

Negocjacje dla prawników

Prawo cywilne

Aneta Jakubiak-Mirończuk



LEX

a Wolters Kluwer business

Negocjacje dla prawników

Prawo cywilne

Aneta Jakubiak-Mirończuk



LEX

a Wolters Kluwer business

Warszawa 2010

Recenzent:
Prof. dr hab. Stanisław Leszek Stadniczeńko

Wydawca:
Magdalena Przek

Redaktor prowadzący:
Anna Berska

Opracowanie redakcyjne:
Dorota Waleszkiewicz

Skład, łamanie:
Studio Diament

© Copyright by
Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., 2010

ISBN: 978-83-264-0398-9

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

Redakcja Książek
01-231 Warszawa, ul. Płocka 5a
tel. (22) 535 80 00, (22) 535 82 00
31-156 Kraków, ul. Zacisze 7
tel. (12) 630 46 00
e-mail: ksiazki@wolterskluwer.pl

www.wolterskluwer.pl
Księgarnia internetowa www.profinfo.pl

Spis treści

Wykaz skrótów	7
Wstęp	9
 Rozdział 1. Negocjacje jako forma rozwiązywania sporów	15
1. Prawnik i negocjator – rola zawodowa i odpowiedzialność	15
2. Konflikt a spór	27
3. Idea zarządzania konfliktem	29
4. Tryby rozwiązywania i rozstrzygania sporów	38
5. Negocjacje – ujęcia proste i złożone	48
6. Instytucje prawa amerykańskiego o cechach ADR	63
7. Rozwój idei ADR w Europie i w Polsce	70
8. Negocjacyjna wizja społeczeństwa	76
 Rozdział 2. Prawne aspekty negocjacji	84
1. Ograniczenia wynikające z przepisów ogólnych prawa cywilnego	84
2. List intencyjny	91
3. Postępowanie upadłościowe i naprawcze	94
4. Postępowanie pojednawcze	97
5. Rozwiązywanie sporów zbiorowych	100
6. Polubowne i konsensualne aspekty działania administracyjnego	104
 Rozdział 3. Praktyczny wymiar wiedzy o konflikcie	110
1. Konflikt – analiza i uwarunkowania	110
2. Dynamika konfliktu	121
3. Charakter konfliktów	128
4. Postawy i style działania	135
5. Motywacje działania negocjatorów	144
6. Poczucie siły i władzy	153
7. Zaufanie i nieufność a przebieg negocjacji	157
7.1. Zaufanie i nieufność oparte na rachunku zysków i strat	158
7.2. Zaufanie oparte na identyfikacji potrzeb i interesów	159

8. Poczucie sprawiedliwości	164
9. Warunki konstruktywnego sporu	169

Rozdział 4. Racjonalne i nieracjonalne decyzje negocjatorów	176
1. Podejmowanie decyzji	176
2. Decyzje w warunkach ryzyka	179
3. Negocjacje w ujęciu teorii gier	188
4. Zaburzenie racjonalnego myślenia w sytuacji konfliktu	202
5. Wybrane aspekty różnic kulturowych	220

Rozdział 5. Komunikacja, argumentacja i skuteczne przekonywanie	231
1. Warunki skutecznej komunikacji	231
2. Komunikacja w procesie rozwiązywania i rozstrzygania sporów	253
3. Ocena prawdziwości informacji	260
4. Skuteczna argumentacja	262
5. Techniki przekonywania	269
6. Techniki prezentacji	270
7. Skuteczna perswazja	276
8. Komunikacja a perswazja	287
9. Perswazyjny potencjał modeli NLP	289
10. Wywieranie wpływu a manipulacja	292

Rozdział 6. Praktyczne ujęcie negocjacji	317
1. Uwarunkowania i dynamika procesu negocjacji	317
2. Przygotowanie do negocjacji	324
2.1. Wybór negocjatora	332
2.2. Analiza interesów	337
2.3. Sformułowanie celu negocjacji	339
2.4. Katalog kwestii negocjacyjnych	347
2.5. Styl negocjacji	349
2.6. Wybór miejsca negocjacji i sposobu organizacji przestrzeni	357
3. Negocjacje właściwe – dyskusja	363
4. Pokerowe ujęcie negocjacji – próba sił i skuteczny przetarg	366
5. Negocjacje oparte na zasadach, rzeczowe (problemowe)	375
6. Wybrane strategie przekształcające	381
7. Zakończenie negocjacji	386

Bibliografia	393
---------------------------	------------

Wykaz skrótów

Źródła prawa

- k.c.** – ustawa z dnia 23 kwietnia 1963 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.)
- k.p.a.** – ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn.: Dz. U. z 2000 r. Nr 90, poz. 1071 z późn. zm.)
- k.p.c.** – ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296 z późn. zm.)
- pr. up.** – ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe i naprawcze (tekst jedn.: Dz. U. z 2009 r. Nr 175, poz. 1361)
- u.r.s.z.** – ustawa z dnia 23 maja 1991 r. o rozwiązywaniu sporów zbiorowych (Dz. U. Nr 55, poz. 236 z późn. zm.)
- u.u.s.p.** – ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz. U. Nr 98, poz. 1070, z późn. zm.)

Czasopisma

- GP** – Gazeta Prawna
- KPP** – Kwartalnik Prawa Prywatnego
- M.P.** – Monitor Polski
- M. Praw.** – Monitor Prawniczy
- NP** – Nowe Prawo
- OSN** – Orzecznictwo Sądu Najwyższego
- OSNC** – Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna
- OSNCP** – Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izby Cywilnej, Pracy i Ubezpieczeń Społecznych
- PiP** – Państwo i Prawo
- PiŻ** – Prawo i Życie
- PPH** – Przegląd Prawa Handlowego
- PS** – Przegląd Sądowy
- RPEiS** – Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Społeczny
- TPP** – Transformacje Prawa Prywatnego

Inne skróty

- AAA** – American Arbitration Association
- ADR** – Alternative Dispute Resolution
- ICC** – International Chamber of Commerce
- UNCITRAL** – The United Nations Commission on International Trade Law

Wstęp

Negocjacje są techniką stosowaną w wielu zawodach. Negocjują politycy, dyplomaci, przedstawiciele związków zawodowych, psycholodzy z terrorystami, handlowcy. Negocjują pracodawcy z pracownikami i rodzice z dziećmi. Ponieważ negocjacje są zjawiskiem tak powszechnym, twierdzenie, że prawnicy w ramach wykonywania swoich zawodów nie negocjują, jest po prostu absurdalne. Interesujące jest to, kiedy i jak często prawnicy negocjują i w jakim stopniu ten rodzaj umiejętności przekłada się na ich efektywność zawodową.

Prawo cywilne, ze względu na szeroki zakres autonomii stron w ramach stosunków prawnych, jest powodem, dla którego właśnie w tej dziedzinie prawnicy, obok tradycyjnych kompetencji, muszą posiadać umiejętność negocjacji. Negocjacje są podstawowym sposobem zawierania umów. Z drugiej strony tylko prawnicy wiedzą, jakie są ograniczenia podmiotowe i przedmiotowe mające wpływ na zakres i przebieg negocjacji w konkretnych sprawach.

Możliwości swobodnego kształtowania stosunku cywilnoprawnego, jakie strony i ich pełnomocnicy mają w kontekście negocjacji w sprawach cywilnych, mają dwojakie konsekwencje. Z jednej strony sprawny prawnik-negocjator, łącząc wiedzę z obu dziedzin, jest w stanie doprowadzić do zawarcia trwałego porozumienia pozwalającego na realizację wszystkich istotnych interesów stron, zarówno w kwestiach prawnych, jak i pozaprawnych. Oznacza to, że osiągnięcie więcej niż prawnik, który ograniczy swoje działania do doradztwa w sferze prawa lub będzie dążył do rozstrzygnięcia sporu na drodze sądowej. Jednak to, czy i w jakim stopniu pełnomocnicy stron wykorzystają możliwości tego trybu zależy od ich wiedzy i umiejętności. W efekcie właśnie w sferze prawa cywilnego w największym stopniu to, co i jak negocjujący myślą o negocjacjach, ma niebagatelne znaczenie dla rezultatu ich pracy i związanej z nią sytuacji ich klientów.

W kwestii umiejętności negocjowania ukształtowały się trzy grupy przekonań. Po pierwsze popularny jest pogląd, że umiejętność negocjacji jest kwestią wrodzonego talentu niezależnego ani od wiedzy, ani od wykształcenia. Przeciwnicy są zdania, że po przejściu treningu umiejętności negocjacyjnych każdy jest w stanie osiągnąć pożądany poziom kompetencji. Ten ostatni pogląd opiera się na założeniu, że potrzebne w tej sferze są zarówno predyspozycje osobowościowe, jak i wykształcenie, czyli wiedza i umiejętność stosowania technik. Celem niniejszej publikacji nie jest angażowanie się w tę dyskusję, ale przedstawienie poglądów nauki i w pewnej mierze praktyki na kwestie bezpośrednio związane z negocjacjami jako trybem rozwiązywania sporów.

Przyjęta perspektywa i związany z nią dobór treści oczywiście wynika z moich przekonań, których podstawą jest założenie o dużym zróżnicowaniu sytuacji konfliktowych i związanym z nim poziomem umiejętności, który może być przyczyną twierdzeń o nienaukowych źródłach kompetencji negocjacyjnych. Trudno zaprzeczyć, że jest taki poziom negocjacji, który nie wymaga większej sprawności niż przysłowiowe sprzedawanie marchwi na targu. Marchew i sprzedawca muszą wyglądać zdrowo w duchu ekologicznej poprawności. Uśmiechnięty sprzedawca, oferując towar po lekko zawyżonej cenie, po krótkim, satysfakcjonującym targu z klientem, sprzedaje go po zamierzonej cenie. Pozostaje pytanie, czy prawnicy mogą „negocjować marchew”? Teoretycznie mogą, w sytuacji prawnik-klient, a czy muszą – zależy od ich pozycji zawodowej i pozycji na rynku usług, praktycznie nie muszą jeżeli ich umiejętności zawodowe są doceniane. Zupełnie inaczej przedstawia się ta kwestia w przypadku reprezentacji klienta. W tych sytuacjach źródłem skuteczności jest rzetelna „konstruktorka” – wiedza, wykraczająca daleko poza kanon wiedzy prawniczej i umiejętność „sprzedawania marchwi”.

Pozostaje pytanie, co sprawia, że negocjowanie kwestii prawnych jest sztuką bardziej zaawansowaną niż negocjowanie samo w sobie, czyli negocjowanie warunków zakupów lub sprzedaży, cen, wynagrodzeń, warunków współpracy czy porozumień międzynarodowych? Kwestię tę można wyjaśnić przynajmniej na dwa sposoby. Przede wszystkim negocjowanie kwestii prawnych wymaga zwykle uzgodnienia wszystkich merytorycznych i proceduralnych kwestii, żeby jednocześnie lub później podjąć działania zmierzające do nadania porozumieniu właściwej formy prawnej. Przez pewien czas panowało przekonanie, że prawnicy powinni być wprowadzeni do negocjacji dopiero po uzgodnieniu wszelkich kwestii, aby w tzw. fazie postnegocjacyjnej zostały one zapisane w formie umowy. Zastosowanie powyższej formuły obciążone jest jednak dużym prawdopodobieństwem, że w tego typu sytuacjach rozpoczynają się nowe negocjacje, tym razem pomiędzy prawnikami stron.

Nasuwa się więc pytanie kiedy i jakie kwestie prawnicy negocjują lub też powinni negocjować? Czy standardowe podziały negocjacji, np. na handlowe, sprzedażowe, ze związkami zawodowymi itd. dotyczą negocjacji prowadzonych z udziałem prawników? Czy negocjacje kwestii prawnych są zupełnie odrębnym typem negocjacji? Trudno zaproponować rozłączną klasyfikację opartą na jednorodnych kryteriach. Nie ma oczywiście przeszkód, aby prawnicy negocjowali wszędzie tam, gdzie jest to możliwe, jednak nie byłoby to zasadne, głównie z perspektywy prawników. Z obserwacji praktyki wynika, że prawnicy uczestniczą w negocjacjach o wysokiej wartości transakcji lub w sporach, w których strony potrzebują prawnego zabezpieczenia przyszłego porozumienia.

Jednym z głównych powodów konstytuujących obecność prawników podczas negocjacji jest fakt, że systemy prawne, również system prawa polskiego, w określonych sytuacjach wymagają zachowania właściwej formy lub procedury dla skuteczności czynności wchodzących w skład negocjacji. Oczywiście prawnicy negocjują również warunki, na jakich wykonują swoje obowiązki, zarówno w ramach stosunku pracy, jak i reprezentacji czy zlecenia.

Specyfika negocjacji z udziałem prawników w przedstawionym kontekście sprowadza się do stwierdzenia, że prawnicy muszą zarówno posiadać podstawowe umiejętności negocjacyjne, jak również dysponować całym szeregiem subtelnych

narzędzi stosowanych w negocjacjach wieloaspektowych, ponieważ negocjacje z ich udziałem nie należą do prostych sytuacji handlowych¹. Te aspekty determinują kształt i treść prezentowanej książki. Do skutecznego prowadzenia prostych, jednoaspektowych negocjacji wystarczy znajomość kilkunastu zasad i technik. Zostaną one przedstawione, ponieważ są stosowane również w negocjacjach złożonych. Jednak praktyka negocjacji z udziałem prawników wymaga szerszej wiedzy, to znaczy przedstawienia zarówno niezbędnych narzędzi, jak i scharakteryzowania przebiegu procesu konfliktu i determinujących go zależności. Poza tym negocjowanie kwestii prawnych oznacza, że uczestnicy będą musieli dodatkowo zmierzyć się z takimi zjawiskami, jak kradzież konfliktu czy bariery języka prawnego i prawniczego.

W negocjacjach funkcjonują zasady, techniki i strategie, których stosowanie pozornie wzajemnie się wyklucza. Sama wiedza o narzędziach nie pozwala skutecznie negocjować. Zasadniczym pytaniem jest – dlaczego właśnie te a nie inne narzędzia powinny zostać zastosowane. Odpowiedź na nie jest kluczem – wiedzą kiedy, gdzie i jak podejmować konkretne działania. Techniki są wierzchołkiem góry, u podstaw której leży wiedza z wielu dziedzin i wnioski z wieloletniej praktyki negocjacji. Negocjacje są przedmiotem zainteresowań licznych gałęzi nauki – socjologii, psychologii, zarządzania, a nawet matematyki (matematyczna teoria gier) czy cybernetyki. Z tego względu przedstawienie wszystkich teorii z każdej z tych dziedzin w granicach jednego opracowania jest niemożliwe. Wobec obszerności tematyki kryterium wyboru była użyteczność najważniejszych i najbardziej uznanych teorii dla praktyków.

