

JERZY STELMACH, BARTOSZ BROŻEK

# SZTUKA NEGOCJACJI PRAWNICZYCH





JERZY STELMACH, BARTOSZ BROŻEK

# SZTUKA NEGOCJACJI PRAWNICZYCH



LEX

a Wolters Kluwer business

Warszawa 2011

Wydawca:  
Magdalena Stojek-Siwińska

Redaktor prowadzący:  
Joanna Maż

Opracowanie redakcyjne:  
Katarzyna Rybczyńska

Skład, łamanie:  
Andrzej Gudowski

Na obwolucie reprodukcja pracy Andrzeja Wróblewskiego  
„Dążenie do doskonałości”, 1952

© Copyright by  
Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., 2011

ISBN 978-83-264-1143-4

Wydane przez:  
Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o.

Redakcja Książek  
01-231 Warszawa, ul. Płocka 5a  
tel. (22) 535 80 00, (22) 535 82 00  
e-mail: [ksiazki@wolterskluwer.pl](mailto:ksiazki@wolterskluwer.pl)

[www.wolterskluwer.pl](http://www.wolterskluwer.pl)  
Księgarnia internetowa [www.profinfo.pl](http://www.profinfo.pl)

# Spis treści

<b>Wstęp</b> .....	7
<b>Rozdział I. Fenomen negocjacji</b> .....	9
1. Negocjacyjny sens prawa.....	13
Interpretacyjna otwartość prawa .....	15
Rozumienie reguły prawnej .....	16
Sytuacje negocjacyjne .....	18
Rezultat .....	19
Roszczenie do uniwersalności.....	22
Uzasadnienie statystyczne .....	24
2. Trzy modele negocjacyjne .....	27
Model argumentacyjny .....	27
Model topiczno-retoryczny .....	29
Model ekonomiczny.....	29
Kryteria odróżniania modeli negocjacyjnych.....	31
3. Praktyka negocjacyjna .....	31
Pięć powodów powstawania nieporozumień .....	32
Stosowane modele negocjacyjne .....	36
<b>Rozdział II. Model argumentacyjny</b> .....	43
1. Słuszność jako kryterium negocjacyjne .....	46
Pojęcie słuszności .....	47
Dyskursywne ujęcie słuszności .....	53
2. Strategia <i>top-down</i> .....	54
Dedukcja normatywna .....	54
Momenty negocjacyjne .....	56
3. Spór o model argumentacyjny .....	60
Zarzuty pozytywistów.....	60
Zarzuty leseferystów.....	62

Zarzut fasadowości .....	65
Zarzut nierozstrzygalności .....	66
4. Dziesięć zasad słusznego negocjowania .....	68
<b>Rozdział III. Model topiczno-retoryczny</b> .....	<b>77</b>
1. Skuteczność jako kryterium negocjacyjne .....	81
Pojęcie skuteczności .....	82
Partykularne audytorium .....	84
2. Strategia <i>bottom-up</i> .....	85
Momenty negocjacyjne .....	86
Negocjacyjna erystyka .....	92
3. Spór o model topiczno-retoryczny .....	100
Niedookreśloność .....	100
Amoralizm .....	101
Psychologizm .....	102
Erystyczność .....	103
Eklektyzm .....	103
Relatywizm .....	104
4. Dziesięć zasad skutecznego negocjowania .....	105
<b>Rozdział IV. Model ekonomiczny</b> .....	<b>115</b>
1. Efektywność ekonomiczna jako kryterium negocjacyjne .....	118
Ekonomiczny sposób myślenia .....	118
Prawo jako ekonomiczny fakt .....	120
Osobliwości negocjacji prawniczych .....	124
2. Strategia mieszana .....	128
Między <i>top-down</i> a <i>bottom-up</i> .....	128
Wspólnota i konflikt interesów .....	131
Momenty negocjacyjne .....	133
3. Spór o model ekonomiczny .....	138
Kontrfaktyczność .....	138
Potworność moralna .....	141
Ograniczone zastosowanie .....	143
Fasadowość .....	145
4. Dziesięć zasad efektywnego negocjowania .....	145
<b>Bibliografia</b> .....	<b>155</b>
<b>Indeks nazwisk</b> .....	<b>161</b>
<b>Indeks rzeczowy</b> .....	<b>169</b>

