

Adam Zienkiewicz

Alternatywne rozwiązywanie i rozstrzyganie sporów prawnych

Studia Prawnoustrojowe nr 5, 33-50

2005

Artykuł został zdigitalizowany i 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.

Adam Zienkiewicz

Alternatywne rozwiązywanie i rozstrzygnięcie sporów prawnych

I. „Odpowiedzią prawa na pogłębiającą się złożoność i nieprzewidywalność zjawisk społecznych oraz pluralizm aksjologiczny jest z jednej strony »rozluźnienie«, uelastycznienie, otwarcie wielu pojęć języka prawnego w warstwie materialnej, z drugiej – wzrost znaczenia procedur, w ramach których rozwiązywane są spory i uzgadniane stanowiska, w tym także elementów negocjacyjnych w tych procedurach. Rośnie też waga argumentacji w procesach stosowania prawa, nie tylko w sądach, ale i w administracji. Podnosi się również ranga alternatywnych do klasycznego procesu form rozwiązywania konfliktów prawnych, tj. poprzez ugody, pojednania, porozumienia w ramach procedur sądowych (alternatywa wewnętrzna) oraz poza sądem: przez negocjacje, moderację, mediację i arbitraż, a więc porozumienia »uwolnione« w znacznej mierze od gorsetu formalnych przepisów organizacyjnych (alternatywa zewnętrzna)”¹.

Rozważania prowadzone w niniejszym artykule skoncentrują się na następujących kwestiach:

1) genezie oraz podziałach alternatywnych form rozwiązywania i rozstrzygnięcia sporów prawnych – tzw. *Alternative Dispute Resolution* (dalej jako: ADR);

2) charakterystyce podstawowych form ADR (negocjacje, mediacja, arbitraż);

3) zaletach ADR i ich ograniczeniach związanych z zakresem zastosowania oraz funkcjach, jakie ADR pełnią w porządku społecznym.

¹ J. Jabłońska-Bonca, *Prawnik a sztuka negocjacji i retoryki*, Warszawa 2002, s. 15; por. również idem, *Prawnik jako negocjator – z problematyki retoryki interpersonalnej*, „Studia Prawnicze” 2001, z. 3–4, s. 140; por.: L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 1999, s. 151.

Na wstępie należy przedstawić rozumienie podstawowych pojęć. Przez *Alternative Dispute Resolution* rozumiem alternatywne formy rozwiązywania i rozstrzygania konfliktów (sporów) dotyczące bądź skupione wokół kontraktowego (negocjacyjnego), mediacyjno-koncyliacyjnego i arbitrażowego trybu rozstrzygania i rozwiązywania sporów prawnych, takie jak: negocjacje, mediacja (koncyliacja), arbitraż oraz inne pokrewne formy mieszane².

Przez formę *Alternative Dispute Resolution* rozumiem „każdą dającą się wyodrębnić procedurę rozwiązywania sporu, opartą na pewnym nadrzędnych założeniach i określającą zorganizowany ciąg zachowań stron sporu oraz – ewentualnie – innych podmiotów uwikłanych w spór”³.

Pod pojęciem „konflikt” rozumiem „układ skierowanych przeciw sobie zachowań co najmniej dwóch podmiotów społecznych (jednostek, grup bądź ich organizacji), z których każdy dąży do realizacji własnych celów (interesów) i napotyka na przeciwdziałanie pozostałych uczestników konfliktu”⁴. Spór natomiast to konflikt ujawniony społecznie, kiedy to przeciwstawne interesy, przekształcają się w roszczenia stron⁵.

Za Andrzejem Korybskim przyjmuję, że rozstrzygnięcie sporu to proces arbitralnego (opartego na przemocy, przymusie bądź autorytecie) narzucania decyzji kończącej spór w stosunku do jednej lub obu stron sporu najczęściej przez trzeci podmiot w postaci organu administracyjnego, organu sądownictwa państwowego czy arbitra sądu polubownego. Rozwiązywanie sporu to proces, w którym (zazwyczaj) uczestniczy neutralny podmiot trzeci (mediator), który nakłania strony sporu do zawarcia porozumienia, sam nie mając imperium do podejmowania wiążących rozstrzygnięć w sprawie⁶.

Najczęściej wskazuje się, iż alternatywne metody rozwiązywania i rozstrzygania sporów narodziły się w Wielkiej Brytanii, a następnie

² Szerzej: A. Korybski, *Alternatywne rozwiązywanie sporów w USA*, Lublin 1993; R. Tokarczyk, *Prawo amerykańskie*, Kraków 1998; R. Tokarczyk, *Alternatywne rozstrzygnięcie sporów w Stanach Zjednoczonych*, „Palestra” 1995, nr 9–10; L. Morawski, *Proces sądowy a instytucje alternatywne*, „Państwo i Prawo” 1993, nr 1; L. Morawski, *Główne problemy...*, Warszawa 1999, s. 164–196; R. Morek, *ADR w sprawach gospodarczych*, Warszawa 2004; A. Rau, E. Sherman, S. Peppet, *Processes of dispute resolution. The role of Lawyers*. Third edition, New York 2002. Współcześnie termin „Alternative Dispute Resolution” zastępowany bywa także terminami: „Appropriate Dispute Resolution”, „Amicable Dispute Resolution” lub „Effective Dispute Resolution”, francuskojęzycznymi odpowiednikami: MARC (*Modes alternatifs du règlement des conflicts*) i RAD (*Règlement alternatif des differents*) – por.: M. Pazdan, *O mediacji i projekcji jej normowania w Polsce*, „Rejent” 2004, nr 2, s. 10; R. Morek, op. cit., s. 4–5; Z. Kmiecik, *Mediacja i koncyliacja w prawie administracyjnym*, s. 22.

³ A. Korybski, *Alternatywne rozwiązywanie sporów ...*, s. 104.

⁴ Ibidem, s. 20; por. L. Morawski, *Główne problemy...*, s. 168; szerzej na temat pojęcia konflikt zob.: H. Groszyk, A. Korybski, *Konflikt interesów a prawo*, Warszawa 1990, s. 23–29.

⁵ Szerzej: H. Groszyk, A. Korybski, op. cit., s. 23–29; L. Morawski, *Proces...*; A. Korybski, *Alternatywne rozwiązywanie sporów...*, s. 15–24.

⁶ Szerzej zob.: A. Korybski, *Alternatywne rozwiązywanie sporów...*, s. 32–35.

przeniesione zostały do Stanów Zjednoczonych, gdzie od przełomu XIX i XX wieku rozwijały się samodzielnie, stanowiąc począwszy od lat sześćdziesiątych XX wieku uzupełniające formy dla procesu sądowego⁷. Konsekwencja i porządek rzeczy wymagają jednak, ażeby wyraźnie podkreślić, iż metody pozasądowego rozwiązywania i rozstrzygania sporów były znane od wieków kulturom innym niż *common law*. Elementy tego rodzaju metod można znaleźć już w prymitywnych kulturach prawnych⁸. W europejskim prawie kontynentalnym od dawna spotykamy pozasądowe, alternatywne instytucje prawne, np. historycznie: *arbitrum ex compromisso*, *arbitrum boni viri* (w prawie rzymskim), współcześnie: *arbitrato libero* (w prawie włoskim), arbitraż „dobrej wiary” (*par amiable composition*), *conciliateurs* w prawie francuskim, szwajcarskie regulacje prawa arbitrażowego (gwarantowane nawet kantonowymi ustawami zasadniczymi np. w konstytucjach Lucerny, Sankt Gallen i Zurychu) czy wreszcie arbitraż międzynarodowy w Europie⁹. Ponadto konsensualne sposoby rozwiązywania sporów są od wielu lat znane w islamskiej, hinduskiej i dalekowschodniej kulturze prawnej¹⁰.