Większość poruszanych zagadnień można analizować w bardziej szczegółowy sposób, jednak zawsze pozostaje pytanie o ich czytelność i użyteczność w kontekście konkretnego procesu negocjacji. Wiele niekontynuowanych w tej książce wątków ma niebagatelne znaczenie naukowe, na przykład teoria gier. Jednak hermetyczność matematycznego ujęcia połączona z wysokim stopniem złożoności i abstrakcji sprawia, że część dokonań osiągniętych w tej dziedzinie jest trudna do zastosowania, a przez to częściowo nieużyteczna w dynamicznym procesie negocjacji. Presja czasu w sytuacji interakcyjnego oddziaływania na siebie negocjatorów sprawia, że o ile ogólne wnioski i taktyki wynikające z teorii są bardzo interesujące, to sama metoda szczegółowych analiz, na przykład kompleksów reguł, nie jest możliwa do zastosowania. Książka koncentruje się na rozróżnieniu obszarów kwestii prawnych i pozaprawnych, wykazaniu jakie zasady i techniki są adekwatne w każdym z nich i dlaczego, oraz zwraca uwagę na te aspekty kultury prawnej, które warunkują (ograniczają) działania prawnika-negocjatora. Podobną perspektywę zastosowano w amerykańskim podręczniku negocjacji dla prawników autorstwa J. Folberga i D. Golanna².

W kwestii umiejętności negocjacyjnych funkcjonuje popularne przekonanie, że oprócz „twardych” umiejętności zdobywania i analizowania informacji, poprawnej komunikacji, skutecznej argumentacji i perswazji oraz trafnego podejmowania decyzji, kluczową rolę odgrywa wyczucie psychologiczne. Posługiwanie się terminem „wyczucie” skutkuje pewną nieuchwytnością tego pojęcia. W konsekwencji

¹ Por. J. Jabłońska-Bonca, *Z problematyki warsztatu pracy prawników. Kompetencje komunikacyjne i negocjacyjne* (w:) S.L. Stadniczeńko (red.), *Prawno-psychologiczne uwarunkowania mediacji i negocjacji*, Opole 2006, s. 9–10.

² J. Folberg, D. Golann, *Lawyer Negotiation. Theory, Practice, and Law*, New York 2006.

pojawiają się opinie, że człowiek rodzi się dobrym negocjatorem lub nie, czyli, że albo posiadamy talent wycucia psychologicznego, albo go nie posiadamy. Źródłem tej, błędnej, opinii jest brak wiedzy na temat psychologii rozwiązywania konfliktów, w szczególności błędów i zaburzeń racjonalnego myślenia, które występują w specyficznej sytuacji interakcji stron ograniczonych czasem i poddanych często silnym emocjom. Kompetencję „wycucia psychologicznego”, które zwykle nabywane jest w drodze refleksyjnego doświadczenia, można i należy uzupełnić wiedzą: jak i dlaczego przebiegają procesy postrzegania sytuacji i przetwarzania informacji (w tym ich zaburzenia) w konflikcie oraz jakimi motywacjami kierują się ludzie i jak one wpływają na ich zachowanie i działanie. Ten rodzaj wiedzy pozwala również zrozumieć dlaczego w określonych typach sytuacji ludzie nie zachowują się racjonalnie, oraz że istnieją niezależne od stron przyczyny wpływające na dynamikę rozmów. Uzyskana w ten sposób perspektywa pozwala jednocześnie na unikanie własnych błędów i na nieprzypisywanie drugiej stronie odpowiedzialności za zdarzenia, na które nie miała ona wpływu.

Każdy z negocjatorów i każdy z trenerów oprócz wiedzy i umiejętności kieruje się przekonaniem, które w istotny sposób wpływają na jego wizję i metody pracy. Autorom piszącym o negocjacjach można postawić zarzuty tego rodzaju, że posiadają przekonania, które wpływają na sposób prezentowania wiedzy. Ta książka zawiera wiele ujęć procesu negocjacji – w tym kontekście zostały one zaprezentowane w sposób obiektywny. Z drugiej strony zebrana wiedza i doświadczenie wskazują, że nie są one zawsze skuteczne w takim samym stopniu. W tym kontekście zostaje przedstawiona argumentacja odnosząca się do praktycznych możliwości wykorzystania określonych propozycji i ich konsekwencji.

Powyższy dualizm wynika z faktu, że w praktyce negocjatorzy nie stosują czystych, teoretycznych modeli, ale kompilacje stylów, strategii i taktów. Ich wybór w dużej mierze determinują ich przekonania, to one w istotny sposób wpływają na przewagę strategii walki lub współpracy. Wieloletnie badania nad konfliktem dowodzą, że jednym rozsądnym, bo pragmatycznie efektywnym, wyborem jest postawa współpracy. Nie jest tak dlatego, że całemu światu nauki bliska jest wizja negocjacyjnego rajów kooperatywnych podmiotów. Głównym argumentem za strategiami współpracy jest kreatywność, która im towarzyszy. Niemniej takie podejście ma dwie wady: współpraca bywa czasochłonna, przynajmniej do momentu wypracowania wzajemnego zaufania, oraz naraża na straty stronę, której zaufanie zostanie wykorzystane. Prezentacja różnych podejść do negocjacji ma na celu uświadomienie negocjatorom, że każde z nich ma inne uwarunkowania i inne konsekwencje dla jakości porozumienia i relacji pomiędzy stronami.

Ta książka, chociaż z założenia jest pozycją monograficzną, jest pisana z pozycji praktyka i dla praktyków. Praktyk negocjacji znajduje się w dużo trudniejszej sytuacji niż teoretyk. Zadanie teoretyka polega na systematycznym opisie i analizie właściwych teorii. Praktyk, opierając się na doświadczeniu i wiedzy, musi dodatkowo pokazać ich użyteczność, a wnioski przełożyć na praktyczne zasady i techniki postępowania. W efekcie nie powstanie elegancko opracowana systematyczna teoria negocjacji, ale zbiór dynamicznie wykorzystywanych elementów tej teorii obrabowanych analizą typu *case study*. Adresuję tę książkę do tych, którzy nie tylko chcą wiedzieć, ale również zrozumieć. Praktyczne wytyczne są poparte przywołaniem teorii i badań ukazujących mechanizmy ich działania, tak aby było możliwe świadome wykorzystywanie przedstawionych narzędzi.

Ta publikacja jest wynikiem wieloletniego dualizmu mojej pracy zawodowej, która obejmuje badania teoretyczne nad prawnymi aspektami rozwiązywania indywidualnych konfliktów oraz praktykę prowadzenia negocjacji, szkoleń i treningów. Wyniki analiz prawnych metod rozwiązywania sporów zostały przedstawione w różnych publikacjach, najbardziej wyczerpująco w monografii „Alternatywne a sądowe rozstrzyganie sporów sądowych”³. Praktyczne aspekty również były przedmiotem kilku artykułów, ale przede wszystkim dwóch książek: „Negocjacje z partnerami z krajów Unii Europejskiej” oraz „Nowoczesne negocjacje na rynku pracy”⁴. Pozycje te z oczywistych względów, w pierwszym przypadku metodologicznych, w drugim – praktycznych, poruszają odrębne kwestie. W pewnych aspektach prezentowane treści były przedmiotem wcześniejszych publikacji, ale nigdy nie zostały przedstawione jako spójny i wzajemnie warunkujący się zbiór informacji. Istnieje między nimi związek tego rodzaju, że bezsprzecznie wiedza teoretyczna umożliwia swobodne rozeznanie w uwarunkowaniach zasad i technik, a opis praktyki pozwala nie tylko lepiej rozumieć niuanse badań i rozważań naukowych, ale przede wszystkim przenieść prezentowane praktyki na rzeczywistość negocjacyjną.

³ A. Jakubiak-Mirończuk, *Alternatywne a sądowe rozstrzyganie sporów sądowych*, Warszawa 2008.

⁴ A. Jakubiak-Mirończuk, K. Mirończuk, *Negocjacje z partnerami z krajów Unii Europejskiej*, Warszawa 2003; A. Jakubiak-Mirończuk, *Nowoczesne negocjacje na rynku pracy*, Wrocław 2009.

NEGOCJACJE JAKO FORMA ROZWIĄZYWANIA SPORÓW

1. Prawnik i negocjator – rola zawodowa i odpowiedzialność

W społeczeństwach wolnego rynku i rozwijającej się demokracji umiejętność negocjacji, czyli zaspokajania interesów i realizacji celów w drodze kooperacji z innymi członkami społeczeństwa, staje się podstawową kompetencją osobistą i zawodową. W Stanach Zjednoczonych na wydziałach prawa prowadzone są zajęcia z negocjacji, w wielu krajach Unii Europejskiej negocjacje i mediacje należą do programów nauczania szkół średnich. Bezpośrednim argumentem przemawiającym za koniecznością posiadania przez prawników umiejętności negocjowania jest zmiana w sposobie tworzenia i stosowania prawa oraz tendencje obserwowane w życiu gospodarczym, analizowane jako czynniki wpływające na wzrost znaczenia negocjacji. Są to¹:

- zmiana charakteru stosunków gospodarczych – złożoność stosunków handlowych wynikająca zarówno z rozwoju gospodarczego, jak i globalizacji;
- wzrost znaczenia świadczenia usług i zmiany ich charakteru – rozwój wiedzy i zmiany w charakterze stosunków gospodarczych wymagają usług konsultingowych;
- zmiany tradycyjnie rozumianego produktu – produkt jako „łańcuch wartości dodanych”, co oznacza, że towarzyszące okoliczności i warunki sprzedaży wymagają szczegółowych ustaleń – tzn. negocjacji;
- rosnąca konkurencja – ewolucja systemów prawnych, w szczególności ich liberalizacja i decentralizacja, które wymagają od podmiotów życia gospodarczego większej aktywności na rzecz realizacji własnych interesów w warunkach konkurencji;
- dynamiczne zmiany charakteru rynku, które wymuszają innowacyjność przedsiębiorstw również w zakresie stosunków pracy i ich zmian;

¹ Por. J. Kamiński, *Negocjacje w biznesie jako przedmiot zainteresowania nauk ekonomicznych*, Optimum. Studia Ekonomiczne 2002, nr 4 (24), s. 97–117.

- różnicowanie form organizacji przedsiębiorstw – stosowanie wertykalnych struktur organizacji pracy oraz różnych form współpracy i kooperacji dużych firm z małymi podmiotami;
- wzrost znaczenia kontraktów – związany z zakresem swobody umów, a także wzrostem handlu pomiędzy pomiotami z różnych porządków normatywnych.

W sferze prawa rozwój alternatywnych form rozwiązywania sporów sądowych i wprowadzanie do modeli tworzenia prawa instytucji demokracji deliberatywnej są dowodem na rozwój „kultury dialogu”, dla której właściwą formą podejmowania decyzji są dobrowolne porozumienia osiągnane w drodze negocjacji². W miejsce tradycyjnej kultury monologu opartej na pionowych strukturach komunikacji prawo-adresat, wykształca się kultura dialogu prawnego, funkcjonująca w strukturach demokratycznych. Decyzje władzy publicznej coraz częściej są wynikiem kompromisów, współdziałania z przyszłymi adresatami norm prawnych³. Dążenie do realizacji wizji społeczeństwa aktywnego wymaga przyznania jednostkom uprawnień do kształtowania stosunków prawnych, których są podmiotami. Tutaj pojawiają się pytania o obszary i granice ich realizacji w kontekście wyłącznej kompetencji państwa do regulacji życia społecznego i jego obowiązków ochrony określonych wartości. Zasadnicze różnice w zakresie rozwoju instytucji „kultury dialogu” są obserwowane pomiędzy różnymi gałęziami prawa. Jest oczywiste, że założenia, cele oraz wartości i zasady determinują kształt instytucji w ramach każdej dziedziny prawa. W tym kontekście obszar prawa cywilnego w demokratycznym systemie prawnym realizującym ideę wolnego rynku w naturalny sposób jest obszarem, w którym główną formą dochodzenia do porozumień są negocjacje.

Odnosząc się do charakteru rozwiązywania i rozstrzygania sporów cywilnych, do metod opartych na idei konsensualizmu można bez wątpienia zaliczyć te formy, które są regulowane przez kodeks cywilny i kodeks postępowania cywilnego oraz przepisy szczególne, które się do nich odwołują. Wątpiwości powstają wobec form mediacji i arbitrażu na gruncie prawa administracyjnego oraz mediacji w sprawach karnych i w sprawach nieletnich. Metody *Alternative Dispute Resolution* (ADR) na gruncie prawa administracyjnego rozwinęły się co do zasady w obszarach działalności organów administracji, w których bezpośrednio mają one styczność ze sporami obywateli o charakterze cywilnym. Sposób ich funkcjonowania jest zbliżony do form uregulowanych przez prawo cywilne, co jest powodem uwzględnienia tych instytucji w tej publikacji. Charakter sporów karnych i sposoby ich rozwiązywania lub rozstrzygania są zdecydowanie odmienne, dlatego też wymagają oddzielnego opracowania⁴.

² Por. J. Jabłońska-Bonca, *Prawnik jako negocjator – z problematyki retoryki interpersonalnej*, Studia Prawnicze 2001, nr 3–4, s. 138.

³ Por. J. Jabłońska-Bonca, *Z problematyki warsztatu pracy...*, s. 15–17.

⁴ Kwestie te są szeroko dyskutowane i analizowane w literaturze prawa karnego, por. np. S. Waltoś, *Główne nurty nowelizacji procedury karnej*, PiP 2003, z. 4, s. 5–19; A. Marek, *Konsensualny model rozstrzygania spraw w procesie karnym* (w:) J. Czapska, A. Gaberle, A. Światłowski, A. Zoll (red.), *Zasady procesu karnego wobec wyzwań współczesności. Księga ku czci profesora Stanisława Waltosia*, Warszawa 2000, s. 62–73 i literatura tam powołana; A. Rękas, *Mediacja w polskim prawie karnym*, Warszawa 2004; V. Konarska-Wrzosek, *Postępowanie w sprawach nieletnich*, PS 2000, nr 4, s. 62–69 i literatura tam powołana.

Na gruncie prawa polskiego funkcjonuje pełen katalog alternatywnych metod rozwiązywania i rozstrzygania sporów cywilnych. Uczestnicy sporów mają możliwość samodzielnego ich rozwiązania poprzez zawarcie umowy cywilnoprawnej oraz w ramach postępowania pojednawczego, naprawczego i upadłościowego. Istnieje obowiązek podjęcia rokowań i mediacji w celu rozwiązania sporu zbiorowego oraz wezwania do rokowań w sporze konsumenckim. W ramach swobody kontraktowej co do zasady nie ma przeszkód do podjęcia mediacji konwencjonalnej przed wszczęciem postępowania sądowego oraz w jego ramach, na wniosek stron lub na skutek skierowania sądu. Strony postępowania cywilnego, korzystając z ochrony wymiaru sprawiedliwości, mogą zarówno podjąć rokowania w celu zawarcia ugody sądowej, jak również uczestniczyć w mediacji w celu zawarcia porozumienia mediacyjnego. Mediacja sporów o charakterze cywilnym należy do form działania części organów administracji. Sądownictwo polubowne ukształtowało się głównie jako instytucjonalna alternatywa wobec sądownictwa powszechnego, w obrębie sporów gospodarczych, konsumenckich oraz działalności samorządów zawodowych. Tryb ten jest wykorzystywany także do rozstrzygania sporów, które mogłyby być przedmiotem decyzji administracyjnej. Odnosząc się do przepisów kodeksu cywilnego i kodeksu postępowania cywilnego, co do zasady strony sporów cywilnych mają możliwość korzystania kolejno z każdej formy rozwiązywania i rozstrzygania sporów. Instytucje przewidziane w przepisach szczególnych, poza procedurą rozwiązywania sporów zbiorowych, mają cechy wybranych trybów, np. obowiązek podjęcia rokowań w obrocie gospodarczym przed wniesieniem pozwu do sądu powszechnego czy postępowanie pojednawcze na gruncie kodeksu postępowania cywilnego.

