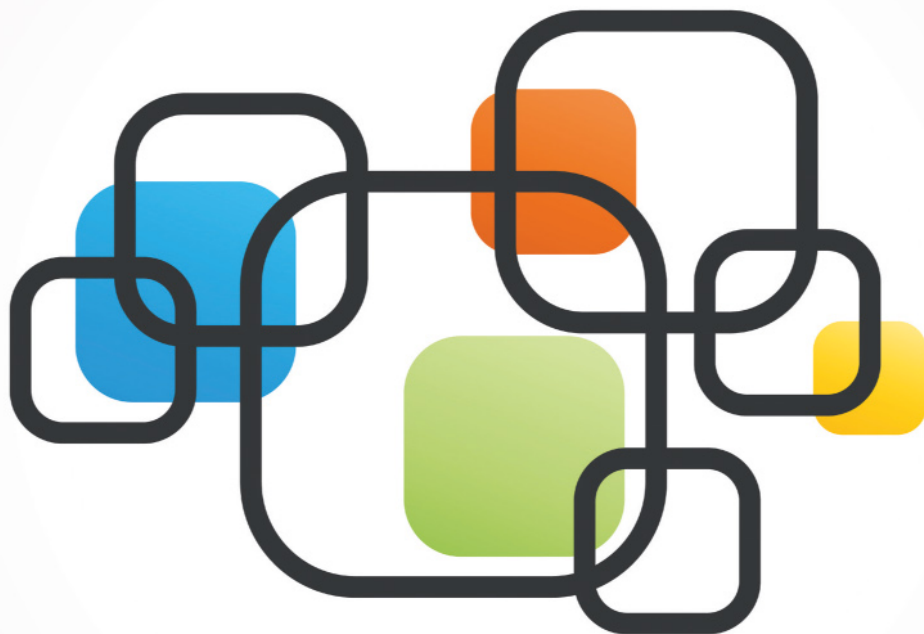


MEDIACJE

Teoria i praktyka

redakcja naukowa
Ewa Gmurzyńska
Rafał Morek

3. wydanie rozszerzone



MEDIACJE

Teoria i praktyka

MEDIACJE

Teoria i praktyka

redakcja naukowa
Ewa Gmurzyńska
Rafał Morek

3. wydanie rozszerzone

Wydawca
Małgorzata Stańczak

Redaktor prowadzący
Janina Burek

Opracowanie redakcyjne
Agnieszka Bąk

Ilustracje w tekście
sędzia *Arkadiusz Krupa*

Ilustracja na okładce
M.studio/Fotolia

Łamanie
Kamila Tomecka

Ta książka jest wspólnym dziełem twórcy i wydawcy. Prosimy, byś przestrzegał przysługujących im praw. Książkę możesz udostępnić osobom bliskim lub osobiście znanym, ale nie publikuj jej w internecie. Jeśli cytujesz fragmenty, nie zmieniaj ich treści i koniecznie zaznacz, czyje to dzieło. A jeśli musisz skopiować część, rób to jedynie na użytek osobisty.

prawolubni

SZANUJMY PRAWO I WŁASNOŚĆ
Więcej na www.legalnakultura.pl
POLSKA IZBA KSIĄŻKI

© Copyright by
Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., 2018

ISBN 978-83-8124-190-8
3. wydanie rozszerzone

Dział Praw Autorskich
01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33
tel. 22 535 82 19
e-mail: ksiazki@wolterskluwer.pl

www.wolterskluwer.pl
księgarnia internetowa www.profinfo.pl

SPIS TREŚCI

Wykaz skrótów	17
Od redaktorów	19
Rozdział 1	
Wprowadzenie (Rafał Morek)	21
1.1. Pojęcie mediacji	21
1.2. Podstawy „języka” mediacji	23
1.3. Cele i funkcje mediacji	24
1.4. Zakres zastosowania mediacji	25
1.5. Alternatywne metody rozwiązywania sporów (ADR)	27
1.6. Podstawowe modele rozwiązywania i rozstrzygania sporów	29
1.7. Mediacje a negocjacje	30
1.8. Mediacje a arbitraż	31
1.9. Mediacje a proces sądowy	32
1.10. Skłanianie stron do ugody przez sędziego lub arbitra	33
1.11. Specyfika mediacji	35
1.12. Pytania i zagadnienia do dyskusji	35
Rozdział 2	
Historyczna i międzynarodowa perspektywa mediacji (Stanisław Kordasiewicz)	39
2.1. Wprowadzenie	39
2.2. Mediacja w późnej starożytności – porozumienia z Egiptu z VI w. n.e.	40
2.3. Państwa o długiej tradycji mediacji: Chiny i Japonia	44
2.3.1. Historia mediacji w Chinach	45
2.3.2. Historia mediacji w Japonii	48
2.4. Historia mediacji w Europie	49
2.5. Historia współczesnej mediacji w Stanach Zjednoczonych	50
2.6. Współczesna mediacja w Europie	52

2.7. Podsumowanie	55
2.8. Pytania i zagadnienia do dyskusji	55

Rozdział 3

Historia polubownego rozwiązywania sporów na ziemiach polskich.

Zarys problematyki (<i>Adam Moniuszko, Anna Rosner</i>)	57
3.1. Polubowne rozwiązywanie sporów w dawnej Polsce	57
3.1.1. Problemy badawcze	57
3.1.2. Zakres stosowania	60
3.1.3. Mediatorzy i sędziowie polubowni	65
3.1.4. Postępowanie polubowne	68
3.1.5. Podsumowanie	70
3.2. Sądownictwo polubowne i mediacja na ziemiach polskich w XIX i XX w.	71
3.2.1. Tradycje staropolskiego sądownictwa polubownego w XIX w. ...	71
3.2.2. Nowe zasady i instytucje przełomu XIX i XX stulecia	77
3.2.3. Podsumowanie	82
3.3. Pytania i zagadnienia do dyskusji	82

Rozdział 4

Konflikt (<i>Anna Cybulko</i>)	83
4.1. Wstęp. Znaczenie wiedzy o konflikcie	83
4.2. Definicja konfliktu	84
4.3. Fazy konfliktu	85
4.3.1. Zmiany konfliktu w czasie	85
4.3.2. Chronologia powstawania konfliktu według Deutscha i według Pondy'ego	85
4.3.3. Etapy rozwoju konfliktu	87
4.4. Źródła konfliktu	88
4.5. Dynamika konfliktu	91
4.5.1. Postawy wobec konfliktu	91
4.5.2. Cykl konfliktu	92
4.5.3. Eskalacja konfliktu	93
4.6. Style radzenia sobie z konfliktem	95
4.7. Pozytywny wymiar konfliktu	99
4.8. Pytania i zagadnienia do dyskusji	99

Rozdział 5

Konflikty w organizacjach – organizacje w konfliktach (<i>Andrzej Szpor</i>)	101
5.1. Człowiek i organizacje	101
5.2. Pojęcie organizacji	102
5.3. Organizacja – przestrzeń konfliktów	105
5.4. Organizacja jako strona konfliktów	107
5.5. Rozwiązywanie konfliktów organizacyjnych	110

5.6. Systemowe zarządzanie konfliktami organizacyjnymi	113
5.7. Pytania i zagadnienia do dyskusji	118

Rozdział 6

Komunikacja interpersonalna (Anna Cybulko)	119
6.1. Komunikacja jako istota działań mediacyjnych	119
6.2. Najistotniejsze zagadnienia z zakresu komunikacji w mediacji	120
6.3. Podstawy konstruktywnego porozumiewania się	121
6.4. Nawiązanie dobrego kontaktu ze stronami	121
6.5. Umiejętności komunikacyjne niezbędne mediatorowi	124
6.5.1. Techniki aktywnego słuchania	125
6.5.2. Techniki budowania dobrej atmosfery	128
6.6. Kierowanie przebiegiem rozmowy	129
6.7. Zadawanie pytań	130
6.8. Rola ciszy	133
6.9. Komunikacja niewerbalna – o czym należy pamiętać?	133
6.9.1. Zachowania niewerbalne a dominacja	134
6.9.2. Spojrzenia i kontakt wzrokowy	135
6.9.3. Interpretacja reaktywności	136
6.10. Pytania i zagadnienia do dyskusji	137

Rozdział 7

Negocjacje (Rafał Morek)	141
7.1. Istota negocjacji	141
7.2. Modele i style negocjacji	142
7.2.1. Negocjacje transakcyjne i rozjemcze	142
7.2.2. Negocjacje dystrybucyjne i kooperacyjne	143
7.2.3. Style negocjacyjne	145
7.3. Przygotowanie do negocjacji	146
7.4. BATNA	149
7.5. Przebieg negocjacji	151
7.5.1. Czas i miejsce negocjacji	151
7.5.2. Fazy negocjacji	151
7.5.3. Kilka praktycznych wskazówek	152
7.5.4. Kiedy kończą się negocjacje?	155
7.6. Prawnik jako negocjator	156
7.7. Pytania i zagadnienia do dyskusji	158

Rozdział 8

Zasady mediacji (Paweł Waszkiewicz)	161
8.1. Wprowadzenie	161
8.2. Zasada dobrowolności	163
8.3. Bezstronność i neutralność mediatora	166

8.4. Poufność mediacji	170
8.5. Inne zasady – przegląd	173
8.6. Podsumowanie	174
8.7. Pytania i zagadnienia do dyskusji	175

Rozdział 9

Rodzaje mediacji (<i>Ewa Gmurzyńska</i>)	177
9.1. Wstęp	177
9.2. Podstawowe rodzaje mediacji	179
9.2.1. Mediacja facylitatywna i mediacja ewaluatywna	179
9.2.2. Mediacja oparta na interesach stron i mediacja transformatywna	183
9.2.3. Mediacja narratywna (<i>narrative mediation</i>)	187
9.2.4. Mediacja humanistyczna (<i>humanistic mediation</i>)	189
9.2.5. Mediacje sądowe i mediacje umowne	191
9.3. Podsumowanie	194
9.4. Pytania i zagadnienia do dyskusji	195

Rozdział 10

Przygotowanie do mediacji w pięciu krokach (<i>Paweł Waszkiewicz</i>)	197
10.1. Wstęp	197
10.2. Wyznaczanie celów	198
10.3. Krok pierwszy – zebranie informacji na temat mediacji	199
10.4. Krok drugi – określenie celu (celów) mediacji	200
10.5. Krok trzeci – plan mediacji	203
10.6. Krok czwarty – logistyka mediacji	208
10.7. Krok piąty – analiza przebiegu i wyniku mediacji	209
10.8. Podsumowanie	210
10.9. Pytania i zagadnienia do dyskusji	212

Rozdział 11

Etapy mediacji (<i>Ewa Gmurzyńska</i>)	213
11.1. Wprowadzenie. Czynniki wpływające na przebieg mediacji	213
11.2. Etapy mediacji	214
11.2.1. Przygotowanie mediacji	215
11.2.2. Otwarcie mediacji – spotkanie wspólne	218
11.2.3. Wstępne wypowiedzi stron	222
11.2.4. Wymiana zdań – dialog	223
11.2.5. Ustalanie kwestii do dyskusji. Ustalanie kolejności omawianych kwestii	225
11.2.6. Tworzenie propozycji ugodowych (opcji rozwiązania sporu)	226
11.2.7. Osiąganie porozumienia	227
11.2.8. Spisanie ugody	228

11.3. Spotkania na osobności	229
11.4. Pytania i zagadnienia do dyskusji	231

Rozdział 12

Kwestie etyczne w mediacji (<i>Paweł Waszkiewicz, Aleksandra Winiarska</i>)	235
12.1. Zagadnienia wstępne	235
12.2. Bezstronność, neutralność, poufność – przykład Anny i Michała	236
12.3. Inne istotne zagadnienia etyczne	244
12.4. Wybrane kodeksy etyczne	246
12.5. Pytania i zagadnienia do dyskusji	250

Rozdział 13

Kwestie kulturowe w mediacji (<i>Aleksandra Winiarska</i>)	253
13.1. Wprowadzenie	253
13.2. Komunikacja w kontaktach międzykulturowych	255
13.2.1. Styl komunikacji	256
13.2.2. Indywidualizm – kolektywizm	258
13.2.3. Dystans władzy	260
13.2.4. Niewerbalne aspekty komunikacji międzykulturowej	261
13.3. Konflikt międzykulturowy	263
13.4. Odmienne podejścia do rozwiązywania konfliktu	265
13.5. Mapa kultury	267
13.6. Wnioski	270
13.7. Pytania i zagadnienia do dyskusji	272

Rozdział 14

Mediator: role, umiejętności, osobowość

(<i>Anna Cybulko, Agnieszka Siedlecka-Andrychowicz</i>)	275
14.1. Wstęp – dobry mediator	275
14.2. Role mediatora	276
14.2.1. Pomoc stronom we wzajemnej komunikacji	277
14.2.2. Czuwanie nad przebiegiem mediacji	278
14.2.3. Mediator jako nauczyciel	279
14.2.4. Pomaganie stronom w kreowaniu nowych wartości i ograniczanie postaw roszczeniowych	280
14.2.5. Uzmysłowanie stronom skutków niezawarcia ugody	281
14.2.6. Rola mediatora w zakończeniu sporu	281
14.3. Umiejętności potrzebne do prowadzenia mediacji	282
14.4. Osobowość mediatora	283
14.5. Podsumowanie	287
14.6. Pytania i zagadnienia do dyskusji	288

Rozdział 15

Mediacja w sprawach cywilnych (Rafał Morek)	291
15.1. Regulacje mediacji	291
15.2. Podstawowe założenia regulacji mediacji w sprawach cywilnych w prawie polskim	293
15.3. Umowa o mediację	295
15.4. Mediacje ze skierowania sądu	296
15.5. Mediator	298
15.6. Ugoda zawarta przed mediatorem	299
15.7. Wpływ mediacji na bieg terminów przedawnienia. Daty wszczęcia i zakończenia mediacji	301
15.8. Zasada poufności mediacji	303
15.9. Pytania i zagadnienia do dyskusji	304

Rozdział 16

Mediacja w sporach konsumenckich (Magdalena Tulibacka)	307
16.1. Podstawowe pojęcia i zakres analizy	307
16.2. Specyficzne cechy mediacji w sporach konsumenckich i wymagania wobec mediatorów zaangażowanych w tę mediację	308
16.3. Rola i regulacja mediacji w ramach konsumenckiego ADR w Unii Europejskiej	311
16.3.1. Wprowadzenie	311
16.3.2. Konsumenckie ADR w Europie	312
16.3.3. Regulacja konsumenckiego ADR na poziomie Unii Europejskiej	313
16.4. Mediacja konsumencka w Polsce przed przyjęciem ustawy o pozasądowym rozwiązywaniu sporów konsumenckich	319
16.4.1. Wprowadzenie	319
16.4.2. Mediacja konsumencka prowadzona przez inspektorów Inspekcji Handlowej	319
16.4.3. Inne podmioty zaangażowane w mediację konsumencką	321
16.4.4. Koszty mediacji	323
16.5. Zmiany przyjęte w celu implementacji dyrektywy unijnej o ADR w sporach konsumenckich i ich potencjalny wpływ na mediację konsumencką	324
16.6. Podsumowanie	326
16.7. Pytania i zagadnienia do dyskusji	327

Rozdział 17

Mediacja w sprawach rodzinnych (Anna Cybulko)	329
17.1. Mediacja rodzinna jako szczególna postać mediacji cywilnej	329
17.2. Mediacja umowna i mediacja sądowa	330

17.2.1. Specyfika mediacji umownej w sprawach rodzinnych	330
17.2.2. Specyfika mediacji ze skierowania sądu w sprawach rodzinnych	334
17.3. Pozycja i rola mediatora	336
17.4. Szczególne aspekty prowadzenia mediacji rodzinnej	337
17.4.1. Standardy prowadzenia mediacji rodzinnej	337
17.4.2. Dziecko w mediacji	338
17.4.3. Bezpośredni udział dziecka w mediacjach – ryzyko i korzyści	341
17.5. Porozumienie o sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej	344
17.5.1. Porozumienie rodzicielskie a rozwój mediacji	345
17.5.2. Porozumienie rodzicielskie – treść i moc obowiązująca	345
17.6. Pytania i zagadnienia do dyskusji	347

Rozdział 18

Mediacja w sprawach karnych (Agnieszka Siedlecka-Andrychowicz)	351
18.1. Wstęp	351
18.2. Mediacja w prawie europejskim	353
18.3. Podstawy prawne mediacji w polskim procesie karnym	355
18.4. Postanowienie o skierowaniu sprawy do postępowania mediacyjnego .	358
18.5. Mediator	359
18.6. Przebieg postępowania mediacyjnego	361
18.7. Wpływ mediacji na postępowanie karne	362
18.8. Kwalifikowanie sprawy do postępowania mediacyjnego	363
18.9. Podsumowanie	365
18.10. Pytania i zagadnienia do dyskusji	366

Rozdział 19

Mediacja w sprawach nieletnich (Paweł Waszkiewicz)	369
19.1. Uwagi wstępne	369
19.2. Wprowadzenie mediacji w sprawach nieletnich w prawie polskim	372
19.3. Regulacje prawne	373
19.4. Ocena mediacji w sprawach nieletnich i perspektywy jej rozwoju	376
19.5. Pytania i zagadnienia do dyskusji	378