Do alternatywnych form rozwiązywania i rozstrzygania sporów prawnych można zaliczyć formy podstawowe: negocjacje (*negotiations*), mediację (*mediation*), koncyliację (*conciliation*), arbitraż (*arbitration*) oraz formy niepodstawowe – hybrydowe (*secondary, mixed, combined*). Na marginesie należy wskazać, iż niektórzy instytucję mediacji i koncyliacji traktują, jako instytucje tożsame¹¹. W ojczyźnie alternatywnych

⁷ Por.: ibidem, s. 70–71; R. Tokarczyk, *Prawo...*, s. 197; A. Ludwikowska, *System prawa Stanów Zjednoczonych*, Toruń 1999, s. 295–296.

⁸ Zob.: J. Kurczewski, *Prawo prymitywne. Zjawiska prawne w zjawiskach przedpaństwowych*, Warszawa 1973, s. 8–13.

⁹ Szerzej <www.arbitraz.republika.pl/o_arb.htm>; A. Wach, *L'amiable composition jako samodzielna forma rozwiązywania sporów prawnych*, „Radca Prawny” 2004, nr 6, s. 120–121; Z. Kmiecik, op. cit., s. 15–26.

¹⁰ Szerzej T. Suzuki, *Proces modernizacji w Azji a tradycje kultury prawnej*, „Państwo i Prawo” 1998, z. 6, s. 37–41; L. Leszczyński, *Zjawisko prawne w kulturze społecznej Japonii*, „Studia Prawnicze” 1991, z. 1, s. 38–55; idem, *Gyoseishido w japońskiej kulturze prawnej*, Lublin 1996, s. 24–29.

¹¹ Powyższe stanowisko w niniejszym artykule przyjmuje autor. Jak wskazuje A. Szumański: „W literaturze na oznaczenie instytucji prawnej »koncyliacji« używa się określenia »mediacja«. Oba terminy oznaczają wtedy to samo i mogą być zamiennie używane” – A. Szumański, *Koncyliacja jako forma rozstrzygania sporów gospodarczych*, „Monitor Prawniczy” 1997, nr 2, s. 60. Na temat relacji pojęć „mediacja”, „koncyliacja” por.: Z. Kmiecik, op. cit., s. 26–33; R. Morek, op. cit., s. 82; A. Korybski, *Alternatywne rozwiązywanie sporów...*, s. 115–116; R. Tokarczyk, *Prawo...*, s. 198; A. Kalisz-Prakopik, *Alternatywne rozwiązywanie sporów – recepcja rozwiązań czy globalizacja koncepcji?*, [w:] *Filozofia prawa wobec globalizmu*, red. J. Stelmach, Kraków 2003, s. 183; A. Ludwikowska, *System prawa...*, s. 306–307; C. Kulesza, *Mediacja a system wymiaru sprawiedliwości (szanse, ograniczenia, zagrożenia)*, „Państwo i Prawo” 1995, nr 12, s. 43; A. Rau, E. Sherman, S. Peppet, op. cit., s. 328; D. Weckstein, *In praise of party empowerment and of mediator activism*, „Willamette Law Review” 1997, nr 33, s. 513–514.

sposobów rozwiązywania sporów, tzn. w społeczeństwie amerykańskim, funkcjonuje co najmniej kilkadziesiąt różnorodnych, podstawowych i hybrydowych form ADR. Do najbardziej rozpowszechnionych instytucji (częściowo obecnych również w europejskiej rzeczywistości prawno-społecznej) należą: *negocjacje*, *mediacja* (koncyliacja), *arbitraż*, *med-arb*, *arb-med*, *small claims courts* (sądy dla drobnych spraw cywilnych), *mini-trial* (miniproces), *neutral fact finding* (neutralne ustalanie faktów), *confidential listening* (wysłuchanie poufne), *early neutral evaluation* (wstępne osądzenie neutralne), *private judging* (sądy prywatne), *online dispute resolution* (ODR), *summery jury trial* (przyśpieszony proces przed ławą przysięgłych), *ombudsman*¹².

Z uwagi na różne istotne kryteria możliwy jest podział form ADR na:

- 1) formy podstawowe (*primary*), formy niepodstawowe (*hybrid, mixed, secondary, combined*);
- 2) formy związane z sądami (*court-annexed*), formy niezwiązane z sądami (*court-linked – quasi-sądowe, pozasądowe*);
- 3) formy publiczne (*public*), formy prywatne (*private*);
- 4) formy sformalizowane (*formal*), formy niesformalizowane (*informal*);
- 5) formy dobrowolne (*voluntary*), formy niedobrowolne (*non-voluntary, mandatory*);
- 6) formy o wiążącym charakterze rozwiązania sporu (*binding*), formy o niewiążącym charakterze rozwiązania sporu (*non-binding*);
- 7) formy wyróżniane ze względu na charakter ewentualnej interwencji osoby trzeciej (*mediator, arbiter, moderator, advisor, evaluator, confidential listener, ombudsman, private judge*)¹³.

II. A. „Negocjacje są złożonym procesem komunikacyjnym, w który się angażujemy, jeśli chcemy coś uzyskać od innych, przy czym na ogół nie chodzi jedynie o osiągnięcie zmiany przekonań oponenta, ale także o konkretne zachowania się z jego strony”¹⁴.

Oxford Dictionary definiuje czasownik „negocjować” jako ‘rozmawiać (z kimś innym) w celu ułożenia pewnych spraw ku obopólnemu zadowo-

¹² Szerzej na temat wymienionych instytucji zob.: A. Korybski, *Alternatywne rozwiązywanie sporów ...*, s. 103–134; R. Tokarczyk, *Prawo...*, s. 218–226; R. Morek, op. cit., s. 75–100; A. Rau, E. Sherman, S. Peppet, op. cit.; E. Green, *Corporate Alternative Dispute Resolution*, „Ohio State Journal on Dispute Resolution” 1985–1986, nr 1, s. 203–297.

¹³ Zaproponowany podział nie ma charakteru rozłącznego i zupełnego; por.: R. Tokarczyk, *Prawo...*, s. 218–219; A. Korybski, *Alternatywne rozwiązywanie sporów...*, s. 103–109; F.E.A. Sander, *Dispute Resolution*, Boston 1985, s. 1–3, 245; E.G. Tanis, *Alternative Dispute Resolution, That Works*, Ontario 1989, s. 13–14, cyt za: A. Korybski, *Alternatywne rozwiązywanie sporów...*, s. 104, 106.

¹⁴ J. Jabłońska-Bonca, *Prawnika sztuka negocjacji...*, s. 54.

leniu'¹⁵. Łaciński źródłosłów to *neg* – 'nie' i *otium* – 'wypoczynek'¹⁶. L. Hawkins, M. Hudson, R. Cornall określają negocjacje jako: „proces wpływania na czyjeś zachowanie”, „proces zmiany stosunków między ludźmi”, „proces, w którym strony dążące do sprzecznych celów ustalają warunki swojej współpracy”, „najbardziej powszechny sposób osiągania celów”¹⁷.

Podstawą dla wielu będących aktualnie w obiegu naukowym definicji negocjacji stanowi określenie wprowadzone przez R.E. Waltona i R.B. McKersie, według których negocjacje są w istocie zamierzonymi interakcjami dwóch lub więcej podmiotów społecznych, dążących do ustalenia bądź przeobrażenia warunków wzajemnych powiązań (zależności)¹⁸.

W szerokim ujęciu negocjacje w jakimkolwiek zakresie normowane przez prawo określa się jako negocjacje prawne. W ujęciu węższym – negocjacje prawne w sensie materialnym to pertraktacje, których głównym przedmiotem jest dochodzenie do porozumienia w sprawie przewidzianych przez obowiązujące prawo uprawnień i obowiązków stron (w tym – rozwiązywania sporów prawnych o te uprawnienia i obowiązki), w sensie formalnym zaś to pertraktacje, które są przewidziane przez prawo jako procedura dochodzenia do porozumienia (w tym rozwiązywania sporów o prawo)¹⁹. Negocjacje, których procedura w żaden sposób nie jest poddana kontroli systemu prawa, a osiągnięte w ich wyniku porozumienie nie wywołuje żadnych skutków prawnych, określa się mianem negocjacji indyferentnych prawnie²⁰.