Przytoczone zmiany wpływają zasadniczo na sposób pełnienia roli zawodowej przez prawników, a szczególności na zakres niezbędnych kompetencji. Zakres tych zmian zależy od wielu czynników – np. od zakresu i tempa zmian społecznych i prawnych czy od wykonywanego zawodu. Powiększanie katalogu instytucji prawnych uwzględniające wpływ stron na ich sytuację prawną, szczególnie w kontekście sporów prawnych, jest bezpośrednią przyczyną, dla której pełnomocnicy działający na rzecz trwałego porozumienia są obligowani do poszukiwania obszarów wspólnych interesów stron i rozwiązań zgodnych z prawem. Prawnicy państwa zasiadającego „przy stole rokowań” muszą wykazać się odpowiednimi kompetencjami. Prawnicy muszą negocjować, ponieważ coraz więcej obszarów życia jest regulowanych przez prawo, ponieważ postępowanie sądowe nie jest jedyną ani najbardziej pożądaną drogą zakończenia sporu, ponieważ poszerzające się kontakty przedsiębiorców z Polski z przedsiębiorcami z innych krajów wymagają umiejętności korzystania z międzynarodowych procedur, a te opierają się na idei dialogu. Skuteczność w tak zdeteterminowanej rzeczywistości wymaga zarówno zmiany postrzegania swojej roli, jak i zmian sposobu pracy.

Jednym ze sposobów odpowiedzi na pytanie, w jakim stopniu możliwe jest efektywne łączenie zawodu prawnika i negocjatora, jest porównanie katalogów uwarunkowań, oczekiwań i umiejętności obu zawodów. W Polsce zawód negocjatora jako odrębna profesja funkcjonuje najczęściej w kontekście tzw. negocjacji policyjnych, gdzie często ma do spełnienia specyficzną rolę, a mianowi-

cie przedłużenia rozmowy z terrorystą (porywaczem, samobójcą) tak długo jak to możliwe, czyli do momentu, aż odpowiednie siły będą mogły zareagować⁵. Słuszne są obawy sceptyków, że romantyczny scenariusz, w którym siła perswazji negocjatora, w tym przypadku również psychologa, skłania przestępców do oddania się w ręce wymiaru sprawiedliwości niestety nie ma zbyt dużych szans na zaistnienie w rzeczywistości. Obszarem, w którym negocjatorzy funkcjonują bezsprzecznie od zawsze jest prawo międzynarodowe, niemniej w tych przypadkach wykonywanie tego zawodu poprzedzone jest często długim stażem w służbach dyplomatycznych i organizacjach międzynarodowych.

W zakresie obrotu gospodarczego negocjatorami są najczęściej osoby zarządzające przedsiębiorstwami lub ich pracownicy wyznaczeni czasowo lub stale do pełnienia tego rodzaju obowiązków. Poza tym negocjacje odgrywają niebagatelną rolę w zawieraniu transakcji handlowych i są nieodzownym elementem pracy handlowców. Prawnicy najczęściej negocjują reprezentując przedsiębiorstwa oraz jeżeli podejmują czynności pojednawcze w ramach reprezentowania klientów w sporach prawnych. W pierwszym przypadku pracodawca lub zleceniodawca oczekuje, że prawnik negocjator zapewni jednocześnie właściwą treść i formę porozumienia. W drugim – prawnik pełniący obowiązki adwokata lub radcy prawnego musi podjąć działania, które różnią się w pewnym stopniu od tych, które wynikają z tradycyjnie pojmowanej roli prawnika. Chociaż jednocześnie trzeba przyznać, że w tym zakresie zdania również bywają podzielone.

Związki pomiędzy przyjętym teoretycznym modelem prawa a sposobem rozumienia swojej roli przez prawników dla modelu dobrych zasad i modelu należytych gwarancji, kształtują się odpowiednio jako techniczne i aksjologiczne rozumienie roli prawnika⁶. Urzeczywistnieniem takiego ujęcia są normatywne i etyczne ograniczenia pełnienia tych ról. Opowiedzenie się za konkretnym modelem związane jest z określonymi wymaganiami wobec prawników. Aksjologiczne ujęcie roli prawnika wiąże się z odpowiedzialnością nie tylko za przebieg procesu stosowania prawa, ale przede wszystkim za jego rezultat, a w dalszej perspektywie również za cały system i wartości, które z sobą niesie. W konsekwencji oznacza to odpowiedzialność prawników za proces stosowania prawa i za proces jego tworzenia. Na gruncie prawa polskiego ukształtował się dychotomiczny system. Z jednej strony funkcjonują rozwiązania ustawowe, z drugiej – szczególnie w ostatnim czasie – kodeksy etyki, do których odesłania znajdują się w treści aktów normatywnych. Równocześnie toczy się, w ramach samych korporacji zawodów prawniczych i nauki prawa, dyskusja na temat roli zawodowej, zakresu odpowiedzialności i podstaw aksjologicznych prawników.

Zachodzące w polskim prawie zmiany, zarówno oczekiwań społecznych wobec prawników, jak i w katalogu zawodów prawniczych, implikują zmia-

⁵ M. Tokarz, *Argumentacja. Perswazja. Manipulacja. Wykłady z teorii komunikacji*, Gdańsk 2006, s. 410.

⁶ Por. G. Skąpska, *Zawód prawnika czy rola społeczna* (w:) G. Skąpska, J. Czapska, M. Kozłowska, *Społeczne role prawników (sędziów, prokuratorów, adwokatów)*, Wrocław 1989, s. 6 i n.; Z. Ziemiński, *Socjologia zawodów prawniczych* (w:) tenże, *Socjologia prawa jako nauka prawną*, Warszawa 1975, s. 103–109.

ny w sposobie pełnienia roli zawodowej, jak również w katalogu kompetencji. Zmiana charakteru stosunków społecznych i rozwój alternatywnych metod rozwiązywania sporów stawia przed prawnikami nowe zadania – umiejętności prowadzenia negocjacji i mediacji. Pojęcie „prawnika kreatywnego”, które powstało na gruncie usług świadczonych na rzecz i w ramach przedsiębiorstw korporacyjnych, odpowiada tym zmianom⁷. Sposób pełnienia roli prawnika kreatywnego normowany jest nie tylko na poziomie prawa powszechnie obowiązującego i korporacyjnego, ale również przez standardy etyczne mediatorów i normy korporacyjne.

W ujęciu indywidualnym przyjęcie określonego sposobu pełnienia roli zawodowej (w wymiarze aksjologicznym) jest wynikiem predyspozycji – cech osobowości, przekonań – konkretnej osoby, z ograniczeniami wynikającymi z kodeksów etyki zawodowej oraz (w wymiarze technicznym) z treści prawa. W szczególności mają tu znaczenie ustawy o wykonywaniu poszczególnych zawodów prawniczych, ale również przepisy proceduralne⁸. Przyjęcie modelu aksjologicznego wynika z oczekiwań społecznych. Uczestnicy sporów oczekują, w szczególności od sędziów, ale również od adwokatów i radców prawnych, urzeczywistnienia ideałów sprawiedliwości, która w odczuciu społecznym często jest utożsamiana z uczciwością, rzetelnością i bezstronnością⁹.

Z drugiej strony podmioty zaangażowane w spór, oceniając system prawa, częściowo oceniają prawników. Oznacza to, że sposób wykonywania pracy przez prawników, w szczególności jakoś interakcji społecznych, w których uczestniczą, rzutuje na ocenę samego prawa. Strona procesowa, która doświadczyła „niesprawiedliwego” (w wyżej przytoczonym znaczeniu) traktowania przez sędziego, skłonna jest przyjąć taką opinię o całym systemie prawa¹⁰. Ograniczenie rozwiązań do modelu technicznego pozostawia poza regulacją konflikt wynikający z dualizmu obowiązków: wobec prawa jako systemu (lub inaczej państwa) oraz wobec klienta¹¹.

Polski ustawodawca nakłada na adwokatów i radców prawnych obowiązki w sferze osobistej, w sferze kontaktów z klientami oraz obowiązki wobec systemu prawa. Określają je regulacje definiujące zawód, teksty przyrzeczeń oraz zakresy i przesłanki odpowiedzialności dyscyplinarnej, jak również zasady wpisu na listy adwokatów i radców prawnych. Użyte sformułowania są kolejnym dowodem na dychotomię modelu. Obok norm ściśle wyznaczających

⁷ Za: J. Jabłońska-Bonca, *Prawnik a sztuka negocjacji i retoryki*, Warszawa 2002, s. 13.

⁸ Por. E. Łojko, *Role i zadania prawników w zmieniającym się społeczeństwie*, Warszawa 2005, s. 114–157, 179–222 oraz J. Nonet, E. Carlin, *Legal Profession* (w:) *International Encyclopedia of Social Sciences*, za: G. Skąpska, J. Czapska, M. Kozłowska, *Społeczne role prawników (sędziów, prokuratorów, adwokatów)*, Wrocław 1989, s. 6; T. Parsons, *Szkice z teorii socjologicznej*, Warszawa 1972, s. 473.

⁹ Za: G. Skąpska, J. Czapska, M. Kozłowska, *Społeczne role prawników...*, s. 6 i n.

¹⁰ Tak: M. Zubik (red.), K. Wilamowski, M. Wilczyński, T. Zahorski, *Niedostatki wymiaru sprawiedliwości*, Warszawa 2001, s. 17, 19, 73. Zob. K. Pałeczki, *Społecznie oczekiwany wzorzec orzekania sądowego* (w:) M. Borucka-Arctowa, K. Pałeczki (red.), *Sądy w opinii społeczeństwa polskiego*, Kraków 2003, s. 153–160. Podobne wyniki – K. Hirszel, *Praworządność i sprawiedliwość w opinii społecznej*, Warszawa 1982, s. 2, 13–31.

¹¹ Por. T. Parsons, *Szkice z teorii socjologicznej*, Warszawa 1972, s. 473–495 oraz G. Skąpska, J. Czapska, M. Kozłowska, *Społeczne role prawników...*, s. 11–12.

zakres i sposób podejmowanych czynności znajdują się odesłania do sprawiedliwości, etyki czy zasad prawa. Odwołania, na poziomie ustawowym, do zawodowych kodeksów etyki, w połączeniu z kompetencją samorządów zawodowych do ich tworzenia, skutkują bardzo szerokim uprawnieniem do uregulowania roli zawodowej przez samorzady.

Zasady etyki adwokackiej i radcowskiej wynikają z ogólnych norm etycznych. W obu korporacjach ściśle obowiązują one zarówno adwokatów i radców, jak również aplikantów do tych zawodów¹². Na podstawie Kodeksu Etyki Adwokackiej od członków korporacji i kandydatów wymagana jest nieskazitelna postawa w sprawach zawodowych, stosunkach z organizacjami i klientami oraz w życiu prywatnym. Ponadto adwokaci i radcowie powinni zachowywać szczególną ostrożność przy doborze miejsca, w którym świadczą swoje usługi, tak aby w tym samym lokalu nie była prowadzona działalność negatywnie rzutująca na zaufanie publiczne do zawodu adwokata. Sądy dyscyplinarne rozstrzygające w sprawach dotyczących etyki zawodowej są niezawisłe i rozstrzygają na podstawie swobodnej oceny wszystkich dowodów. Odpowiedzialności dyscyplinarnej podlegają zarówno radcy prawni, jak i aplikanci radcowscy za przewinienia związane z wykonywaniem zawodu oraz czyny sprzeczne ze służbowaniem radcowskim, za które grożą określone w ustawie kary¹³. Podobnie sąd dyscyplinarny izby adwokackiej wszczyna postępowanie w przypadku naruszenia zasad postępowania członków samorządu adwokackiego, między innymi w przypadku nieprzestrzegania dbałości o godność zawodu czy zasad etyki adwokackiej¹⁴.

Normatywne uwarunkowania pełnienia roli przez prawników w sporze cywilnym nie odnoszą się do idei konsensualnego rozwiązywania sporów, poza przypadkiem sporu pomiędzy adwokatami lub radcami prawnymi¹⁵. Zasada ochrony interesów klientów została ujęta głównie w sposób negatoryjny poprzez gwarancję zachowania tajemnicy zawodowej i obowiązku odmowy pomocy prawnej w sytuacjach potencjalnego konfliktu interesów. Na poziomie ustawowym szczególną rangę, w poszczególnych sferach, nadano następującym wartościom:

1) obowiązki adwokatów¹⁶:

- obowiązki w sferze osobistej: godność oraz godność zawodowa, uczciwość;
- obowiązki wobec klientów: pomoc prawna, sumienność, tajemnica zawodowa;

¹² Zbiór Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu uchwalony przez Naczelną Radę Adwokacką w dniu 10 października 1998 r. (uchwała nr 2/XVIII/98) rozdział I, § 1 oraz Zasady Etyki Radcy Prawnego przyjęte uchwałą Nr 8/99 VI Krajowego Zjazdu Radców Prawnych z dnia 6 listopada 1999 r., rozdział I, art. 1, 2 i 3.

¹³ Art. 64 i 65 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 10, poz. 65 z późn. zm.).

¹⁴ Art. 80 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. – Prawo o adwokaturze (tekst jedn.: Dz. U. z 2002 r. Nr 123, poz. 1058 z późn. zm.).

¹⁵ Zbiór Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu – § 38 i § 39 ust. 1; Zasady Etyki Radcy Prawnego – § 54.

¹⁶ Art. 1 ust. 1, art. 5, art. 65, art. 80 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. – Prawo o adwokaturze (tekst jedn.: Dz. U. z 2009 r. Nr 146, poz. 1188 z późn. zm.).

- obowiązki wobec systemu prawa – postępowanie niesprzeczne z prawem, kształtowanie oraz stosowanie prawa, współdziałanie w ochronie praw i wolności, kierowanie się zasadami słuszności i sprawiedliwości społecznej;
- 2) obowiązki radców prawnych¹⁷:
 - obowiązki w sferze osobistej: nieskazitелny charakter, wiedza, nie-nadużywanie wolności słowa i pisma, godność oraz uczciwość;
 - obowiązki wobec klientów: ochrona prawna interesów, nieograniczony w czasie obowiązek tajemnicy, staranność oraz sumiennosc;
 - obowiązki wobec systemu prawa: ochrona i umacnianie porządku prawnego, zgodność postępowania z zasadami prawa i sprawiedliwości.