## Wstęp

Z pomysłem napisania niewielkiej pracy poświęconej negocjacom prawniczym nosiliśmy się od dobrych kilku lat. Wydawał się on interesujący i stosunkowo prosty, zwłaszcza po wydanym wcześniej *Kodeksie argumentacyjnym dla prawników*<sup>1</sup>. Tymczasem pojawiły się rozliczne trudności. Najpierw te systematyzacyjne, związane z rozróżnieniem poszczególnych modeli negocjacyjnych. Każda kolejna propozycja była modyfikowana, by wreszcie zostać odrzucona. Następnie próbowaliśmy przejrzeć najważniejsze pozycje z literatury tego przedmiotu. Okazało się, że mamy do czynienia z setkami, jeśli nie tysiącami różnych opracowań dotyczących negocjacji. Im więcej czytaliśmy, tym mniej rozumieliśmy. Bałagan terminologiczny, brak jasnych kryteriów podziału, eksponowanie zwykle tylko jednego, spośród wielu możliwych, ujęcia negocjacji prawniczych. No i wreszcie już nasz własny problem ze znalezieniem adekwatnego dla tego typu rozważań języka. Albo był on zbyt eseistyczny, a przez to niedokładny, albo zbyt „napuszony”, teoretyczny, a co za tym idzie, dla normalnego czytelnika po prostu niestrawny. I tak po wielu kolejnych próbach, niezliczonej ilości korekt i modyfikacji powstała książeczka o negocjacjach prawniczych.

Czy wnosi ona coś nowego do dyskusji na temat negocjacji prawniczych? Oczywiście nie mamy żadnej pewności. Na pewno jednak staraliśmy się wyjść poza pewien dominujący schemat, sprowadzający problem negocjacji do wyłącznie psychologiczno-ekonomicznego kontekstu. Z tego punktu widzenia nasza propozycja jest pewną

---

<sup>1</sup> J. Stelmach, *Kodeks argumentacyjny dla prawników*, wyd. II, Kraków 2003.

nowością. Staraliśmy się również unikać prezentowania „jedynie słusznych poglądów”. Proponowana przez nas koncepcja negocjacji jest, w naszym przekonaniu, oczywiście uprawniona, lecz nie jest z pewnością jedynie możliwa. Jesteśmy wreszcie głęboko przekonani, że problem negocjacji prawniczych jest niezwykle istotny, a wraz z pogłębieniem się kryzysu europejskiego systemu prawa stanowionego będzie jeszcze istotniejszy. Dlatego to właśnie najlepszy moment, aby propagować sztukę prawniczych negocjacji.

Książek tego typu nie pisze się ani po to, by powiększyć swój dorobek naukowy, ani po to, by szybciej awansować (zresztą przynajmniej jeden z nas ma to już z głowy). Pisze się je z głębokiego przekonania, że po prostu warto, oraz z fascynacji rzeczywistym problemem teoretycznym i praktycznym.

