarządzać dyskursem w sposób zapewniający równy udział uczestników w dyskursie oraz umożliwiający każdemu z nich znalezienie satysfakcjonującego rozwiązania. Z zasadą bezstronności łączy się obowiązek zachowania przez mediatora niezależności, neutralności oraz bezinteresowności przy prowadzeniu mediacji. Niezależność mediatora sprowadza się do konieczności unikania sytuacji prowadzących do konfliktu interesów.²⁹ Neutralność z kolei przejawia się m.in. w braku zainteresowania w konkretnej treści konsensu³⁰ oraz w braku wywierania nań wpływu³¹. Zasada bezinteresowności rozumiana jest jako niemożność osiągnięcia przez mediatora korzyści z przedmiotu mediacji.³²

Fachowość mediatora rozpatrywana jest w odniesieniu do kompetencji i umiejętności podmiotu zewnętrznego w stosunku do uczestników dyskursu mediacyjnego.³³ Poza kompetencjami nabytymi w drodze specjalistycznych kursów i szkoleń, do umiejętności koniecznych do prowadzenia mediacji należy zaliczyć m.in.: umiejętność budowania własnego autorytetu, interaktywnego słuchania, powściągliwość w formułowaniu opinii i ocen, umiejętność właściwego modero-

²³ Szerzej m.in.: R. Cebula, *op. cit.*, s. 26; R. Morek, *Mediacja i arbitraż*, s. 40.

²⁴ P. Waszkiewicz, *Zasady mediacji*, [w:] *Mediacje. Teoria*, s. 96.

²⁵ A. Kalisz, A. Zienkiewicz, *Mediacja sądowa i pozasądowa*, Warszawa 2009, s. 61.

²⁶ *Ibidem*, s. 62.

²⁷ P. Waszkiewicz, *op. cit.*, s. 100.

²⁸ Szerzej o zasadzie bezstronności mediatora m.in.: R. Morek, *Mediacja i arbitraż*, s. 56–58.

²⁹ *Ibidem*, s. 58.

³⁰ P. Waszkiewicz, *op. cit.*, s. 96.

³¹ G. Skrzypczak, *Prawnik a sposoby rozwiązywania sporów*, „Monitor Prawniczy” 2004, nr 4, s. 198; P. Waszkiewicz, *op. cit.*, s. 97.

³² R. Cebula, *op. cit.*, s. 20.

³³ Zdaniem twórców polskiej cywilnoprawnej regulacji mediacji, należyte prowadzenie mediacji „nie jest kwestią wiedzy mediatora, lecz jego osobowości”. Tak: A. Zienkiewicz, *Mediator w sprawach cywilnych*, „Rejent” 2005, nr 5(169), s. 142.

wania dialogiem³⁴. Dodatkowo do cech osobowych, które ułatwiają wchodzenie w rolę mediatora można zaliczyć m.in.: komunikatywność, kreatywność, zdyscyplinowanie, wytrwałość, szacunek dla stron, uczciwość, a także optymizm.³⁵

Jak wynika z powyższego, szczególną pozycję w dyskursie mediacyjnym zajmuje podmiot zewnętrzny w stosunku do jego uczestników – mediator. Pełni on bowiem rolę „strażnika mediacyjnej etyki mowy oraz gwaranta jakości porozumienia (jego wzajemnej dogodności dla stron, realności realizacji, zrozumiałości, jednoznaczności)”.³⁶ Mediator jako strażnik procedury w sposób uwzględniający specyfikę mediacji moderuje dyskursem, a także dba o jakość porozumienia. Celem udziału mediatora w tej formie rozwiązania sporu jest tym samym zagwarantowanie, podtrzymywanie i kontrolowanie procesu dyskursu mediacyjnego, umiejętne prowadzenie stron przez jego poszczególne etapy. Mediator nie posiadając władczych uprawnień w stosunku do stron³⁷, jest odpowiedzialny za proces, strony zaś za przedmiot sporu.³⁸ Doprowadzenie stron do porozumienia nie byłoby możliwe bez uwzględnienia przez podmiot trzeci w ramach procedury mediacji kontekstu społecznego oraz subiektywnego uczestników dyskursu mediacyjnego.³⁹ Obecność mediatora – jako podmiotu niezaangażowanego w spór – stanowi gwarancję właściwego zarządzania konfliktem w celu przybliżenia stron do obojawnie akceptowalnego porozumienia. Jego interwencja umożliwia prawidłową ocenę przez uczestników różnicujących je kwestii oraz właściwe wykorzystanie procedury mediacji. Wypracowane wspólnie porozumienie zwiększa szanse jego realizacji oraz pozytywnie wpływa na przyszłe relacje pomiędzy stronami sporu (orientacja prospektywna).⁴⁰