W kodeksach etycznych również przyjęto model uregulowania podobny do ustawowego, w którym obok norm odnoszących się bezpośrednio do pożądanego lub zakazanego zachowania znajdują się odniesienia do wartości czy ideałów. Za naczelne zasady etyki zawodów prawniczych uznano zasady: autonomii, kompetencji, uczciwości, poufności. Do rangi wartości podniesiono prestiż i godność zawodu, szacunek dla praw człowieka, wiedzę w zakresie prawa. Ideał prawnika w świetle norm kodeksów etyki to człowiek zorientowany na poszerzanie wiedzy i doskonalenie umiejętności, który w sposób niezawisły wykorzystuje ją w interesie klienta. Jednocześnie powinien przede wszystkim dbać o zaufanie do własnego zawodu i wymiaru sprawiedliwości. Obecne uwarunkowania pełnienia roli zawodowej prawników odpowiadają cechom procedur sądowych. Ich kontradyktoryjny charakter obliuguje prawników do kierowania się wartościami i zasadami umożliwiającymi skuteczne podejmowanie działań.

Istotnym elementem kontroli sposobu wykonywania zawodu przez adwokatów i radców prawnych jest prawo uczestników sporu do wyboru pełnomocnika i rezygnacji z jego pomocy. Fakt ten nie umniejsza wagi rozwiązań ustawowych ani samorządowych, ale jest dodatkowym elementem zabezpieczającym interesy uczestników sporu. Odmienna rola sędziego, w świetle ograniczonej możliwości wyłączenia, sprawia, że normatywne uwarunkowania tej roli zawodowej mają bardziej doniosłe znaczenie. Odmienny charakter mają też ograniczenia, które ze względów arbitralności decyzji sędziowskich mają charakter ustawowy. Sposób, w jaki swoją rolę zawodową pełnią sędziowie, ma wpływ na ogólną ocenę wymiaru sprawiedliwości.

Poza ograniczeniami proceduralnymi, wyznaczającymi ramy przebiegu sądowego rozstrzygania sporu, istotną rolę odgrywają czynniki wpływające na postępowanie sędziego, a przede wszystkim na motywy podejmowanych przez niego działań. Ten oczywisty aspekt jest szczególnie istotny ze względu na rolę, jaką prawodawca przewidział dla sędziego: „Zadania z zakresu wymiaru sprawiedliwości wykonują sędziowie”¹⁸. W odniesieniu do opisanych celów prawa należy przyjąć, że w ramach wymiaru sprawiedliwości za ich realizację

¹⁷ Art. 2, art. 3, art. 11, art. 24 ust. 1 pkt 5, art. 27 ust. 1 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 10, poz. 65 z późn. zm.).

¹⁸ § 1 art. 2 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz. U. Nr 98, poz. 1070, z późn. zm.).

odpowiadają sędziowie. Praca sędziego, podlegająca rygorom proceduralnym, podlega również ocenie w ramach nadzoru nad działalnością administracyjną sądów. W tym zakresie czynniki te można podzielić na dwie grupy:

- określone pozytywnie – kryteria oceny kwalifikacji i przydatności asesora sądowego na stanowisko sędziego sądu rejonowego oraz sędziego kandydującego na stanowiska sędziego sądu okręgowego i apelacyjnego;
- określone negatywnie – zachowania zagrożone odpowiedzialnością dyscyplinarną lub służbową.

Oczywiście czynniki te w żaden sposób nie mogą kolidować z niezawisłością sędziowską. Z drugiej strony logiczne jest, że ustawodawca, powierzając sędziom wykonywanie wymiaru sprawiedliwości, przewidział narzędzia ochrony jego prawidłowego funkcjonowania. To, za jakie czyny sędzia odpowiada dyscyplinarnie i służbowo oraz w jaki sposób i na podstawie jakich kryteriów jest oceniany, a przede wszystkim gratyfikowany, z założenia ma wpływ na sposób wykonywania przez niego obowiązków. Podstawowe pytanie jest zatem następujące: czy istnieje związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy systemem gratyfikacji i kar a wynikiem orzekania?

Odpowiedzialność dyscyplinarna została określona w doktrynie jako odpowiedzialność za czyny dyscyplinarnie bezprawne, czyli takie, które wpływają ujemnie w stopniu większym niż znikomy na wykonywanie służby oraz na prawidłowe sprawowanie wymiaru sprawiedliwości¹⁹. Odpowiedzialność dyscyplinarna obejmuje przewinienia służbowe i przewinienia dyscyplinarne²⁰. Zakres tej odpowiedzialności wyznacza minimalny standard rozstrzygnięcia konfliktu w ramach postępowania sądowego. Konstrukcja przewinienia służbowego opiera się na „rażącej obrazie przepisów prawa”, czyli ma przede wszystkim zapewnić wykonywanie przez sędziego obowiązków nałożonych na niego ustawowo²¹. To sprawia, że jest ona dodatkowym zabezpieczeniem praw uczestników postępowania. Przykładowo przewinieniem służbowym jest nieterminowe sporządzanie uzasadnień, nieformalne poprawki i uzupełnienia protokołów rozpraw, poświadczenie nieprawdy, jak również dopuszczenie do rażącej przewlekłości postępowania²².

Zakres pojęcia uchybienia godności urzędu (przewinienia dyscyplinarne) jest bardziej enigmatyczny i wydaje się bardziej ukierunkowany na zachowanie prestiżu zawodu sędziego niż bezpośrednie oddziaływanie na sytuację stron. Powiązanie jej z treścią ślubowania pozwala jednak na odniesienie jej między innymi do wartości sumiennego wykonywania obowiązków, sprawiedliwości i bezstronności²³. Przy założeniu, że kształt postępowania sądowego odpowiadałby postulatowi skutecznego rozwiązywania konfliktów, taka konstrukcja odpowiedzialności dyscyplinarnej sędziów przyczyniłaby się do sprawnego funkcjonowania systemu – pod warunkiem jej sprawnego funkcjonowania.

¹⁹ Por. J.R. Kubiak, J. Kubiak, *Odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów*, PS 1994, nr 4, s. 3–27.

²⁰ Rozdział 3 u.u.s.p.

²¹ Art. 107 § 1 u.u.s.p.

²² Zob. J.R. Kubiak, J. Kubiak, *Odpowiedzialność dyscyplinarna...*, s. 14–15.

²³ Art. 66 u.u.s.p.

Ocena pracy sędziego dokonywana jest przede wszystkim na potrzeby procedury awansu. Uchwała Krajowej Rady Sądownictwa z dnia 17 lipca 2002 r. w sprawie oceny kandydatów na stanowiska sędziowskie, przeprowadzanej przez prezesów sądów okręgowych i apelacyjnych²⁴, szczegółowo określa, jakie dane powinna zawierać taka ocena. Jednocześnie określa kategorie, według jakich sędzia jest oceniany. Z uchwały wynika, że oceniana jest głównie:

- efektywność kandydata: bezwzględnie jako średnia miesięczna oraz względnie z uwzględnieniem średniej wydziału,
- stabilność orzecznictwa: bezwzględnie w liczbach i procentowo z danymi dla okręgu,
- terminowość uzasadnień.

Formułując przesłanki awansu pozytywnie, należy stwierdzić, że sędzia jest nagradzany za rozstrzygnięcie jak największej liczby spraw i wydanie orzeczenia w taki sposób i takiej treści, aby nie zostało ono uchylone przez sąd wyższej instancji, co jest wyznacznikiem efektywności sędziowskiej. Ponadto w sądach funkcjonuje dokument będący zaleceniem Ministerstwa Sprawiedliwości – Normy rocznego obciążenia wpływem spraw jednego sędziego lub referendarza w sądach powszechnych, w którym została określona liczba spraw przypadających na sędziego. Przykładowo sędzia rozstrzygający sprawy cywilne w I instancji może zostać obciążony 240 sprawami rocznie, co daje 20 spraw miesięcznie. W świetle tego dokumentu należy stwierdzić, łącząc przesłanki wynikające z kryteriów oceny kandydatów na stanowisko sędziego z normami obciążenia, że sędzia jest przede wszystkim gratyfikowany za szybkie i skuteczne pod względem formalnym rozpatrzenie sprawy. A to koliduje z proceduralnym założeniem ustawodawcy o dążeniu do polubownego rozwiązania sporu.

Powyższy charakter administracyjnego oddziaływania na sędziów ma zapewne bezpośredni związek ze wzrastającym obciążeniem sądów, które wynika zarówno ze stale rosnącego wpływu spraw, jak i z wydłużającego się czasu oczekiwania na rozprawę oraz czasu samego postępowania²⁵. Wydaje się, że ustawodawca, formułując przesłanki oceny pracy sędziego, zamierzał w prosty sposób przeciwdziałać powstawaniu zaległości w rozstrzyganiu. Potwierdza to wydanie przez Ministerstwo Sprawiedliwości swoistych norm obciążenia sędziów. Jednak rozwiązanie to nie przyniosło pożądaných efektów; pomimo jego funkcjonowania sytuacja nie uległa poprawie, a wręcz przeciwnie – nadal się pogarsza. Ponadto, ze względów formalnych, siła oddziaływania czynników wynikających z kryteriów oceny w ramach ścieżki zawodowej jest zdecydowanie większa niż tych, które mają źródło w odpowiedzialności dyscyplinarnej, ze względu na szerszy krąg zaangażowanych podmiotów oraz częstotliwości i zakres badanych spraw.

²⁴ Uchwała Nr 45/2002 Krajowej Rady Sądownictwa z dnia 17 lipca 2002 r. w sprawie oceny kandydatów na stanowiska sędziowskie, przeprowadzanej przez prezesów sądów okręgowych i apelacyjnych (Sędz. 2002.07.17; www.krs.pl)

²⁵ Zob. M. Zubik (red.), K. Wilamowski, M. Wilczyński, T. Zahorski, *Niedostatki...*, s. 35–37; oraz raport Ministerstwa Sprawiedliwości – Działalność sądów powszechnych w I półroczu 2002 r. Analiza statystyczna – www.ms.gov.pl.

Czynności dyscyplinarne podejmuje rzecznik dyscyplinarny na żądanie Ministra Sprawiedliwości, Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego, prezesa sądu apelacyjnego lub okręgowego oraz kolegium sądu apelacyjnego lub okręgowego, Krajowej Rady Sądownictwa, a także z własnej inicjatywy. Po rozpoznaniu okoliczności może on wszcząć postępowanie dyscyplinarne lub odmówić jego wszczęcia. Przedmiotem postępowania jest jedno przewinienie; jeżeli w trakcie rozpoznawania sprawy ujawnione zostanie inne przewinienie, co do zasady wszczyna się odrębne postępowanie. Według opinii zebranych przez Instytut Badań Publicznych system odpowiedzialności dyscyplinarnej sędziów jest wysoce nieefektywny, wręcz sparaliżowany. Zarówno sędziowie, jak i rzecznik dyscyplinarny należą do tego samego środowiska, co osoba będąca podmiotem tego postępowania. Wskutek tego dochodzi do zjawiska „oblężonej twierdzy”, co stoi w sprzeczności z celem postępowania²⁶.

Czynności związane z opiniowaniem i oceną pracy sędziego są podejmowane przez sędziów wizytatorów, sędziów konsultantów, prezesów sądów lub sędziów przez nich wyznaczonych. Ocenie jest poddawana praca sędziego w szerokim zakresie. W przypadku asesora sądowego jest to cały okres pracy, sędziego sądu rejonowego i okręgowego – 2 lata. O ile w ramach pracy zawodowej sędzia może nigdy nie zostać poddany postępowaniu dyscyplinarnemu, o tyle nie ma takiej możliwości, aby nie był oceniany z zastosowaniem kryteriów wydajności i stabilności orzecznictwa oraz terminowości sporządzania uzasadnień.

Dodatkowo negatywne skutki w kształtowaniu postawy sędziów, połączone z przyjętym w modelu materialnoprawnym sposobem stosowania prawa, polegającym głównie na subsumcji stanu faktycznego i stanu prawnego, prowadzą do przyjęcia ograniczonego rozumienia pojęcia wykonywania wymiaru sprawiedliwości. Nieracjonalne jest oczekiwanie, że sędzia, którego celem jest stwierdzenie naruszenia lub braku naruszenia przepisów prawa, obarczony wieloma obowiązkami natury pomocniczej wobec działalności jurysdykcyjnej²⁷, motywowany do rozstrzygnięcia jak największej liczby spraw w jak najkrótszym czasie, będzie dążył do polubownego rozwiązania sporu lub dbał o rozwiązanie satysfakcjonujące strony w jak największym stopniu.

Ustawodawca, wyznaczając granice normatywne, osiągnął dość chaotyczny system uwarunkowań. Kodeksy etyk zawodowych w dużej mierze powtarzają sformułowania ustawowe. Pozostałe wartości są określane w sposób, który jest dowodem, że ich celem, przynajmniej równorzędnym do ochrony interesu klienta, jest ochrona interesu zawodowego. Niepokojący jest brak jasnej i jednoznacznej korelacji pionowej pomiędzy wartościami wyrażonymi w procedurze cywilnej, ustawach o wykonywaniu zawodów i kodeksach etyk zawodowych oraz korelacji poziomej pomiędzy ustawami i kodeksami etyki poszczególnych zawodów.

²⁶ Zgodne opinie: M. Zubika, S. Podemskiego, S. Rymara, A. Siemiaszko, F. Zedlera (w:) A. Zieliński, M. Zubik (red.), *Przyszłość polskiego wymiaru sprawiedliwości*, Warszawa 2002, s. 33, 41, 91, 111, 124–125, 163.

²⁷ Zob. M. Jędrzejewska, *Możliwości i zakres ograniczenia obowiązków sędziego*, PS 1995, nr 1, s. 30–31; M. Smoczyński, *Z badań nad zawodem sędziego*, Zeszyty Naukowe Instytutu Badania Prawa Sądowego 1983, z. 16, s. 200–210.

Odmienny charakter mediacji, w tym fakt, że jest to tryb alternatywny wobec sądowego rozstrzygania sporów, stał się przyczyną analiz możliwości pełnienia roli mediatora przez prawników. W tym aspekcie istotna jest kwestia ich umiejętności komunikacji i kierowania procesem dochodzenia do porozumienia. Biorąc pod uwagę dwa główne sposoby prowadzenia mediacji: ewaluatywny i facylitacyjny, sposób pracy prawnika predysponuje go do prowadzenia mediacji ewaluatywnej. Ten rodzaj mediacji opiera się na założeniu, że mediator ma prawo i obowiązek ocenić sytuację, znaleźć rozwiązanie, a następnie skłonić strony do przyjęcia go²⁸. W ramach sądownictwa polubownego prawnicy pełnią zamienne role. W arbitrażu eksperckim, narażonym na zaniechania proceduralne, ich zakres odpowiada roli ekspertów prawnych. W USA dużą rolę, nie tylko w ramach *mini trial* i *summary jury trial*, odgrywają sędziowie w stanie spoczynku.

Tradycyjne postrzeganie roli prawnika uniemożliwia prowadzenie dobrych negocjacji. Jeżeli prawnik – negocjator nie przyjmie na siebie odpowiedzialności za proces negocjacji, wypracowanie relacji i realizację porozumienia, a jedynie ograniczy się do zapewnienia właściwej formy podejmowanych czynności prawnych, to będzie po prostu prawnikiem, a nie negocjatorem.