Negocjacje stanowią samoistną formę ADR (instytucja *sui generis*), a także podstawę konstrukcyjną (element) zdecydowanej większości pozostałych form ADR²¹. Są instytucją opierającą się na partnerskich rokowaniach lub przetargach, których przebieg w zasadzie nie podlega żadnej narzuconej strukturalizacji²². Treść relacji pomiędzy negocjującymi stronami (mają one najczęściej charakter rywalizacyjny – *competitive negotiator* albo współdziałania – *cooperative negotiator*) ustalana i przeobrażana jest poprzez rokowania i przetargi, zmierzające do kompromisu (ugody) bądź konsensusu (porozumienia)²³.

¹⁵ L. Hawkins, M. Hudson, R. Cornall, *Prawnik jako negocjator, czyli jak efektywnie negocjować zagadnienia prawne*, Warszawa 1994, s. 14.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Ibidem, s. 14–15.

¹⁸ R.E. Walton, R.B. McKersie, *A Behavioral Theory of Labor Negotiations. An Analysis of Social Interaction System*, New York, 1965, s. 3–4, cyt. za: A. Korybski, *Alternatywne rozwiązywanie sporów...*, s. 109.

¹⁹ J. Jabłońska-Bonca, *Prawnik...*, s. 178.

²⁰ Por.: ibidem, s. 178–179.

²¹ Por.: A. Korybski, *Alternatywne rozwiązywanie sporów...*, s. 108; R. Tokarczyk, *Prawo...*, s. 219.

²² A. Kalisz-Prakopik, op. cit., s. 183.

²³ Na temat rozróżnienia i rozumienia pojęć „kompromis”, „konsensus” szerzej zob. H. Groszyk, A. Korybski, op. cit., s. 105; Na temat rozróżnienia i rozumienia pojęć „przetarg”, „rokowania” szerzej zob. A. Korybski, *Alternatywne rozwiązywanie sporów...*, s. 109.

Negocjacje charakteryzują się konstrukcją otwartą, gdyż strony biorące udział w rokowaniach mogą dość dowolnie strukturalizować przebieg rokowań, pozostając jedynie w ogólnych ramach tworzonych przez obowiązujące systemy normatywne (np. moralność, obyczaje, normy religijne, reguły konstytucyjne, *common law*, *contract law*)²⁴. W sporach prawnych, rokowania (*negotiations*), jak też (w pewnym zakresie) przetargi (*bargaining*) stanowią skuteczny mechanizm decyzyjny ustalania konsekwencji przyszłych zdarzeń oraz zachowań stron. Wymagają one jednak uznania przez strony sporu ich wzajemnej równości, zasady dobrowolności oraz zasady *pacta sunt servanda*²⁵. Ponadto strony sporu powinna charakteryzować częściowa rozbieżność oraz częściowa zgodność interesów (podstawowa cecha strukturalna negocjacji)²⁶. Rozpoczęcie rokowań poprzedza zgodna wola stron przystąpienia (dobrowolnego) do negocjacji. Następnym etapem jest wstępne negocjowanie reguł (nieformalnych albo częściowo sformalizowanych), określających formę i przebieg zachowań stron w rokowaniach. Zasadniczy etap udanych negocjacji wieńczy osiągnięcie wspólnej decyzji kończącej spór²⁷. O powodzeniu w negocjacjach decydują najczęściej kompetencje komunikacyjne (werbalne i niewerbalne) oraz negocjacyjne stron, polegające na znajomości strategii i taktyk negocjacyjnych, umiejętności przygotowania i prowadzenia negocjacji w każdej z faz negocjacyjnych (wstępnej, rozbieżności, integracji, porozumienia)²⁸. Kwestia doboru optymalnych strategii, taktyk czy stylu prowadzenia negocjacji nie powinna być rozstrzygana abstrakcyjnie. Zasadne jest, aby była ona rozpatrywana w odniesieniu do cech konkretnej sytuacji decyzyjnej (w tym także rodzaju konfliktu)²⁹.

Efektom negocjacji przewidzianych w obowiązującym prawie są: umowy (prawotwórcze i konkretnie – indywidualne), porozumienia (kon-

²⁴ Ibidem, s. 112.

²⁵ Por.: ibidem, s. 109–110; R. Tokarczyk, *Prawo...*, s. 219.

²⁶ Ibidem.

²⁷ Por.: A. Korybski, *Alternatywne rozwiązywanie sporów...*, s. 110

²⁸ Szerzej zob.: J. Jabłońska-Bonca, *Prawnik a sztuka negocjacji...*, s. 65–98 oraz 143–200; L. Hawkins, M. Hudson, R. Cornall, op. cit., s. 35–166; B. Brdulak, J. Brdulak, *Negocjacje handlowe*, Warszawa 2000; R. Dawson, *Sekrety udanych negocjacji*, Poznań 1999; M.C. Donaldson, M. Donaldson, *Negocjacje*, Warszawa 1999; A. Fowler, *Jak skutecznie negocjować*, Warszawa 2001; J. Ilich, *Wygrywanie negocjacji*, Poznań 1999; G. Kennedy, *Negocjacje. Jak osiągnąć nową przewagę negocjacyjną*, Warszawa 1999; T. Kocot, *Rokowania dyplomatyczne*, Wrocław 1969; W. Mastenbroek, *Negocjowanie*, Warszawa 1998; M. Stalmaszczyk, *Negocjacje transakcyjne w handlu międzynarodowym*, Warszawa 1990; A. Schopenhauer, *Erystyka czyli sztuka prowadzenia sporów*, Warszawa 2000; A. Collins, *Język ciała, gestów i zachowań*, Wrocław 1995; M.L. Knapp, J.A. Hall, *Komunikacja niewerbalna w interakcjach międzyludzkich*, Wrocław 2000; D.Gifford, *A Context-Based Theory of Strategy Selection in Legal Negotiation*, „Ohio State Law Journal” 1985, nr 46, s. 41 i nast.; R. Korobkin, *A Positive Theory of Legal Negotiation*, „Georgetown Law Journal” 2000, nr 88, s. 1789 i nast.

²⁹ Por.: A. Korybski, *Alternatywne rozwiązywanie sporów...*, s. 113–114.

kretnie – indywidualne), ugody (konkretnie – indywidualne), układy (prawotwórcze i konkretnie – indywidualne), pojednania (konkretnie – indywidualne)³⁰. Do typowych obszarów negocjacyjnych w prawie należą: spory dotyczące zawierania i wykonywania umów (*transaction negotiations*), zbiorowe spory pracownicze (*labor-management negotiations*), spory o podłożu karnym (*criminal disputes*, zwłaszcza instytucja *plea bargaining*), spory w ramach procesów prawotwórczych (*negotiated legislation*), spory w ramach procesów podejmowania decyzji administracyjnych (*negotiated rulemaking*) oraz spory w sprawach cywilnych (*civil disputes*)³¹.

B. Termin „mediacja” pochodzi z greckiego *medos* (pośredniczący, neutralny, nieprzynależny do żadnej ze stron) i z łacińskiego *mediatio* (pośrednictwo)³². Analiza współczesnych definicji instytucji mediacji pozwala stwierdzić, że są one co do zasady ze sobą zgodne. Istniejące między nimi odmienności są nieznaczne i nie powodują radykalnie różnych koncepcji rozumienia istoty mediacji³³.

Dla potrzeb podjętych rozważań przez mediację będą rozumiał jedną z podstawowych form ADR, służącą rozwiązywaniu sporów, której konstytutywny zespół cech stanowią:

1) obecność neutralnej (bezzstronnej) osoby trzeciej (pośrednika/mediatora) pomagającej (w formie zależnej od wykorzystywanego stylu mediacyjnego) stronom w osiągnięciu wzajemnie dogodnego (akceptowalnego) porozumienia (ugody) – strategia win-win;

2) brak władzy osoby trzeciej (mediatora) do narzucenia stronom wiążącego rozstrzygnięcia sporu (*non-binding*);

3) posiadanie wyłącznej władzy decyzyjnej co do przedmiotu sporu, a w szczególności co do zawarcia i treści porozumienia (ugody) przez strony sporu (*self-determination*).