Zatem do podstawowych zadań mediatora należy edukowanie stron w kwestii dotyczącej istoty postępowania mediacyjnego, utrwalenie kooperacyjnego nastawienia stron (równowagi stron w sporze), zapewnienie realizacji wspomnianych wyżej zasad proceduralnych dyskursu mediacyjnego. Mediator pomaga stronom wzajemnie zdefiniować sytuację sporną oraz ustalić ramy proceduralne racjonalnego dyskursu mediacyjnego w konkretnym sporze (mające obiektywny charakter), opartego na wzajemnie akceptowalnych kryteriach uwzględniających przyjęte powszechnie zasady postępowania mediacyjnego. Kierując komunikacją opartą

³⁴ E. Bieńkowska, *Nowy zawód – mediator sądowy*, „Jurysta” 1998, nr 3–4, s. 10. Stanowisko takie wyraża m.in. E. Gmurzyńska, *Kierunki rozwoju mediacji sądowej w sprawach cywilnych w USA i w Europie*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2006, nr 11, s. 22.

³⁵ A. Zienkiewicz, *Studium mediacji*, s. 168.

³⁶ A. Kalisz, A. Zienkiewicz, *Wymierzanie sprawiedliwości a mediacja*, [w:] *Rozdroża sprawiedliwości we współczesnej myśli filozoficzno-prawnej*, B. Wojciechowski, M. Golecki (red.), Toruń 2008, s. 272.

³⁷ Tak m.in. L. Morawski, *Główne problemy*, s. 211.

³⁸ A. Zienkiewicz, *Studium mediacji*, s. 163.

³⁹ A. Jakubiak-Mirończuk, *op. cit.*, s. 134.

⁴⁰ *Ibidem*, s. 115.

na zasadach etyki mowy, mediator – między innymi poprzez technikę zadawania pytań, przeformułowań oraz reinterpretacji – ułatwia stronom ustalenie „wspólnego mianownika” rozwiązania sporu, uwzględniającego ich obopólne interesy.⁴¹ Neutralny podmiot trzeci powinien ponadto dążyć do uświadomienia stronom treści ich roszczeń oraz wartości i norm społecznych (w tym prawnych), mających zastosowanie do przedmiotu sporu.⁴² Mediator służy stronom pomocą w budowaniu racjonalnych i możliwych do zrealizowania opcji porozumienia sporu. Pomimo iż główną rolą mediatora jest organizacja procesu decyzyjnego oraz zapewnienie realizacji ram proceduralnych dyskursu mediacyjnego, to treść rozwiązania sporu należy do stron. Zadaniem mediatora w tym zakresie jest zapewnienie zrozumienia treści, sposobu realizacji i skutków sformułowanego porozumienia przez strony.⁴³ Ponadto mediator powinien kontrolować realność wykonania konsensu o zaproponowanej przez strony sporu treści, a także pomagać w znalezieniu innych dostępnych opcji i alternatywnych rozwiązań.

IV

Wskazane w poprzednim punkcie założenia i rozwiązania charakteryzujące słuszną procedurę mediacyjną oraz słusne zachowania mediatora w sporze odnoszą się – co warto jeszcze raz podkreślić – częściowo do cech wspólnych do każdego, pozasądowego sposobu podejmowania decyzji w sytuacji sporu, częściowo zaś także do cech swoistych, czyli jedynie do postępowania mediacyjnego (a także innych form ADR opartych na schemacie mediacji). W szczególności warto raz jeszcze wskazać na podstawowe różnice pomiędzy rozstrzygnięciem sporu w drodze procesu sądowego a mediacyjnym rozwiązywaniem sporu. W tym kontekście podkreślić należy konsensualny, nieformalny oraz zazwyczaj prywatny charakter mediacji. Mediator jako podmiot zewnętrzny w stosunku do uczestników dyskursu, nieposiadający władczych możliwości oddziaływania na strony sporu, nie może – odmiennie niż sędzia – narzucić stronom końcowego rozstrzygnięcia.⁴⁴ W przypadku rozstrzygnięcia sporu na drodze procesu sądowego jego strony nie mają możliwości wyboru „podmiotu zewnętrznego” (sędziego), materialnych i proceduralnych reguł orzekania⁴⁵, zaś realizacja końcowego rozstrzygnięcia jest zabezpieczona przymusem legalnym. Odwoływanie się przez sąd lub strony postępowania sądowego do reguł słusnościowych zasadniczo ograniczone jest do

⁴¹ A. Zienkiewicz, *Studium mediacji*, s. 107.

⁴² A. Korybski, *op. cit.*, s. 117.