Zmiana tej perspektywy jest dla prawników trudna, ponieważ wymaga zmiany sposobu pracy, często swoistego przełączania się. Oznacza również rezygnację z postaw arbitralności oraz biernego eksperctwa. Inaczej prawnik ograniczający się w negocjacjach do służenia pomocą prawną zobowiązany jest do odpowiedzi na pytania, wskazywania klientowi kwestii, których realizacja jest niezgodna z prawem oraz przygotowania propozycji właściwej formy porozumienia. W naturalny sposób przekłada się to na konieczność zdecydowanego i rzeczowego prezentowania opinii prawnych. Jeżeli ten typ zachowań zostanie przeniesiony na stricte „negocjacyjne” działania, to doprowadzi to do fiaska negocjacji – zerwania rozmów lub, w przypadku, gdy druga strona jest sprawnym negocjatorem, do przejścia kontroli nad sytuacją.

Inna też jest sytuacja prawnika – negocjatora stale reprezentującego firmę. W takim przypadku jego aktywność w trakcie negocjacji powinna wpisywać się w strategię negocjacyjną firmy²⁹. Przede wszystkim negocjacje są jednym z działań tego podmiotu na rynku, co wiąże się z faktem, że za ich pomocą osiągnąć są nie tylko cele doraźne, ale również cele strategiczne, zarówno na płaszczyźnie, która jest przedmiotem negocjacji (np. pozyskiwanie nowych rynków zbytu, budowanie sieci klientów współpracujących), ale również w innych obszarach, takich jak budowanie marki czy wizerunku. W tym kontekście prawnik – negocjator musi, nie tylko na etapie rozmów, ale także przygotowania, podjąć działania pozwalające na osiągnięcie wszystkich celów.

Sytuacyjne postrzeganie negocjacji jest jednym z podstawowych błędów negocjacyjnych. Częstym powodem takiego podejścia jest fakt, że sama sytuacja pojedynczych negocjacji bywa złożona, do tego uwzględnienie kolejnych czynników ogranicza ją i może często prowadzić do konfliktu celów doraźnych

²⁸ Zob. T. Ereciński, J. Gudowski, M. Jędrzejewska, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 408–409.

²⁹ D. Ertel, *Negocjacje jako źródło przewagi konkurencyjnej* (w:) *Negocjacje i rozwiązywanie konfliktów*, Harvard Business Review 2005, s. 105–107.

i długofalowych. W dużym uproszczeniu, potocznie przedstawia to dylemat, czy lepiej uzyskać 1000 złotych dziś, czy 10.000 złotych za rok. Przyjęcie perspektywy holistycznej oprócz dodatkowych umiejętności negocjacyjnych wymaga od prawnika stałej współpracy z innymi negocjatorami, a także z kierownictwem firmy. Utrwalony stereotyp hermetycznego charakteru pracy prawników, postrzeganych jako „samotni jeźdźcy”, jest barierą zarówno dla negocjujących prawników, jak i współpracujących z nimi negocjatorów o innych specjalnościach. W nowoczesnym modelu zarządzania firmami sukces jest wynikiem działań „wielu wspaniałych”, a nie „samotnych jeźdźców”. Negocjacje można wspierać i koordynować jak każdą funkcję menedżerską³⁰, co można zilustrować następującym przykładem³¹:

Jeden z meksykańskich banków *Grupo Financiero Serfin* w 1994 r. odnotował spadek ściągальności długów w związku z kryzysem walutowym. Negocjatorzy przeprowadzali negocjacje w typowy sposób, uzgadniając z każdym dłużnikiem ustępstwa w kwestii kwoty, terminu i warunków spłaty. Głównym środkiem nacisku na dłużników była groźba użycia kroków prawnych. Istotna jest uwaga, że wynikiem negocjacji windykacyjnych nie jest zgoda dłużnika na spłatę zadłużenia, ale faktyczny wpływ środków na konto banku.

Historia zmiany strategii działania banku nie jest istotna dla zobrazowania mechanizmu poprawy wyników poprzez zmianę stylu pracy negocjatorów. Pierwszym etapem zmiany było potraktowanie braku wyników negocjacji windykacyjnych nie jako problemu każdego z negocjatorów, ale jako ogólnego problemu działu windykacji, a dotychczas indywidualnie traktowanych negocjatorów zaczęto postrzegać jako zespół zobligowany do współdziałania w imię jednego celu.

Kolejnym krokiem była przeprowadzona standaryzacja procesów negocjacji windykacyjnych, połączona ze szkoleniem negocjatorów. Standaryzację rozpoczęto od wprowadzenia wymogu indywidualnej analizy finansowej każdego dłużnika. Analitycy finansowi we współpracy z negocjatorami dla każdej konkretnej sprawy sporządzali listy interesów banku, układali je hierarchicznie, rozpoznawali interesy dłużnika, opracowywali zestaw możliwych rozwiązań sytuacji dłużnika oraz oceniali każdy wariant w kontekście korzyści dłużnika i banku. Jednocześnie stworzono kategoryzację dłużników, według 4 zmiennych: zdolności i czasu potrzebnego do spłaty długu, jakości dotychczasowych stosunków z bankiem, posiadanych zabezpieczeń, posiadania najlepszego wariantu alternatywnego banku. Zaklasyfikowanie do określonej kategorii wyznaczało odpowiednią strategię – zastosowania kreatywnego podejścia, wzmocnienia relacji lub konfrontacji. Wprowadzono system wymiany informacji pomiędzy negocjatorami oparty na wskazaniu i wspólnej (z trenerem) analizie dwudziestu najtrudniejszych przypadków każdego negocjatora. Uzyskano efekt twórczego wykorzystania potencjału zespołu. Jednym z rezultatów było znalezienie inwestora zewnętrznego dla jednego z klientów banku – producenta, w wyniku czego poprawiono kondycję dłużnika i ożywiono jego linię kredytową.

³⁰ Tamże s. 108.

³¹ Za: tamże, s. 109–111.

Negocjacje, szczególnie te z udziałem prawników, często odbywają się na dwóch poziomach: jawnym (oficjalnym) i ukrytym (poufnym). Prawnicy są przyzwyczajeni do sytuacji podwójnej komunikacji. Wynika to z dwóch przyczyn: cech języka prawnego oraz faktu, że podstawą materiału dowodowego, jak i dokumentowania przebiegu rozprawy, są co do zasady wypowiedzi werbalne. Jednocześnie prawnicy doskonale zdają sobie sprawę, że treść normy prawnej nie ogranicza się do treści przepisu czy przepisów prawnych oraz że ludzie odbierają treść komunikatu w dużej mierze poprzez komunikaty niewerbalne. Prawnicy z jednej strony są zmuszeni do zachowywania określonych standardów komunikacji, na przykład podczas rozprawy sądowej, z drugiej strony wiedzą, że za pomocą ukrytych komunikatów niewerbalnych mogą skutecznie wpływać na zachowanie drugiej strony, a także i sądu³².

Rozdźwięk pomiędzy tymi sferami sprawia, że sprawni prawnicy potrafią, zachowując standardy etyki komunikacji w sferze jawnej, posługiwać się technikami manipulacji w sferze ukrytej. Na gruncie przepisów prawa nie można im zarzucić żadnych uchybień, jednak ich postępowanie ani nie prowadzi do rozwiązania konfliktu, ani nie pozwala stronom, które reprezentują, na pokojowe ułożenie relacji.

2. Konflikt a spór

Zagadnienie konfliktów jest przedmiotem zainteresowania m.in. psychologii, socjologii, ekonomii, teorii gier, ale też prawa. Każda z tych dziedzin bada zjawisko konfliktu z innej perspektywy. Psychologowie dociekają przyczyn konfliktu, badają zachowania ludzi w sytuacjach konfliktowych oraz ich wpływ na osobowość. Socjologowie koncentrują się na charakterze konfliktów międzygrupowych, ich dynamice, wpływie na struktury społeczne. Matematycy analizują konflikt zapisany w formie abstrakcyjnego modelu teorii gier, między innymi szukają optymalnych strategii. Prawnicy, ujmując rzecz kolo-kwialnie, żyją z istnienia konfliktów. Jedną z podstawowych funkcji prawa jest zapewnienie spokoju publicznego poprzez generalne i abstrakcyjne regulacje konfliktów interesów, które w postaci indywidualnego i konkretnego kontekstu przybierają formę sporu.

W prawie przede wszystkim funkcjonuje pojęcie sporu, które jest utożsamiane z konfliktem. Spór to sytuacja, w której jedna ze stron występuje z twierdzeniem, żądaniem, roszczeniem czy skargą kwestionowaną przez drugą stronę³³. Główne działanie podejmowane w sporze to rozstrzyganie, które odbywa się na płaszczyźnie tworzenia prawa, czyli norm generalnych, oraz stosowania prawa, czyli norm konkretnych. Stosowanie prawa w aspekcie rozstrzygania sporów jest procesem wiążącej oceny zaistniałych zachowań określonych podmiotów z uwagi na obowiązujące reguły zachowań³⁴. Pojęcie sporów cywilnych

³² J. Jabłońska-Bonca, *Z problematyki warsztatu pracy...*, s. 18–19.

³³ Za: L. Morawski, *Proces sądowy a instytucje alternatywne...*, s. 12. Por. J. Kurczewski, *Spór i sądy*, Warszawa 1982, s. 8, 52.

³⁴ Por. A. Korybski, *Alternatywne rozwiązywanie sporów w USA*, Lublin 1993, s. 53.

jest szczegółowo analizowane na gruncie materialnego i procesowego prawa cywilnego. Obejmuje zarówno spory o roszczenia, jak i żądania normatywnej kwalifikacji określonych zachowań oraz ich skutków³⁵. Pogląd ten odpowiada przedmiotowi ochrony prawnej w procesie cywilnym, jakim są powództwa o świadczenie, o ustalenie istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa, o ukształtowanie stosunku prawnego. W ujęciu teoretycznym istotne cechy sporu cywilnego to równorzędność oraz swoboda stron w kształtowaniu wzajemnych relacji³⁶.

W literaturze prawnej pojęcia sporu i konfliktu są stosowane zamiennie na określenie sytuacji, w której strony podejmują działania w celu realizacji sprzecznych interesów. Cechami tej sytuacji jest zarówno świadomość stron co do tego, jakie mają interesy oraz co do faktu, że są one sprzeczne z interesami drugiej strony, jak również podjęcie działań na rzecz własnych interesów. Konflikt interesów może występować na poziomie abstrakcyjnym i wtedy jest przedmiotem analiz legislacyjnych lub dotyczyć indywidualnych podmiotów i być rozstrzygany w procesie stosowania prawa.

Społeczne oczekiwania nakładają na państwo obowiązek reagowania na sytuacje konfliktowe/sporne. Reakcja ta może polegać na stłumieniu konfliktu, uregulowaniu go lub rozwiązaniu. Regulacja konfliktów społecznych oznacza podjęcie przez państwo szeregu czynności, w tym instytucjonalizacji i związanego z nią przekształcenia oraz zdefiniowania ich w języku prawnym³⁷. Państwo jest właścicielem konfliktu, a uprawnienie do jego regulacji jest jego wyłącznym uprawnieniem. W ramach tego uprawnienia zostają określone potrzeby i interesy, do których jednostki mogą lub powinny aspirować³⁸. Konflikty są przez prawo regulowane bezpośrednio – państwo narzuca podmiotom konfliktu jego rozstrzygnięcie, lub pośrednio – państwo pozostawia decyzję dotyczącą rozstrzygnięcia zainteresowanym podmiotom. Ponadto część z nich pozostaje nieuregulowana. Oznacza to, że prawodawca:

- rozstrzyga konflikty (spory) *in abstracto*, szczegółowo regulując, jaki interes czy dobro, w jakim zakresie, w jakiej sytuacji i pod jakimi warunkami jest chronione³⁹,
- pozostawia stronom decyzję o sposobie zakończenia konfliktu (sporu), np. w sferze, której dotyczy zasada swobody umów, jednocześnie określając granice prawne tej swobody,
- rezygnuje z regulacji stosunków społecznych⁴⁰.

³⁵ Np. R. Niczyporuk, *Próba wstępnego „załatwienia” sporu cywilnego* (w:) *Polska lat dziewięćdziesiątych. Przemiany państwa i prawa*, praca zbior. pod red. T. Bojarskiego, Lublin 1997, s. 363–375 oraz literatura tam powołana.

³⁶ Przyjęta definicja nie wyczerpuje cech sporu cywilnego. Celem pracy nie jest analiza dogmatyczna, z tego względu wyróżniono tylko cechy istotne z punktu widzenia procesu zakończenia sporu.

³⁷ Por. G. Skąpska, *Prawo a dynamika społecznych przemian*, Kraków 1991, s. 61.

³⁸ Tak: A. Kojder, *Godność i siła prawa. Szkice socjologiczno-prawne*, Warszawa 2001, s. 312; por. H. Groszyk, A. Korybski, *Konflikt interesów i prawo*, Warszawa 1990, s. 69.

³⁹ W tym przypadku sankcja jest bezpośrednią konsekwencją stwierdzenia naruszenia normy.

⁴⁰ Por. A. Korybski, *Alternatywne rozwiązywanie...*, s. 69.

Prawnicy podejmują działania tylko w tych sporach, które są przedmiotem prawa, czyli takich, które prawo „widzi”. Poza zakresem tej książki są negocjacje toczące się w ramach tworzenia prawa. Z kolei pozornie poza polem zainteresowań prawników są te spory, z których regulacji ustawodawca zrezygnował. Bezspornie prawnicy uczestniczą w sporach, w których w jakimkolwiek stopniu pozostawiono stronom możliwość decydowania o własnej sytuacji prawnej. W języku prawniczym przekłada się to na obszar prawa cywilnego oraz wybrane obszary innych gałęzi prawa, np. instytucje prawa karnego, administracyjnego prawa pracy czy prawa upadłościowego.

Zasadnicza różnica w ujęciu prawnym i pozaprawnym polega na tym, że w prawie konflikt i spór są pojęciami używanymi zamiennie, traktowanymi niemal równorzędnie. W ujęciu pozaprawnym spór powstaje na skutek eskalacji i zakomunikowania konfliktu innej osobie⁴¹.

Po co współczesnemu prawnikowi wiedza o konflikcie? Odpowiedź jest prosta: żeby skutecznie reprezentować swojego klienta. Oczywiście można przyjąć stanowisko, że to klient powinien wiedzieć do czego dąży oraz co warunkuje jego sytuację. Ponadto powinien to zwięźle i rzeczowo przedstawić, aby prawnik mógł podjąć właściwe czynności. W negocjacjach taka postawa skazuje na niepowodzenie bez względu na posiadaną siłę i zasoby. Rozumienie istoty konfliktów jako takich oraz ich uwarunkowań, w szczególności typów zachowań i postaw stron, pozwala na właściwą diagnozę sytuacji oraz wybór właściwych narzędzi oddziaływania. Nie jest łatwo przekonać prawników, że to, co zwykli uważać za obszar swojego działania jest polem zbyt wąskim i że jest to pierwsza z przyczyn ich niepowodzeń.