*Jerzy Stelmach  
Bartosz Brożek*

*Kraków, lipiec 2010 r.*



## Rozdział I

### Fenomen negocjacji

Żeby móc odpowiedzieć na pytanie, dlaczego zdecydowaliśmy się napisać pracę poświęconą „sztuce” negocjacji prawniczych (posłużyliśmy się terminem „sztuka” bardziej z powodów estetycznych niż merytorycznych), należy najpierw odpowiedzieć na inne, w naszym przekonaniu kluczowe, pytanie, a mianowicie: kim ma ostatecznie być współczesny prawnik? Wyspecjalizowanym w pewnej dziedzinie prawa formalistą czy może przede wszystkim negocjatorem? Tocząca się od z górą stu lat w doktrynie i praktyce prawniczej dyskusja nie dała wcale jednoznacznych odpowiedzi. Zwykle zderzały się ze sobą dwa z gruntu różne sposoby myślenia o prawie: pozytywistyczny i niepozytywistyczny. Dla zwolenników pozytywizmu prawo powinno pozostawać wielkością stałą, nienaruszalną, nawet wówczas, gdy urągać ono będzie elementarnym wymogom słuszności (racjonalności), skuteczności czy efektywności. Prawny legalizm i formalnie rozumiane bezpieczeństwo prawne ma w dostateczny sposób uzasadniać całkowicie oderwane od rzeczywistości rozstrzygnięcia. Z kolei zwolennicy rozwiązań niepozytywistycznych uznają za możliwą dynamiczną interpretację prawa, umożliwiającą dopasowanie go do wciąż zmieniającej się rzeczywistości. Ich zdaniem ostateczny sens i znaczenie norm (reguł) prawnych powinien być ustalony w procesie bezpośrednich negocjacji pomiędzy znajdującymi się w konflikcie stronami. My również jesteśmy zwolennikami takiego podejścia. Za takim stanowiskiem przemawia wiele argumentów, również natura dokonujących się cywilizacyjnych przemian. „Świat zerwał się

z łańcucha”, przyspieszył, a zdaniem niektórych nawet oszalał. Tylko w prawie po staremu – można by powiedzieć: „archiwalny spokój”. Zmieniliśmy w Polsce ustrój, jesteśmy częścią globalnego i europejskiego systemu prawa, świat nękany jest różnego rodzaju kryzysami, ostatnio kryzysem ekonomicznym. A co się zmieniło w prawie? Nowelizujemy bez końca te same akty prawne, posługujemy się procedurami, które prowadzą do przedawniania się spraw w sądach, uczymy na uniwersytetach prawa jak sto lat temu, robiąc dobrą minę do złej gry. Nie korzystamy z naszej wolności i „władzy”, nie sięgamy do procedur negocjacyjnych, bo nie chcemy lub po prostu nie potrafimy. Za to krytykujemy każdą nowość i zmianę.

Tymczasem ogromna większość spraw, zwłaszcza z obszaru prawa cywilnego i gospodarczego, daje się rozstrzygnąć bez udziału sądu, w drodze negocjacji, przy użyciu dopuszczalnych tam narzędzi. Możemy oszczędzić naszym klientom i nam samym niewyobrażalną ilość czasu, pieniędzy i stresu. A jeśli możemy, to musimy to zrobić, a tym samym ustanowić nową kulturę prawną – kulturę negocjacji. Równocześnie winniśmy zrezygnować z nierozstrzygalnych formalnych sporów o teorie i słowa, kierując się od razu do istoty rzeczy. Uczmy więc siebie i uczmy innych sztuki negocjacji, sztuki znajdowania dającego się prawnie i etycznie uzasadnić kompromisu, zamiast przedłużać i gmatwać prowadzone przez nas sprawy bez końca i bez jakiegokolwiek potrzeby.

Nie jesteśmy nadmiernie przywiązani do dokonanej poniżej systematyzacji modeli negocjacyjnych. Jest ona wprawdzie uprawniona, ale z pewnością nie jedynie możliwa. Chodzi nam raczej o pokazanie pewnego *spectrum* negocjacyjnego, możliwości, jakie posiada współczesny prawnik. Zdajemy sobie sprawę, że modele te przenikają się, że możemy sięgać równocześnie do narzędzi (metod) charakterystycznych dla różnych modeli, w zależności od natury negocjowanego przypadku. W kolejnych punktach tego rozdziału będziemy starali się podać pewne argumenty uzasadniające taką, a nie inną systematyzację, zdając sobie sprawę, że uprawione mogą być również inne podejścia i stanowiska. Nasze ambicje ograniczają się do próby pokazania, jakimi metodami i w jakim zakresie może posłużyć się prawnik

w procesie szeroko rozumianych negocjacji. Jesteśmy równocześnie przekonani, że w praktyce negocjacyjnej wszystkie wyróżnione przez nas modele są rzeczywiście stosowane. Problem dotyczy więc raczej kwestii stopnia świadomości metodologicznej, czyli nie tego, „czy”, lecz „jak” prawnik wykorzystuje pewne modele (metody, narzędzia) negocjacyjne.