Do pozostałych szczególnie istotnych cech mediacji (charakterystycznych również dla niektórych innych form ADR) należy zaliczyć:

1) dobrowolność podjęcia i uczestniczenia w postępowaniu mediacyjnym – *voluntary mediation* (zasada doznająca ograniczeń w sytuacji obligatoryjnego wymogu skorzystania z mediacji, wynikającego z przepisów

³⁰ Por.: J. Jabłońska-Bonca, *Prawnik a sztuka negocjacji...*, s. 179.

³¹ Por.: ibidem, s. 178–200; A. Korybski, *Alternatywne rozwiązywanie sporów...*, s. 111; R. Tokarczyk, *Prawo...*, s. 219.

³² M. Bobrowicz, *Mediacje gospodarcze – jak mediować i przekonywać*, Warszawa 2004, s. 13–14.

³³ Por. A. Korybski, *Alternatywne rozwiązywanie sporów...*, s. 115; Z. Kmieciak, op. cit., s. 27–28; E. Bieńkowska, *Poradnik mediatora*, Warszawa 1999, s. 7, 9; A. Wach, *Delimitacja mediacji i koncyliacji jako samodzielnych form ADR*, „Radca Prawny” 2005, nr 2, s. 100; A. Gerencser, *Alternative Dispute Resolution has morphed into mediation: Standards of conduct must be changed*, „Florida Law Review” 1998, nr 50, s. 844–855; M. Negussue, *Mediation, or Is*

prawa albo postanowienia sądu wydanego w ramach prowadzonego postępowania sądowego, na które nie przysługuje stronom sprzeciw – *mandatory mediation*)³⁴;

- 2) nieformalny (elastyczny) charakter postępowania mediacyjnego³⁵;
- 3) możliwość decydowania przez strony o wyborze osoby trzeciej oraz procedurze postępowania;
- 4) poufny charakter postępowania;
- 5) preferowanie rozwiązań sporu likwidujących przyczyny konfliktowej relacji stron;
- 6) prospektywną orientację (co przy rozwiązywaniu sporów pomiędzy podmiotami będącymi w stałych więziach, np. pracowniczych, gospodarczych, rodzinnych czy sąsiedzkich, daje im szansę na ustalenie zasad bezkonfliktowej kooperacji w przyszłości).

W mediacji kompetencja do podjęcia decyzji rozwiązującej spór należy wyłącznie do stron sporu, a decyzja o przystąpieniu do mediacji jest zazwyczaj dobrowolna. To szczególnie proces decyzyjny, zmierzający do rozwiązania sporu godzącego dążenia i interesy stron oraz oczekiwania otoczenia społecznego³⁶. W większości stosowanych praktycznie procedur mediacyjnych mediator powołuje się na interesy i racje stron. Stara się przekonać spierających się o obopólnych korzyściach wynikających z przyjęcia kompromisowego rozwiązania. Mediator różni się od arbitra czy sędziego tym, że nie narzuca, ale przekonuje strony sporu do rozwiązania zgodnego z wartościami i regułami akceptowanymi przez otoczenie społeczne³⁷. „Jego zadaniem jest przy tym nie tyle

It? Everything You Thought You Knew, but Maybe Didn't , „Defense Counsel Journal” 1998, nr 65, s. 256; P. Maida, *Engagement of Lawyer – Mediators in Client Conflict* , „Ohio State Journal on Dispute Resolution” 1988–1989, nr 4, s. 47.

³⁴ S. Bullock, L. Gallagher wyróżniają dodatkowo *semi-mandatory mediation* , której istotą jest uprawnienie stron do wycofania się z postępowania mediacyjnego (opcja wyjścia – *opt out*), pomimo tego, iż sąd skierował strony do mediacji – zob. S. Bullock, L. Gallagher, *Surveying the State of the Mediative Art: A Guide to Institutionalizing Mediation in Louisiana* , „Louisiana Law Review” 1996–1997, nr 57, s. 947; Szerzej na temat *voluntary/mandatory mediation* zob. H. Streeter-Schaefer, *A look at court mandated civil mediator* , „Drake Law Review” 2000–2001, nr 49, s. 367–389; S. Bullock, L. Gallagher, op. cit., s. 947–950; R. Moberly , *Ethical Standards for Court – Appointed Mediators and Florida’s Mandatory Mediation Experiment* , „Florida State University Law Review” 1994, nr 21, s. 701 i nast.; J. Alfini, J. Barkai, R. Bush, M. Hermann, J. Hyman, K. Kovach, C. Liebman, S. Press, L. Riskin, *What happens when mediation is institutionalized?: to the parties, practitioners, and host institutions* , „Ohio State Journal on Dispute Resolution” 1993–1994, nr 9, s. 307–332.

³⁵ Zdaniem A. Rau, E. Sherman, S. Peppet siłą mediacji jest to, że pozwala ona osiągnąć stronom własne rozwiązanie sporu, bez bycia związanym formalnym i prawdopodobnie nieelastycznym rozstrzygnięciem sądowym – zob. A. Rau, E. Sherman, S. Peppet, op. cit., s. 338; por. również L. Fuller, *Mediation – Its Forms and Functions* , „Southern California Law Review” 1971, nr 44, s. 305, 308, 325–326.

³⁶ A. Korybski, *Alternatywne rozwiązywanie sporów..* , s. 115.

³⁷ *Ibidem*, s. 115–116.

przyznanie racji roszczeniu jednej ze stron (a więc rozsądzenie sporu, nie mające jednak mocy wiążącej), ile zaproponowanie takiego rozwiązania sporu, które będzie godziło te roszczenia (bądź co najmniej częściowo je zaspokajało) poprzez odwołanie się do wspólnych dla obu stron wartości i zasad”³⁸. Mediator jest neutralnym doradcą pomagającym w znalezieniu takiej formuły rozwiązania sporu, którą mogłyby zaakceptować obie strony³⁹.

Mediacja może mieć postać mediacji instytucjonalnej, gdy prowadzona jest przez stały ośrodek mediacyjny lub mediacji *ad hoc*, gdy mediator (lub zespół mediacyjny – *mediation team, co-mediators*) wyznaczany jest dla pojedynczej sprawy przez strony⁴⁰.

W ramach postępowania mediacyjnego można wyróżnić dwa podstawowe style mediacyjne: *facilitative mediation (soft mediation)* oraz *evaluative mediation (hard mediation)*. Posługując się pierwszym stylem, mediator unika formułowania własnych opinii dotyczących przedmiotu sporu i sposobu jego rozwiązania. Swoją aktywność poświęca natomiast na doskonalenie procesu jego rozwiązania (np. poprzez techniki służące odblokowaniu, rozwinięciu i porządkowaniu komunikacji między stronami, redukcji negatywnych emocji, pomoc w wyartykułowaniu propozycji rozwiązania sporu przez same strony). Stosując drugi styl, mediator prezentuje własne stanowisko co do istoty sporu, proponując projekt jego rozwiązania, uwzględniający interesy obu stron⁴¹.

Mediacja może mieć postać mediacji bezpośredniej (*face-to-face mediation*) bądź pośredniej (*private/separate meetings*), kiedy mediator spotyka się – za zgodą i na życzenie stron – na osobności z każdą z nich celem pełniejszego poznania interesów leżących u podstaw prezentowanych przez nie stanowisk oraz przełamania ewentualnego impasu w postępowaniu mediacyjnym⁴². Do mediacji może dojść zarówno przed wszczęciem postępowania sądowego, jak i w jego trakcie. Mediacja w ramach postępowania sądowego możliwa jest jednak tylko w tych państwach, których prawo taką możliwość przewiduje⁴³.

Ze względu na kryterium podmiotu inicjującego postępowanie mediacyjne w ramach postępowania sądowego można dokonać rozróżnienia

³⁸ Ibidem, s. 116.

³⁹ L. Morawski, *Główne problemy...*, s. 168.

⁴⁰ Por.: M. Pazdan, op. cit., s. 16.