Rozdział 20

Mediacja jako metoda rozwiązywania indywidualnych i zbiorowych

sporów pracy (Magdalena Żurawska)	381
20.1. Mediacja jako jedna z metod ugodowego likwidowania indywidualnych sporów z zakresu prawa pracy	381
20.1.1. Specyfika prawa pracy	381
20.1.2. Pojęcie indywidualnego sporu z zakresu prawa pracy	382
20.1.3. Metody likwidowania indywidualnych sporów z zakresu prawa pracy	384

20.1.4. Mediacja w sporach z zakresu prawa pracy – podstawa prawna	386
20.1.5. Doniosłość zasady ugodowego rozwiązywania sporów w sprawach z zakresu prawa pracy	386
20.1.6. Zalety mediacji dla stron stosunku pracy	387
20.1.7. Bariery dla stosowania mediacji w sprawach z zakresu prawa pracy	388
20.2. Mediacja jako metoda rozwiązywania sporów zbiorowych	391
20.2.1. Pojęcie sporu zbiorowego – przedmiot, specyfika	391
20.2.2. Tryb rozwiązywania sporów zbiorowych – etapy	394
20.3. Misje dobrej woli	405
20.4. Konkluzje	406
20.5. Pytania i zagadnienia do dyskusji	408

Rozdział 21

Mediacja w konfliktach społecznych (Agata Gójska)	411
21.1. Zagadnienia wstępne	411
21.2. Główne wyzwania	414
21.2.1. Mapa konfliktu: kto z kim o czym będzie rozmawiał i co z tego wynika	414
21.2.2. Wiedza i pozycja ekspertów przy stole mediacyjnym, czyli kto wie najlepiej	421
21.2.3. Zasady (<i>ground rules</i>), czyli nie tylko, o czym mowa, ale i w jaki sposób	424
21.2.4. Organizacja pracy mediatora, czyli co dwie głowy, to nie jedna	425
21.3. Konflikt społeczny a konflikt trudno rozwiązywalny, czyli gdy wydaje się, że wszystko pójdzie gładko	426
21.4. Pytania i zagadnienia do dyskusji	428

Rozdział 22

Mediacja w prawie administracyjnym (Andrzej Szpor)	429
22.1. Uwagi wstępne	429
22.2. Mediacja w postępowaniu administracyjnym	431
22.2.1. Cele mediacji w postępowaniu administracyjnym	432
22.2.2. Przedmiot mediacji w postępowaniu administracyjnym	433
22.2.3. Inicjowanie mediacji administracyjnej	435
22.2.4. Kierowanie sprawy do mediacji	436
22.2.5. Prowadzący postępowanie mediacyjne	437
22.2.6. Przebieg mediacji	438
22.2.7. Ustalenia mediacyjne	439
22.2.8. Dalszy bieg postępowania administracyjnego	439
22.3. Postępowanie mediacyjne przed sądami administracyjnymi w Polsce	440

22.3.1. Cele sądowoadministracyjnego postępowania mediacyjnego	441
22.3.2. Zakres spraw podlegających załatwieniu w postępowaniu mediacyjnym	442
22.3.3. Inicjowanie mediacji sądowoadministracyjnej	442
22.3.4. Prowadzący postępowanie mediacyjne	443
22.3.5. Przebieg mediacji	444
22.3.6. Ustalenia w toku postępowania mediacyjnego	445
22.3.7. Dalszy bieg postępowania sądowoadministracyjnego	445
22.4. Perspektywy mediacji w prawie administracyjnym	446
22.5. Pytania i zagadnienia do dyskusji	449

Rozdział 23

Mediacje i inne „praktyki naprawcze” w środowisku szkolnym

<i>(Aleksandra Winiarska)</i>	451
23.1. Wprowadzenie	451
23.2. Specyfika konfliktów w środowisku szkolnym	452
23.3. „Podejście naprawcze” do rozwiązywania konfliktów w szkole	455
23.4. Wdrażanie „praktyk naprawczych” w środowisku szkolnym	458
23.5. Praktyki naprawcze – czyli co konkretnie?	462
23.6. Wnioski końcowe	469
23.7. Pytania i zagadnienia do dyskusji	471

Rozdział 24

Mediacja w sporach akademickich <i>(Michał Czapski)</i>	473
24.1. Wstęp	473
24.2. Spory akademickie	474
24.3. Płaszczyzny konfliktów na uczelniach	475
24.4. Spory, do jakich dochodzi na uczelniach	476
24.5. Sposoby rozwiązywania sporów akademickich na polskich uczelniach	478
24.6. Rozwiązywanie sporów akademickich za pomocą alternatywnych metod	480
24.7. Młodsza siostra mediacji akademickiej	483
24.8. Jak to się robi w...?	484
24.9. Instytucja ombudsmana (rzecznika akademickiego) w Polsce	487
24.10. Podsumowanie	491
24.11. Pytania i zagadnienia do dyskusji	492

Rozdział 25

Mediacja a prawnicy <i>(Ewa Gmurzyńska)</i>	495
25.1. Wprowadzenie	495
25.2. Badania psychologiczne dotyczące osobowości prawników	496
25.3. Prawo w mediacji	499
25.4. Rola prawników w mediacji	502

25.4.1. Prawnicy jako pełnomocnicy stron w mediacji	502
25.4.2. Informowanie klientów o mediacji	505
25.4.3. Identyfikacja celów mediacji	505
25.4.4. Obiektywna ocena sprawy przed podjęciem decyzji o mediacji ...	506
25.4.5. Czas przystąpienia do mediacji	506
25.4.6. Wybór mediatora	507
25.4.7. Pomoc prawnika w przygotowaniu dokumentacji dla mediatora	507
25.4.8. Zapewnienie udziału właściwych osób	507
25.4.9. Przygotowanie planu mediacji	508
25.4.10. Przygotowanie klienta do mediacji	508
25.4.11. Udział w mediacji	509
25.5. Zmiana podejścia do wykonywania zawodów prawniczych	510
25.6. Pytania i zagadnienia do dyskusji	512

Rozdział 26

Przyszłość alternatywnych metod rozwiązywania konfliktów:

Online Dispute Resolution (Stanisław Kordasiewicz)	515
26.1. Definicja i klasyfikacje ODR	515
26.2. Wybrane przykłady ODR	517
26.2.1. SquareTrade	517
26.2.2. Smartsettle	519
26.2.3. Zautomatyzowane systemy ODR	520
26.3. Zalety ODR	520
26.3.1. Wygoda użytkowania	520
26.3.2. Asynchroniczna komunikacja	521
26.3.3. Niski koszt	521
26.3.4. Rozwiązanie problemu różnych systemów prawnych stron	522
26.3.5. Czas	522
26.3.6. Inne	522
26.4. Wyzwania ODR	522
26.4.1. Komunikacja pisemna	522
26.4.2. Brak wystarczających regulacji prawnych	523
26.4.3. Finansowanie	523
26.4.4. Ochrona prywatności i poufności	523
26.4.5. Kompetencje mediatorów	524
26.4.6. Kierunki rozwoju ODR	525
26.5. Pytania i zagadnienia do dyskusji	526

Rozdział 27

Omówienie filmu <i>Kraken v. Kraken</i> (Monika Stachura)	529
27.1. Wprowadzenie do filmu i jego omówienia	529
27.2. Co to jest mediacja i czemu służy przygotowanie do mediacji?	530

27.3. Jaka jest rola mediatora na poszczególnych etapach mediacji?	531
27.3.1. Jaką funkcję w mediacji spełnia ustalenie przebiegu mediacji?	531
27.3.2. Czemu służy ustalenie spraw porządkowych w mediacji?	532
27.3.3. Monolog czy dialog mediatora?	532
27.4. Kto zaczyna w mediacji?	533
27.5. Czemu służy ustalenie kwestii?	534
27.6. W jaki sposób w mediacji realizowana jest zasada dobrowolności?	534
27.7. Jak w mediacji realizowana jest zasada bezstronności?	535
27.8. W jaki sposób mediator czuwa efektywnie nad przebiegiem mediacji?	535
27.9. W jaki sposób mediator ukierunkowuje uczestników mediacji na wypracowanie satysfakcjonującego ich rozwiązania?	536
27.10. Po jakie narzędzia sięga mediator?	536
27.10.1. Do czego i kiedy mediator wykorzystuje podsumowania?	537
27.10.2. Jaki cel spełnia dowartościowanie w mediacji?	537
27.10.3. W jaki sposób mediator wykorzystuje pytania otwarte?	538
27.10.4. Jak i kiedy mediator parafrazuje?	539
27.11. Jakie narzędzia służą mediatorowi do zbadania możliwości zawarcia ugody i jej realnego wykonania?	540
27.12. Po jakie narzędzia mediator sięga w celu zmotywowania uczestników do kontynuowania negocjacji?	541
27.13. Jakie znaczenie w mediacji ma język stosowany przez mediatora?	541
27.14. W jaki sposób mediator radzi sobie z emocjami?	542
27.15. Czemu służą spotkania na osobności (spotkania indywidualne)?	543
27.16. Jaką rolę w mediacji odgrywają prawnicy i strony?	544
27.17. Czy mediator może proponować rozwiązania?	546
27.18. Zakończenie	547
27.19. Pytania i zagadnienia do dyskusji	547
O autorach	549

WYKAZ SKRÓTÓW

Akty prawne

dyrektywa 2008/52/WE	– dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/52/WE z 21.05.2008 r. w sprawie niektórych aspektów mediacji w sprawach cywilnych i handlowych (Dz.Urz. UE L 136, s. 3, ze zm.)
k.c.	– ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2017 r. poz. 459 ze zm.)
k.k.	– ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2017 r. poz. 2204)
k.k.s.	– ustawa z 10.09.1999 r. – Kodeks karny skarbowy (Dz.U. z 2017 r. poz. 2226)
k.k.w.	– ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. z 2017 r. poz. 665 ze zm.)
Konstytucja RP	– Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. poz. 483 ze zm.)
k.p.	– ustawa z 26.06.1974 r. – Kodeks pracy (Dz.U. z 2016 r. poz. 1666 ze zm.)
k.p.a.	– ustawa z 14.06.1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2017 r. poz. 1257)
k.p.c.	– ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2016 r. poz. 1822 ze zm.)
k.p.c. z 1930 r.	– ustawa z 29.11.1930 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 1932 r. poz. 934 ze zm.)
k.p.k.	– ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2017 r. poz. 1904)
k.r.o.	– ustawa z 25.02.1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz.U. z 2017 r. poz. 682)
p.p.s.a.	– ustawa z 30.08.2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. z 2017 r. poz. 1369 ze zm.)
p.s.w.	– ustawa z 27.07.2005 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym (Dz.U. z 2017 r. poz. 2183)
p.u.s.p.	– ustawa z 27.07.2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz.U. z 2016 r. poz. 2062 ze zm.)
u.IH	– ustawa z 15.12.2000 r. o Inspekcji Handlowej (Dz.U. z 2017 r. poz. 1063)
u.p.r.s.k.	– ustawa z 23.09.2016 r. o pozasądowym rozwiązywaniu sporów konsumenckich (Dz.U. poz. 1823)

- u.p.s.n. – ustawa z 26.10.1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich (Dz.U. z 2016 r. poz. 1654 ze zm.)
- u.r.s.z. – ustawa z 23.05.1991 r. o rozwiązywaniu sporów zbiorowych (Dz.U. z 2015 r. poz. 295 ze zm.)

Czasopisma i wydawnictwa promulgacyjne

- ADR – Arbitraż i Mediacja
- AUWr – Acta Universitatis Wratislaviensis
- BSN – Biuletyn Sądu Najwyższego
- Dz.U. – Dziennik Ustaw
- Dz.Urz. MS – Dziennik Urzędowy Ministra Sprawiedliwości
- Dz.Urz. UE/WE – Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej/Wspólnot Europejskich
- EPS – Europejski Przegląd Sądowy
- GSP – Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa
- Harv. Negot. L.R. – Harvard Negotiation Law Review
- JCR – The Journal of Conflict Resolution
- MoP – Monitor Prawniczy
- OSNAPiUS – Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Administracyjna, Pracy i Ubezpieczeń Społecznych
- OSNC – Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna
- OSNP – Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych
- PiP – Państwo i Prawo
- PIPWUJ – Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej Uniwersytetu Jagiellońskiego
- PiZS – Praca i Zabezpieczenie Społeczne
- PPH – Przegląd Prawa Handlowego
- PPK – Przegląd Prawa Karnego
- Prok. i Pr. – Prokuratura i Prawo
- Rej. – Rejent
- R.Pr. – Radca Prawny

Inne

- ADR – *alternative dispute resolution* (alternatywne metody rozwiązywania sporów)
- BATNA – *Best Alternative to a Negotiated Agreement* (najlepsza alternatywa negocjacyjna)
- IH – Inspekcja Handlowa
- KNF – Komisja Nadzoru Finansowego
- ODR – *online dispute resolution* (rozwiązywanie sporów drogą internetową)
- UKE – Urząd Komunikacji Elektronicznej
- UOKiK – Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
- WATNA – *Worst Alternative to a Negotiated Agreement* (najgorsza alternatywa negocjacyjna)

OD REDAKTORÓW

Drodzy Czytelnicy,

oddajemy w Wasze ręce trzecie już wydanie książki pt. *Mediacje. Teoria i praktyka*. Pierwsze wydanie ukazało się w 2009 r. Od tego czasu uzupełniliśmy książkę o nowe rozdziały dotyczące m.in.: historii polubownego rozwiązywania sporów na ziemiach polskich, konfliktów w organizacjach, negocjacji, przygotowania do mediacji, roli różnic kulturowych w mediacji, zastosowania mediacji w rozwiązywaniu konfliktów społecznych oraz rozwoju nowoczesnych technik komunikacji (*online dispute resolution*, ODR). Książka została wzbogacona o omówienie dziedzin, w których mediacja rozwija się szczególnie dynamicznie albo w których upatrujemy jej szczególnego potencjału do rozwoju w przyszłości, takich jak mediacje szkolne czy rozwiązywanie sporów konsumenckich. Inne rozdziały zostały zmienione i zaktualizowane, by odzwierciedlić zmiany zachodzące w praktyce mediacyjnej oraz w regulacjach prawnych.

Uzupełnienie podręcznika jest spowodowane rozwojem mediacji w Polsce i na świecie. Mediacja znajduje zastosowanie w dziedzinach, w których jeszcze do niedawna nie wykorzystywano tzw. alternatywnych sposobów rozwiązywania sporów. Określenie „alternatywne” powoli traci swoje pierwotne znaczenie. Mediacje i inne metody pozasądowe są w coraz większym stopniu traktowane jako podstawowe sposoby regulowania konfliktów.

Książka prezentuje dwa podejścia do mediacji. Pierwsze wiąże się ze złożoną wiedzą z zakresu psychologii, prawa i innych dyscyplin. Nauka o konfliktach oraz sposobach ich przezwyciężania jest dziś coraz częściej uznawana za odrębną dziedzinę badań i refleksji teoretycznej. Jednak teoria mediacji byłaby zbędna bez praktyki. Dopiero przekazywanie teorii oraz idei związanych z polubownym rozwiązywaniem sporów w konkretne przypadki udanych mediacji pozwala w pełni dostrzec i docenić skuteczność tej metody.

Autorzy poszczególnych rozdziałów to zarówno teoretycy, jak i praktycy – mediatorzy. Dlatego książka zawiera także wiele praktycznych wskazówek i przykładów

zaczepniętych lub inspirowanych prawdziwymi mediacjami, w szczególności w rozdziałach poświęconych: komunikacji, konfliktom, negocjacjom, etapom mediacji czy etyce w mediacji. Inne rozdziały zawierają problematykę z zakresu specyfiki sporów danego rodzaju, a także zastosowania w nich mediacji, w tym jej uregulowań prawnych. Na końcu każdego rozdziału zamieściliśmy pytania do dyskusji, które mają skłonić Czytelników, aby we własnym zakresie rozważyli problemy, które autorzy uznali za szczególnie ważne.

Naszym Czytelnikom oferujemy dostęp do filmu o mediacji w sporach gospodarczych, który został przygotowany przez Centrum Rozwiązywania Sporów i Konfliktów przy Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. Towarzyszy mu odrębny rozdział z omówieniem filmu, analizą technik mediacyjnych, ról i zachowań mediatora, stron i pełnomocników w mediacji oraz jej przebiegu.

Podręcznik jest przeznaczony dla szerokiego kręgu Czytelników, bez względu na ich wykształcenie czy zawód. Ponieważ jednak jego autorzy są w większości związani z Wydziałem Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, w wielu rozdziałach znalazły się uwagi dotyczące udziału i roli prawników w mediacji.

Książka może stanowić kompendium wiedzy dla każdego studenta biorącego udział w zajęciach o rozwiązywaniu konfliktów, mediacji i efektywnej komunikacji. Jednocześnie zawiera istotne wskazówki przydatne w pracy mediatorów. Może wreszcie być użyteczną lekturą dla Czytelników, którzy po prostu chcieliby dowiedzieć się czegoś więcej o tej interesującej i nadal niekoniecznie jeszcze powszechnie znanej formie rozwiązywania sporów.