3. Idea zarządzania konfliktem

Pojęcie „zarządzania konfliktem” jest definiowane głównie na gruncie socjologii i psychologii społecznej i odnoszone jest szczególnie do zarządzania zasobami ludzkimi⁴². Zarządzanie konfliktem opiera się na założeniu wykorzystania potencjału sytuacji konfliktowej w celu poprawienia sytuacji uczestników konfliktu, na przykład poprzez osiągnięcie poprawy relacji, zwiększenia świadomości lub, w szerszym wymiarze, uwydatnienie dysfunkcyjności sytuacji lub stosunków społecznych w celu jej zniwelowania⁴³. Zarządzanie konfliktem odnosi się szczególnie do sytuacji społecznej, w której funkcjonują różne typy konfliktów. Jednocześnie często wiąże się ona z odejściem od wyłącznego

⁴¹ Por. J. Kurczewski, *Spór...*, s. 51–52.

⁴² Rozważania zawarte w tej pracy są kontynuacją założeń i teorii przedstawionych w rozprawie doktorskiej A. Jakubiak-Mironczuk, *Alternatywne a sądowe rozstrzygnięcie sporów cywilnych*, Toruń 2006, podobne ujęcie przyjął A. Zienkiewicz, *Studium mediacji. Od teorii ku praktyce*, Warszawa 2007, s. 20–21.

⁴³ Por. D.W. Matthews, *Resolving Conflict*, North Carolina Cooperative Extension Service, Electronic Publication Number fcs2766 8/95-JMG, May 1993 s. 1–2; R.J. Lewicki, D.M. Saunders, B. Barry, J.W. Minton, *Zasady negocjacji*, Poznań 2005, s. 35; R.J. Fisher, *Konflikt międzygrupowy* (w:) M. Deutsch, P.T. Coleman (red.), *Rozwiązywanie konfliktów. Teoria i praktyka*, Kraków 2005, s. 165–167 oraz A. Garbacik, *Podstawy zarządzania konfliktami*, Poznań 2000.

monopolu państwa na sprawowanie wymiaru sprawiedliwości na rzecz wprowadzania tzw. instytucji irenicznych, na przykład mediacji.

Rozważania nad instytucjami „zarządzania konfliktem” opierają się na założeniu, że aby możliwe było wykorzystanie pozytywnego potencjału konfliktu instytucje o takim charakterze powinny być zorientowane na szerokie, całościowe i realne postrzeganie konfliktu. Działania podejmowane w ramach wszelkich procedur powinny uwzględniać złożony charakter konfliktów oraz być zorientowane na zarządzanie konfliktem i jego potencjałem.

Miejsce sądowego rozstrzygania sporów, związanego z ideą procedur sądowych idealnych dla wszystkich typów konfliktów, zajmują formy alternatywnego rozwiązywania konfliktów. Odpowiedzią na zmianę charakteru konfliktów jest pluralizm form i sposobów ich rozwiązywania. Pojęcie „tryby alternatywne” ciągle ewoluuje. W początkowej fazie były one utożsamiane z arbitrażem i mediacją. Obecnie zaliczane są do nich również negocjacje. Poza tym dynamiczny rozwój instytucji sądowych i pozasądowych zaowocował powstaniem form hybrydowych oraz tendencją do tworzenia elastycznych procedur, które łączą cechy różnych trybów lub przewidują możliwość płynnego przechodzenia pomiędzy nimi w ramach jednego postępowania⁴⁴. Na użytek rozważań systemowych przyjmuję cztery tryby rozwiązywania i rozstrzygania konfliktów⁴⁵: tryb kontraktowy jako forma bezpośrednich negocjacji, tryb mediacyjno-koncyliacyjny jako forma mediacji, tryb arbitrażowy oraz tryb adjudykacyjny, któremu odpowiada proces sądowy. Wobec tego w ramy pojęcia „alternatywne sposoby rozwiązywania sporów” należy ująć negocjacje, mediacje i arbitraż⁴⁶.

Alternatywne formy rozwiązywania konfliktów istniały w przeszłości w wielu porządkach prawnych, niemniej współczesne instytucje ukształtowały się przede wszystkim w latach 70. w Stanach Zjednoczonych, a obecnie są przyjmowane i rozwijane w krajach Unii Europejskiej. Pierwsza faza ich rozwoju polegała na zdefiniowaniu istniejących lub wykształceniu nowych konwencjonalnych metod pozasądowych, odpowiadających głównemu podziałowi, w ramach trybu konsensualnego, mediacyjnego i arbitrażowego. Na kolejnym etapie, w efekcie modyfikacji podstawowych trybów konwencjonalnych, powstały formy hybrydowe a wybrane tryby zostały włączone do systemu wy-

⁴⁴ Por. *Standardy Prawne Rady Europy. Zalecenia*, t. IV, *Sądownictwo*, Warszawa 1998, s. 241 i n. (Rekomendacja nr R (86) 12 Komitetu Państw Członkowskich Rady Europy z 1998 r.).

⁴⁵ Por. L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 1999, s. 192; A. Korybski, *Alternatywne rozwiązywanie...*, s. 34–37.

⁴⁶ Tryb kontraktowy jest formą bezpośrednią, w której rozstrzygnięcie następuje w drodze porozumienia, bez udziału osób trzecich. Przy wyborze reguł i procedury strony mają pełną autonomię. W trybie mediacyjno-koncyliacyjnym strony zachowują swobodę co do zasad i procedury oraz wybierają bezstronnego mediatora. Mediator jednak nie ma żadnych uprawnień władczych, jego rola ogranicza się do doradztwa i pomocy w osiągnięciu konsensusu. Tryb arbitrażowy charakteryzuje się, poza autonomią stron w kwestii wyboru zasad, procedur i osoby arbitra, jego władczymi uprawnieniami i możliwością przymusowego wykonania rozstrzygnięć. W trybie adjudykacyjnym spór toczy się przed z góry wybraną osobą, która działa na podstawie ustalonych reguł i procedur – zob. J. Kurczewski, *Spór...*, s. 58–61; A. Korybski, *Alternatywne rozwiązywanie...*, s. 103–123 i literatura tam powołana, L. Morawski, *Proces sądowy a instytucje alternatywne (na przykładzie sporów cywilnych)*, PiP 1993, z. 1, s. 21–22.

miaru sprawiedliwości. Cechy funkcjonowania alternatyw zewnętrznych wobec wymiaru sprawiedliwości to swobodne uznanie stron wobec przystąpienia i odstąpienia od rozmów, wpływ na kształt lub wybór zasad postępowania, dobrowolność wykonania porozumienia, brak organu kontrolującego treść ustaleń, brak możliwości zastosowania przymusu państwowego w celu egzekucji postanowień porozumienia. Alternatywy wewnętrzne mają z kolei przynajmniej jedną z następujących cech: możliwość inicjacji postępowania przez organy władzy państwowej, obowiązek przystąpienia do rozmów, kompetencje organów państwowych do kontroli porozumienia pod względem zgodności z prawem powszechnie obowiązującym, zabezpieczenie wykonalności przez organy państwowe.

W teorii prawa funkcjonuje pojęcie sporu jako sytuacji, w której jedna ze stron występuje z twierdzeniem, żądaniem, roszczeniem czy skargą kwestionowaną przez drugą stronę oraz równoległe pojęcie konfliktu definiowane przez nauki społeczne⁴⁷. Działania podejmowane w kontekście tych dwóch pojęć to adekwatnie rozstrzyganie i rozwiązywanie. Rozstrzyganie sporów przez prawo odbywa się na płaszczyznach tworzenia prawa, czyli norm generalnych oraz stosowania prawa, czyli norm konkretnych. W ujęciu socjologicznym spór powstaje na skutek eskalacji i zakomunikowania konfliktu innej osobie⁴⁸.

Konflikt na gruncie nauki jest analizowany wszechstronnie. Teorie socjologiczne szczegółowo zajmują się: przyczynami powstawania konfliktów, przykładowo Z. Freuda, W. McDougalla, G. Le Bona, G. Tarde'a, J. Nowinkowa, V. Pareto, W.F. Ogbuna; reakcjami społeczeństwa, przykładowo R.K. Mertona; konsekwencjami występowania konfliktów dla społeczeństwa, na przykład T. Parsons uważał konflikty za przejaw choroby społecznej, a dla K. Marksa występowanie konfliktów to immanentna cecha społeczeństwa. Ponadto popularne są również teorie łączące powyższe podejścia, na przykład L. Cosera, R. Dahrendorfa oraz te, które wyodrębniają rodzaje konfliktu ze względu na podmiot, przedmiot i formy przejawiania się konfliktu. Głównie są to rozważania w kontekście funkcjonowania społeczeństwa, istotne przy badaniu konfliktu w szerszym kontekście niż analiza kwestii efektywności rozwiązywania konfliktów indywidualnych. W praktyce często powoływana jest zwulgaryzowana teoria Darwina. Stanowi ona wygodne uwiarygodnienie zjawisk społecznych, takich jak rasizm, seksizm czy nazizm, ale często jest również powoływana jako usprawiedliwienie przyjmowania postaw bezpardonowej walki i manipulacji podczas negocjacji.

W poszukiwaniu odpowiedzi na pytanie o różnice pomiędzy sporem a konfliktem istotny jest podział na wąskie i szerokie definicje konfliktu⁴⁹. Definicje wąskie ograniczają rozumienie tego zjawiska do sprzeczności zachowań. Definicje szerokie odnoszą się do szeroko rozumianych sprzeczności celów, a przede wszystkim interesów. W tym podstawowym znaczeniu konflikt to – podobnie jak spór – przeciwstawne działania podmiotów, świadomie dążących

⁴⁷ Za: L. Morawski, *Proces sądowy a instytucje alternatywne*, PiP 1993, z. 1, s. 12. Por. J. Kurczewski, *Spór...*, s. 8, 52.

⁴⁸ Za: J. Kurczewski, *Spór...*, s. 51–52.

⁴⁹ Por. M. Mlicki, *Konflikty społeczne: pułapki i dylematy działań zbiorowych*, cz. I, Warszawa 1992.

do wymuszenia swoich racji lub osiągnięcia ograniczonych dóbr⁵⁰. Wąskie rozumienie konfliktu często oparte jest na poglądzie, że konflikt to walka i inne zachowania ukierunkowane na osiągnięcie pożądaných wartości, a ponadto na zneutralizowanie bądź wyeliminowanie przeciwnika⁵¹. Strony tak rozumiejące sytuację wybierają konflikt walki, gry i perswazji. W konflikcie walki celem jest eliminacja przeciwnika, w konflikcie gry – maksymalizacja własnych korzyści, w konflikcie perswazji – zmiana preferencji lub postawy przeciwnika⁵².

Szerokie definicje konfliktu podkreślają zorientowanie na złożoną strukturę sytuacji, jej dynamikę i interakcyjność oraz różnicę interesów jako przyczynę⁵³. Konflikt to sytuacja lub proces, w których dwie lub więcej zbiorowości są powiązane co najmniej jedną formą antagonistycznej interakcji. Konflikt składa się z przedmiotu, którym może być wartość materialna lub idealna, podmiotów, celu oraz działań podejmowanych przez podmioty, które zawierają się pomiędzy biernym oporem a różnymi formami agresji pośredniej i bezpośredniej⁵⁴. Jeżeli strony konfliktu i przeciwstawność ich dążeń są jasno określone, sposób reprezentacji ich interesów jest sprecyzowany podmiotowo i proceduralnie, a sposób sankcjonowania konfliktu nie budzi wątpliwości, mowa jest o konflikcie pełnym.

Konflikt częściowy charakteryzuje się niewystępowaniem niektórych elementów lub ich występowaniem w tak niewielkim zakresie, że są trudne do zidentyfikowania, np. dążenia stron są częściowo zbieżne, a częściowo przeciwstawne, zachowania nie są w pełni manifestowane⁵⁵. Ponadto, odnosząc się do faktycznego istnienia lub nieistnienia w sensie obiektywnym sprzeczności dążeń stron, wyróżnia się konflikt realistyczny i nierealistyczny⁵⁶.

Istnieje wspólny zakres pomiędzy sporem i konfliktem w ujęciu szerokim, związany z wyróżnieniem konfliktu potencjalnego i realnego⁵⁷. Zakres

⁵⁰ Por. J. Kurczewski, *Spór...*, s. 47 oraz H. Groszyk, A. Korybski, *Konflikt...*, s. 23.

⁵¹ Np. poglądy L.A. Cosera i J. Sztumskiego. Więcej: M. Magoska., *Spółeczno-kulturowe podłoże konfliktów prawnych*, Wrocław 1991, s. 11 oraz J. Sztumski, *Konflikt społeczny*, Katowice 1987, s. 104.

⁵² A. Rapoport wprowadził ten podział ze względu na cele, środki i oczekiwania stron w stosunku do rozwiązania konfliktu (za: M. Muszara, *Codzienne konflikty i odświętna sprawiedliwość*, Warszawa 1989, s. 217).

⁵³ Tak: J. Gray, *Dwie twarze liberalizmu*, Warszawa 2001, s. 19, por. B. Pasierb (red.), *Sprzeczności i konflikty społeczne oraz ich skutki polityczne*, Warszawa 1989, s. 118.

⁵⁴ Np. definicja C. Finka – więcej: D. Walczak-Duraj, *Wykłady z socjologii*, Łódź 1996, s. 165.

⁵⁵ H. Groszyk, A. Korybski, *Konflikt...*, s. 24.

⁵⁶ Konflikt realistyczny to konflikt ukierunkowany na osiągnięcie określonego celu. W konflikcie nieralistycznym nie istnieją sprzeczne cele, a tylko potrzeba rozładowania napięcia. Wynika z tego, że konflikt nieralistyczny jest celem samym w sobie – zob. S. Andrzejewski, J. Olszewski (red.), *Uwarstwienie a rozwój społeczny*, Londyn 1964 s. 60–65, za: J. Chłopecki, *Socjologia – wybór tekstów*, Rzeszów 2000, s. 14. W odniesieniu do kontekstu badawczego uwzględniane jest Ponadto znaczenie behawioralne, psychospołeczne i socjologiczne. Konflikt w znaczeniu behawioralnym to działanie jednostek lub grup społecznych o sprzecznych względem siebie dążeniach. Konflikt w znaczeniu psychospołecznym odnosi się do napięć powstających w wyniku uświadomienia sobie przez podmioty konfliktu przeciwstawności dążeń. Konflikt w znaczeniu socjologicznym akcentuje strukturalną sprzeczność sytuacji konfliktowej polegającej na niemożności jednoczesnej realizacji wszystkich interesów – zob. np. J. Mucha, *Konflikt i społeczeństwo. Z problematyki konfliktu społecznego we współczesnych teoriach zachodnich*, Warszawa 1978.