⁴¹ Por.: R. Morek, op. cit., s. 75–76; szerzej: C. Menkel-Meadow, *The Many Ways of Mediation: Transformation of Traditions, Ideologies, Paradigms, and Practices*, „Negotiation Journal” 1985, nr 11; R. Bush, *What Do We Need A Mediator For?: Mediation’s „Value-Added” for Negotiators*, „Ohio State Journal of Dispute Resolution” 1996, nr 12; L. Riskin, *Mediator Orientations, Strategies, and Techniques*, „Alternatives to The High Cost of Litigation” 1994, nr 12.

⁴² R. Morek, op. cit., s. 80.

⁴³ Por.: M. Pazdan, op. cit., s. 14.

mediacji na: mediację z inicjatywy sądu, mediację kontraktową (umowną) oraz mediację na wniosek strony.

Mediacja z inicjatywy sądu to proces rozwiązania sporu, w którym strony za pomocą neutralnego mediatora negocjują kwestie sporne w celu zawarcia ugody, zainicjowany przez sąd, który może, ale nie musi skierować strony do mediacji w procesie, a strony (strona) mogą się na to nie zgodzić. Mediacja kontraktowa (umowna) to proces rozwiązania sporu, w którym strony za pomocą neutralnego mediatora negocjują kwestie sporne w celu zawarcia ugody, zainicjowany przez same strony sporu zawartą między nimi umową o poddaniu sporu mediacji albo zawartą w umowie głównej klauzulą „zapisu na mediację” (*prospective mediation/ADR agreement*). Mediacja na wniosek strony to proces rozwiązania sporu, w którym strony za pomocą neutralnego mediatora negocjują kwestie sporne w celu zawarcia ugody, zainicjowany przez jedną ze stron sporu poprzez złożenie wniosku o przeprowadzenie mediacji⁴⁴.

W procesie mediacyjnym strony co do zasady zachowują autonomię w zakresie wyboru reguł i procedury, a także samej osoby mediatora⁴⁵. Formułowane roszczenia są komunikowane wzajemnie w języku dla stron zrozumiałym, bez zawilości oraz sformalizowania właściwego językowi prawnemu. Konstytutywną cechą różniącą mediację od arbitrażu i postępowania sądowego jest drugorzędne traktowanie dowodów wysuwanych przez strony dla poparcia ich roszczeń⁴⁶.

C. Pod pojęciem arbitrażu (fr. *arbitrage* – sąd rozjemczy, *arbitrer* – rozstrzygać, łac. *arbitrari* – mniemać, *arbitralis* – rozjemczy⁴⁷) rozumie się polubowne rozstrzygnięcie sporów prawnych przez osoby (arbitrów) w oparciu o zasady (materialne i proceduralne), na których wybór strony mają bezpośredni lub pośredni wpływ⁴⁸. W języku prawniczym odróżnia się pojęcie „arbitraż” od pojęcia „sąd polubowny” (choć co do zasady traktuje się je synonimicznie) na oznaczenie sądów polubownych rozstrzygających spory gospodarcze tak w krajowym, jak i międzynarodowym obrocie handlowym⁴⁹.

Sądem polubownym jest „sąd niepaństwowy (w którym nie może zasiadać sędzia państwowy), powołany zgodnie z wolą stron stosunku cywilno-prawnego do rozstrzygnięcia ich sporu, wyrokiem mającym moc

⁴⁴ Por.: np. artykuł 183¹ § 2 kpc, który stanowi: „Mediację prowadzi się na podstawie umowy o mediację albo postanowienia sądu kierującego strony do mediacji. Umowa może być zawarta także przez wyrażenie przez stronę zgody na mediację, gdy druga strona złożyła wniosek, o którym mowa w art. 183⁶ §1”. por.: M. Pazdan, op. cit., s. 14–23.

⁴⁵ L. Morawski, *Główne problemy...*, s. 168.

⁴⁶ A. Korybski, *Alternatywne rozwiązywanie sporów...*, s. 116.

⁴⁷ W. Kopaliński, *Słownik wyrazów obcych i zwrotów obcojęzycznych*, Warszawa 1967, s. 64.

⁴⁸ Zob.: <www.jmm.rubikon.pl/pag/?section=istota.arbitrazu>.

⁴⁹ Ibidem.

prawną na równi z wyrokiem państwowym”⁵⁰. Podstawę prawną działalności sądów polubownych stanowią dwie przesłanki – wola stron wyrażona w umowie o arbitraż oraz przepis prawny umożliwiający taką działalność⁵¹. Przez umowę o arbitraż (*arbitration agreement*) należy rozumieć umowę, na mocy której strony poddają spór prawny pod rozstrzygnięcie sądu polubownego⁵². Umowa o poddanie sporu pod rozstrzygnięcie sądu arbitrażowego może być odrębną, samodzielną umową, zawartą już po powstaniu sporu (kompromis), jak również może mieć postać klauzuli arbitrażowej, zamieszczonej w umowie głównej, przewidującej, że wszelkie spory wynikłe w przyszłości z tej umowy będą rozstrzygane przez sąd polubowny⁵³. Poddanie konkretnego sporu prawnego pod rozstrzygnięcie sądowi polubownemu wyłącza (w oparciu umowę o arbitraż) kompetencje sądu państwowego do orzekania w tej sprawie⁵⁴.

Wśród podstawowych form ADR arbitraż jest najstarszy i najbliższy tradycyjnemu sądownictwu państwowemu⁵⁵. Analogicznie jak w postępowaniu sądowym, w arbitrażu chodzi głównie o zważenia racji (roszczeń) stron w oparciu o pewne zobiektywizowane standardy wartościująco-ocenne. Standardy te nie muszą, ale mogą pokrywać się z wartościami i regułami porządku prawnego. Możliwe jest również ich pozostawanie jedynie w ogólnych ramach prawa obowiązującego⁵⁶. Wyroki arbitrażowe

⁵⁰ S. Dalka, *Sądownictwo polubowne w PRL*, Warszawa 1987, s. 17; podobnie A. Tynel, *Międzynarodowy arbitraż handlowy w krajach Europy Środkowej*, Warszawa 1999, s. 15.

⁵¹ Por.: E. Wengerek, M. Tyczka, *Sądownictwo polubowne w handlu zagranicznym i międzynarodowym obrocie morskim*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1968, nr 6, s. 212; W. Siedlecki, *Postępowanie cywilne*, Warszawa 1987, s. 477; S. Dalka, *Postępowanie nieprocesowe. Sąd polubowny. Postępowanie pomocnicze. Sądowe postępowanie egzekucyjne. Międzynarodowe postępowanie cywilne*, Gdańsk 1994, s. 63; B. Pankowska-Lier, D. Pffaf, *Arbitraż gospodarczy. Praktyka. Uznanie i wykonanie wyroków. Dokumenty*, Warszawa 2000, s. 10. W Polsce instytucja sądu polubownego uregulowana jest przepisach art. 695–715 kpc – ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. (Dz.U. nr 43, poz. 296).

⁵² M. Tomaszewski, *Umowa o arbitraż*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1994, nr 1, s. 14.

⁵³ M. Tomaszewski, *Klauzule arbitrażowe w kontraktach handlu zagranicznego sektora nieuspołecznionego*, „Handel Zagraniczny” 1983, nr 6, s. 23.

⁵⁴ Dopóki strony wiąże umowa o poddanie sporu pod rozstrzygnięcie sądu polubownego (zapis na sąd polubowny), nie można żądać rozpoznania sporu przez sąd państwowy (zob. art. 697 § 2 kpc). Art. 199 § 1 pkt 4 kpc, który stanowi: „Sąd odrzuci pozew, jeżeli rozstrzygnięcie sprawy należy do sądu polubownego”. Zapis na sąd polubowny sąd bierze pod uwagę tylko na zarzut pozwanego, zgłoszony i należycie uzasadniony przed wdaniem się w spór co do istoty sprawy (zob.: art. 202 kpc).