Życząc Państwu udanej lektury, mamy nadzieję, że trzecie uzupełnione wydanie podręcznika wzbogaci Państwa wiedzę o mediacji. Liczymy na to, że tak jak stało się to w przypadku jego autorów, mediacja znajdzie się nie tylko w sferze Waszych zainteresowań profesjonalnych, ale również zmieni Wasze podejście do rozmaitych problemów dnia codziennego, a także stanie się Waszą pasją, przynoszącą satysfakcję w wielu sferach życia.

W imieniu autorów
redaktorzy
Ewa Gmurzyńska
Rafał Morek

Rozdział 1

WPROWADZENIE

1.1. Pojęcie mediacji

Lektura kolejnych rozdziałów powinna przekonać Czytelników, jak bogatym, wewnętrznie złożonym i niejednorodnym zjawiskiem jest mediacja. Wystarczy wskazać na niezwykle szeroki zakres jej zastosowania, przekraczający granice stosunków prywatnoprawnych: rodzinnych, gospodarczych, pracowniczych, innych spraw cywilnych – i sięgający gałęzi prawa o zupełnie innej charakterystyce, w szczególności prawa karnego i administracyjnego. Już na wstępie rozważań poświęconych mediacji warto zatem zauważyć, że **uniwersalną i podstawową potrzebą w ramach systemu prawa i wymiaru sprawiedliwości jest potrzeba godzenia**. Ugodowe rozwiązywanie rozmaitych sporów i konfliktów – z udziałem bezstronnego i neutralnego, profesjonalnego pośrednika, jakim powinien być mediator – to istota mediacji i uzasadnienie wzrastającego zainteresowania nią we współczesnych społeczeństwach i prawodawstwach.

Mediacja jako fenomen społeczny i szczególny rodzaj działalności człowieka nie daje się jednak łatwo uchwycić w ramy definicyjne. Próby sformułowania powszechnie akceptowanej i poprawnej metodologicznie definicji mediacji napotykają rozmaite trudności. Są one związane m.in. z wielością i różnorodnością rodzajów mediacji i technik mediacyjnych, a także oczekiwań co do celów i funkcji, które mediacja powinna spełniać. Problemy z odpowiedzią na pytanie, czym jest mediacja, dotyczą m.in. określenia roli mediatora, a w szczególności tego, jaki może być jego udział w osiągnięciu ugody, dopuszczalności prowadzenia mediacji w sądzie lub w bezpośrednim związku z postępowaniem sądowym, ograniczania zasady pełnej dobrowolności mediacji itd. Według niektórych autorów taka „mediacja”, w ramach której wyznaczony nie przez strony, lecz przez sąd mediator proponuje stronom własną koncepcję rozwiązania sporu i do tego przekonuje je do niej, strony zaś obawiają się negatywnych konsekwencji odmowy udziału w mediacji itp., tak dalece różni się od mediacji „klasycznej”, że mediacją wcale już nie jest. Problemy definicyjne pogłębia dodatkowo równoległe używanie pojęć bliskoznacznych, takich jak:

koncyliacja, rozjemstwo, postępowanie pojednawcze, ugodowe itp., między którymi nie da się wyznaczyć ostrych granic znaczeniowych.

Niektórzy autorzy skłonni są zatem bronić wąskiego rozumienia pojęcia mediacji. W związku z tym do konstytutywnych cech mediacji najczęściej zaliczają m.in. jej w pełni dobrowolny i pozasądowy charakter. Druga, dominująca obecnie, koncepcja traktuje mediację jako pojęcie zbiorcze używane w odniesieniu do niejednorodnych postępowań, którym nadaje się różne nazwy, a których celem jest **pojednawcze rozwiązanie sporu przy pomocy osoby trzeciej**¹. **Szczegółowe rozważania o różnych rodzajach mediacji znalazły się w rozdziale 9.**

Niektóre definicje mediacji akcentują ich podobieństwo do negocjacji. W mediacjach dostrzega się szczególną, ustrukturyzowaną postać negocjacji z udziałem osoby trzeciej, mediatora, którego zadaniem jest wspieranie lub nawet kierowanie ich przebiegiem (*assisted negotiation*). W ten sposób mediację definiuje na przykład Ch. Bühling-Uhle, według którego stanowi ona „niewiążącą interwencję neutralnej osoby trzeciej, która pomaga stronom sporu w negocjowaniu porozumienia”². W ujęciu E. Bieńkowskiej mediacja to „dobrowolne negocjacje między jednostkami lub grupami pozostającymi w konflikcie”, z udziałem mediatora mającego za zadanie podtrzymywanie i ułatwianie przebiegu tych negocjacji bez narzucania stronom rozstrzygnięcia³. W nieco innym ujęciu – lecz również w odniesieniu do negocjacji – wyjaśniał istotę mediacji w starszym krajowym piśmiennictwie S. Włodyka, według którego mediacja to działalność podmiotu trzeciego, tj. niebędącego stroną konfliktu, polegająca na tworzeniu warunków do bezpośrednich rozmów (negocjacji) między podmiotami konfliktu i na odpowiednim wpływaniu na nie w kierunku doprowadzenia do ugodowego załatwienia sporu⁴.

W polskim prawie brak **ustawowej definicji mediacji**. Definicje takie występują za to w prawie obcym. Tytułem przykładu można podać, że ustawodawca austriacki odwołuje się do czterech elementów: zasad fachowości i neutralności mediatora, jego roli polegającej na wspieraniu w usystematyzowany sposób ukierunkowanej komunikacji między stronami oraz odpowiedzialności samych stron za rozwiązanie

¹ Wyrazem dominującej obecnie tendencji do szerokiego określania granic znaczeniowych pojęcia mediacji jest definicja zawarta w art. 3 lit. a dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/52/WE z 21.05.2008 r. w sprawie niektórych aspektów mediacji w sprawach cywilnych i handlowych (Dz.Urz. UE L 136, s. 3–8), zgodnie z którą „mediacja» oznacza postępowanie, bez względu na jego nazwę lub określenie, w którym przynajmniej dwie strony sporu próbują same osiągnąć porozumienie w celu rozwiązania ich sporu, korzystając z pomocy mediatora. Postępowanie takie może zostać zainicjowane przez strony albo może je zaproponować lub zarządzić sąd lub nakazać prawo państwa członkowskiego”.

² Ch. Bühling-Uhle, *Arbitration and Mediation in International Business*, The Hague 1996, s. 273.

³ E. Bieńkowska, *Mediacja w polskim prawie karnym*, PPK 1998/18, s. 21 oraz E. Bieńkowska, *Istota i znaczenie mediacji*, Katowice 1999, s. 22.

⁴ S. Włodyka, *Ustrój organów ochrony prawnej*, Warszawa 1975, s. 17.

konfliktu⁵. Normatywne ujęcia mediacji akcentują też często jej dobrowolną naturę i wymóg bezstronności mediatora. Wreszcie spotyka się przepisy, które określając istotę mediacji, uwydatniają szeroki zakres możliwych technik mediacyjnych. Mediację ujmuje się np. jako wszelkie zgodne z prawem działania na rzecz doprowadzenia stron sporu do ugody oraz usunięcia, o ile to możliwe, rzeczywistej przyczyny konfliktu między nimi, tak by zapobiec jego odradzaniu się w przyszłości.

1.2. Podstawy „języka” mediacji

Mediacja – tak jak każda wyspecjalizowana sfera działalności człowieka – ma swój własny język. W różnym zakresie językiem tym posługują się zawodowi mediatorzy – tak między sobą, jak i w trakcie mediacji, autorzy publikacji naukowych i innych, prawnicy przygotowujący klientów do mediacji oraz inne osoby.

W odniesieniu do mediacji najczęściej używa się terminu „**metoda**”, rzadziej zaś mówi się o „postępowaniu”, „procesie” czy „procedurze” mediacji. Pojęcie to zakłada pewien stopień wewnętrznej złożoności i zorganizowania, a jednocześnie lepiej oddaje nieformalny charakter mediacji i możliwość elastycznego dostosowywania jej ram organizacyjnych, czasowych itd. do indywidualnych potrzeb. Aby uniknąć tonu konfrontacji oraz skojarzeń ze sformalizowanym postępowaniem sądowym, mediatorzy zastępują takie określenia, jak: „powód”, „pozwany”, „strony” – neutralnymi: **Pan**, **Pani** itp.; zamiast o „stanowiskach” i „żądaniach” mówią zaś o „**potrzebach**” i „**interesach**” itp.

W trakcie mediacji **mediator uczy strony języka mediacji**. Za pomocą parafraz czy pytań (zob. uwagi o technikach komunikacyjnych w mediacji w rozdziale 6) pokazuje im, jak unikać słów i sformułowań, które antagonizują rozmówcę i utrudniają porozumienie.

Mediacja jest rozmową. Jako specjalista od komunikacji mediator musi dbać o to, by język tej rozmowy był dostosowany do uczestników mediacji i zrozumiały dla nich. Zupełnie inaczej rozmawia się przecież z urzędnikiem czy nauczycielem akademickim, a inaczej z osobą pokrzywdzoną w wyniku przestępstwa, czy jego sprawcą – zwłaszcza jeżeli jest to nieletni. Czynniki kulturowe, społeczne i osobiste, takie jak wiek, style komunikacyjne, odporność na stres itp., powodują, że każda mediacja jest inna. Umiejętnie dobrany język i sposób prowadzenia rozmowy okazują się zaś nieodmiennie kluczem do zawarcia ugody.

⁵ Bundesgesetz über Mediation in Zivilrechtssachen (Zivilrechts-Mediations-Gesetz – ZivMediatG), StF: BGBl. I Nr. 29/2003 (nr: GP XXII RV 24 AB 47 S. 12. BR: AB 6780 S. 696.), § 1 Begriff.

Niezależnie od tych różnic, w żadnym przypadku **mediator nie może stronom nakazać zakończenia sporu, ani w ogóle, ani tym bardziej w konkretny sposób**. Odmienne niż sędzia czy arbiter, mediator nie jest umocowany do jego rozstrzygnięcia.

Już samo zestawienie ze sobą pojęć „**rozwiązywanie**” i „**rozstrzyganie**” sporu pozwala dostrzec subtelną, lecz uchwytłą różnicę semantyczną. Wydanie rozstrzygnięcia nie musi zaowocować stanem zgody. Jak trafnie zauważa Z. Kmiecik, „często jest tylko zdarzeniem zamykającym pewien etap konfliktu czy nawet zarzewiem nowego sporu”⁶. Odmienne, **rozwiązanie sporu zakłada dotarcie do jego źródeł, a nie tylko przejawów, oraz ich uregulowanie przez – albo przynajmniej za zgodą – samych zainteresowanych**.

O mediacji mówi się najczęściej jako o „metodzie rozwiązywania sporów”. Mając jednak na uwadze to, że pojęcia sporu i konfliktu nie są rozumiane jednolicie, nie mniej trafne wydaje się ujęcie, zgodnie z którym mediacja służy **zapobieganiu sporom i konfliktom i rozwiązywaniu ich**.

1.3. Cele i funkcje mediacji

Cele i funkcje mediacji bywają określane wielorako. Sposób ich formułowania w dużej mierze zależy od tego, za jakim modelem mediacji (facylitatywnym, ewaluatywnym, transformatywnym itd.; zob. rozdział 9) opowiada się dany autor czy mediator. Pomimo że niektórzy zwolennicy mediacji transformatywnej przeciwstawiają ją mediacji zorientowanej na ugodę (*settlement-oriented mediation*), wydaje się, że to właśnie **zawarcie ugody** rozumiane *sensu largo* – jako **zapobieżenie powstaniu lub rozwiązanie sporu** – należy traktować jako podstawowy i uniwersalny cel mediacji.

Celem mediacji jest zatem osiągnięcie porozumienia, tzn. takich ustaleń, które okażą się co najmniej „do przyjęcia” przez wszystkie strony sporu. Ideałem zaś jest znalezienie rozwiązania, które optymalnie godzi ich interesy, sprawiając, że każda mogłaby się czuć zwycięzcą (*win-win situation*). Mediator powinien wspierać strony w poszukiwaniu rozwiązań nieszablonowych, kreujących nowe wartości. Dzięki nim konflikt przeradza się w sposobność do podniesienia relacji na nowy, doskonalszy poziom. Jeżeli jednak okaże się to niemożliwe, cel mediacji może zostać zrealizowany przez uzgodnienie takiego przynajmniej rozwiązania, które będzie dla stron po prostu **satysfakcjonujące**, w związku z czym będą skłonne świadomie i **dobrowolnie je zaakceptować i wykonać**.

⁶ Z. Kmiecik, *Mediacja i concyliacja w prawie administracyjnym*, Kraków 2004, s. 16.

Przeświadczenie stron o słuszności wybranego przez nie rozwiązania jest najlepszą gwarancją jego realizacji oraz **usunięcia rzeczywistych źródeł konfliktu**. Ma to pierwszoplanowe znaczenie dla **ograniczenia ryzyka dalszych zakłóceń w relacjach między nimi w przyszłości**. Po co tracić czas na rozwiązywanie sporów, skoro można im zapobiegać? Mediacja może służyć zarówno prewencji, chroniącej przed poważnymi konfliktami, jak i rozwiązywaniu już istniejących sporów – tak w ich wczesnej, jak i późniejszej, na ogół bardziej zaognionej postaci.

Dzięki mediacji ludzie **uczą się ponownie ze sobą rozmawiać**. Mediacja pozwala na to, aby powiedzieć drugiej stronie całą prawdę, w nieformalnej rozmowie wszystko sobie wyjaśnić, a nawet – gdy trzeba – odbyć prywatne *katharsis*. Strony nie prowadzą w niej – jak w sądzie – pozornego dialogu za pośrednictwem sędziego, protokolanta i pełnomocników procesowych, lecz rzeczywiście rozmawiają; dlatego jedną z najwyżej cenionych kompetencji mediatora jest umiejętność **aktywnego słuchania** (o umiejętnościach komunikacyjnych niezbędnych mediatorowi mowa będzie w rozdziale 6). Mediacja nie zawsze jednak musi się łączyć ze szczegółowym wyjaśnieniem i rozważeniem wszystkich faktycznych i prawnych okoliczności sprawy. Mediator nie prowadzi postępowania dowodowego, nie powołuje świadków ani biegłych, a jego celem nie jest ustalenie prawdy – ani tej obiektywnej, ani procesowej.

Zwolennicy koncepcji mediacji transformatywnej twierdzą, że **mediacja zmienia ludzi, którzy biorą w niej udział, i ich przyszłe postawy oraz relacje z innymi**. Mediacja **wzmacnia poczucie odpowiedzialności za własne zachowanie oraz promuje dialog i aktywność**. Tym samym kształtuje pożądane postawy społeczne i przyczynia się do budowy społeczeństwa obywatelskiego. Znacznie szybsza i tańsza od procesu sądowego, mediacja prowadzi ponadto do usprawnienia i zmniejszania kosztów funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości jako całości.

1.4. Zakres zastosowania mediacji

Już na wstępie zasygnalizowaliśmy, że mediacja znajduje zastosowanie w różnych dziedzinach życia społecznego. Poza sferą **stosunków prywatnoprawnych**, stanowiącą środowisko naturalne mediacji (zob. uwagi dotyczące mediacji w sprawach cywilnych i rodzinnych w rozdziałach 15 i 17), coraz częstsze i powszechniej znane jest stosowanie jej m.in. **w sprawach między ofiarą a sprawcą przestępstwa**. W doktrynie prawa karnego po modelu wymiaru sprawiedliwości nastawionym na wymierzenie sprawcy kary, traktowanej głównie jako odpłata za popełnione przez niego przestępstwo (model retributywny), oraz skoncentrowanym na resocjalizacji sprawcy (model rehabilitacyjny, wychowawczy), uwidoczniła się tendencja do podkreślania znaczenia naprawienia krzywdy wyrządzonej przestępstwem (model sprawiedliwości naprawczej). Mediację uznaje się za jedną z podstawowych form realizacji postulatów **sprawiedliwości naprawczej** (*restorative justice*). Zjawisku temu

towarzyszy rozwój badań wiktymologicznych i głoszone coraz częściej poglądy dotyczące przyznania pokrzywdzonemu aktywniejszej niż obecnie roli procesowej. Popularność zdobywa twierdzenie o swoistym „zawłaszczeniu konfliktu”⁷ karnego przez państwo i prawników, w wyniku czego ofiara w procesie karnym odgrywa dziś najczęściej drugoplanową rolę „osobowego źródła dowodowego”, zaś głównym zadaniem procesu stała się rozprawa państwa ze sprawcą⁸. Zwolennicy sprawiedliwości naprawczej, zauważając istotne wady tego stanu rzeczy, podkreślają, że na przestępstwo można i często należy patrzeć, jak na konflikt między pokrzywdzonym a sprawcą⁹, oraz wskazują na potrzebę przywrócenia możliwości rozwiązywania tych konfliktów przez samych zainteresowanych – przy różnym stopniu ingerencji i kontroli państwa. Specyfice mediacji w sprawach karnych poświęcony został rozdział 18.