Nie zawsze ułatwieniem jest lektura istniejących na ten temat opracowań. Jest ich niewyobrażalna ilość. Często panuje w tych opracowaniach terminologiczny chaos, trudna do zaakceptowania dla filozofa i teoretyka prawa swoboda. Brakuje definicji, jasnych, opartych na ontologicznych lub epistemologicznych założeniach podziałów i systematyzacji. Taka twórczość nie sprzyja popularyzacji sztuki negocjacji prawniczych, często niesłusznie kojarzonych wyłącznie z jakimiś psychologicznymi lub erystycznymi chwytami. Każda z propozycji musi dać się uzasadnić przy użyciu w pełni dyskursywnych metod. Za każdą z nich musi stać wreszcie jakaś prawnicza ontologia i epistemologia. Dlatego warto się tym możliwym uzasadnieniom bliżej przyjrzeć.

Proponujemy wyodrębnić trzy modele negocjacyjne: argumentacyjny, topiczno-retoryczny oraz ekonomiczny. Każdy z nich będzie odwoływał się do innego kryterium: model argumentacyjny do kryterium słuszności, model topiczno-retoryczny do kryterium skuteczności, zaś model ekonomiczny do kryterium efektywności. To, którym z tych modeli się posłużymy, będzie zależeć od natury negocjowanego przypadku, od naszych interpretacyjnych przyzwyczajzeń oraz dynamiki procesu negocjacyjnego. Raz jeszcze chcemy z naciskiem podkreślić: niczego nie odkrywamy, rekonstruujemy zaledwie pewne intuicje silnie zakorzenione w strukturze prawniczego myślenia. Zdajemy sobie sprawę, że w tzw. przypadkach trudnych sięgamy do różnych modeli równocześnie, poddając proponowane rozwiązania wszelkim możliwym testom. Zawsze jednak będziemy oczekiwać, że przyjęte w drodze negocjacji rozstrzygnięcie będzie spełniać, w minimalnym choćby stopniu, kryteria słuszności, skuteczności i efektywności.

Na prawo można i trzeba spojrzeć z perspektywy negocjacyjnej, jakkolwiek dla pozytywistycznie wykształconych prawników

jest to postawa trudna do zaakceptowania. Dlatego współczesny kontynentalny prawnik wciąż niechętnie negocjuje. Woli proceduralną pewność i sędziego jako arbitra. Nie chce negocjować, boi się nieprzewidywalnego rezultatu. W dalszej perspektywie współczesny prawnik musi jednak stać się negocjatorem. Przy istniejącej dynamice zmian ekonomicznych i społecznych, któż zadowoli się perspektywą wygrania (z pewnym tylko prawdopodobieństwem) kosztownego procesu, który może trwać wiele lat? Chcemy rezultatu, nie mamy już więcej czasu na prawnicze rytuały. Musimy więc negocjować, poszukiwać kompromisu za wszelką cenę, oszczędzając w ten sposób i czas, i pieniądze naszych klientów. Niepodobna tego faktu kwestionować. Nie można wreszcie spychać negocjacji na margines prawa, wyznaczać pewne tylko obszary, gdzie niby byłoby to możliwe, sprowadzać negocjacji wyłącznie do wyspecjalizowanych działań prawnych (na przykład tylko do arbitrażu). Negocjować możemy zawsze i w każdym aktywnym prawnie obszarze naszego życia, jak również w każdej fazie postępowania. Oczywiście podjęcie negocjacji nie oznacza zwolnienia z rygorów obowiązującego prawa oraz kryteriów poprawności, które ten proces (czyli proces negocjacyjny) musi spełniać.

No i pytanie ostatnie: czy autorzy tej pracy posiadają dostateczną kompetencję w dziedzinie, którą chcą opisać? Każda z możliwych odpowiedzi jest w tym przypadku zła. Możemy co najwyżej stwierdzić, że kwestiami metodologicznymi powiązanymi bezpośrednio z problematyką negocjacji prawniczych zajmowaliśmy się już wcześniej<sup>2</sup>, zaś w praktyce prawniczej przynajmniej jeden z nas miał do czynienia z negocjacjami od wielu lat.