⁵⁵ Instytucja arbitrażu pojawiła się już w starożytnym Rzymie, chociaż nie występowała wtedy w postaci sformalizowanej. Zarówno umowa o arbitraż, jak i wyrok arbitrażowy nie rodziły bezpośrednio skutków prawnych. – zob.: A. Szurski, *Arbitraż – skuteczny sposób likwidowania sporów*, „Monitor Prawniczy” 1998, nr 12, s. 468. W celu zapewnienia wykonania orzeczeń arbitrażowych strony umieszczały w umowie przysięgę zapłacenia kary umownej na wypadek niewykonania orzeczenia arbitra (*stipulatio poenae, com-promissum*) – zob.: S. Dalka, *Sądownictwo...*, s. 9.

⁵⁶ A. Korybski, *Alternatywne rozwiązywanie sporów...*, s. 120.

(sądów polubownych) wielokrotnie bywają bowiem wydawane na podstawie kryteriów pozaprawnych⁵⁷. Arbitr, podobnie jak sędzia, może narzucić stronom sporu wiążące rozstrzygnięcie poprzez nakazanie bądź zakazanie określonego zachowania, czy też ograniczenie swobody wyboru postępowania. Podstawową różnicą w stosunku do trybu adjudykacyjnego jest możliwość wyboru przez uczestników sporu podmiotu podejmującego decyzję (arbitra/arbitrów) oraz często również reguł procedury postępowania arbitrażowego⁵⁸.

Sądy polubowne mogą rozstrzygać spory majątkowe wynikające z krajowych oraz międzynarodowych stosunków cywilnych zarówno pomiędzy osobami fizycznymi, jak i osobami prawnymi. Ustawodawstwo każdego państwa określa kategorie spraw, które mogą być rozstrzygane na drodze arbitrażowej. Dla przykładu w Polsce strony (jeżeli przepis szczególny nie stanowi inaczej) mogą poddać pod rozstrzygnięcie sądu polubownego spory o prawa majątkowe lub spory o prawa niemajątkowe – mogące być przedmiotem ugody sądowej, z wyjątkiem spraw o alimenty⁵⁹.

Do podstawowych cech sądownictwa polubownego należą: dobrowolność zapisu na sąd polubowny, poufność postępowania, niepaństwowy charakter, fachowość (obecność ekspertów specjalizujących się w sprawach dziedziny spornej, występujących w roli arbitrów), jednoinstancyjność (o ile strony nie przewidzą w zapisie na sąd polubowny powołania sądu polubownego drugiej instancji⁶⁰), zrównanie na podstawie przepisu prawnego mocy prawnej orzeczenia arbitrażowego z wyrokiem sądu państwowego.

Pomimo immanentnej cechy arbitrażu, jaką jest jego dobrowolność, można podzielić postępowanie arbitrażowe na mające charakter fakultatywny albo obligatoryjny. O fakultatywnym można mówić, kiedy strony decydują o skierowaniu sprawy na drogę postępowania arbitrażowego dopiero w momencie powstania sporu. Z arbitrażem obligatoryjnym mamy do czynienia, kiedy strony wiąże uprzednio podpisana klauzula kierowania ewentualnych sporów na drogę sądownictwa polubownego⁶¹.

Istotne znacznie ma podział na arbitraż *ad hoc* (niezorganizowany) oraz arbitraż instytucjonalny (stały, zorganizowany)⁶². Sąd polubowny *ad hoc* różni się od stałego sądu polubownego przede wszystkim sposobem powołania oraz procedurą rozstrzygnięcia sporu. Sądy *ad hoc* są powoływane przez strony do rozstrzygnięcia konkretnego sporu.

⁵⁷ Szerzej: P. Ballada, *Zagadnienie obowiązku stosowania prawa materialnego w postępowaniu przed sądem polubownym*, RPEiS 2002, nr 2, s. 87 i nast.

⁵⁸ Por.: A. Kalisz-Prakopik, op. cit., s. 182–183.

⁵⁹ Por.: art. 1157 kpc.

⁶⁰ Zob.: art. 1205 § 2 kpc.

⁶¹ A. Eichler, P. Wójcicki, *Postępowanie arbitrażowe*, „Gazeta Prawna” 1998, nr 12, s. 46.

⁶² S. Dalka, *Sądownictwo...*, s. 18

Formą pochodną od arbitrażu *ad hoc* jest arbitraż administrowany, który polega na tym, iż sąd *ad hoc* korzysta z pomocy administracyjno-organizacyjnej stałego sądu polubownego, często przyjmując też jego regulamin postępowania⁶³.

Ze względu na kryterium zasięgu terytorialnego można wyróżnić arbitraż krajowy oraz arbitraż zagraniczny (międzynarodowy). Rozróżnienie terytorialne ma znaczenie przede wszystkim dla prawa kolizyjnego w związku z istnieniem w sporze elementu obcego (zagranicznego)⁶⁴.

Klasyczna forma arbitrażu (*regular binding arbitration*) stała się podstawą licznych procedur pochodnych, takich jak *final-offer arbitration* (*baseball arbitration*), *arbitration under a high-low contract*, *Michigan mediation*, *nonbinding arbitration*⁶⁵.

III. Instytucje ADR odwołują się do natury prawa opartej na rokowaniach prowadzonych celem zawarcia porozumienia, co pozwala dostrzec elementy wspólnego podejmowania decyzji przez strony sporu⁶⁶. Udział stron w ADR co do zasady jest dobrowolny, a procedura postępowania ma charakter elastyczny, niepubliczny i poufny. W przeciwieństwie do trybu adjudykacyjnego (klasyczna koncepcja procesu sądowego), który charakteryzuje orientacja retrospektywna, ADR cechuje orientacja prospektywna, (jak ułożyć stosunki stron w przyszłości), co przy rozwiązywaniu sporów podmiotów będących w stałych więziach (np. gospodarczych, rodzinnych, sąsiedzkich) daje im szansę na ustalenie zasad bezkonfliktowej kooperacji w przyszłości. ADR w przeciwieństwie do metod tradycyjnych zajmuje się nie tylko tłumieniem przejawów konfliktu, ale usiłuje pozytywnie wpływać na ich przyczyny, łagodząc w ten sposób rozbieżność interesów, z których spór wynika. Osiągnięte na drodze dyskursu prowadzonego w ramach mediacji, negocjacji czy arbitrażu porozu-

⁶³ Z. L. Nanowski, *Z problematyki zagranicznego arbitrażu handlowego w Polsce*, Warszawa 1984, s. 29, 41; por.: A. Tynel, *Postępowanie arbitrażowe*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1994, nr 1, s. 19.

⁶⁴ S. Włodyka, *Arbitraż gospodarczy*, Warszawa 1985, s. 37.

⁶⁵ Szerzej A. Korybski, *Alternatywne rozwiązywanie sporów...*, s. 121–123.

⁶⁶ Autor podziela stanowisko Vilhelma Auberta, łączącego tezę o dualistycznej naturze prawa z charakterystyką społecznej funkcji pełnionych przez prawo: zarządzania (*governance*), podziału (*distribution*) oraz opanowywania sporów (*dispute settlement and management*). Funkcja opanowywania sporów jest traktowana jako pierwotna. Wykorzystuje ona w pewnej mierze przymus, jednakże do jej istoty należą rokowania oraz porozumienia między zainteresowanymi podmiotami społecznymi. Wykształcone później funkcje – dystrybucyjna i zarządzająca – wykorzystują natomiast przede wszystkim przymus; rokowania i porozumienia mają tu jedynie posiłkowe znaczenie. Funkcja dystrybucyjna i zarządzająca są domeną prawa karnego oraz administracyjnego, zaś funkcja opanowywania sporów – prawa cywilnego. Zob.: V. Aubert, *In Search of Law. Sociological Approaches to Law*, New Jersey 1983, s. 29–31; M. Fuszara, *Vilhelma Auberta poszukiwanie prawa*, „Colloquia Communia” 1989, nr 1 (42), s. 203–208 – za: A. Korybski, *Alternatywne rozwiązywanie sporów...*, s. 48–49

mienie prowadzi do powstania konsensusu. W tym ujęciu dyskurs staje się nie tylko pewną techniką uzasadniania zdań czy norm, ale także sposobem funkcjonowania i organizacji życia społecznego. Alternatywne metody rozwiązywania sporów mogą zatem zapewnić racjonalne komunikowanie się w stosunkach społecznych, poprzez dyskursywne kształtowanie i wyrażanie woli społecznej oraz konsensualną regulację konfliktów społecznych. Wpływają także na realizację komunikacyjnej wizji prawa, w której prawo nie powinno być instrumentem sprawowania władzy nad społeczeństwem, lecz zbiorem reguł, za pośrednictwem których uczestnicy gry społecznej mogą się wzajemnie porozumiewać i szukać form rozwiązywania konfliktów i problemów. Realizacja komunikacyjnej wizji prawa umożliwiłaby takie ukształtowanie procesów decyzyjnych w społeczeństwie, które pozwoliłoby sprawdzać argumentacyjnie zasadność aktów tworzenia i stosowania prawa ⁶⁷.