Szczególną kategorią spraw o charakterze karnoprawnym *sensu largo*, w których mediacja znajduje zastosowanie (rozdział 19), są **sprawy nieletnich**. W ostatnich latach nastąpiła zauważalna ewolucja w podejściu do nieletnich sprawców czynów zabronionych¹⁰. Coraz częściej dostrzega się potrzebę takiego ukształtowania reguł dotyczącego ich postępowania, aby w większym stopniu skłaniały nieletniego do świadomego wzięcia odpowiedzialności za swoje naganne zachowanie, dając jednocześnie możliwość aktywnego uczestnictwa pokrzywdzonemu¹¹.

Obiecującą i szybko rozwijającą się dziedziną zastosowania mediacji jest **sfera działalności administracji publicznej** (rozdział 22). W organach administracyjnych dostrzega się obecnie nie tylko aparat służący wykonywaniu przepisów prawa – w sposób z natury rzeczy niepodlegający jakimkolwiek negocjacjom – ale też mediatora próbującego godzić rozbieżne interesy indywidualne lub grupowe, a nawet stronę mediacji – występującą jak równy z równym w sporze z petentem – obywatelem. Instytucja mediacji została w naszym prawie przed laty powiązana z sądową kontrolą działań administracji na podstawie skargi do sądu administracyjnego. Złożenie takiej skargi świadczy o zaistnieniu sporu między skarżącym a organem administracji, którego skarga dotyczy. Szczególny charakter tego konfliktu wiąże się ze zróżnicowanym statusem jego stron. Jeszcze do niedawna samo postawienie kwestii dopuszczalności negocjowania przez organ władzy publicznej z obywatelem rozstrzygnięcia administracyjnego w oczach niektórych uchodziło w Polsce za he-

⁷ N. Christie, *Conflicts as Property* [w:] *W kręgu kryminologii romantycznej*, red. M. Fajst, M. Płatek, Warszawa 2004, s. 174 i n.

⁸ M. Fajst, *Wstęp II* [w:] *Sprawiedliwość naprawcza. Idea. Teoria. Praktyka*, red. M. Płatek, M. Fajst, Warszawa 2005, s. 31.

⁹ M. Płatek, *Wstęp I, czyli o miejscu i roli sprawiedliwości naprawczej w systemie sprawiedliwości karnej* [w:] *Sprawiedliwość...*, red. M. Płatek, M. Fajst, s. 17.

¹⁰ Por. G. Harasimiak, *Mediacja w polskim modelu postępowania z nieletnimi*, PPK 2004/23, s. 16.

¹¹ W. Klaus, *Sprawiedliwość naprawcza dla nieletnich w Polsce* [w:] *Sprawiedliwość...*, red. M. Płatek, M. Fajst, s. 186.

reżję¹². Jak zauważa jednak Z. Kmiecik, „w sytuacji coraz większego (...) uwikłania państwa (władzy publicznej) w organizowanie życia zbiorowości oraz wyłaniających się na tym tle rozlicznych konfliktów, dotychczasowe formuły rozstrzygania sporów jednostki z administracją okazują się zawodne”¹³. W 2017 r. w ramach kompleksowej reformy postępowania administracyjnego zakres zastosowania mediacji w administracji został istotnie rozszerzony.

Stosunkowo długą i interesującą historię mediacji ma w dziedzinie **rozwiązywania sporów wynikających ze zbiorowych i indywidualnych stosunków pracy** (rozdział 20). Systematycznie korzystano z niej w tym zakresie w wielu państwach kapitalistycznych już od końca XIX w., tj. od czasów rewolucji przemysłowej¹⁴. W tym samym okresie nadano ramy prawne **mediacji w stosunkach międzynarodowych**. Na uwagę zasługują w tej dziedzinie przede wszystkim dwie konwencje haskie o pokojowym rozwiązywaniu sporów międzynarodowych – z 1899 r. i z 1907 r. oraz późniejszy art. 33 i n. Karty Narodów Zjednoczonych¹⁵.

Warto jeszcze wspomnieć o zastosowaniu mediacji w rozwiązywaniu sporów związanych ze **sportem wyczynowym**¹⁶, **korzystaniem z domen internetowych**, a także **w sporach sąsiedzkich, akademickich, szkolnych** itd. W każdej z tych dziedzin mediacja ma swoją specyfikę. Ograniczone ramy niniejszego opracowania nie pozwalają na omówienie każdej z nich. Szczególne względy – z racji tego, że niniejsza książka jest adresowana przede wszystkim do studentów – należą się mediacji jako metodzie rozwiązywania sporów powstających w związku z funkcjonowaniem szkół wyższych (tzw. mediacji akademickiej), której został poświęcony rozdział 24.

1.5. Alternatywne metody rozwiązywania sporów (ADR)

Mediacja jest zaliczana do tzw. **alternatywnych metod rozwiązywania sporów**, określanych w skrócie mianem **ADR** (*alternative dispute resolution*). Stanowi najważniejszą, a jednocześnie najprostszą formę ADR, nazywaną niekiedy królową ADR¹⁷.

¹² Z. Kmiecik, *Mediacja...*, s. 29. Występowanie organów administracji w charakterze stron mediacji w sporach z obywatelami kłóci się z kształtowanym u nas przez lata stereotypem wykonywania zadań publicznych i rolą państwa. Akty administracyjne tradycyjnie traktuje się *ex definitione* jako działania jednostronne i władcze, a więc takie, które posiadają wobec adresata moc obowiązującą, podejmowane w imieniu państwa i zarachowane na jego rzecz.

¹³ Z. Kmiecik, *Mediacja...*, s. 18.

¹⁴ *Procedury pojednawstwa i rozjemstwa w zatargach zbiorowych (studium porównawcze)*, red. B. Skulimowska, Warszawa 1982, s. 5 i n.

¹⁵ Dz.U. z 1947 r. poz. 90 ze zm.

¹⁶ A. Wach, *Alternatywne formy rozwiązywania sporów sportowych*, Warszawa 2005.

¹⁷ R. Świeżak, M. Tański, *Alternatywne metody rozwiązywania sporów. Przegląd zagadnień*, Warszawa 2003, s. 3.

Pojęcie ADR wywodzi się ze Stanów Zjednoczonych. Pomimo że stworzono je dopiero pod koniec lat 70. XX w., przyjęło się tak szybko, że dekadę później było już powszechnie stosowane¹⁸. W latach 90. anglojęzyczny akronim ADR zrobił prawdziwie międzynarodową karierę. W niektórych krajach próbowano go zastąpić rodzimymi odpowiednikami, takimi jak MARC (*les modes alternatifs de résolution des conflits*) czy RAD (*règlement alternatif des différends*) we Francji i w kanadyjskim Quebecu albo AKR (*aussergerichtlichen Konfliktregelung*) w Niemczech, lecz próby te zakończyły się co najwyżej umiarkowanym powodzeniem.

Użycie określenia „alternatywny” implikuje pytanie: **alternatywny wobec czego?** Można wskazać co najmniej cztery koncepcje odpowiedzi. Według pierwszej alternatywny sposób rozwiązywania sporów to każdy tryb postępowania spornego, który odbiega od klasycznego procesu sądowego¹⁹. Zgodnie z drugą to takie działania w ramach procesu cywilnego i wykonywania władzy sądowniczej, które umożliwiają nieantagonistyczne zakończenie sporu, w tym przede wszystkim podejmowane przez samych sędziów czynności, które mają na celu doprowadzenie do zawarcia ugody²⁰. Zgodnie z trzecim ujęciem pojęcie ADR obejmuje szereg różnych metod stanowiących alternatywę dla postępowania przed sądem powszechnym, w tym m.in. arbitraż²¹. Wreszcie czwarta koncepcja zakłada wyłączenie z zakresu ADR nie tylko procesu sądowego, ale także pozasądowego arbitrażu (i mechanizmów zbliżonych do niego), jako metod opartych na tzw. modelu adjudykacyjnym, tj. polegającym na wydaniu wiążącego strony orzeczenia²².

Do ADR zalicza się – poza mediacją – m.in. następujące metody: *med-arb*, *arb-med*, *mini-trial*, *fact-finding*, *early neutral evaluation*, *summary jury trial*, *dispute review boards*. Jak wskazują ich nazwy, wywodzą się one – w ich współczesnej postaci – z krajów anglosaskich. W różnej skali i odmianach znane są i stosowane na całym świecie. Powyższe wyliczenie ma charakter jedynie przykładowy. Elastyczna formuła ADR pozwala na kreowanie nowych metod, których ramy organizacyjne

¹⁸ J. Lande, *Getting the Faith: Why Business Lawyers and Executives Believe in Mediation*, Harv. Negot. L.R. 2000/5, s. 140.

¹⁹ L. Morawski, *Proces sądowy a instytucje alternatywne (Na przykładzie sporów cywilnych)*, PiP 1993/1, s. 21; L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 1999, s. 228; zob. krytykę tego stanowiska w: A. Wach, *Alternatywne...*, s. 123.

²⁰ L. Morawski, *Główne...*, s. 228; krytycznie A. Wach (*Alternatywne...*, s. 124), zdaniem którego „realizacja przez sędziego państwowego czynności mediacyjnych w trakcie postępowania sądowego nie stanowi sama przez się wypełniania jakiegokolwiek alternatywnej formy rozwiązywania sporu prawnego”.

²¹ Por. A. Korybski, *Alternatywne rozwiązywanie sporów w USA. Studium teoretycznoprawne*, Lublin 1993, s. 157 i n. oraz A. Wach, *Alternatywne...*, s. 124 i cyt. przez niego literaturę.

²² Jak zauważa L. Mistelis (*ADR in England and Wales*, „American Review of International Arbitration” 2001/12, s. 167 i 168), takie ujęcie przeważa w Europie. W polskim piśmiennictwie reprezentują je m.in. J. Rajski (*Regulamin ADR Międzynarodowej Izby Handlowej*, PPH 2001/11, s. 38 i n.) i T. Szurski (*Międzynarodowy arbitraż handlowy (Sądownictwo polubowne w międzynarodowych stosunkach handlowych)*, R.Pr. 2003/2, s. 87–88).

będą najlepiej dostosowane do konkretnych potrzeb i okoliczności. Za wspólne cechy ADR uznawane są m.in.:

- udział bezstronnej osoby trzeciej pozbawionej kompetencji do rozstrzygnięcia sporu,
- brak formalizmu,
- prymat rzeczywistych interesów stron sporu nad dogmatyką prawną,
- bezpośredni udział i konstruktywne współdziałanie między stronami sporu.

Podstawowym założeniem ADR jest rezygnacja z konfrontacyjnego sposobu działania i skoncentrowanie się na rozwiązaniu problemu, a nie na rywalizacji z przeciwnikiem.

1.6. Podstawowe modele rozwiązywania i rozstrzygania sporów

W doktrynie wyróżnia się cztery podstawowe modele rozwiązywania i rozstrzygania sporów, nazywane: **kontraktowym**, **koncyliacyjnym (mediacyjnym)**, **arbitrażowym** oraz **sądowym**²³. Zasadnicze różnice między nimi ilustruje poniższa tabela.

Tabela 1.1. Podstawowe modele rozwiązywania i rozstrzygania sporów

Kryteria	Model			
	ugodowy		adjudykacyjny	
	kontraktowy (negocjacje)	koncylia- cyjny (mediacje)	arbitrażowy	sądowy
Udział osoby trzeciej	-	+	+	+
Strony decydują o tym, kto będzie osobą trzecią	nie dotyczy	+	+	-
Strony decydują o trybie i organizacji postępowania	+	+	+/-	-
Strony decydują o wyniku postępowania	+	+	-	-

Źródło: opracowanie własne.

Ze względu na szczególne znaczenie kryterium ujętego w ostatnim wierszu tabeli (kto decyduje o wyniku postępowania) i dla podkreślenia podobieństwa w tym zakresie między postępowaniami przed sądem arbitrażowym i państwowym dwa

²³ L. Morawski, *Proces...*, s. 13 oraz *Główne...*, s. 168.

ostatnie modele objąć można wspólnym mianem **trybów adjudykacyjnych**²⁴, w obydwu bowiem przypadkach dochodzi do rozstrzygnięcia sporu w drodze wyroku.

Jak pisał L. Morawski, socjologiczna teoria konfliktów formułuje zalecenie, zgodnie z którym „w dobrze zorganizowanym wymiarze sprawiedliwości rozwiązywanie konfliktów powinno w miarę możliwości rozpoczynać się na jak najniższym poziomie instytucjonalizacji i formalizacji, a przejście na wyższy poziom powinno się zasadniczo dokonywać dopiero wtedy, gdy wyczerpano możliwości rozwiązania konfliktu na niższym poziomie”²⁵. W praktyce oznacza to organizację dostępnych form rozwiązywania sporów według schematu: **negocjacje – mediacje – arbitraż/sąd państwowy**. Ruch alternatywnych metod rozwiązywania sporów zmierza do tego, aby uzupełnić zauważalną lukę między istniejącymi mechanizmami typu negocjacyjnego i adjudykacyjnego (postępowania sądowe i arbitrażowe).

W praktyce metody te mogą występować albo sekwencyjnie (np. mediator zostaje poproszony o pomoc stronom w wyjściu z impasu w negocjacjach, *med-arb* itp.), albo równolegle, jak w przypadku mediacji prowadzonej w ramach postępowania sądowego (wszczęcie mediacji nie powoduje formalnego zawieszenia postępowania przed sądem). Może się zdarzyć, że jedna ze stron będzie próbowała wykorzystać wszczęcie procesu przed sądem do wywołania bardziej prougodowej postawy drugiej strony, bez której negocjacje czy mediacje nie miałyby szans powodzenia.

Zauważyć też należy, że wskazane modele nie wyczerpują wszystkich **sposobów reagowania ludzi w sytuacji konfliktu**, pomijając takie zachowania, jak np.: przymus, walka, użycie siły, zdanie się na przypadek (np. rzut monetą), wycofanie się itp. Będzie o tym szczegółowo mowa w rozdziale 4.

1.7. Mediacje a negocjacje

Podjęto wiele prób udzielenia odpowiedzi na pytanie: **dlaczego ludzie tak często nie decydują się na rozwiązanie sporu we własnym zakresie, tj. bez angażowania osób trzecich**, ale zamiast tego są raczej skłonni zgodzić się na ich interwencję, najczęściej kierując sprawę do sądu i ponosząc rozmaite koszty z tym związane?

Istota negocjacji i mediacji jest w zasadzie identyczna – chodzi o osiągnięcie dobrowolnego porozumienia przez samych zainteresowanych. Również sposób, w jaki to następuje, jest podobny. Dzieje się tak bowiem dzięki ukierunkowanej rozmowie.

²⁴ To znaczy oparty na orzekaniu; od łac. *adiudicare* – przyznawać, przysądzać.

²⁵ L. Morawski, *Główne...*, s. 192.

Podobnie jak negocjacje, mediacje mają tę zaletę, że cechuje je duża elastyczność co do zakresu przedmiotowego, czasu, miejsca itd. Strony zachowują decydujący wpływ na ich przebieg, zazwyczaj nadają im więc w związku z tym prywatny i poufny charakter.

Mimo licznych podobieństw, między mediacjami a negocjacjami występują zasadnicze różnice. Uczestnictwo mediatora istotnie zmienia strukturę i dynamikę negocjacji. Ważna jest już sama jego obecność. Skłania strony do obiektywizowania własnych twierdzeń, precyzowania, a niekiedy także przewartościowywania zgłaszanych żądań. Mediator może wspierać strony na wiele sposobów. Może zadawać pytania, które pomogą stronom uporządkować ich własne oczekiwania, a także dostrzec elementy, których dotychczas nie zauważały. Może sondować zbieżność ich interesów oraz ich skłonność do ustępstw w ramach spotkań, wspólnych i indywidualnych, porządkować i ukierunkowywać rozmowę, prowokować strony do poszukiwania kreatywnych rozwiązań w ramach techniki „burzy mózgów” itp. **Mediator powinien dążyć do wykorzystania tzw. integracyjnego potencjału negocjacji²⁶, czyli do przesunięcia zainteresowania stron z pokonania przeciwnika na pokonanie problemu i szukanie optymalnego, obustronnie zadowolającego wyniku.** Celem mediatora jest sprawienie, aby „negocjacyjny taniec” (*negotiation dance*)²⁷ podążał w pożądanym, konstruktywnym kierunku.

Postępująca instytucjonalizacja mediacji sprawia, że różnice między mediacjami a negocjacjami stają się coraz bardziej wyraziste. O ile negocjacje są na ogół nadal rozpoczynane spontanicznie i całkowicie dobrowolnie, obowiązek przystąpienia do mediacji coraz częściej wynika z zobowiązań kontraktowych podejmowanych jeszcze przed zaistnieniem sporu czy też z postanowienia sądu lub z przepisów prawa. Przebieg negocjacji, z wyjątkiem kilku zaledwie zagadnień (por. art. 72 i 72¹ k.c.), pozostaje nieuregulowany i w zasadzie prawnie irrelevantny, podczas gdy w przypadku mediacji coraz częściej zastosowanie znajdują reguły określone w umowie, regulaminie albo ustawie. Ugoda mediacyjna, dawniej traktowana w zasadzie identycznie z ugodą zawartą w wyniku negocjacji, obecnie pod pewnymi względami bardziej przypomina ugodę sądową (zob. dalsze uwagi na ten temat w rozdziale 15).