---

<sup>2</sup> Najważniejsze opracowania monograficzne: J. Stelmach, *Współczesna filozofia interpretacji prawniczej*, Kraków 1996; J. Stelmach, *Kodeks argumentacyjny dla prawników*, Kraków 2002; J. Stelmach, B. Brożek, *Metody prawnicze*, wyd. II, Warszawa 2006 (w wersji angielskiej: *Methods of Legal Reasoning*, Dordrecht 2006); B. Brożek, *Defeasibility of Legal Reasoning*, Kraków 2004; B. Brożek, *Rationality and Discourse. Towards a Normative Model of Applying Law*, Warszawa 2007; J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *Dziesięć wykładów o ekonomii prawa*, Warszawa 2007.

## 1. Negocjacyjny sens prawa

Chcemy wykazać, że prawo z samej swej ontologicznej i epistemologicznej istoty ma sens negocjacyjny. W filozofii prawa wielokrotnie powracała kwestia „dialogicznej” i „dyskursywnej” natury prawa. O dialogicznej naturze prawa pisali między innymi przedstawiciele nurtu fenomenologicznego i hermeneutycznego<sup>3</sup>. Zwracano w szczególności uwagę na to, że jeśli jest jakieś przyrzeczenie, to musi być również podjęta próba spełniania tego przyrzeczenia, że jeśli jest pytanie, to powinna być udzielona na nie odpowiedź, że jeśli jest jakieś roszczenie, to musi mu odpowiadać jakieś zobowiązanie. Współczesne teorie argumentacji prawniczej zwracały z kolei uwagę na dyskursywną naturę prawa<sup>4</sup>. Akceptacja poglądów podkreślających dialogiczną bądź dyskursywną naturę prawa pozwala nadać problemowi negocjacji prawniczych szczególny status, tzn. powiązać go bezpośrednio z „dyskusją podstawową” na temat ontologicznej i poznawczej istoty prawa.

Ujmowanie negocjacji jako problemu samego w sobie i rezygnacja z uzasadnień ontologicznych i metodologicznych musi prowadzić do marginalizacji znaczenia negocjacji w praktyce prawniczej. Tak właśnie postępują przeciwnicy upowszechniania procedur i technik negocjacyjnych w prawie. Chcą oni postrzegać negocjacje jako pewien rodzaj metody o całkowicie drugorzędnym znaczeniu wobec standardowych metod dogmatycznych, uznawanych siłą pozytywistycznej tradycji za „metody podstawowe”. Po negocjacje sięga się dopiero wówczas, gdy te „metody podstawowe” zawodzą, gdy wyczerpane zostaną wszelkie możliwości sformalizowanego prawnego działania. Zamiast na początku, gdy nie następuje jeszcze eskalacja sporu,

---

<sup>3</sup> Por. H.G. Gadamer, *Wahrheit und Methode. Ergänzungen. Register* (w:) *Gesammelte Werke*, t. II, Tübingen 1986; A. Reinach, *Zur Phänomenologie des Rechts. Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts*, wyd. II, München 1953; A. Kaufmann, *Beiträge zur juristischen Hermeneutik*, Köln–Berlin–Bonn–München 1984.

<sup>4</sup> Por. Ch. Perelman, *Logika prawnicza. Nowa retoryka*, Warszawa 1984; R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, wyd. II, Frankfurt am Main 1991.