⁵⁷ J. Reykowski, *Konflikty polityczne* (w:) K. Skarżyńska (red.), *Psychologia polityczna*, Poznań 1999, s. 169.

pojęcia „konflikt potencjalny” odnosi się do sytuacji sprzeczności aspiracji lub opinii. Konflikt realny, w wąskim znaczeniu, ogranicza się do podjętych działań w celu realizacji sprzecznych aspiracji lub wyrażania przeciwstawnych opinii⁵⁸. W języku prawnym działania te przyjmują formę roszczeń do podjęcia lub powstrzymania się od określonych działań faktycznych lub czynności prawnych⁵⁹. Szerokie ujęcie konfliktu pozwala odróżnić konflikt od sporu, poprzez odróżnienie stanu istnienia sprzeczności oraz sytuacji podjęcia działań. Konflikt istnieje, jeżeli dwie lub więcej stron, wzajemnie od siebie zależnych, spostrzegają niemożliwe do pogodzenia różnice lub blokadę dążeń w zakresie potrzeb, zasobów lub wartości oraz podejmują działania, w wyniku których konflikt ulega eskalacji, złagodzeniu lub rozwiązaniu. Podobnie R.J. Rummel mówi o konfliktach latentnych i faktycznych, wyróżniając trzy poziomy konfliktu: potencjalności, dyspozycji i siły oraz manifestacji⁶⁰.

Kolejne kwestie leżą w obszarze indywidualnych właściwości stron: interesy i wartości, które przekładają się na motywy i cele działania. Przyczyny, dla których dana jednostka uznaje określone interesy i wartości, są tak złożone, że w konkretnej sytuacji są przyjmowane jako aksjomat. Niemniej właśnie osobiste preferencje w połączeniu z oceną sytuacji skutkują przyjęciem pewnych postaw i motywacji⁶¹. Ponadto, pomijając kwestie percepcji i oceny, sytuacja konfliktu zawsze jest ograniczona przez zasoby, przepisy prawne i inne regulacje, czas i miejsce. Dodatkowym utrudnieniem jest dostęp do informacji oraz sposób ich analizy. W konsekwencji samo uwarunkowanie sytuacji może utrudniać lub ułatwiać stronom dochodzenie do porozumienia.

Konsekwencje konfliktu są kwalifikowane jako zdecydowanie negatywne, neutralne, naturalne, o pozytywnym lub potencjalnie destruktywnym wpływie, ale przy właściwym działaniu przynoszącym określone korzyści⁶². Konflikt w dużym stopniu determinuje zachowania, wybory i strategie, a związane z nim działania i przyjmowane postawy wywierają trwałe skutki niemal we wszystkich dziedzinach funkcjonowania danej struktury. Z definicji konfliktu wynika, że do istotnych obszarów należy zaliczyć: sprzeczność interesów, celów, opinii, zaangażowane podmioty oraz zmienność sytuacji konfliktowej. Niemniej w zakresie konfliktu realnego istotne uwarunkowania sytuacji konfliktowej wynikają ze stanu rzeczywistego, czyli zbioru faktów i zdarzeń. Odpowiada to przedstawionej systematyce, która wskazuje, że konflikt determinują: cechy i umiejętności osób uczestniczących w interakcji – interesy i wartości oraz uwarunkowania sytuacji – struktura oraz informacje.

W kontekście rozważań nad pojęciem zarządzania konfliktem w celu wykorzystania jego pozytywnego potencjału istotny jest wniosek, że instytu-

⁵⁸ Za: J. Reykowski, *Negocjacje drogą do paktu społecznego*, Warszawa 1996, s. 323–325.

⁵⁹ Por. J. Kurczewski, *Spór...*, s. 52–53.

⁶⁰ Za: J. Folberg, A. Taylor, *Mediation. A Comprehensive Guide*, San Francisco 1984, s. 22.

⁶¹ Por. W.J. Holdsworth, *Advocacy and Negotiation in Industrial Relations*, Sydney 1987, s. 136–139.

⁶² Poglądy o negatywnym wpływie konfliktu prezentowali: L. Coser, P.S. Cohen, R. Dahendorf, traktując konflikt w kategoriach walki, sporów i napięć. G. Simmel uważa, że konflikt pełni przede wszystkim funkcje destrukcyjne. T. Parsons traktował konflikty jako przejaw choroby społecznej. Zob. J. Sztumski, *Konflikt społeczny*, Katowice 1987, s. 83; S. Jedynek, *Teorie konfliktu społecznego* (w:) A. Żuk (red.), *Konflikt i walka*, Lublin 1993, s. 22.

cje wpisujące się w idee zarządzania konfliktem powinny być zorientowane na szerokie, całościowe i realne postrzeganie konfliktu. W konsekwencji procedury oparte na instytucjach umożliwiających zarządzanie konfliktem powinny mieć na celu osiągnięcie perspektywnego rozwiązania odnoszącego się do wszystkich aspektów konkretnej sytuacji, a w konsekwencji spełniać następujące warunki:

- 1) wszelkie działania powinny być rozpoczynane jak najwcześniej, aby sytuacja konfliktu nie uległa eskalacji;
- 2) działania powinny być skoncentrowane na ustalenie przyczyn konfliktu, czyli zakresu i charakteru zarówno sprzecznych, jak i zgodnych interesów;
- 3) uczestnikom konfliktu należy zapewnić dostęp do informacji oraz pomoc w ich obiektywnej ocenie;
- 4) uczestnikom należy zapewnić możliwość niezakłóconej komunikacji, a w przypadku, gdy sami nie posiadają takich kompetencji – fachowej pomocy.

W ramach tej idei szeroko opisywane jest zjawisko „kradzieży konfliktu”, które polega na wyalienowaniu konfliktu z jego społecznego kontekstu⁶³. Autor teorii prawa jako systemu autopoietycznego G. Teubner wysnuwa taki wniosek z analizy cech systemu prawa, w szczególności modelu jego stosowania. Oczywiście w tym kontekście nasuwają się pytania: dlaczego i komu prawo „kradnie konflikt”, dlaczego sala sądowa nie nadaje się do rozwiązywania konfliktów, co jest nie tak z wymiarem sprawiedliwości.

Odpowiedź na te pytania zależy od tego, kto jej udziela. Prawnicy chcą wierzyć, że odgrywają w konflikcie pozytywną rolę. Występując w imieniu klienta, wykorzystują wiedzę i umiejętności i uzyskują dla niego możliwie najlepsze, w danych warunkach, rozstrzygnięcie. Opinie klientów zależą głównie od efektów pracy prawnika, niemniej nie są pochlebne. Odzwierciedleniem są anegdoty o prawnikach ciągnących sprawy dla własnych korzyści. Poza obiegowymi opiniami o hermetyczności języka, aroganckim zachowaniu czy stronnictwie sądów istnieją również badania potwierdzające, że przeciętny Kowalski nie ma zbyt wielu powodów, żeby zarówno wymiar sprawiedliwości, jak i prawników darzyć zaufaniem.

Podnoszone problemy to rosnące zaległości sądów w rozstrzyganiu spraw, rosnące koszty postępowania oraz nietrwałość rozstrzygnięć jurydycznych⁶⁴. Szybkość, sprawność i niezawodność postępowania przed sądami pozostaje nadal jedynie w sferze postulatów, a nie realizowanych założeń. Klient uwikłany w biurokratyczne procedury, przytłoczony powagą sądu i sztywnymi ramami procedur sądowych czuje się pozostawiony na łaskę i niełaskę adwokata czy radcy prawnego. Z kolei ten upiera się, że ważne są te aspekty sprawy, które dla zainteresowanego wydają się nie mieć aż tak dużego znaczenia. I tak zgodnie ze znaną frazą: „idąc po sprawiedliwość, wychodzi z wyrokiem”. Możliwe jest przyjęcie stanowiska, że taka sytuacja jest w większym stopniu problemem

⁶³ G. Teubner, *Sprawiedliwość alienująca. O dodatkowej wartości dwunastego wielbłąda*, Ius et Lex 2002, nr I, s. 110–116.

⁶⁴ W tym debaty prowadzone przez Instytut Spraw Publicznych w latach 2001–2002.

klientów niż prawników. Jednak przyjęcie takiej perspektywy nie jest szkodliwe w przypadku posiadania skrajnie egoistycznej postawy w warunkach braku konkurencji.

Wiele napisano o słabej kondycji prawa, prawników i wymiaru sprawiedliwości. Biorąc pod uwagę kulturowe uwarunkowania Polaków do zachowawczego widzenia świata – zawsze można powiedzieć „a nie mówiłem” – większość szanujących się autorytetów konsekwentnie rozważa kolejne argumenty potwierdzające negatywną ocenę sytuacji. Jako wada podnoszona jest sztywność reguł procesowych, która, w połączeniu z przeciążeniem sądów, wpływa negatywnie na czas postępowania, doprowadzając do paradoksów indolencji systemu w długiej perspektywie. W konsekwencji, w świetle dynamiki sytuacji konfliktowych, prowadzi to do wymuszonego stanu separacji stron, pozornie pokojowego współistnienia lub przeciwnie – do eskalacji i walki wskutek braku możliwości zrealizowania swoich interesów na drodze procedur sądowych⁶⁵. W obrocie gospodarczym orzeczenie wydane po trzech latach może oznaczać, że nie będzie istniał podmiot tego orzeczenia. Konsekwencje nieuregulowanej sytuacji prawnej w najlepszym przypadku blokują rozwój, w najgorszym – uniemożliwiają prawidłowe funkcjonowanie⁶⁶.

Negatywne oceny działania sądów formułuje, w zależności od źródła, od 20 do 57,6% badanych. Dodatkowo kontakt z sądami również negatywnie wpływa na ocenę wymiaru sprawiedliwości⁶⁷. Słaba kondycja wymiaru sprawiedliwości stoi w sprzeczności z prawami obywatela w demokratycznym państwie prawa. Mimo konstytucyjnego prawa do sądu, dostęp obywateli do sądu jest ograniczony z racji przeciążenia sądów, przewlekłości i rosnących kosztów postępowania. Nie zachęca też do korzystania z usług sądów formalizacja procedury. Oceny generują tendencje do określonego zachowania, a wiedza i przekonania o przedmiocie postaw bezpośrednio wpływają na przyjętą wobec niego postawę⁶⁸. Z tego wynika, że powszechność negatywnych ocen organizacji i pracy sądów, w tym przebiegu rozprawy, przewlekłości postępowania, kompetencji sądów, skutkuje przyjęciem negatywnych postaw wobec tego sposobu pracy z konfliktem, co jest kolejnym czynnikiem utrudniającym

⁶⁵ Tak: S. Chelpa, T. Witkowski, *Psychologia konfliktów...*, s. 106–138.

⁶⁶ Np. Regulamin Stałego Polubownego Sądu Gospodarczego Wielkopolskiej Izby Przemysłowo-Handlowej w § 19 przewiduje wydanie wyroku w tzw. „rozsądnym terminie” – w ciągu 21 dni od ukonstytuowania składu orzekającego. Na problem ten zwróciła uwagę także Komisja Europejska w Okresowym Raporcie 2000. Ocena polskiego sądownictwa pod tym względem nie jest zadowalająca. Według tego raportu średni czas trwania postępowania spornego w Warszawie trwa niekiedy 40 miesięcy, a opóźnienia mogą sięgać nawet dwóch lat. Negatywnie zostały ocenione działania rządu, ze względu na fakt, że ograniczają się do projektów zwiększenia liczby sądów – Okresowy Raport 2000 Komisji Europejskiej o postępach Polski na drodze do członkostwa w Unii Europejskiej – Monitor Integracji Europejskiej, nr 34, s. 17; zob. też L. Morawski, *Główne problemy...*, s. 27–30.

⁶⁷ Zob. J. Kochanowski, *Co dalej?*, Ius et Lex 2005, nr III, s. 15; L. Balcerowicz, *System prawa a rozwój gospodarczy*, Ius et Lex 2005, nr III, s. 288; J. Czapska, *Wizerunek sądu w opinii społecznej* (w:) M. Borucka-Arctowa, K. Pałeczki (red.), *Sądy w opinii...*, s. 15. Z badań prof. J. Czapskiej wynika, że na opinię ma wpływ wykształcenie i dochody badanych oraz ich styczność z wymiarem sprawiedliwości.

⁶⁸ M. Borucka-Arctowa, J. Czapska, K. Daniel, *Typologia postaw wobec sądu (w świetle badań empirycznych)*, Kraków 1990, s. 15.

jego rozwiązanie w ramach postępowania sądowego⁶⁹. Takie oceny dominowały zarówno w 1990 r., w czasie badań prowadzonych przez zespół prof. M. Boruckiej-Arctowej, jak i 11 lat później, gdy badania prowadził Instytut Spraw Publicznych⁷⁰.

Tryb adjudykacyjny, bez względu na model, w ramach którego jest realizowany, a ze względu na cel, ma retrospekcyjny charakter. Sędzia zmierza do wykazania, kto i w jakim stopniu dopuścił się naruszenia normy prawnej oraz kto i w jakim stopniu odpowiada i poniesie konsekwencje tego naruszenia. Nie zmienia tego faktu próba łączenia elementów konsensualnych z osądzaniem, poprzez nałożenie na sędziego obowiązku nakłaniania uczestników do pojednania. Dochodzenie do porozumienia jest złożonym procesem, uzależnionym od sytuacji stron, czasu oraz przebiegu sporu poza sądem. Świadomość zasad i celów procedury prawnej nie sprzyja podejmowaniu działań pojednawczych. Wezwanie sędziego do podjęcia ich nie pozostaje bez znaczenia, ale niepoparte żadnymi działaniami nie ma szans na urzeczywistnienie⁷¹.

Kolejną kwestią jest kontradyktoryjny sposób prowadzenia procesu, w którym strony przedstawiają zarzuty i odpowiadają na nie, co nadaje mu sporny charakter. W efekcie wyrok wylania zwycięzcę i przegranego. Bierna struktura rozstrzygnięć sądowych eliminuje możliwość uzyskania porozumienia konsensualnego, co z kolei oznacza, że strona przegrana albo podporządkuje się orzeczeniu dobrowolnie, pomimo negatywnego stanowiska, albo zostanie ono wobec niej wyegzekwowane. W obu przypadkach nie dochodzi do poprawienia relacji pomiędzy stronami. W stałych relacjach rodzinnych, sąsiedzkich czy pracowniczych zwiększa to prawdopodobieństwo ponownego sporu na tym samym bądź innym tle. Jeżeli dodatkowo nie dojdzie do skutku egzekucja, również strona wygрана *de facto* znajdzie się w sytuacji przegranej⁷².

Teoria nieadekwatności sposobów rozwiązywania konfliktów we współczesnych społeczeństwach przejawia się, zdaniem N. Christe, przez zjawisko „wywłaszczenia konfliktu”⁷³. Wywłaszczenie, czy inaczej kradzież konfliktu, na gruncie sprawiedliwości karnej oznacza odebranie stronom konfliktu, w tym wypadku pokrzywdzonemu, uprawnień decyzyjnych w stosunku do sytuacji konfliktu, w której ta strona jest podmiotem. Według tej teorii przejawem „kradzieży konfliktu” jest przeniesienie ciężaru decyzji, w kwestiach nie tylko merytorycznych, ale też formalnych, ze stron na organy wymiaru sprawiedliwości, nadrzędność aspektów prawnych nad interesami stron.

⁶⁹ Tak: M. Zubik (red.), K. Wilamowski, M. Wilczyński, T. Zahorski, *Niedostatki...*, s. 17–62.