1.8. Mediacje a arbitraż

Arbitraż jest metodą adjudykacyjną, w której występują pewne elementy charakterystyczne dla ugodowych trybów rozwiązywania sporów, w tym również mediacji. Przejawiają się one m.in. **w uprawnieniu stron do wyboru arbitra i samodzielnego**

²⁶ Por. R. Fisher, W. Ury, B. Patton, *Dochodząc do TAK. Negocjowanie bez poddawania się*, tłum. R.A. Rządca, Warszawa 2001.

²⁷ Por. H. Raiffa, *The Art and Science of Negotiation*, Cambridge 1996.

określenia zasad postępowania i zasad, według których spór zostanie rozstrzygnięty.

Arbitraż ma bardzo długą tradycję, której początki poprzedzają nawet pojawienie się zorganizowanego systemu sądów państwowych. Obecnie jest stosunkowo często wybieraną metodą rozstrzygania sporów handlowych, w szczególności w stosunkach międzynarodowych. Zdaniem J. Rajskiego międzynarodowy arbitraż handlowy wypełnił „wielką lukę w porządku prawnym międzynarodowego obrotu gospodarczego”, jaką jest brak międzynarodowego sądownictwa prywatnego, które stanowiłoby właściwe forum dla rozstrzygania sporów wynikających z międzynarodowych stosunków kontraktowych²⁸. Kontrahenci mogą nadać sądowi polubowemu w pełni międzynarodowy charakter: powołać arbitrów pochodzących z różnych państw i wywodzących się z różnych tradycji prawnych, działających stosownie do międzynarodowo ujednoliconych reguł postępowania i rozstrzygających spory na podstawie powszechnie przyjętych reguł prawa²⁹.

Praktyka sądownictwa arbitrażowego nie jest jednak wolna od wad. Według niektórych autorów jedną z przyczyn dynamicznego rozwoju mediacji i innych ADR jest zjawisko przejmowania przez sądownictwo polubowne pewnych negatywnych tendencji i trudności znanych od dawna w sądach państwowych. Postępowania arbitrażowe w wielu przypadkach trwają coraz dłużej, stają się coraz droższe i mniej elastyczne, a w ten sposób tracą atuty stanowiące dawniej o ich atrakcyjności. Dlatego wielu arbitrów uważa mediację za swoiste wyzwanie, a nawet konkurencję dla arbitrażu.

1.9. Mediacje a proces sądowy

Binarna (zero-jedynkowa) struktura rozstrzygnięć sądowych według formuły wygrany – przegrany, kontradiktoryjny charakter postępowania, zorganizowanego w formie walki stron procesowych, oraz ograniczony wpływ stron na zasady postępowania i rozstrzygania sporu powodują, że **decyzje sądów, zamiast rozwiązywać konflikty, często je pogłębiają**. Nieprzypadkowo jedną z największych wad tradycyjnego procesu sądowego jest niska skuteczność postępowania egzekucyjnego. Jak pisał L. Morawski, „klasyczny proces sądowy jest skierowany przede wszystkim na to, by stwierdzić, kto naruszył normy prawa materialnego i na tej podstawie «skazać» go, a nie na to, by ustalić rzeczywiste przyczyny konfliktu, usunąć je i na tej podstawie doprowadzić do porozumienia stron”³⁰. Można z tego powodu mówić o **retrospektywnej, a nie prospektywnej, orientacji postępowania sądowego**,

²⁸ J. Rajski, *Nowe wyzwania wobec sądów arbitrażowych*, PPH 2001/2, s. 2.

²⁹ J. Rajski, *Nowe...*, s. 2.

³⁰ L. Morawski, *Głównie...*, s. 177.

tzn. o zorientowaniu procesu na to, jak było, a nie na to, jak będzie. O ile przy rozstrzyganiu sporów wynikających z incydentalnych interakcji międzyludzkich taka konstrukcja procesu może być uzasadniona, o tyle zawodzi w odniesieniu do podmiotów pozostających w stałych więziach (gospodarczych, rodzinnych, sąsiedzkich itd.), dla których „znacznie ważniejsze od jednostkowego rozstrzygnięcia sporu jest **ustalenie zasad bezkonfliktowej współpracy w przyszłości**”³¹.

Zwolennicy postklasycznej teorii procesu cywilnego lansują program jego reformy i uczynienia go – jak pisze A. Wach – „przynajmniej częściowo autonomiczną wobec prawa materialnego formą rozwiązywania ujawnionych społecznie konfliktów, zmierzając do osiągnięcia konsensusu między stronami, zgodnego z ich subiektywnym poczuciem sprawiedliwości (...). «Pojednać, a nie sądzić» jest współcześnie podstawową dewizą zwolenników teorii postklasycznej”³².

Wprowadzenie również w Polsce mediacji sądowych niewątpliwie odzwierciedla powyższą tendencję. Rośnie uznanie dla działalności mediatorów wśród sędziów. Angielscy sędziowie-lordowie w głośnej sprawie *Dunnett v. Railtrack* wyrazili je następująco: „Wyszkoleni mediatorzy są w stanie osiągać wyniki zadowalające dla wszystkich uczestników mediacji, które przekraczają możliwości sądów i prawników w procesie (...). Kiedy strony sporu spotykają się na neutralnym gruncie w towarzystwie dobrego mediatora, istnieje duża szansa, że ten je doprowadzi do takiego rozwiązania, przy którym uścisną sobie ręce z poczuciem, że zakończyły sprawę we właściwy sposób. Mediator może być w stanie zapewnić im takie rozwiązania, których sąd dać im nie może”³³.

1.10. Skłanianie stron do ugody przez sędziego lub arbitra

W krajach *common law*, które uważa się za bastion najbardziej kontradiktoryjnych form procesu sądowego, znane jest powiedzenie, że sędzia powinien przed rozprawą nabrać w usta święconej wody i wypuścić ją dopiero przy ogłaszaniu wyroku³⁴. Dobrze ilustruje ono przyjmowane tam tradycyjnie negatywne stanowisko co do aktywności sędziów, m.in. w zakresie nakłaniania stron do zawarcia ugody. W wielu jednak innych systemach prawnych zachęcanie stron do pojednania jest nie tylko uprawnieniem, ale wręcz obowiązkiem sądu – zarówno polubownego, jak i państwowego – *explicite* nałożonym nań przez ustawodawcę. Dotyczy to w szczególności krajów należących do tradycji prawa romańsko-germańskiego, w tym Polski.

³¹ A. Wach, *Alternatywne...*, s. 112.

³² A. Wach, *Alternatywne...*, s. 113.

³³ *Dunnet v. Railtrack plc* [2002] EWCA Civ 303.

³⁴ L. Morawski, *Główne...*, s. 170.

A. Wach trafnie zauważa, że chociaż „w interesie wszystkich społeczeństw demokratycznych leży, aby możliwie jak największa liczba sporów prawnych już rozpatrywanych przez sądy państwowe kończyła się podpisaniem ugody wynegocjowanej z udziałem sędziego, to należy jednak zdawać sobie sprawę, że w warunkach prowadzonego w formie kontradiktoryjnej postępowania sądowego jest to zadanie trudne do zrealizowania”³⁵. W konkretnych sprawach okazuje się, że sędziowie często nie są w stanie, czy to ze względu na brak czasu, czy odpowiedniego przygotowania, czy też z jeszcze innych przyczyn, doprowadzić do zawarcia rozwiązania, które satysfakcjonowałoby wszystkie jego strony i tworzyło podstawę pozytywnych relacji na przyszłość. Sztywne i formalne ramy procesu cywilnego nie tworzą środowiska sprzyjającego działaniom pojednawczym. **Postępowanie sądowe jest z definicji bardziej oparte na prawach i obowiązkach niż na rzeczywistych interesach stron, a dotarcie do prawdy procesowej i zgodnego z prawem rozstrzygnięcia jest ważniejsze od dążenia do zgody.** Badania dowodzą, że „w warunkach permanentnego przeciążenia sądów pojednanie, do którego dochodzi niekiedy w postępowaniu sądowym, stanowi często rezultat nacisków sędziów, którzy w ten sposób starają się skrócić postępowanie, a nie wynik rzeczywistego porozumienia stron. Ugoda zawierana z obawy przed sądem staje się substytutem autorytatywnego wyroku, a w tej sytuacji trudno jest uważać, że spełni ona te oczekiwania, które się z nią wiąże”³⁶.

Proces sądowy nie jest optymalną płaszczyzną do działań pojednawczych także z tego powodu, że konfrontacja w procesie nie sprzyja szczerości, dążeniu do tego, by strony mogły wyjaśnić rzeczywiste powody konfliktu, wyrazić skruchę, zaproponować ustępstwa itd. Powód lub pozwany zawsze liczy się z tym, że w razie nieudjęcia do skutku ugody to, co powiedział w trakcie próby pojednania, może zostać wykorzystane przeciwko niemu w postępowaniu adjudykacyjnym. Natomiast **w pofunkcyjnej mediacji mediator może stawiać stronom takie pytania, których sędzia ani arbiter z różnych względów nie zadałby.** Mediator może spotykać się i rozmawiać z każdą z nich *ex parte*, czego sędziom ani arbitrom czynić nie wolno. Polegając na tajemnicy mediacji, strony mogą powierzać mu informacje, których nie byłyby skłonne ujawnić bezpośrednio sobie nawzajem ani tym bardziej osobie powołanej do rozstrzygnięcia ich sporu. W stosunku do niej wolą ukrywać się za pancerzem żądań lub argumentów formalnie zgłoszonych w pozwie lub odpowiedzi na pozew, często za pośrednictwem profesjonalnego pełnomocnika. Zręczny mediator jest w stanie tę granicę przeniknąć.

³⁵ A. Wach, *Alternatywne...*, s. 257.

³⁶ L. Morawski, *Główne...*, s. 184.

1.11. Specyfika mediacji

Mediacja cechuje się szczególnym – odmiennym od metod adjudykacyjnych – **konstruktywnym podejściem do konfliktu**. „Naturalna, potencjalnie pozytywna energia konfliktu”³⁷ jest od lat dostrzegana przez przedstawicieli różnych dyscyplin badawczych: teoretyków organizacji i zarządzania, irenologów, psychologów czy socjologów³⁸. Konflikty generują zmiany społeczne, a w rezultacie także rozwój. Ujawniają ukryte problemy i prowadzą do ich rozwiązania. Budują zrozumienie różnic. Rozładowują negatywne emocje. Podnoszą świadomość potrzeb innych ludzi. Pozwalają dostrzec wspólne interesy i inicjują współdziałanie. Motywują do aktywności i przedstawiania innym własnych opinii. Prowadzą do przewycięzania istniejących wad i niedoskonałości, rewizji przyjętych, choć niesłusznych zasad itd.³⁹ Konflikty stawiają przed nami wybory, które kształtują nasz los, odzwierciedlają to, jakimi jesteśmy osobami i zbiorowościami. Często wybory te wywierają daleko- siężny wpływ na życie nasze i innych.

Mediacja jest narzędziem **efektywnego i konstruktywnego zarządzania konfliktami** (ang. *effective conflict management*, niem. *konstruktives Konflikt-Management*⁴⁰). **Potraktowanie konfliktu jako problemu do rozwiązania** nie jest łatwe. Autorzy tego podręcznika oddają go Czytelnikom w nadziei, że będzie im służył pomocą w opanowaniu tej trudnej sztuki.

1.12. Pytania i zagadnienia do dyskusji

1. Zaproponuj własną definicję mediacji. Które cechy mediacji uważasz za najważniejsze? Które charakteryzują jej istotę, a które jedynie opisują różne typy empiryczne mediacji występujące w praktyce?

³⁷ R.D. Benjamin, *Managing the Natural Energy of Conflict: Mediators, Tricksters, and the Constructive Uses of Deception*, San Francisco 2003, s. 79. Więcej o „pozytywnym wymiarze konfliktu” w rozdziale 4, w punkcie 4.7.

³⁸ Por. m.in.: R. Dahrendorf, *Teoria konfliktu w społeczeństwie przemysłowym* [w:] *Elementy teorii socjologicznych*, red. W. Derczyński, Warszawa 1975, s. 430; S. Chelpa, T. Witkowski, *Psychologia konfliktów. Praktyka radzenia sobie ze sporami*, Wałbrzych 1999, s. 233; K. Rupasinghe, *Introduction, Conflict Transformation*, London 1995, s. viii.

³⁹ J. Crawley, K. Graham, *Mediation for Managers: Resolving Conflict and Rebuilding Relationships at Work*, London 2002, s. 22.

⁴⁰ Dalsze rozważania o zarządzaniu konfliktami w rozdziale 4, w punkcie 4.4. Zob. również: Ch. Bühling-Uhle, *Arbitration and Mediation in International Business: Designing Procedures for Effective Conflict Management*, The Hague 1996; K. Birker, *Teamentwicklung und Konfliktmanagement*, Berlin 2007; R. Burchat-Harms, *Konfliktmanagement*, Berlin 2007; D.F.P. Schmidt, *Präventives Konfliktmanagement*, Frankfurt am Main 2006; B. Freese, *Konfliktmanagement für Projektleiter: Strategien zur Lösung und Vermeidung von Konflikten in Teams*, Freiburg im Breisgau 2006.

2. Przypomnij sobie przykłady zastosowania mediacji w różnych dziedzinach stosunków społecznych i prawnych, o których słyszałeś już wcześniej. Które cechy mediacji okazywały się w nich szczególnie istotne?
3. Czym mediacja różni się negocjacji, arbitrażu, postępowania sądowego? Czym różni się rola mediatora od roli negocjatora, arbitra, sędziego? Jakich predyspozycji i przygotowania wymaga?
4. Na czym polega alternatywność ADR? Jakie inne określenia mogłyby zastąpić przymiotnik „alternatywne”?
5. Jak rozumiesz koncepcję „zarządzania konfliktami”? Czy konflikty w ogóle poddają się „zarządzaniu”? Do jakich cech lub zjawisk nawiązuje aforyzm R.S. Kraybilla, według którego „nie trzeba zarządzać słońcem, by czerpać korzyści z energii słonecznej”?
6. Poszukaj nowych obszarów, które Cię interesują pod kątem wykorzystywania w nich mediacji. Inspiracją mogą np. strony internetowe, takie jak: <http://kluwermediationblog.com/>, <https://imimmediation.org/> czy <http://mediate.com>.

CZY DO POŁOWY PEŁNA, CZY
TEŻ PUSTA – PRZECIEŻ RAZEM
MOŻEMY SIĘ Z NIEJ NAPIĆ?



by J. Kryn' 2005

Rozdział 2

HISTORYCZNA I MIĘDZYNARODOWA PERSPEKTYWA MEDIACJI

2.1. Wprowadzenie

Konflikt jest doświadczeniem wspólnym dla ludzi wszystkich kultur. W różnych miejscach na Ziemi w czasach historycznie bardziej lub mniej odległych problem zakończenia sporu nie był pozostawiany wyłącznie zwaśnionym stronom. Podstawowym zadaniem osób dbających o bezpieczeństwo danej społeczności było pokojowe rozwiązywanie konfliktów między jej członkami. Cel ten osiągnano różnymi metodami. Przede wszystkim spór mógł być rozstrzygnięty wyrokiem wydanym przez władcę, sędziego lub arbitra. Innym sposobem zakończenia konfliktu mogła być interwencja niezależnej osoby, obdarzonej autorytetem i zaufaniem, która pomagała w znalezieniu dobrego dla stron rozwiązania.

Formy zbliżone do współczesnej mediacji występowały już w czasach bardzo dawnych¹. Mediację praktykowano m.in. w kulturze żydowskiej, chrześcijańskiej, hinduskiej, buddyjskiej, konfucjańskiej i w państwach islamu². Podstawowe zasady prowadzenia mediacji odnajdujemy spisane prawdopodobnie po raz pierwszy już w XVII w.³ W XVII i XVIII w. powstały w Europie pierwsze naukowe rozprawy dotyczące mediacji i roli mediatora. Prace te poświęcone były m.in. wyznaczaniu granic pomiędzy różnymi formami rozwiązywania konfliktów, w szczególności po-

¹ J.T. Barrett, J.P. Barrett, *A History of Alternative Dispute Resolution*, San Francisco 2004, s. 1–18.

² Ch.W. Moore, *The Mediation Process*, San Francisco 2004, s. 20–22.

³ Fabio Chigi, jeden z mediatorów pracujących nad zawarciem kończącego wojnę trzydziestoletnią pokoju westfalskiego w 1644 r., otrzymał od papieża instrukcję prowadzenia rozmów ze stronami konfliktu. W sporządzonej na własne potrzeby zwięzłej notatce opisał podstawowe zasady prowadzenia mediacji, takie jak neutralność, bezstronność i poufność; J. Duss-von Werdt, *Homo mediator: Geschichte und Menschenbild der Mediation*, Stuttgart 2005, s. 47–48.

między mediacją a arbitrażem⁴. Niestety zdecydowanie łatwiej jest śledzić koncepcje teoretyczne dotyczące mediacji, widoczne być może już u Platona i Arystotelesa, niż autentyczne przypadki stosowania tej procedury. Mediator i jego warsztat pozostawali w cieniu stron zawierających porozumienie, toteż opisanie historii mediacji jest zadaniem niezwykle trudnym.