⁴³ O funkcjach/rolach, jakie może pełnić mediator w ramach dyskursu mediacyjnego zob. m.in.: A. Zienkiewicz, *Studium mediacji*, s. 157–170 i cytowana tam literatura.

⁴⁴ J. Folberg, D. Gollan, L. Kloppenberg, T. Stipanowich, *Resolving Disputes. Theory, Practice and Law*, New York 2005, s. 223.

⁴⁵ Szerzej: L. Morawski, *Główne problemy*, s. 211.

przypadków, w których norma prawa obowiązującego, służąca za podstawę decyzji sądowej, pozwala lub zobowiązuje do zastosowania klauzul generalnych bądź zwrotów niedookreślonych, a tym samym do wyjścia poza system prawny.⁴⁶

Organizacja procesu rozstrzygania sporu przez sąd charakteryzuje się – odmiennie niż w przypadku mediacji – wysokim stopniem zinstytucjonalizowania i sformalizowania, opiera się na zasadzie prawdy materialnej oraz legalizmu. Wskutek sprowadzenia istoty procesu sądowego do techniki realizacji prawa materialnego charakterystyczna dla mediacji szeroka autonomia stron zostaje zasadniczo wyłączona, zaś aktywność stron sprowadza się do opartej na normach prawnych argumentacji, wniosków dowodowych oraz wysuwania żądań procesowych. Celem procesu decyzyjnego jest kwalifikacja normatywna stanu faktycznego, efektem której jest przyznanie racji w sporze jednej ze stron (*winner-loser*). W przypadku rozwiązania sporu w drodze mediacji konsens oparty na „wspólnym elemencie” interesów stron nie stanowi rozwiązania zero-jedynkowego, oparty jest natomiast na konstrukcji wzajemnych korzyści każdej ze stron (*winner-winner*).⁴⁷

W literaturze przedmiotu wskazuje się często, że słuszność postępowania sądowego wymaga uwzględnienia takich charakterystycznych cech tego postępowania, jak otwartość dostępu do sądu, szybkość postępowania oraz niezwłoczność wykonania orzeczenia, niezależność sądów, niezawisłość i bezstronność sędziów, jawność postępowania i równość stron w postępowaniu, prawo stron do korzystania z pomocy prawnej przed sądem i wreszcie prawo do odwołania się od orzeczenia sądu pierwszej instancji do sądu wyższej instancji. Wymaga rozważenia, czy wskazane wyżej cechy słusznego (rzetelnego) postępowania sądowego znajdują zastosowanie również do postępowania mediacyjnego. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na zasadniczą konstrukcyjną odmienną obustronnych postępowań, polegającą na ustaleniu podmiotu panującego nad sporem. W przypadku mediacji są to strony oraz działający z ich upoważnienia i w granicach tego upoważnienia mediator. W przypadku postępowania sądowego jest to sąd, działający na podstawie prawa i w granicach upoważnienia udzielonego mu przez obowiązujące normy prawne. W rezultacie słuszność postępowania mediacyjnego może być w dużej mierze kształtowana przez same strony sporu; to one godzą się lub ustalają wiążące je ramy organizacyjno-proceduralne postępowania mediacyjnego. Słuszność postępowania sądowego zależy zaś w dużej mierze od obowiązujących reguł oraz instytucji prawnych, odzwierciedlających przedstawione w poprzednim punkcie wartości *fair trial*. Postępowanie sądowe jest znacznie mniej elastyczne z punktu widzenia woli stron, które wnosząc sprawę do sądu, pozbawiają się zasadniczo kontroli nad swoim sporem. Dlatego też wskazane wyżej cechy

⁴⁶ Szerzej m.in.: L. Leszczyński, *Klauzule generalne w stosowaniu prawa*, Lublin 1986.

⁴⁷ A. Zienkiewicz, *Studium mediacji*, s. 123–156.

słusznego postępowania sądowego mają w założeniu stanowić instytucjonalne zabezpieczenie stron zarówno przed arbitralnością ich wzajemnych zachowań, jak też arbitralnością działań sądu. Takie organizacyjno-instytucjonalne zabezpieczenia, aczkolwiek możliwe do wprowadzenia także w postępowaniu mediacyjnym, nie są jednak koniecznymi cechami słuszności tego postępowania. Cechy gwarantujące słuszność mediacji wynikają natomiast wprost z założeń otwartego, uczciwego i efektywnego komunikacyjnie dyskursu, o czym była mowa w części trzeciej artykułu.