Rozwiązywanie sporów prawnych poprzez ADR jest szczególnie uzasadnione z uwagi na następujące główne zalety tych instytucji:

- mniej sformalizowane, elastyczne procedury (gwarantujące znaczący wpływ stron na przebieg i wynik postępowania), które w większym stopniu uwzględniają interesy stron niż obiektywne standardy i normy;

- szersza orientacja prospektywna (np. na to, jak ułożyć stosunki między będącymi w sporze przedsiębiorcami w przyszłości tak, aby zwłaszcza przy stałych więziach handlowych ustalić zasady bezkonfliktowej kooperacji);

- znacznie krótszy czas rozwiązywania sporów;

- wyrok sądu polubownego czy ugoda w postępowaniu mediacyjnym mają moc prawną równą z wyrokiem sądu państwowego lub ugodą przed nim zawartą (najczęściej jednak dopiero po stwierdzeniu przez sąd państwowy ich wykonalności stają się tytułem egzekucyjnym);

- znaczna redukcja kosztów postępowania;

- poufność postępowania (niepubliczny charakter);

- fachowość (pośrednictwo osób specjalizujących się w sprawach dziedziny spornej) ekspertów, występujących w roli mediatorów, arbitrów;

- obecność procedur niesymetrycznych, które uprzywilejowują najczęściej słabszą stronę konfliktu (klienta, konsumenta);

- możliwość wyboru i dopasowania formy ADR do konkretnych warunków oraz potrzeb (np. przedmiotu sporu czy stadium sporu).

Nie bez znaczenia jest również fakt, iż osiągnięte porozumienie jest zasługą stron, nie zaś rozwiązaniem narzuconym przez podmiot z zewnątrz, gdyż nawet w przypadku arbitrażu element władczy nie jest

⁶⁷ Por.: A. Zienkiewicz, M. Lasota, *Alternatywne sposoby rozwiązywania sporów a integracja Europy*, [w:] *Człowiek a tożsamość w procesie integracji Europy*, red. B. Sitek, G. Dammacco, J. Szczerbowski, A. Kowalska, Olsztyn 2004, s. 488–489.

nazbyt widoczny, a kompetencje arbitra nie pochodzą od państwa, lecz są wynikiem woli uczestników sporu. Stosując ADR, obie strony mają prawo odczuwać satysfakcję z osiągniętego konsensusu oraz świadomości osobistego podejmowania decyzji. Ponadto rezygnacja z drogi sądowej nie stanowi ryzyka i nie jest argumentem przemawiającym na niekorzyść ADR, gdyż – pomimo braku powodzenia w negocjacjach czy mediacji – uczestnicy nie tracą możliwości ewentualnego skorzystania z drogi sądowej w przyszłości⁶⁸. W takiej sytuacji strony sporu mogą mieć poczucie należycie spełnionego obowiązku co do podjęcia próby rozwiązania konfliktu na drodze polubownej. Ponadto podjęte negocjacje, postępowanie mediacyjne czy arbitrażowe mogą doprowadzić do zawarcia ugody co do części spraw spornych. Tym samym dojdzie do ograniczenia zakresu sporu w ewentualnym postępowaniu sądowym. A to z kolei może wpływać na jego szybsze zakończenie (co szczególnie dla sporów w sprawach gospodarczych jest wartością nie do przecenienia)⁶⁹.

Konsekwencja i porządek rzeczy wymagają, ażeby dostrzec, iż formy ADR (szczególnie skupione wokół negocjacji czy mediacji) posiadają również ograniczenia związane z polem ich zastosowania do rozwiązywania lub rozstrzygania sporów prawnych. Nie są optymalnym sposobem opowywania sporu, w którym strony różnią się zdecydowanie posiadanymi zasobami i możliwościami oddziaływania. Nie zdają też egzaminu w sytuacji zdecydowanej odmowy współdziałania w rozwiązywaniu sporu co najmniej jednej strony (wrogie nastawienie stron). Nie stanowią dobrego środka oddziaływania w sytuacji, w której poufne porozumienie stron mogłoby stworzyć zagrożenie dla żywotnych interesów otoczenia społecznego (w wymiarze lokalnym, państwowym czy ponadnarodowym). Ponadto na przykład mediacja nie może znaleźć zastosowania w sytuacji, w której nie jest możliwy dobór bezstronnej trzeciej osoby (np. z uwagi na spolaryzowanie otoczenia społecznego wokół spornych żądań każdej strony)⁷⁰. Bariery dla stosowania ADR w konkretnych rodzajach sporów prawnych stwarzają czasami wprost obowiązujące przepisy prawa procesowego. Egzemplifikując można wskazać na to, iż w polskim systemie

⁶⁸ Por.: ibidem, s. 490 oraz A. Zienkiewicz, *Mediacja instytucjonalna w postępowaniu procesowym w sprawach gospodarczych w Polsce – między inspiracją europejską a wewnętrzną koniecznością*, [w:] *Teoretycznoprawne problemy integracji europejskiej*, red. L. Leszczyński, Lublin 2004, s. 257–276.

⁶⁹ Od prawidłowego sprawowania wymiaru sprawiedliwości, jakości, dostępności, szybkości czy przejrzystości świadczenia usług publicznych przez sądy zależy byt, funkcjonowanie i rozwój przedsiębiorców. Tym samym zależą od tego również: rozwój gospodarczy kraju i rozwiązywanie tak istotnych problemów społecznych, jak np. wysoki poziom bezrobocia. Szerzej na temat skutków działalności sądów zob.: raport Krajowej Izby Gospodarczej, przygotowany przez Annę Kulawczuk: *Wpływ działalności sądów na funkcjonowanie firm i rozwój przedsiębiorczości* <www.kig.pl/Raport_sady.doc>.

⁷⁰ A. Korybski, *Alternatywne rozwiązywanie sporów...*, s. 116.

prawnym spór w postępowaniu w sprawach o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone (art. 479³⁶–479⁴⁵ kpc) nie może być rozwiązany na drodze ugody (np. w postępowaniu mediacyjnym). Zgodnie z dyspozycją normy zawartej w art. 479⁴¹ kodeksu postępowania cywilnego w sprawach o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone, niedopuszczalne jest zawarcie ugody między stronami⁷¹.

Podsumowując podjęte rozważania można wskazać na następujące główne funkcje, jakie ADR pełnią w porządku społecznym⁷²:

1) funkcja ochronna – ochrona praw podmiotowych i określonych stanów faktycznych (np. posiadania)⁷³;

2) funkcja regulacyjna – polegająca na rozwiązywaniu sporów społecznych;

3) funkcja uzupełniająca – uzupełnianie sądowego wymiaru sprawiedliwości⁷⁴;

4) funkcja adaptacyjna – przystosowanie wymiaru sprawiedliwości do przeobrażeń cywilizacyjnych (proceduralizacja, autonomizacja, dyferencjacja)⁷⁵;

⁷¹ Art. 479⁴¹ kpc stanowi: „W sprawach o uznanie postanowień wzorca umownego za niedozwolone sąd nie może wydać wyroku tylko na podstawie uznania powództwa. Niedopuszczalne jest też zawarcie ugody”.