W rozdziale tym omówione zostaną przykłady zastosowania mediacji w różnych kulturach, od późnej starożytności, aż po czasy współczesne. Wybór poruszanych zagadnień ma charakter subiektywny, a jego celem jest ukazanie możliwie różnych i interesujących przykładów zastosowania omawianej formy rozwiązywania konfliktów w wybranych okresach historycznych. Rozpoczęcie krótkiego przekroju historycznego od charakterystyki porozumień zawieranych w Egipcie w VI w. n.e. spowodowane jest tym, że z tego okresu zachowała się w bardzo dobrym stanie obszerna dokumentacja papirolologiczna. Z kolei opis mediacji w państwach azjatyckich wynika z ponadtyśiącletniej tradycji zastosowania mediacji i form jej podobnych.

2.2. Mediacja w późnej starożytności – porozumienia z Egiptu z VI w. n.e.

Pozasądowe metody rozwiązywania sporów powszechnie stosowano w Egipcie w VI w. n.e. Porozumienia spisywano na bardzo trwałych zwojach papirusu, dzięki czemu do dziś zachowały się liczne dokumenty pozwalające prześledzić historię konfliktów sprzed ponad 1500 lat. **Na podstawie tych wyjątkowych źródeł można postawić wniosek, że większość konfliktów powstających w tamtejszym społeczeństwie była rozwiązywana poza sądami⁵.**

Istniały co najmniej dwie formy zakończenia sporu. Strony mogły przekazać rozstrzygnięcie swojej sprawy wybranemu arbitrowi. Zawierały wówczas umowę, w której zobowiązywały się zastosować do wyroku arbitra. W części porozumienia wskazującej jego charakter występował zwykle grecko-łaciński termin *kompro-misson*. Na podstawie takiej umowy możliwa była egzekucja wyroku arbitrażowego⁶.

⁴ Zob. np.: J.E.W. Neumann, *De Mediatoris officio, eiusque requisitis* (O roli mediatora i jej wymaganiach), Wiedeń 1676; E.F. Meurer, *Mediator*, Jena 1678; J.W. Hagedorn, *Disputatio juris gentium de arbitris et mediatoribus belligerantium* (Rozprawa o arbitrach w prawie narodów i mediatorach między stronami wojny), Gdańsk 1706. Zob. więcej o tych i innych pracach w: J. Duss-von Werdt, *Homo...*, s. 53–63.

⁵ W Egipcie w VI w. n.e. funkcjonował system sądów państwowych, w którym niezależni sędziowie wydawali wyroki na podstawie obowiązującego prawa. Zob. J. Urbanik, *Compromesso o processo? Alternativa risoluzione dei conflitti e tutela dei diritti nella prassi della tarda antichità* [w:] *Symposion 2005: Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte*, Hrsg. E. Cantarella, Wien 2007, s. 395–398.

⁶ Cesarz Justynian gwarantował możliwość realizacji wyroku arbitrażowego przez przyznanie możliwości wniesienia skargi do sądu powszechnego, *actio in factum/actio in rem utilis* albo *condictio*

Odrębnym sposobem rozwiązania konfliktu było zawarcie ugody, określanej w dokumentach jako *dialysis*. Strony często opisywały w treści porozumienia długą historię konfliktu, jego źródła oraz wcześniejsze próby rozwiązania. Podkreślały udział osób trzecich w zawarciu porozumienia. Mediację prowadzoną przez dobrych przyjaciół czy zacnych obywateli określano greckim terminem *mesiteia*⁷. Zawierający porozumienie zobowiązywali się go przestrzegać i deklarowali chęć odstąpienia od skarg sądowych. Strony zazwyczaj starały się zagwarantować skuteczność ugody przez ustalenie wysokiej kary pieniężnej w przypadku jej niewykonania. Dodatkowym zabezpieczeniem mogło być złożenie przysięgi⁸.

Dwurodzajowość zachowanych porozumień (*kompromisson* i *dialysis*) nie oznacza, że w późnej starożytności procedury rozwiązywania konfliktów były wyraźnie wyodrębnione. Prawdopodobnie przybierały one charakter indywidualny, w zależności od okoliczności konkretnej sprawy i woli samych zainteresowanych. Istniała zapewne możliwość zawarcia ugody dzięki pomocy arbitra, także w przypadku wyraźnego przyjęcia zobowiązania do realizacji wyroku arbitrażowego (*kompromisson*). Wyrok arbitra zatwierdzałby wówczas jedynie zawarte między stronami porozumienie⁹. Z drugiej strony w dokumentach określanych jako *dialysis*, wskazujących na pojednawczą rolę osoby trzeciej, postępowanie mogło w praktyce zbliżać się do arbitrażu lub wykazywać cechy charakterystyczne dla tzw. mediacji ocennych. Spór mógł być nawet rozstrzygany przez osoby trzecie. W ten sposób można interpretować stwierdzenia stron, że rozwiązanie sporu zostało wskazane czy jest zgodne z osądem przedstawionym przez osoby pełniące funkcję mediatora¹⁰.

Arbitrami lub mediatorami były osoby określane jako „przyjaciele”, „dobrzy ludzie” czy „zacni obywatele”¹¹. Przy wyborze osoby pomagającej w rozwiązaniu sporu istotny był szacunek, jakim cieszyła się ona w społeczności lokalnej. Czasem mediację prowadzili posiadający autorytet i budzący zaufanie urzędnicy. Mediatorami mogli być także znawcy prawa, *scholastikoi*, jak np. wskazują zachowane dokumenty dotyczące sporu między przedstawicielami kościoła¹².

Znakomita większość zachowanych spisanych ugód dotyczy spraw rodzinnych, w szczególności podziału majątku spadkowego. Sprawy takie, ze względu na bli-

ex lege, na podstawie ważnie zawartej umowy oddającej rozstrzygnięcie sporu arbitrom (*kompromisson*), C. 2.55(56).4. Zob. J. Urbanik, *Compromesso...*, s. 381.

⁷ Zob. więcej o terminologii greckiej dotyczącej mediacji J. Duss-von Werdt, *Homo...*, s. 26–28.

⁸ J. Urbanik, *Compromesso...*, s. 381–383.

⁹ Analogiczna konstrukcja nadania ugodzie formy wyroku występuje obecnie w art. 1196 k.p.c.

¹⁰ Zob. dalej przytaczany przykład takiej właśnie ugody. Na marginesie warto zaznaczyć, że jednym z częstych oczekiwań stron w mediacji prowadzonej współcześnie jest ocena sytuacji i wskazanie rozwiązania przez mediatora.

¹¹ J. Urbanik, *Compromesso...*, s. 389.

¹² T. Gagos, P. van Minnen, *Settling a Dispute: Toward a Legal Anthropology of Law Antique Egypt*, Ann Arbor 1994, s. 31.

skie i długotrwałe relacje między stronami, sprzyjały poszukiwaniu rozwiązań polubownych¹³. Porozumienia często dotyczyły odziedziczonego gruntu rolnego. W tym przypadku szybkie zakończenie sporu było niezwykle istotne. Pozwalało we właściwym czasie przygotować ziemię pod uprawę i nie powodowało utraty plonów w danym roku z powodu toczącego się konfliktu. Zdaniem niektórych badaczy porozumienie dotyczące podziału majątku spadkowego mogło stanowić, obok pochówku, element rytuału przejścia po śmierci danej osoby. Poza sprawami rodzinnymi porozumieniami kończyły także konflikty między sąsiadami czy partnerami handlowymi. Ugody zawierano również w innych sprawach, dotyczących m.in. sporów co do prawa własności czy drobnych przestępstw¹⁴. Porozumienia miały zawsze charakter wiążący i zawierały w swojej treści gwarancje dotyczące ich realizacji. W szczególności przewidywały obowiązek zapłaty wysokich kar pieniężnych na wypadek nieprzestrzegania warunków ugody¹⁵.

W tym miejscu warto przyjrzeć się bliżej treści jednej z najlepiej zachowanych i najbardziej rozbudowanych ugód, zawartej dzięki mediacji z udziałem „dobrych przyjaciół”¹⁶. Spór dotyczył prawa własności nieruchomości, najprawdopodobniej winnicy, położonej niedaleko wioski Aphrodite w górnym Egipcie. Sytuacja prawna stron była bardzo skomplikowana. Na nieruchomości ustanowiono prawo zastawu zabezpieczające wcześniej udzieloną pożyczkę. Konflikt pojawił się jednak dopiero w kolejnym pokoleniu, między spadkobiercami pożyczkodawcy a nowymi właścicielami odziedziczonej ziemi, która w międzyczasie została sprzedana¹⁷.

Opisywana ugoda została zawarta około 537 r. Profesjonalny skryba spisał jej tekst na zwoju papirusu o szerokości 30 i długości 180 cm. Co ciekawe, Aurelius Nicantinous z Aureliusem Phoebammon i jego żoną Aurelią Anastazją, reprezentowanymi przez Appolosa, porozumieli się już w budynku sądu, jednak zanim sprawa została wniesiona i rozpatrzona. Strony najprawdopodobniej rozważały wniesienie sporu na drogę sądową, jednak zrezygnowały z niej przed pierwszą rozprawą¹⁸.

Ugoda ma formę długiego oświadczenia jednej ze stron, Nicantinousa. W pierwszej części dokumentu przedstawione są zwięzłe fakty dotyczące przedmiotu sporu. Na-

¹³ Prawdopodobnie analogiczne motywy skłaniały do porozumień między duchownymi, co dodatkowo pozwalało im uniknąć sądu kościelnego; J. Urbanik, *Compromesso...*, s. 398.

¹⁴ T. Gagos, P. van Minnen, *Settling...*, s. 39, 43 i 46.

¹⁵ Zachowały się jednak dokumenty świadczące o sporach trwających pomimo zawartego porozumienia, w których strony zawierały kolejne porozumienia bądź kierowały sprawę do sądu; J. Urbanik, *Compromesso...*, s. 395.

¹⁶ Niestety nie wiemy, kogo strony w tym przypadku wybrały na mediatorów, określanych jako „dobrzy przyjaciele”. W innych dokumentach rolę taką pełnią często osoby cieszące się zaufaniem stron, np. pełniące funkcje lokalnych urzędników, P. Mich 6922, P. Vat. Aphrod 10. Dokument analizowany w książce: T. Gagos, P. van Minnen, *Settling...*

¹⁷ Zob. więcej o szczegółach sytuacji prawnej stron w: T. Gagos, P. van Minnen, *Settling...*, s. 23–26.

¹⁸ T. Gagos, P. van Minnen, *Settling...*, s. 35, 25 i 90.

stępnie Nicantinous relacjonuje, w jaki sposób doszło do zawarcia porozumienia: „Wreszcie, po długim czasie trwania sporu, w którym strony podejmowały wiele działań względem siebie i wypowiedziały wiele słów, zanim sprawa trafiła do sądu, dobrzy przyjaciele mediowali pomiędzy nami”. Z treści dokumentu wynika, że sposób rozwiązania konfliktu pochodził bezpośrednio od osób trzecich. Wysokość sumy należnej Nicantinousowi, określana w dokumencie kilkakrotnie jako „zgodna z osądem osób trzecich”, wynosiła „7 złotych solidów, każdy bez dwóch karatów, zgodnie z normami złotników z wioski Aphroditos, oraz 20 miar zboża”.

Dokument został sporządzony już po zawarciu i zrealizowaniu porozumienia, stanowił jego potwierdzenie oraz ograniczał możliwość wnoszenia w przyszłości skarg sądowych. Obie strony były usatysfakcjonowane pozasądowym zakończeniem sporu: „Ponieważ to [zapłata określonej sumy – przyp. S.K.] następnie zostało wykonane i jesteśmy oboje, Nicantinous i Appollos, z tego zadowoleni, z tego powodu i zgodnie z osądem godzących nas przyjaciół, przystąpiłem do napisania tego pisemnego porozumienia, w którym ja, Nicantinous, oświadczam z własnej woli, i z własnego wyboru, ze szczerymi intencjami, w pełni świadomy, bez podstępów, groźby i przymusu”.

W dalszej części dokumentu Nicantinous potwierdza przyjęcie pieniędzy oraz zrzeka się wszystkich roszczeń (teraźniejszych i przyszłych, sądowych i pozasądowych, rzeczowych i osobowych) dotyczących spornej nieruchomości. Potwierdza także pełne prawo własności przysługujące drugiej stronie. Nicantinous podkreśla również, że porozumienie zostało zawarte w odniesieniu do wszystkich spornych kwestii.

Jednym z elementów zabezpieczających realizację powyższych postanowień jest przysięga w imię świętej Trójcy oraz zwycięskiego imperatora Justyniana. Ugoda jednak nie kończy się przysięgą, lecz zwykle spotykanym w podobnych dokumentach zobowiązaniem do zapłaty wysokiej kary pieniężnej w przypadku naruszenia jej postanowień. Za próbę wszczęcia postępowania sądowego wbrew zawartemu porozumieniu strony przewidziały obowiązek zapłaty 24 solidów. Jest to suma ponadtrzykrotnie wyższa niż otrzymał Nicantinous, rezygnując z przysługujących mu skarg. Wynikające z porozumienia roszczenie o zapłatę kary umownej jest zabezpieczone zastawem na całym majątku Nicantinousa. Dokument jest podpisany przez Nicantinousa oraz siedmiu świadków, wśród których być może znajdowali się godzący strony dobrzy przyjaciele.

Na podstawie zachowanego dokumentu trudno jednoznacznie ocenić charakter udziału osób trzecich w zakończeniu sporu. Niektóre sformułowania wskazują, że zastosowana procedura miała charakter zbliżony do arbitrażu. Z drugiej strony dokument ma formę porozumienia pomiędzy stronami, zawartego dobrowolnie i jedynie w zgodzie z osądem godzących strony przyjaciół. Występują tutaj zarówno elementy współczesnej mediacji, jak i arbitrażu.

W wielu innych zachowanych porozumieniach strony, opisując działania neutralnej osoby trzeciej, wykorzystują terminologię zaczerpniętą z postępowań sądowych. Posługując się współczesnymi kategoriami, moglibyśmy powiedzieć, że w dostępnych nam dokumentach z tego okresu spotykamy raczej arbitrow pełniących funkcję mediatorów niż mediatorów pełniących funkcję arbitrow¹⁹.

Bogata dokumentacja papirologiczna świadczy o powszechnym stosowaniu pozasądowych metod rozwiązywania sporów w Egipcie w VI w. n.e. Strony wołały korzystać z prywatnych form rozwiązywania konfliktów, a sądy stanowiły najwyraźniej mniej atrakcyjną alternatywę²⁰.

Przyczyny popularności procedur zbliżonych do współczesnego arbitrażu i mediacji należy szukać w złożoności postępowania sądowego i jego bardzo wysokich kosztach, do których należały także poważne wydatki związane z koniecznością dotarcia do sądu. W zachowanych porozumieniach wybór formy rozwiązania konfliktu jest wprost motywowany trudami związanymi z postępowaniem sądowym, w którym poza ryzykiem przegrania sporu strony ponosiły bardzo wysokie opłaty²¹. Przede wszystkim jednak dzięki pomocy neutralnej osoby trzeciej można było uzyskać szybsze i tańsze rozwiązanie sporu, często także osiągając rezultaty bardziej satysfakcjonujące niż w przypadku procesu sądowego²².

2.3. Państwa o długiej tradycji mediacji: Chiny i Japonia

Mediacja ma bardzo długą tradycję w państwach azjatyckich, w których kultura i religia kładą silny nacisk na poszukiwanie porozumienia, równowagi i harmonii w relacjach społecznych. Mediacja była od dawna praktykowana w Chinach, Indiach, na Sri Lance, w Tajlandii, Nepalu, Tybecie i Japonii. Ważną rolę w rozwiązywaniu konfliktów przez mediację odgrywała buddyjska wspólnota klasztorna. Duże znaczenie dla rozwoju mediacji w tym regionie miały także opisane w dalszej części tego rozdziału nauki Konfucjusza.

Dynamiczne zmiany społeczne i gospodarcze zachodzące w tym regionie zmieniły całkowicie kontekst prowadzenia mediacji, jednak nadal pełni ona tam bardzo istotną rolę. Wywodzące się z odległej historii kulturowe podstawy prowadzenia mediacji zachowały wartość także współcześnie²³.

¹⁹ J. Urbanik, *Compromesso...*, s. 379–386; T. Gagos, P. van Minnen, *Settling...*, s. 30–46, 91.

²⁰ J. Urbanik, *Compromesso...*, s. 396; T. Gagos, P. van Minnen, *Settling...*, s. 40–41.

²¹ J. Urbanik, *Compromesso...*, s. 399; T. Gagos, P. van Minnen, *Settling...*, s. 43.