W uzupełnieniu analizy porównawczej słusznego postępowania mediacyjnego i sądowego należałoby jeszcze podnieść kwestię tzw. sprawiedliwości proceduralnej, opartej na uznaniu sprawiedliwości decyzji rozstrzygającej spór w zależności od spełnienia kryteriów (cech) słusznej procedury rozpatrywania sporu. W świetle przedstawionego w artykule stanowiska uważamy za nieuzasadnione charakteryzowanie decyzji rozwiązującej spór w drodze mediacji jako sprawiedliwej/niesprawiedliwej. Sprawiedliwość bowiem, jako poszukiwanie jednej (tej samej) zasady dla wyważenia i ułożenia relacji pomiędzy spierającymi się stronami, nie może być z założenia istotnym warunkiem słuszności postępowania. Sprawiedliwość powinna być natomiast odnoszona do decyzji rozstrzygającej spór w postępowaniu sądowym. I tu jednak należy oddzielić ustalanie słuszności procedury rozstrzygania sporu od sprawiedliwości orzeczenia sądu. Utożsamianie słuszności ze sprawiedliwością może pozostawać w rozbieżności z utrwalonymi społecznie odczuciami dotyczącymi sprawiedliwego wyroku.

Idea sprawiedliwości proceduralnej, w której sprawiedliwość decyzji zależy od sprawiedliwości/słuszności procedury, jest bowiem w znacznie większym stopniu uzasadniona dobrem całego systemu wymiaru sprawiedliwości aniżeli dążeniem do zapewnienia sprawiedliwości konkretnej decyzji sądowej w konkretnej spornej sytuacji. Może zatem zdarzyć się, że słuszna procedura wcale nie zapewni, w publicznej opinii, sprawiedliwego (w sensie sprawiedliwości materialnej) rozstrzygnięcia sporu. Może być też tak, że decyzja rozstrzygająca spór będzie sprawiedliwa materialnie (a zatem zgodna z kanonami sprawiedliwości wyrównawczej: adekwatnością zapłaty do otrzymanej korzyści, odszkodowania do szkody, rekompensaty do doznanej krzywdy itp.), aczkolwiek zostanie to osiągnięte przy zastosowaniu wadliwej (niesłusznej) procedury. Czy można zatem mówić o sprawiedliwym wyroku sądowym pomimo niesłusznej procedury (a więc na przykład zaniedbania wysłuchania drugiej strony sporu)? Starożytna maksyma mówi wszak: *Qui statuit aliquid parte inaudita altera, aequum licet statuerit, haud aequitas fuit*. Z powyższych względów uznajemy z jednej strony za potrzebne oddzielenie wątku ustalania sprawiedliwego rozstrzygnięcia sądowego od wątku słusznej procedury rozwiązywania bądź rozstrzygania sporu, z drugiej jednak dostrzegamy związek między słusznością procedury a sprawiedliwością roz-

strzygnięcia. Słuszna procedura nie gwarantuje, co prawda, sama w sobie sprawiedliwości rozstrzygnięcia, jednakże stanowi warunek *sine qua non* uznania decyzji sądowej za sprawiedliwą.

SUMMARY

In the axiological description of law as a social phenomenon equity (rightness, fairness) is often regarded as equal to justice. In the present article we propose a separation of discussion concerning equity (which we relate predominantly to actions and proceedings) from discussion on justice (which should be, in our view, considered in the context of social outcomes of the mentioned actions and procedures). The aim of the article is to analyse the mediation as a complex of parties' behaviours from the perspective of assumptions and features which allow to treat a procedure of mediation as fair (thorough – as regards the aim of mediation). Our proposal is based on J. Habermas' discourse theory.

The process of mediation may be presented as particular proceedings based on discourse, which corresponds with assumptions of the discourse theory. It can be regarded as special argumentative discourse with a distinctive role of so-called third party: an impartial, external person – mediator. Mediation proceedings may be characterized as a communication process and described according to the model of argumentation. That model presupposes rational communication and consensual way to establish the future relations between the parts of a given social relation, in which decisive influence on shaping the proceedings and their outcome belongs to the parts of that relation. Equity (fairness, rightness) of the proceedings can be considered in perspective of implementation of the distinctive procedural rules and principles like: facultative (optional) access to mediation, acceptability, autonomy of conflict, privacy and – with the principles relating to the role of mediator: impartiality, neutrality, independence and professionalism. The result of the mediation proceedings, based on these principles, is to carry out the agreement, which enables the reconciliation of conflicting interests of the parties, characterized by the mutual gains and satisfaction (winner-winner relation), and building the future, peaceful relations between them.

The last part of the article is devoted to comparison of the fair judicial procedure and fair mediation proceedings. In our opinion, the similarities between these proceedings result from the discourse theory which is applicable for both of these proceedings. Differences are determined by the different goals of mediation and justice system, and by the expected, suitable role of mediator and judge in a given dispute proceedings as well.