negocjacje podejmuje się dopiero (jeśli w ogóle) w fazie zaognienia konfliktu, zwykle już za późno, aby osiągnąć „efektywny kompromis”. Dzieje się tak z co najmniej trzech powodów, na które już zresztą wcześniej zwracaliśmy uwagę. Po pierwsze: właśnie z powodu braku uwzględnienia szerszej perspektywy filozoficznoprawnej. W praktyce prawniczej pewne ogólniejsze ustalenia (czym jest prawo i jakie są metody jego badania?) przyjmowane są „na wiarę”, „raz na zawsze”, bo taka jest tradycja, standardy kształcenia, wykształcone nawyki. Zwykle są to standardy i nawyki pozytywistyczne. I cóż z tego, że mamy wiele nowocześniejszych i bardziej konkurencyjnych koncepcji! Po drugie: z powodów kompetencyjnych. Prawnik niechętnie negocjuje, bo po prostu nie potrafi. Boi się opuścić bezpieczną dla siebie „niszę prawa”. Wie, jak napisać pozew lub odpowiedź na pozew przeciwnika, zna procedurę, pewnie czuje się na sali rozpraw. Nie chce jednak negocjować, podejmować działań, które obok znajomości prawa wymagają jeszcze kilku innych umiejętności z zakresu bezpośrednio niepowiązanego z prawem (choćby z zakresu logiki i retoryki, psychologii i ekonomii). Wreszcie po trzecie: z powodu zawodowego oportunistu. Jeśli wykonywana praca przynosi wystarczające korzyści i sprawia dość satysfakcji, to po co cokolwiek zmieniać, podejmować ryzyko bez dostatecznych gwarancji? W grę może też wchodzić inne jeszcze, bardziej cyniczne uzasadnienie. Dobrze przygotowane i przeprowadzone negocjacje mogą doprowadzić do szybkiego zakończenia sporu. Mamy więc wybór: negocjacje, szybki i efektywny (ekonomicznie) kompromis lub wyniszczający, kosztowny, długotrwały spór. Wszystko zdaje się przemawiać za pierwszą z alternatyw. Jednak w praktyce „wariant negocjacyjny” występuje stosunkowo rzadko. Nie raz można usłyszeć opinię, że z czegoś trzeba żyć! Ale czy z negocjacji, które pozwalają do minimum skrócić czas niezbędny dla rozstrzygnięcia spornego przypadku, da się wyżyć? Omawianemu tu oportunistowi sprzyja, a jakże, sam system prawny, w szczególności brak możliwości (przynajmniej w Polsce) pobierania wynagrodzenia „od efektu” (*success fee*), co w naturalny sposób zachęca do podejmowania zrutynizowanych działań prawniczych (przede wszystkim sądowych), za które można regularnie pobierać

honorarium zgodne z taryfikatorem. Dlatego chcemy spojrzeć na problem negocjacji prawniczych również z nieco szerszej, filozoficznoprawnej perspektywy, wiążąc analizę poszczególnych modeli negocjacyjnych z fundamentalną dyskusją dotyczącą ontologicznej i epistemologicznej istoty prawa.

**[Interpretacyjna otwartość prawa]** Inaczej niż Dworkin, uważamy, że nie ma jedyne go słusznego rozwiązania przypadku nazywanego trudnym. Przyjęcie takiego poglądu cofa nas do XIX-wiecznego pozytywizmu. Sędzia-prawnik nie jest żadnym Herkulesem, tylko interpretatorem, który poszukuje najlepszego możliwego do przyjęcia w danej sytuacji rozwiązania. Interpretacyjna otwartość prawa oznacza równocześnie otwartość negocjacyjną. Gdybyśmy przyjęły pogląd o jedynym właściwym rozstrzygnięciu, wówczas rozważania na temat negocjacji prawniczych traciłyby sens. W przypadkach trudnych mamy przecież zawsze do czynienia z jakimiś pytaniami i z jakimiś możliwymi odpowiedziami – przestrzeń pomiędzy interpretacyjnym pytaniem i możliwymi odpowiedziami na to pytanie jest właśnie „przestrzenią negocjacyjną”.

Twierdzenia o interpretacyjnej otwartości prawa oraz o możliwości zdefiniowania prawa jako „zdarzenia negocjacyjnego” wzajemnie się potwierdzają. Z jednej bowiem strony prawo jest interpretacyjnie otwarte, bo ma strukturę negocjacyjną, z drugiej zaś przyjęcie, że pierwotny sens prawa jest sensem negocjacyjnym oznacza, że prawo jest interpretacyjnie otwarte. Sięgamy w istocie do tych samych ontologicznych i epistemologicznych intuicji. Interpretacyjna (negocjacyjna) otwartość prawa powoduje, że interpretator posiada w zasadzie niczym nieograniczoną wolność. Oczywiście takie założenie musi wzbudzać grozę i sprzeciw u wszystkich tych, którzy za jedyne uprawniony uznają paradygmat pozytywistyczny. Rzecz w tym, że paradygmat ten nie jest przecież jedyne uprawniony. Czy jednak rzeczywiście interpretator posiada niczym nieograniczoną wolność? Pozytywna odpowiedź na to pytanie wymaga dodatkowego komentarza. Oczywiście zdajemy sobie sprawę z wielu ograniczeń, którym podlega interpretator, chociażby ze względu na istnienie reguł typu