⁷² „Terminowi »funkcja« nadaje się w języku potocznym i nauce rozmaite znaczenia. Niekiedy funkcję utożsamia się z celem, niekiedy »funkcja« oznaczać ma tyle samo co działanie, funkcjonowanie jakiejś instytucji, organizacji, normy postępowania itp. Znaczenie, jakim najczęściej posługuje się współczesna nauka, wiąże się z takim rozumieniem tego terminu, który oznacza rzeczywisty, obiektywny skutek, rezultat istnienia (działania) jakiejś instytucji, normy, tworu organizacyjnego itp. dla ich otoczenia. Przez termin »cel« należy rozumieć pewien postulowany stan rzeczy, który ma być osiągnięty dzięki podjęciu określonych czynności, ustanowieniu norm, wprowadzeniu rozwiązań organizacyjnych itp.” – T. Stawecki, P. Winczorek, *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 1999, s. 9–10.

⁷³ Według J. Waszczyńskiego, ochrona prawna *sensu largo*, oprócz orzekania (stanowiącego „ochronę prawną *sensu stricto*”) obejmuje m.in. działalność pojednawczą, która może przybrać postać: pośrednictwa, rozjemstwa, polubownego załatwienia sprawy i kontroli przestrzegania prawa. W nawiązaniu do powyższego stanowiska F. Prusak skłania się podzielić organy ochrony prawnej, w zależności od rodzaju sprawowanej ochrony na cztery podstawowe grupy: organy rozstrzygające (orzekające), organy pojednawcze (mediacyjne), organy kontrolujące legalność i organy pomocy prawnej – za: R. Morek, op. cit., s. 47.

⁷⁴ Metody „alternatywne” mają wobec tradycyjnych sposobów rozwiązywania sporów charakter komplementarny (uzupełniający), a nie konkurencyjny – por.: ibidem, s. 39–74. Relacja między sądami państwowymi a ADR powinna mieć „charakter symbiotyczny”, oparty na wzajemnym pożytku – zob.: D.A. Ridgway, *The role of Judges as Guardians of the ADR Process*, <www.iadb.org/mif/eng/conferences/speeches/ridgway.htm>.

⁷⁵ Jedną z dominujących tendencji rozwojowych współczesnych systemów prawa jest zjawisko „proceduralizacji” – zob.: L. Morawski, *Proces sądowy...*, s. 15. Sens tych zmian sprowadza się przede wszystkim do tego, że prawo zamiast bezpośrednio dyktować programy, cele i środki działania, tworzy jedynie takie ramy organizacyjne, normy kompetencyjne i procedury podejmowania decyzji, które pozwolą podsystemom społecznym w samodzielny sposób rozwiązywać swoje problemy (autonomizacja) – zob.: G. Teubner, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt a. M. 1989, s. 81 za: L. Morawski, *Proces sądowy...*, s. 16. Proceduralizacja jest zatem

5) funkcja organizacyjna – kształtowanie dyskursywnego podejmowania decyzji i wyrażanie woli w stosunkach społecznych oraz umożliwianie konsensualnej regulacji konfliktów społecznych;

6) funkcja innowacyjna – wprowadzenie nowych instytucji rozwiązywania sporów o charakterze pozaadjudykacyjnym do systemu prawnego;

7) funkcja harmonizacyjna – stabilizowanie stosunków społecznych poprzez rozwiązywanie konfliktów społecznych na drodze ugodowej oraz zapobieganie ich odnawianiu się w przyszłości (likwidacja przyczyn konfliktu);

8) funkcja partycypacyjna i aktywizacyjna – włączenie społeczeństwa obywatelskiego w proces wymiaru sprawiedliwości⁷⁶;

9) funkcja wychowawcza – wdrażanie w stosunki międzyludzkie wartości moralnych oraz kreowanie postaw społecznych, prowadzących do rozwiązywania sporów na drodze porozumienia (podejmowanie prób zrozumienia sytuacji i racji strony przeciwnej, postawa wzajemnego szacunku);

10) funkcja edukacyjna – podniesienie poziomu świadomości prawnej, kultury prawnej oraz kultury dialogu;

odpowiedzią na zmieniającą się strukturę współczesnych społeczeństw, w których nie tylko poszczególne jednostki, ale również grupy i podsystemy społeczne stają się coraz bardziej autonomiczne i nie tolerują władczych i autorytatywnych form kontroli społecznej. Główną ideą proceduralizacji jest przeniesienie rozwiązań problemów społecznych z różnego rodzaju organów („agencji”) państwowych na samych adresatów norm prawnych – zob.: R. Morek, op. cit., s. 53–54. Można założyć, że proces funkcjonalnego różnicowania się wymiaru sprawiedliwości będzie się rozwijał w miarę pogłębiania się procesów funkcjonalnej dyferencjacji samego społeczeństwa i jego rozpadu na coraz bardziej wyspecjalizowane podsystemy (społeczeństwo policentryczne) – zob.: R. Mayntz, B. Rosewitz, R. Stichweh, U. Schimank, *Differenzierung und Ver selbstständigung*, Frankfurt, a. M. – New York 1988 – za: L. Morawski, *Proces sądowy...*, s. 17. Sądy będą stawały się coraz mniej kompetentne do rozwiązywania problemów wymagających wysoce wyspecjalizowanej wiedzy i znajomości specyfiki funkcjonowania poszczególnych sektorów rynku – zob.: R. Morek, op. cit., s. 56–57. Funkcjonalna dyferencjacja systemów społecznych musi zakładać funkcjonalne zróżnicowanie wymiaru sprawiedliwości – zob. L. Morawski, *Proces sądowy...*, s. 17.

⁷⁶ Termin „wymiar sprawiedliwości” rozumiem w szerszym, przedmiotowo-funkcyjnym znaczeniu jako działalność polegającą na rozwiązywaniu lub rozstrzyganiu konfliktów prawnych, nie będącą sferą wyłącznej działalności sądów (brak monopolu sądów) – podobnie: L. Morawski, *Główne problemy...*, s. 186, 196; Z. Kmiecik, op. cit., s. 31; R. Morek, op. cit., s. 44; A. Ratajczak, *Trzecia władza w konstytucji*, „Rzeczpospolita” 27 września 1995, nr 224, s. 17; 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; zob. również: wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 13 marca 1996 r. (K 11/95, OTK 1996, nr 2, poz. 9) wraz z uzasadnieniem (s. 7); wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 8 grudnia 1998 r. (K.41/97, OTK ZU 1998, nr 7, poz. 117) wraz z uzasadnieniem (s. 6); J. Oniszczyk, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Kraków 2000, s. 736; Zielona Księga Komisji Europejskiej (*Green Paper on alternative dispute resolution in civil and commercial law*), z dnia 10 kwietnia 2002 r., COM (2002)196, April 2002, rozdz. 1.2 „Wider access to justice” (Green Paper s. 7–9) <http://europa.eu.int/eur-lex/en/com/gpr/2002/com2002_0196en01.pdf>.

11) funkcja komunikacyjna – budowanie efektywnej komunikacji społecznej (podporządkowanej regułom etyki mowy i idealnej sytuacji mowy)⁷⁷;

12) funkcja integracyjna – realizowana przy rozwiązywaniu sporów pomiędzy podmiotami pochodzącymi z różnych krajów europejskich (spór z elementem obcym), poprzez budowanie wspólnej europejskiej kultury dialogu, komunikacji społecznej, kultury prawnej oraz tożsamości europejskiej, opartej na komunikacyjnej wizji prawa, państwa i społeczeństwa⁷⁸.

⁷⁷ Na temat reguł etyki mowy i idealnej sytuacji mowy zob.: L. Morawski, *Dyskurs w ujęciu Habermasa a inne koncepcje argumentacji*, [w:] *Dyskursy rozumu: między przemocą a emancypacją*, red. L. Witkowski, Toruń 1990; L. Morawski, *Główne problemy...*, s. 100–114.

⁷⁸ Zob. J. Habermas, *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, tran. W. Rehg, Cambridge 1996.