²² J. Urbanik, *Compromesso...*, s. 393–395.

²³ J.A. Wall Jr., M. Blum, *Community Mediation in the People's Republic of China*, "The Journal of Conflict Resolution" 1991/35/1, s. 3–20; N.J. Diamant, *Conflict and Conflict Resolution in China: Beyond Mediation-Centered Approaches*, "The Journal of Conflict Resolution" 2000/44/4, s. 523–546; R. Roberts

2.3.1. Historia mediacji w Chinach

Historia mediacji w Chinach rozpoczęła się około 2500 lat temu²⁴. **Decydujący wpływ na ukształtowanie sposobów rozwiązywania konfliktów w tym państwie miała tradycyjna struktura społeczna i gospodarcza²⁵ oraz koncepcje filozoficzno-etyczne żyjącego w latach 551–479 p.n.e. Konfucjusza.** W obrębie relacji rodzinnych konfucjanizm nakazywał szacunek młodszych względem starszych, wzajemną życzliwość oraz gotowość niesienia pomocy w trudnych sytuacjach. Rozwiązywanie konfliktów było oparte na trzech podstawowych założeniach.

Po pierwsze, uczucia i relacje w obrębie klanu miały większą wartość od praw i roszczeń indywidualnych. Po drugie, obowiązujące zasady etyczne były istotniejsze niż dobra materialne. Zgodnie z tymi zasadami bogaci członkowie klanu powinni wspierać biednych, a silni słabszych. Osoba rezygnująca z własnych korzyści, by zakończyć spór w rodzinie czy społeczności lokalnej, była wysoko cenniona. Potępiano natomiast postawy odwrotne oraz niechęć do niesienia pomocy innym. **Po trzecie, stan pełnej harmonii stanowił pożądaną obraz życia rodzinnego i społecznego²⁶.**

Zgodnie z etyką Konfucjusza człowiek powinien unikać prowadzenia spraw w sądach, ponieważ świadczyły one o braku dobrych relacji danej osoby ze społecznością. **Proces sądowy traktowany był jako naruszenie obowiązujących zasad etycznych. Stanowił zaprzeczenie harmonii w relacjach międzyludzkich.** Wiele rodów wprowadzało wewnętrzne zakazy prowadzenia postępowania sądowego, aby chronić dobre imię rodziny²⁷.

Przytoczone zasady były powszechne w społeczności oraz wśród urzędników. Ci ostatni podejmowali próby doprowadzenia do ugody jeszcze przed wszczęciem postępowania sądowego, dbając w ten sposób o relacje między poróżnionymi stronami.

Równie istotnym elementem wpływającym na rozwój mediacji w dawnych Chinach była obawa przed utratą twarzy, która wiązała się z utratą szacunku i godności. Spowodowanie utraty twarzy u innej osoby było traktowane jako przekro-

Callister, J.A. Wall Jr., *Japanese Community and Organizational Mediation*, "The Journal of Conflict Resolution" 1997/41/2, s. 311–328; D. Sohn, J.A. Wall Jr., *Community Mediation in South Korea: A City-Village Comparison*, "The Journal of Conflict Resolution" 1993/37/3, s. 536–543.

²⁴ Wówczas powstały kluczowe dla dalszego rozwoju mediacji w tym regionie koncepcje filozoficzno-etyczne Konfucjusza. W literaturze można spotkać także wcześniejsze daty początków mediacji w Chinach, sięgające nawet 6000 lat wstecz. Zob. np. J. Duss-von Werdt, *Homo...*, s. 20.

²⁵ Struktury społeczne opierały się na wielopokoleniowych patriarchalnych rodzinach rodowych, podczas gdy gospodarka miała charakter rolniczy, stosunkowo niewielką rolę odgrywał w niej handel i wytwórstwo.

²⁶ P. Cao, *Origins of Mediation in Traditional China*, "Dispute Resolution Journal" May 1999.

²⁷ P. Cao, *Origins...*

czenie norm społecznych, ponieważ wywoływało poczucie głębokiego poniżenia. Mediacja prowadzona przez zaufane osoby pochodzące z elit społecznych chroniła uczestników przed utratą twarzy²⁸.

Dokumenty potwierdzają prowadzenie mediacji w Chinach od najdawniejszych czasów, w okresie panowania dynastii T'ang (618–907), Sung (960–1127), Ming (1368–1644) i Qing (1644–1911)²⁹. W okresie dynastii Ming w każdej wiosce miał zostać wybudowany specjalny budynek – *shenming* – co oznacza „wyjaśnianie argumentów”. Budynek ten miał służyć jako miejsce spotkań starszyny wioski, która mediowała większość sporów prowadzonych przez mieszkańców³⁰.

W okresie dynastii Qing procedura rozwiązywania konfliktów przewidywała aż trzy etapy, w ramach których mogło dojść do mediacji. Pierwszym z nich była próba zawarcia porozumienia między stronami przed wniesieniem sprawy do urzędnika. Zwykle udawano się wtedy po pomoc do naczelnika rodu bądź do najważniejszej osoby w wiosce. Wiele spraw kończyło się zawarciem ugody w ten sposób. Drugą możliwością było odesłanie stron do mediacji przez urzędnika, do którego wniesiono sprawę. Mediację taką również przeprowadzał naczelnik wioski albo głowa rodu. Procedura ta stosowana była w przypadku drobniejszych konfliktów w obrębie społeczności. Trzecią możliwością, przeznaczoną dla spraw o większej wadze oraz tych niezakończonych porozumieniem w obrębie wioski, była mediacja prowadzona przez samego urzędnika³¹.

Opisany system ukierunkowywał strony sporu na poszukiwanie rozwiązania w drodze mediacji. Badania pokazują jednak, że mediacja była preferowaną, ale nie jedyną drogą rozwiązywania konfliktów. Gdy nie udało się rozwiązać sporu w drodze mediacji, strony mogły skierować sprawę do sądu³².

Współczesny rozwój mediacji w Chinach jest silnie powiązany z panującym tam ustrojem politycznym. Już na długo przed działaniami republikańskich i komunistycznych rewolucjonistów system filozofii konfucjańskiej znajdował się w poważnym kryzysie, a społeczeństwo podlegało szybkim i głębokim przemianom. W drugiej połowie XIX w. dochodziło w Chinach do wielu wstrząsów społecznych, w tym m.in. do wojny domowej, która pochłonęła 30 mln ofiar, oraz czterech następujących po sobie powstań. Kryzys gospodarczy i upadek ostatniej dynastii Qing (1644–1911) pogorszyły sytuację, w szczególności na północy kraju. Zubożenie do-

²⁸ P. Cao, *Origins...*

²⁹ D. Sohn, J.A. Wall Jr., *Community...*, s. 537.

³⁰ P. Cao, *Origins...*

³¹ P. Cao, *Origins...*

³² Sądy zajmowały się licznymi sprawami cywilnymi, w których stronami byli także biedniejsi mieszkańcy Chin; N.J. Diamant, *Conflict...*, s. 536.

tknęło wszystkie warstwy społeczne, wiele rodzin głodowało, a członkowie lokalnych elit zmuszeni byli porzucić swoje społeczności³³.

Jednak to dopiero dwie rewolucje: republikańska z 1911 r. i komunistyczna z 1949 r. wywarły decydujący wpływ na zmianę sposobu rozwiązywania konfliktów. **Tradycyjne metody rozwiązywania sporów, w drodze mediacji prowadzonej przez członków obdarzanej zaufaniem elity – naczelników rodów, wiosek czy urzędników – były całkowicie sprzeczne z założeniami totalitarnego państwa komunistycznego.** Rewolucja spowodowała istotne zmiany struktury społecznej.

Wprowadzono nowe instytucje mające prowadzić mediacje – **ludowe komisje mediacyjne**. N.J. Diamant twierdzi, że nie mogły one spełnić swojej funkcji, ponieważ nie cieszyły się zaufaniem i nie posiadały wystarczających kompetencji. Co więcej, postrzegane były jako narzędzie kontroli totalitarnego państwa. Autor ten przytacza m.in. następującą, budzącą grozę wypowiedź jednego z komunistycznych „mediatorów”: „Kiedy prowadzisz mediacje (...) obie strony grożą ci, każda z nich morderstwem albo samobójstwem. Jakim sposobem miałbyś znaleźć rozwiązanie?”³⁴. Nowi mediatorzy nie byli w stanie pomóc stronom i odsyłali prawie każdą sprawę bezpośrednio do sądu. Próba zastąpienia tradycyjnego systemu rozwiązywania konfliktów, opartego na mediacji prowadzonej przez osoby doświadczone i cieszące się zaufaniem społecznym, mediacją prowadzoną przez niekompetentnych ludzi oddanych władzy zakończyła się porażką. Chińczycy unikali przedstawiania spraw „mediatorom”, ponieważ ci, dysponując jedynie politycznym zapleczem, nie potrafili wypełniać powierzonego im zadania.

Zdaniem N.J. Diamanta **czynnikiem decydującym o wyborze formy rozwiązywania konfliktu we współczesnych Chinach jest status społeczny i ekonomiczny stron**. Warstwy wyższe, podobnie jak dzieje się to w innych miejscach na świecie, unikają procesu sądowego, m.in. ze względu na chęć zachowania sporu w tajemnicy. Istnieją także duże różnice między przeważającymi w kraju terenami wiejskimi a miastami. Z mediacji korzystają przede wszystkim bogatsi mieszkańcy miast, podczas gdy mieszkańcy wsi i uboższe warstwy robotników rozwiązują konflikty w sądach³⁵.

Zgodnie z oficjalnymi statystykami w Chinach funkcjonuje obecnie 950 tys. komisji mediacyjnych i około 6 mln mediatorów³⁶. Badania N.J. Diamanta wskazują, że należy podchodzić z ostrożnością do powszechnego we wcześniejszej literaturze

³³ N.J. Diamant, *Conflict...*, s. 528.

³⁴ N.J. Diamant, *Conflict...*, s. 533.

³⁵ N.J. Diamant, *Conflict...*, s. 536.

³⁶ J.T. Barrett za opublikowanym w 2002 r. tekstem W. Jia (*Chinese Mediation and its Cultural Foundation* [w:] *Chinese Conflict Management and Resolution*, ed. by G. Chen, R. Ma). Zob. też J.T. Barrett, J.P. Barrett, *A History...*, s. 6.

obrazu Chin jako państwa nieprzerwanie rozwijającego tradycje mediacji wywodzące się jeszcze z filozofii konfucjańskiej³⁷. Przyszłość mediacji w Chinach zależeć będzie w dużej mierze od kierunku i szybkości zmian gospodarczych, politycznych i społecznych w tym kraju.

2.3.2. Historia mediacji w Japonii

Japończycy wysoko cenią sobie harmonię społeczną i dbają o to, by jej nie naruszyć. Od początku swojej historii starali się unikać postępowania sądowego, które traktowali jako ostateczność. Postawa ta ma swoje źródła **w religii buddyjskiej oraz myśli konfucjańskiej**. Drogą do zapewnienia harmonii między ludźmi było rozwiązywanie konfliktów przez mediację. Najwcześniejsze zapisane informacje na temat prowadzonych mediacji pochodzą z 894 r. i dotyczą konfliktów pomiędzy wpływowymi rodami. W okresie dynastii Ashikaga (1336–1600) mnisi pełnili funkcję mediatorów w konfliktach między mieszczanami oraz między kupcami a samurajami. W tym czasie istotną rolę odgrywały także cechy, które rozwiązywały konflikty pomiędzy członkami danego cechu oraz klientami³⁸. W okresie szogunatu Tokugawa (1603–1868) wypracowano nowe sposoby prowadzenia mediacji, które miały na celu rozwiązywanie konfliktów w trakcie nieformalnych spotkań.

Japończycy chętnie korzystali z mediacji, m.in. dlatego, że podróże do sądu były trudne, drogie i czasochłonne. Poza tym zgodnie z przyjętą także w Japonii etyką konfucjańską **każda społeczność powinna być w stanie samodzielnie rozwiązywać konflikty i zapewnić harmonię w relacjach między ludźmi**. Sądy miały stanowić wyjątkową drogę dla stron w sytuacji, gdy uznawane za właściwe metody zakończenia sporu okazywały się zawodne. Mediacja pozwalała zrozumieć drugą stronę, otwierała szersze perspektywy możliwych rozwiązań. Mediator łagodził trudne sytuacje i podkreślał pozytywne elementy konfliktu, starał się wprowadzić właściwą atmosferę prowadzenia rozmów.

Również współcześnie w Japonii podstawowym celem, jaki stawiają sobie zwaśnione strony, jest polubowne zakończenie sporu. Dochodzenie roszczeń na drodze sądowej może być postrzegane nawet jako przyznanie się do osobistego niepowodzenia. **Konflikt w kulturze japońskiej jest postrzegany przede wszystkim jako zaburzenie harmonii pomiędzy jego uczestnikami, toteż to od nich oczekuje się przywrócenia równowagi.** Jedno ze znanych japońskich przysłów głosi, że w każdej kłótni zawsze obie strony są odpowiedzialne. W Japonii bardzo ważny jest także

³⁷ N.J. Diamant (*Conflict...*, s. 523–528) przekonująco krytykuje wcześniejszą pracę J.A. Walla Jr. i M. Bluma, *Community Mediation in the People's Republic of China*, wykazując wadliwość metodologiczną oraz powierzchowność przeprowadzonych badań.

³⁸ R. Roberts Callister, J.A. Wall Jr., *Japanese...*, s. 313.

honor. W obawie przed jego naruszeniem strony poszukują możliwości porozumienia i starają się unikać destruktywnej walki.

Wszystko to sprawia, że Japończycy często wykorzystują mediację, dzięki której w sytuacji konfliktu możliwe jest przywrócenie harmonii, uniknięcie sądu i zachowanie twarzy³⁹.

2.4. Historia mediacji w Europie

Praktyka mediacji w Europie znajduje odzwierciedlenie w dokumentach pisanych od początku IX w. do czasów współczesnych. We wczesnych źródłach mediacja jest określana terminem *mediatio*, a osobą prowadzącą jest *mediator* bądź w wersji żeńskiej *mediatrix*⁴⁰. Najwięcej dokumentów potwierdzających zastosowanie mediacji dotyczy **konfliktów politycznych, które w historii Europy przez długi czas były bezpośrednio powiązane ze sporami pomiędzy panującymi dynastiami czy rodzinami arystokratycznymi**. Pokój o charakterze politycznym był więc często powiązany z pokojem w obrębie danej rodziny królewskiej.

Najwcześniejszym zachowanym świadectwem rozwiązania konfliktu przez mediację jest konflikt w dynastii Karolingów pomiędzy następcami Karola Wielkiego, w którym król Ludwik Niemiecki (843–876) pełnił rolę mediatora i określał siebie jako *privatus mediator*.

Istotną rolę w rozwiązywaniu konfliktów politycznych przez mediację pełnił Kościół, z którym powiązane jest także pierwsze udokumentowane rozróżnienie postępowania sądowego, postępowania arbitrażowego i mediacji, pochodzące z 1339 r. Z listu papieża Benedykta XII (1334–1342) dowiadujemy się, że został on poproszony przez króla Anglii Edwarda III oraz króla Francji Filipa VI o to, by pomógł im rozwiązać spór „pozasądowo” (*extrajudicialiter*) i to „nie jako sędzia [*judex*] ani nie w roli arbitra [*arbiter*], lecz jako mediator [*mediator*] i wspólny przyjaciel obojga stron”⁴¹.

Papież w roli mediatora nie miał możliwości wydania wyroku sądowego, co jest podkreślone przez określenie tej metody rozwiązania sporu jako pozasądowej (*extrajudicialiter*). Strony wyraźnie prosiły, by **papiescy legaci nie zajmowali określonego stanowiska w sprawie i nie wydawali wiążącego rozstrzygnięcia, lecz jako „przyjaciele” obu stron i mediatorzy pomogli znaleźć rozwiązanie akceptowalne dla każdego z władców**. Do końca XVI w. jednak dominującym sposobem rozwią-

³⁹ R. Roberts Callister, J.A. Wall Jr., *Japanese...*, s. 312–314.

⁴⁰ Na temat mediacji prowadzonych przez kobiety w historii zob. rozdział *Mediatrix* w: J. Duss-von Werdt, *Homo...*, s. 107–114.

⁴¹ J. Duss-von Werdt, *Homo...*, s. 87.

zywania sporów międzynarodowych było postępowanie arbitrażowe, którego prowadzenie często powierzane było papieżowi⁴².

Istotna zmiana w tym zakresie nastąpiła na początku następnego stulecia. Mediacja stała się podstawową formą rozwiązywania konfliktów międzynarodowych i wyparła postępowanie arbitrażowe. Od połowy XVII w. bardzo wiele porozumień pokojowych, przy których powstaniu zaangażowane były strony trzecie, wypracowywano w drodze mediacji. Przykładem może być tutaj pokój westfalski zawarty w 1648 r. W preambule porozumienia został wymieniony Alvise Contarini, posłaniec i senator z Wenecji, którego pięcioletnia praca w charakterze mediatora umożliwiła ostatecznie zawarcie pokoju.