*ius cogens*, jakie muszą być stosowane z całym „dobrodziejstwem inwentarza”. Wolność interpretatora (negocjatora) dotyczy jednak pierwszej, a zarazem najważniejszej fazy naszego prawniczego działania, gdy negocjujemy, dochodząc do zgodnego z wymogami słuszności, skuteczności lub efektywności rozstrzygnięcia. Dopiero kolejna faza będzie miała już bardziej formalny (dogmatyczny) i technologiczny zarazem charakter. W fazie tej sprawdza się, czy elementy zawartego porozumienia są zgodne z obowiązującym prawem. W fazie negocjacyjnej bierzemy przecież pod uwagę nie tylko racje prawne. Poszukując najlepszego (etycznie akceptowalnego i ekonomicznie efektywnego) rozwiązania, sięgamy, obok prawnych, do racji (uzasadnień) etycznych, psychologicznych czy ekonomicznych. I w tym właśnie (i tylko w tym) obszarze swojej aktywności negocjator ma niczym nieograniczoną wolność. Przyjmując pozytywistyczny punkt wyjścia, nie można jednak takiego poglądu zaakceptować. W pozytywizmie myśli się nie w kategoriach interpretowanego przypadku lub zdarzenia negocjacyjnego, lecz w kategoriach reguły prawnej. Proces interpretacji zostaje sprowadzony do ustalenia rzeczywistego znaczenia reguły prawnej i w zasadzie tylko do tego. W konsekwencji znika przestrzeń dla swobodnego negocjowania, bowiem o wszystkim przesądzają ustanowione uprzednio reguły prawne. Procesy określane mianem negocjacyjnych, negocjacyjnymi w istocie nie są. Te „niby negocjacje” sprowadzają się zwykle do tego, że każdy z uczestniczących w sporze „Herkulesów” przedstawia własną „jedynie słuszną” interpretację, nieustępliwie jej broni (bo przecież jest to interpretacja „najlepsza”), a potem?... Cóż, potem sprawa trafia do sądu i trwa 8 lat.

**[Rozumienie reguły prawnej]** Źródłem nieskończonej ilości sporów i nieporozumień, również tych związanych z pojmowaniem negocjacji prawniczych, jest jeden z najważniejszych „pozytywistycznych” mitów prawniczych, redukujący pojęcie prawa do pojęcia reguły prawnej. Zwolennicy takiego sposobu myślenia o prawie uznają regułę prawną za jedyne dopuszczalne źródło ustalania pewnych uprawnień i zobowiązań. W konsekwencji reguła prawna



działa w sposób apodyktyczny, na zasadzie „wszystko albo nic”<sup>5</sup>. Gdyby jednak przyjąć takie rozumienie reguły prawnej, to wówczas w zasadzie znika problem negocjowania. Bo i co negocjować: albo mamy prawne roszczenie, albo nie. Gdzie miałyby powstać ewentualna przestrzeń negocjacyjna? Wszystko byłoby z góry przesądzone. A przecież tak na szczęście nie jest. Przyjmujemy tu pogląd, że prawo jest interpretacyjnie i negocjacyjnie otwarte. Jesteśmy o tym przekonani, również i z tego powodu, że reguła prawna może być spełniona (zrealizowana) w różnym stopniu. Dotyczy to zwłaszcza sytuacji, w której podejmujemy negocjacje prawnicze. W tej negocjacyjnej fazie postępowania przypisujemy regule (normie) prawnej właściwości bycia słuszną, skuteczną czy efektywną w różnym (zależnym od wielu elementów będących składnikami sytuacji negocjacyjnej) stopniu. W konsekwencji w oparciu o kryterium „spełnienia” nie da się odróżnić reguł prawnych od zasad prawnych. W procesie negocjacji powołujemy się zarówno na reguły prawne, jak i na zasady prawne oraz wszelkie inne standardy<sup>6</sup>. Ich wybór i kolejność zastosowania zależy wyłącznie od przebiegu negocjacji. Ostatecznie mierzymy je i stopniujemy wedle tych samych kryteriów (miar). Rezygnując z rygorystycznego (apodyktycznego) pojmowania reguły prawnej, które zresztą nie znajduje wystarczającego potwierdzenia w żadnym z możliwych do przeprowadzenia typów analizy, możemy w procesie negocjacji oceniać regułę prawną wedle tych samych kryteriów, co inne standardy prawne. Dzięki temu przestrzeń, w której możemy prowadzić negocjacje, ulega znacznemu poszerzeniu.