W obrębie mediacji o charakterze politycznym istotne były także liczne porozumienia zawierane pomiędzy społecznością a rządzącymi. Przykładowo w kwietniu 1347 r., podczas trwającego między patrycjatem a ludnością Genui konfliktu powołano na mediatora pomiędzy stronami pochodzącego z Mediolanu kupca Lucchino Viscontiego. Źródła mówią wielokrotnie o pokojowym rozwiązywaniu konfliktów pomiędzy władcą i jego poddanymi w historii Anglii, np. o mediacji prowadzonej przez królewskich lordów w 1413 r. („These Royal lordes ben menes and medyatours bytwene the king and his people”) lub o mediacji prowadzonej w 1837 r. przez Bacona pomiędzy jego przyjacielem hrabią Essex a Królową („Bacon attempted to mediate between his friend (the Earl of Essex) and the Queen”)⁴³.

W Europie mediacja stosowana była także w **sporach o charakterze gospodarczym**. We włoskich portach i na rynkach funkcjonowali opłacani przez miasto mediatorzy zawodowi (*mediatore professionale*), mediatorzy prywatni (*mediatore occasionale*) i wyspecjalizowani mediatorzy gospodarczy (*mediatore del mercato e del porto*). Fernando Pulton relacjonuje normę prawa z 1577 r. przewidującą udział po dwóch mediatorów z Anglii, Lombardii i Niemiec w celu rozwiązywania sporów pomiędzy sprzedającymi i nabywcami („Two English men, two of Lombardie and two of Al-magine shall chosen to be Mediators of questions between sellers and buiers”)⁴⁴.

2.5. Historia współczesnej mediacji w Stanach Zjednoczonych

Rozwój mediacji w Stanach Zjednoczonych miał szczególnie intensywny i dynamiczny charakter. Powszechnie twierdzi się, że to w **Ameryce narodziła się współ-**

⁴² Mediacja pozostawała niejako w cieniu postępowania arbitrażowego. Zob. J. Duss-von Werdt, *Homo...*, s. 88.

⁴³ J. Duss-von Werdt, *Homo...*, s. 86–87.

⁴⁴ Fragment na podstawie J. Duss-von Werdt, *Homo...*, s. 85–105.

czesna mediacja. Najwcześniejsze zinstytucjonalizowane mediacje prowadzone były w zakresie spraw pracowniczych. W 1947 r., przekształcając wcześniejsze instytucje, przy Departamencie Pracy utworzono FMCS (Federal Mediation and Conciliation Service). Oczekiwano, że osiągnęte na drodze mediacji porozumienia między pracownikami a pracodawcami ograniczą szkodliwe skutki strajków, dzięki czemu wzrośnie bezpieczeństwo i produktywność. Federalny urząd był wzorem dla podobnych rozwiązań stanowych⁴⁵.

Przełomowe dla rozwoju mediacji okazały się **lata 60. i 70 XX w.** Mediacja finansowana przez państwo przestała ograniczać się jedynie do spraw pracowniczych. Na podstawie Civil Rights Act z 1964 r. utworzono dwie ważne instytucje, które w znaczącym stopniu przyczyniły się do rozwoju mediacji. Pierwszą z nich była CRS (Community Relations Service), która powstała przy Departamencie Sprawiedliwości. Zadaniem tej agencji było prowadzenie mediacji w społecznościach lokalnych w zakresie konfliktów dotyczących dyskryminacji ze względu na kolor, rasę czy narodowość. Na podstawie tego samego aktu prawnego utworzono także EEOC (Equal Employment Opportunity Commission), która badała praktyki dyskryminacji w miejscu pracy. Sprawy rozpatrywane przez EEOC kierowane były do mediacji⁴⁶. Równolegle z działaniami administracji państwowej w zakresie przeciwdziałania dyskryminacji rozwijały się programy promowania mediacji w społecznościach lokalnych. Od początku lat 60. XX w. rząd federalny finansował działalność tzw. NJC's (Neighborhood Justice Centers), których zadaniem było prowadzenie darmowych bądź niedrogich mediacji dla mieszkańców⁴⁷.

Na temat przyczyn rozwoju mediacji w Stanach Zjednoczonych istnieją dwie teorie. Pierwsza koncepcja upatruje podstawowego źródła rozwoju mediacji w kryzysie sądownictwa. Mediacja była odpowiedzią na potrzeby społeczeństwa w zakresie szybkiego, taniego i skutecznego rozwiązywania konfliktów. Druga teoria podkreśla istniejące u podstaw wprowadzenia mediacji założenie, że dzięki tej procedurze obywatele zyskują większy dostęp do sprawiedliwości. Mediacja pozwala rozwiązywać konflikty poza obrębem kosztownych i długotrwałych procedur sądowych⁴⁸.

Dla rozwoju mediacji w Stanach Zjednoczonych bardzo istotne było **zaangażowanie prawników i sędziów.** Zanim mediacje zostały wprowadzone do systemu sądów powszechnych w drodze ustaw stanowych sędziowie uruchomili w niektórych sądach pilotażowe programy mediacyjne. Prawnicy byli pierwszymi mediatorami, często

⁴⁵ Ch.W. Moore, *The Mediation Process*, s. 23.

⁴⁶ J.T. Barrett, J.P. Barrett, *A History...*, s. 149.

⁴⁷ Ch.W. Moore, *The Mediation Process*, s. 25.

⁴⁸ E. Gmurzyńska, *Mediacja w sprawach cywilnych w amerykańskim systemie prawnym. Zastosowanie w Europie i Polsce*, Warszawa 2007, s. 4–6.

wykonując swoją pracę na zasadzie wolontariatu. W 1976 r. na tzw. Pound Conference profesor Frank Sanders przedstawił koncepcję reformy systemu sądownictwa, zgodnie z którą sprawy wniesione do sądu mogłyby być rozwiązywane nie tylko wyrokiem w postępowaniu sądowym, lecz także poprzez wykorzystanie alternatywnych metod rozwiązywania konfliktów (**koncepcja *multidoor courthouse***)⁴⁹.

Lata 80. XX w. przyniosły dalszy rozwój mediacji. Dowodem tego może być choćby liczba publikacji naukowych⁵⁰. Duże znaczenie miały działania prowadzone w obrębie harwardzkiego programu negocjacyjnego. Amerykańskie szkoły prawa rozpoczęły intensywne nauczanie ADR, dzięki czemu powstały liczące się do dziś czasopisma branżowe⁵¹.

W **latach 90. XX w.** nastąpił prawdziwy rozkwit mediacji. W 1995 r. została wydana pierwsza edycja informatora o usługach mediacyjnych (*Dispute Resolution Directory*), zawierającego ponad 2000 stron opisów i adresów organizacji prowadzących mediacje⁵². Współcześnie mediacje są prowadzone niemal we wszystkich sprawach i we wszystkich sądach⁵³. Sukces mediacji w Stanach Zjednoczonych stał się wzorem dla wprowadzania programów mediacyjnych w innych państwach, w szczególności dla rozwoju mediacji w Europie.

2.6. Współczesna mediacja w Europie

Zainteresowanie mediacją w Europie wzrasta znacząco z roku na rok. Zarówno Rada Europy, jak i Unia Europejska dostrzegają zalety tej formy rozwiązywania konfliktów. Wszystko wskazuje na to, że **rozwój mediacji zależy będzie od dwóch równoważnych czynników: wsparcia instytucjonalnego i uregulowań prawnych w obrębie poszczególnych państw oraz przekonania do mediacji wśród samych klientów**, ich prawnych doradców i sędziów.

Zjawiskiem charakterystycznym dla początkowego okresu rozwoju mediacji w Europie jest stosunkowo niskie zainteresowanie tą nową metodą rozwiązywania sporów ze strony klientów. Sytuacja ta wynika prawdopodobnie z małej dostępności

⁴⁹ E. Gmurzyńska, *Mediacja...*, s. 7.

⁵⁰ Ch.W. Moore, *The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict*, San Francisco 1986; W. Ury, J.M. Brett, S.B. Goldberg, *Getting Disputes Resolved: Designing Systems to Cut the Cost of Conflict*, San Francisco 1988; Zob. też literaturę w: J.T. Barrett, J.P. Barrett, *A History...*, s. 215.

⁵¹ Między innymi „Journal of Dispute Resolution” z Missouri/Columbia i „Negotiation Journal” powiązany z The Program on Negotiation at Harvard Law School (PON); J.T. Barrett, J.P. Barrett, *A History...*, s. 214.

⁵² J.T. Barrett, J.P. Barrett, *A History...*, s. 240.

⁵³ E. Gmurzyńska, *Mediacja...*, s. 8.

informacji na temat mediacji oraz pojawiających się niekiedy wątpliwości ze strony doradców prawnych czy sędziów.

Doświadczenie Stanów Zjednoczonych pokazuje, że w upowszechnieniu mediacji dużą rolę odegrać mogą programy pilotażowe, prowadzone obecnie w sądach wielu państw Europy⁵⁴. Promocja mediacji wymaga wielu różnych działań i nie powinna się ograniczać jedynie do programów pilotażowych przy sądach. Wartym naśladowania przykładem jest inicjatywa rządu Wielkiej Brytanii, który w 2001 r. zobowiązał wszystkie agencje rządowe do podjęcia próby rozwiązywania sporów na drodze ADR przed wniesieniem sprawy do sądu⁵⁵.

Wydaje się, że podstawowym czynnikiem wpływającym na rozwój mediacji w Europie będzie po prostu czas. W Ameryce popularyzacja ADR była procesem stopniowym i wieloletnim. Upływ kolejnych 10–20 lat jest niezbędny, aby mediacja odnalazła swoje stałe miejsce w europejskiej kulturze prawnej, w procesie kształcenia przyszłych prawników, a przede wszystkim w świadomości potencjalnych klientów, ich doradców oraz sędziów. Pojawiający się niekiedy w Europie sceptycyzm wobec przyszłości mediacji wydaje się przedwczesny. Idea mediacji powoli toruje sobie drogę.

Świadczy o tym liczba nowo powstających organizacji zajmujących się prowadzeniem i promocją mediacji, rozpoczętych programów pilotażowych i edukacyjnych, wzrastające zainteresowanie wśród klientów⁵⁶. Równolegle ze społecznymi działaniami o charakterze lokalnym prowadzone są działania zmierzające do upowszechnienia mediacji na poziomie państwowym oraz ogólnoeuropejskim.

Trzeba w tym miejscu wspomnieć o licznych **rekomendacjach Rady Europy** dotyczących mediacji. Choć rekomendacje nie są bezpośrednio źródłem prawa, to na ich podstawie państwa członkowskie zobowiązują się do wprowadzenia określonych uregulowań w wewnętrznych porządkach prawnych.

Rada Europy przyjęła w 1998 r., jako pierwszą, rekomendację dotyczącą mediacji rodzinnych, uznając je za właściwą metodę rozwiązywania tego typu sporów. Rada podkreśliła pozytywne skutki mediacji w zakresie poprawy komunikacji między stronami pozostającymi w długotrwałych relacjach, zapewnienia osobistych kontaktów pomiędzy rodzicami a dziećmi oraz szybkość zakończenia sporu⁵⁷. W 1999 r. Rada Europy przyjęła rekomendację o mediacji w sprawach karnych,

⁵⁴ E. Gmurzyńska, *Mediacja...*, s. 294.

⁵⁵ E. Gmurzyńska, *Mediacja...*, s. 295.

⁵⁶ Badania pokazują, że już dziś kadry zarządzające deklarują chęć korzystania z mediacji. Należy sądzić, że w perspektywie kilkunastu lat za deklaracjami podąży także realny wzrost liczby sporów rozwiązywanych za pomocą mediacji. Zob. E. Gmurzyńska, *Kierunki rozwoju mediacji sądowej w sprawach cywilnych w USA i w Europie*, EPS 2006/11, s. 18.

⁵⁷ E. Gmurzyńska, *Mediacja...*, s. 258.

a w 2001 r. o ADR w sprawach konsumenckich oraz w sprawach administracyjnych. Kolejnym istotnym krokiem w rozwoju mediacji w Europie było przyjęcie w 2002 r. rekomendacji dotyczącej mediacji w sprawach cywilnych. W rekomendacji tej po raz pierwszy pojawia się definicja mediacji oraz określenie podstawowych jej zasad, takich jak bezstronność, niezależność, poufność⁵⁸. Przyjęcie wspomnianych rekomendacji świadczy o dużym zaangażowaniu Rady Europy w upowszechnienie mediacji. Ujednolicenie zasad dotyczących tej procedury jest jednym z priorytetów Rady i wyznacza kierunek prac dla państw członkowskich. Podstawowym motywem działań Rady Europy jest przekonanie, że stworzenie alternatywnych, pozasądowych procedur jest istotne dla zagwarantowania lepszego dostępu do wymiaru sprawiedliwości.

W rozwoju mediacji w Europie istotną rolę odgrywa także polityka **Unii Europejskiej**. Pierwszym znaczącym krokiem było opublikowanie przez Komisję Europejską w 2002 r. zielonej książki w celu poddania pod publiczną dyskusję problematyki związanej z kształtem ADR w Europie. Jej efektem były dalsze prace Komisji, których owocem stało się przyjęcie w 2004 r. Europejskiego kodeksu postępowania dla mediatorów⁵⁹. Celem tego nieformalnego dokumentu jest wyrażenie poparcia Unii dla rozwoju mediacji i budowanie zaufania do mediatorów przez wskazanie zasad gwarantujących prowadzenie mediacji na wysokim poziomie. Kodeks odnosi się m.in. do takich kwestii, jak: kompetencje mediatora, niezależność, neutralność i bezstronność mediatora, poufność i dobrowolność mediacji.

Kolejnym przejawem zainteresowania UE problematyką mediacji jest przyjęta 21.05.2008 r. **dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/52/WE w sprawie niektórych aspektów mediacji w sprawach cywilnych i handlowych**⁶⁰. Celem tej dyrektywy jest „ułatwienie dostępu do alternatywnych metod rozwiązywania sporów oraz promowanie polubownego rozwiązywania sporów przez zachęcanie do korzystania z mediacji oraz przez zapewnienie wyważonej relacji między mediacją a postępowaniem sądowym” (art. 1). Dyrektywa obejmuje swoim zakresem wyłącznie spory transgraniczne. Regulacja unijna nie określa standardów kwalifikacji mediatorów, jednak nakłada na państwa członkowskie obowiązek wspierania wszelkimi środkami mechanizmów kontroli jakości świadczonych usług mediacji oraz nakazuje wspierać proces szkolenia mediatorów (art. 4). Dyrektywa reguluje kwestie dotyczące zagwarantowania wykonalności porozumienia mediacyjnego (art. 6), poufności mediacji (art. 7) oraz wpływu mediacji na okresy przedawnienia (art. 8).

Mediacja w Europie jest jeszcze nową metodą rozwiązywania sporów. Jednak wyraźnie zaznaczają się pierwsze przejawy przyszłego sukcesu mediacji, jak choćby sy-

⁵⁸ Więcej o rekomendacjach Rady Europy zob. E. Gmurzyńska, *Mediacja...*, s. 257–270.

⁵⁹ Zob.: http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_pl.pdf.

⁶⁰ Dz.Urz. UE L 136, s. 3, ze zm.

stematyczny wzrost zainteresowania tą procedurą w różnych środowiskach zawodowych, wprowadzanie kursów dotyczących ADR na uczelnie wyższe czy wzrastająca z roku na rok liczba porozumień zawieranych w drodze mediacji.

2.7. Podsumowanie

Mediacja, rozumiana jako pomoc neutralnej osoby trzeciej w dojściu do porozumienia między stronami konfliktu, była stosowana w różnych kulturach i w różnych okresach historii. W zakresie metod prowadzenia konfliktów historia ludzkości jest bez wątpienia historią ogromnych zmian, w tym także technologicznych. Natomiast **w zakresie metod rozwiązywania konfliktów mediatorzy mają od tysięcy lat wciąż podobne narzędzia i możliwości działania.** Wybrane przykłady zastosowania mediacji pokazują, że tak w historii, jak i współcześnie mediacja opierała się na bardzo podobnych podstawach. Celem tej procedury było rozwiązanie sporu przez porozumienie stron, dające szansę na wypracowanie optymalnych rozwiązań oraz pozwalające uniknąć procesu sądowego. Od zawsze bardzo istotne było zaufanie do mediatorów. W historii często funkcję tę pełniły osoby doświadczone i obdarzone autorytetem. Niezmienna pozostaje również konieczność zachowania przez mediatora neutralności i bezstronności w prowadzeniu rozmów pomiędzy stronami. Powszechne występowanie mediacji w rozmaitych formach, niemal całkowicie niezależnie od panujących w danym czasie warunków społeczno-gospodarczych, świadczy o uniwersalnych korzyściach tej formy rozwiązywania konfliktów.

2.8. Pytania i zagadnienia do dyskusji

1. Jakie kryteria decydowały o wyborze mediacji i osoby mediatora w przeszłości?
2. Jaki wpływ na rozwój mediacji miały uwarunkowania kulturalne danej społeczności?
3. Jakie czynniki wpływają na rozwój mediacji w państwach azjatyckich?