Wiąże się z tym istotna konsekwencja. W teorii argumentacji prawniczej głosi się często tezę, że dyskurs prawniczy jest *przypadkiem szczególnym* ogólnego dyskursu praktycznego<sup>7</sup>. Za tym ogólnikowym, technicznym stwierdzeniem kryje się ważna myśl: prawnik, budując strategię procesową, uzasadniając decyzję interpretacyjną, dyskutując z przeciwnikiem procesowym czy przedstawiając klientowi możliwe rozwiązania danej sprawy, może odwoływać się do ogólnych reguł

<sup>5</sup> Por. R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, Warszawa 2002, s. 56 i n.

<sup>6</sup> Por. *ibidem*.

<sup>7</sup> Por. R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation...*, s. 261 i n.

i standardów rozumowania, ale musi zawsze mieć na uwadze fakt, że jego rozumowanie toczy się *w ramach obowiązującego prawa*. Reguły prawne nakładają tu istotne ograniczenia na możliwe do zaakceptowania rozwiązania. W przypadku negocjacji prawniczych – w związku z faktem, że nie zmuszają one do rygorystycznego pojmowania reguły prawnej – nie można już mówić o *przypadku szczególnym*. Negocjacje prawnicze są pewnym, ale nieszczególnym przypadkiem negocjacji w ogóle. Oczywiście mają one swoje osobliwości; są one jednak stosunkowo niewielkie – nie uzasadniają na pewno tezy o *szczególnym* charakterze negocjacji prawniczych.

**[Sytuacje negocjacyjne]** W tym przypadku chodzi o kwestię, kiedy można w zasadny sposób podjąć negocjacje, a kiedy będzie to tylko działanie pozorne. W naszym przekonaniu, przystąpienie do negocjacji będzie działaniem w pełni zasadnym w co najmniej trzech sytuacjach<sup>8</sup>.

Po pierwsze: w sytuacji powstania niedającego się rozstrzygnąć za pomocą standardowych metod sporu interpretacyjnego. Chodzi o to, aby przedmiotem negocjacji nie czynić stosunkowo prostych, dających się jednoznacznie (algorytmicznie) rozstrzygnąć przypadków. Taka erytyczna pokusa nie jest prawnikom obca. Jeśli rozstrzygnięcie prawne jest w wysokim stopniu przewidywalne, to jaki jest sens je negocjować. Strona zyskująca na danym rozstrzygnięciu nie będzie przecież chciała podejmować ryzyka związanego z podjęciem negocjacji. Można więc powiedzieć, że w zasadzie negocjujemy tylko tzw. przypadki trudne (*hard cases*). Są to w szczególności takie przypadki, w odniesieniu do których dwa lub więcej rozwiązania mogą być równocześnie uznane za uzasadnione prawnie w stopniu wystarczającym.

---

<sup>8</sup> Skupiamy się tutaj na negocjowaniu w sytuacjach istniejącego sporu prawnego bądź ekonomicznego. Oczywiście typowym polem zastosowań negocjacji jest także proces zawierania umów pomiędzy stronami, które nie są uwikłane w żaden konflikt, a także – przynajmniej w niektórych ujęciach – proces tworzenia prawa. Nie poświęcamy tym przypadkom więcej uwagi z dwóch powodów: (a) nie są one typowymi przypadkami negocjacji *prawniczych* oraz (b) proponowane przez nas poniżej modele negocjacji stosują się do nich *mutatis mutandis*.