⁷⁰ Ponadto, stwierdzono korelację pomiędzy liczbą kontaktów z sądem a negatywną oceną, która była przez nie wzmocniana – zob. M. Borucka-Arctowa, J. Czapka, K. Daniel, *Typologia postaw wobec sądu...*, s. 112–116; oraz M. Zubik (red.), K. Wilamowski, M. Wilczyński, T. Zahorski, *Niedostatki...*, s. 55–59.

⁷¹ Np. L. Thompson, J. Nadler, *Tendencyjność sądów w rozwiązywaniu konfliktów. Jak ją pokonać?* (w:) M. Deutsch, P.T. Coleman (red.), *Rozwiązywanie konfliktów...*, s. 213–234 i literatura tam powołana.

⁷² Por. L. Morawski, *Główne problemy...*, s. 174.

⁷³ Zob. N. Christe, *Conflicts as Property*, *The British Journal of Criminology* XVII, 1977, nr 1, s. 1–15; G. Teubner, *Sprawiedliwość alienująca...* s. 110–116 oraz np. A. Gryniuk, *Przymus prawny. Studium socjologiczno-prawne*, Toruń 1994, s. 56–57; L. Falandysz, *W kręgu kryminologii radykalnej*, Warszawa 1989, s. 182–189; J. Waluk, *Mediacja jako instytucja dla pokrzywdzonego*, *Mediator* 2002, nr 20(1), s. 25–32.

W procesie rozstrzygania sporu cywilnego dochodzi do podobnych zjawisk. Ograniczenie autonomii i wpływu stron na postępowanie cywilne jest faktem. Od momentu „oddania” sporu przez powoda jego przebieg podlega podobnym rygorom procesowym oraz władzy sędziego⁷⁴. Zasadnicza różnica polega na przewidzianych w ramach postępowania cywilnego możliwościach ugodowego zakończenia sporu.

Pozostałe cechy procesowego rozstrzygania sporów to dwubiegunowość i związana z nią polaryzacja, która jest prostą konsekwencją przypisania stron do ról pozwany – powód, czy oskarżyciel – oskarżony oraz wyłącza możliwość działań zgodnych z motywami czy postawą kooperacyjną⁷⁵. Polaryzacja dotyczy również rozstrzygnięcia sporu prawnego. Odbywa się w drodze kwalifikacji przepisów, w efekcie prowadzi do wskazania interesu uprzywilejowanego przez prawo⁷⁶. Przy założeniu, że u podstaw konfliktu leżą sprzeczne bądź niezgodne interesy, w żadnej mierze nie rozwiązuje to konfliktu, a jedynie go tłum⁷⁷. Orzeczenie sądowe, które jest jednorazowe, zorientowane na przeszłość, a jego realizacja zabezpieczona jest przymusem państwowym, w pełni odpowiada cechom przytaczanych już pseudorozwiązań konfliktu. Ponadto cechuje je niska efektywność oraz fakt, że same mogą być przyczyną eskalacji konfliktu lub powstania nowego, który nałoży się na poprzedni. Jak wynika z powyższych argumentów, wysoka formalizacja procesu nie tylko nie sprzyja rozwiązywaniu konfliktów, ale również negatywnie wpływa na realizację funkcji prawa, takich jak zachowanie pokoju społecznego rozumianego jako stan dynamicznej równowagi interesów w społeczeństwie czy Iheringowska ochrona interesów jednostki⁷⁸.

„Wywłaszczenie konfliktu” rozważane jest również w szerszym kontekście społecznym. Formułowane jest jako zarzut wobec procedur, które – formalizując konflikt poprzez wyrażenie stanu faktycznego w języku norm prawnych – powodują jego „wywłaszczenie” z naturalnego, moralnego kontekstu, właściwego dla zaangażowanych stron. W szerszym kontekście kwestionowana jest także legitymizacja formalnych procedur sądowych ze względu na zmiany charakteru konfliktów i wymogów ich rozwiązywania w demokratycznych i różnicowanych moralnie i światopoglądowo społeczeństwach⁷⁹. Poza kontekstem moralnym czy światopoglądowym, zachodzą zmiany charakteru konfliktów

⁷⁴ Zdaniem J. Franka sąd jest instytucją społeczną, a nie instytucją władzy w państwie i jako taki należy do ogółu obywateli, a nie do sędziów, którzy zmonopolizowali tę instytucję. Dlatego też należy ograniczyć zarówno władzę sędziego, jak i element walki stron w postępowaniu sądowym – zob. J. Frank, *Courts on trial. Myth and reality in American justice*, Princeton 1973, s. 5–6; por. też A. Korybski, *Alternatywne rozwiązywanie...*, s. 83.

⁷⁵ Por. J. Królikowska, *Struktura procesu konfliktowego* (w:) K. Piątek, *Konflikt społeczny w procesie transformacji systemowej*, Toruń 1996, s. 112.

⁷⁶ Teoria konfliktu D.P. Hecke za: H. Groszyk, A. Korybski, *Konflikt...*, s. 31; por. też R.M. Unger, *Ruch studiów krytycznych nad prawem*, Warszawa 2005, s. 21–23.

⁷⁷ W klasyfikacji R. Dahrendorfa konflikt może być tłumiony, rozwiązany lub uregulowany. Por. A. Korybski, *Alternatywne rozwiązywanie...*, s. 31; L. Coser, *Functions of Social Conflict*, London 1956, s. 45–50.

⁷⁸ Por. H. Groszyk, A. Korybski, *Konflikt...*, s. 31.

⁷⁹ G. Teubner, *Sprawiedliwość alienująca...*, s. 110–116 oraz literatura tam powołana; L. Morawski, *Główne problemy...*, s. 27–30; tenże, *Proces sądowy a instytucje alternatywne...*, s. 15–18.

związane z postępowaniem technicznym i zjawiskiem wykształcania się norm właściwych dla określonej dziedziny życia czy stosunków społecznych⁸⁰. Powstają dwie skrajne sytuacje w kontekście orzekania: pominięcie aspektów pozanormalnych lub otwarcie systemu prawa na normy pozaprawne. W pierwszej sytuacji dochodzi do „wywłaszczenia konfliktu”, w drugiej – do wydania wyroku przez sędziego, który nie ma specjalistycznej wiedzy. Przyjęcie drugiego rozwiązania powoduje konieczność korzystania z pomocy biegłych. Przy utrzymującej się tendencji do rozwoju i specjalizacji dziedzin nauki i życia wiąże się to z sytuacją automatycznego orzekania zgodnie z opinią specjalisty⁸¹.

4. Tryby rozwiązywania i rozstrzygania sporów

Pojęcie „tryby alternatywne” jest definiowane jako wszelkie, poza procesowymi, możliwości postępowania w sporze lub – za pomocą kryterium funkcji – jako formy oparte na idei rozwiązywania, a nie rozstrzygania sporów. Przyjęcie określonej perspektywy determinuje katalog trybów. W pierwszym przypadku ogranicza je do trybów: negocjacji, mediacji i arbitrażu, w drugim – do negocjacji i mediacji⁸². Podstawowa klasyfikacja pojęcia ADR wymaga uwzględnienia rozwoju tych form, który odbywa się w dwóch obszarach: poszukiwania nowych procedur pozasądowych oraz adaptacji trybów ADR na potrzeby wymiaru sprawiedliwości. W pierwszym z nich powstały formy hybrydowe, inaczej mieszane, w drugim – tzw. alternatywy wewnętrzne⁸³.

Elastyczne podejście do tych zagadnień spowodowało dyskusje, z jednej strony – czy należy do katalogu ADR zaliczać istniejące w niemal wszystkich

⁸⁰ L. Morawski, *Główne problemy...*, s. 27–30.

⁸¹ Podobna sytuacja występuje przy rejestracji spółki akcyjnej, kiedy to ustawodawca *a priori* zakłada, że sędzia sądu powszechnego nie jest osobą merytorycznie przygotowaną do oceny sprawozdania założycieli – art. 312 ustawy z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz. U. Nr 94, poz. 1037 z późn. zm.).

⁸² Por. G. Applebey, *Alternative dispute resolution and the civil justice system* (w:) K.J. Mackie (red.), *A Handbook of Dispute Resolution*, London 1991, s. 26–42; J. Rajski, *Alternatywne rozwiązywanie sporów sądowych*, wystąpienie na seminarium *Alternatywne rozwiązywanie sporów (ADR) na świecie. Perspektywy dla Polski*, CMS McKenna, Warszawa dnia 11 maja 2000 r.; J. Rajski, *Regulamin ADR Międzynarodowej Izby Handlowej z 2001 r.*, PPH 2001, nr 11, s. 38–40. Proponowane są również inne podziały, np. procedury „nieformalne” i „zinstytucjonalizowane” – J. Kurczewski, *Spór...*, s. 56; procedury „sądowe”, „quasi-sądowe” i „pozasądowe” – A. Korybski, *Alternatywne rozwiązywanie...*, s. 105. Szczególnie interesujący ze względu na włączenie do katalogu ADR doradztwa i reprezentacji prawnej jest podział na formy „excluding unresolved or unilaterally resolved disputes and dispute prevention systems”, który dodatkowo uwzględnia rolę osoby trzeciej w sporze: *representative, facilitator, investigator, adjudicator (trial judge and arbitrator)* – K.J. Mackie, *Dispute resolution mechanisms and procedural justice* (w:) *A Handbook...*, s. 12.

⁸³ Zakres tego pojęcia również nie jest jednolity. Wydaje się, że jest ono właściwe dla instytucji, które funkcjonują w ramach procedur karnych, np. *plea-bargaining*. Dyskusyjny jest charakter mediacji na zlecenie sądu. Termin „alternatywy wewnętrzne” budzi również wątpliwości pod względem językowym i logicznym – alternatywa nie jest częścią systemu, wobec którego jest alternatywą. W tym ujęciu bardziej adekwatne są określenia „formy sądowe” i „pozasądowe rozwiązywanie sporów”. Zob. *Standardy prawne Rady Europy...*, s. 241 i n.; J. Jabłońska-Bonca, *Prawnik jako negocjator...*, s. 140; M. Ślęzak, *Alternatywne sposoby rozwiązywania sporów w sprawach cywilnych i handlowych w prcach CCBE*, Radca Prawny 2003, nr 2, s. 90.

społeczeństwach instytucje pozaprawne, a z drugiej strony – jaki jest charakter niektórych instytucji procesowych⁸⁴. Istnieje wiele szerszych definicji klasyfikujących i charakteryzujących poszczególne metody. Jednak ich użyteczność jest ograniczona ze względu na szybkość zmian oraz rosnącą tendencję do tworzenia elastycznych procedur, które łączą cechy różnych trybów lub przewidują możliwość płynnego przechodzenia pomiędzy nimi w ramach jednego postępowania.

Pojęcie „alternatywne sposoby rozwiązywania sporów”, w szerokim ujęciu, obejmuje katalog wszelkich typów działalności mającej na celu minimalizowanie możliwości powstania sporu. Przykładem mogą być inicjatywy, które motywują usługodawców do podnoszenia jakości usług i do dążenia, by ewentualne spory z klientami były rozwiązywane bez wykorzystywania sądów i innych organów służących do likwidacji sporów. Funkcjonują systemy skargowe, w których niezadowoleni kontrahenci mogą złożyć skargę na nieuczciwego przedsiębiorcę. Organ, do którego skarga została skierowana, może natomiast pozbawić niesumiennego usługodawcę prawa wykonywania określonej działalności. Także w ramach związków poszczególnych zawodów można znaleźć różne ciała, które zajmują się badaniem słuszności zachowań osób zrzeszonych w tych organizacjach.

Na użytek rozważań systemowych w ramach trybu kontraktowego, koncyliacyjnego i arbitrażowego za podstawowe zostały uznane negocjacje, mediacje i arbitraż. Jest to obecnie funkcjonujący podział, przyjęty w praktyce i opisany w nauce. Wyróżnienie opiera się na: stopniu sformalizowania procedur; liczbie i statusie osób zaangażowanych (strony, osoby trzecie) i ewentualnych uprawnieniach władczych osób trzecich⁸⁵.

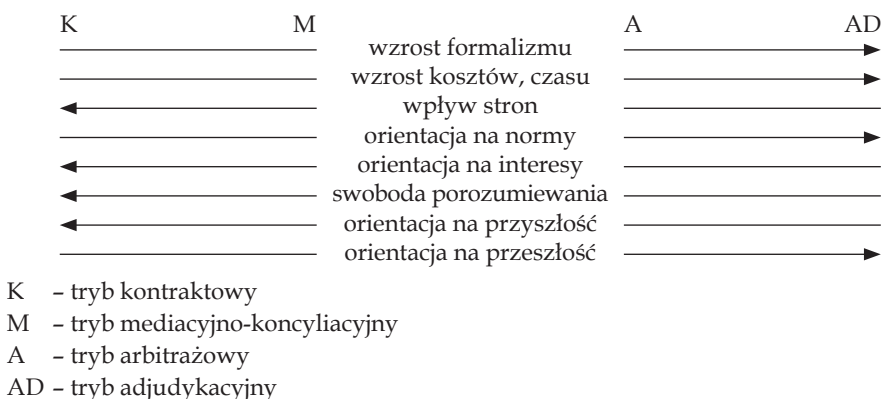
1. Tryb kontraktowy jest formą bezpośrednią, w której rozstrzygnięcie następuje w drodze porozumienia, bez udziału osób trzecich. Przy wyborze reguł i procedury strony mają pełną autonomię.
2. W trybie mediacyjno-koncyliacyjnym strony zachowują swobodę co do zasad i procedury oraz wybierają bezstronnego mediatora. Mediator jednak nie ma żadnych uprawnień władczych, jego rola ogranicza się do doradztwa i pomocy w osiągnięciu konsensusu.
3. Tryb arbitrażowy charakteryzuje się, poza autonomią stron w kwestii wyboru zasad, procedur i osoby arbitra, jego władczymi uprawnieniami i możliwością przymusowego wykonania rozstrzygnięć.
4. W trybie adjudykacyjnym spór toczy się przed z góry wybraną osobą, która działa na podstawie ustalonych reguł i procedur. Wydana decyzja ma charakter władczy. Jest to najbardziej zinstytucjonalizowany i sformalizowany model, któremu w dużej mierze odpowiada proces sądowy, wobec czego pozostałe trzy zaliczane są do alternatyw wobec tego trybu.

⁸⁴ Por. *Green paper on alternative dispute resolution in civil and commercial law*, Commission of European Communities, Brussels 2002, COM (2002) 196 final; R. Morek, *ADR – w sprawach gospodarczych*, Warszawa 2004, s. 1–5.

⁸⁵ Np. J. Kurczewski, *Spór...*, s. 58–61; A. Korybski, *Alternatywne rozwiązywanie...*, s. 103–123 i literatura tam powołana; L. Morawski, *Proces sądowy a instytucje alternatywne...*, s. 21–22.

Socjologiczna teoria konfliktu⁸⁶ zakłada hierarchię trybów: kontraktowy, mediacyjno-koncyliacyjny, arbitrażowy, adjudykacyjny, zalecając rozpoczęcie działań na rzecz konfliktu od trybu kontraktowego. Wady i zalety wszystkich trybów zostały zestawione przez J. Falke'a i V. Gessnera⁸⁷.

Rysunek 1. Wady i zalety trybów rozwiązywania i rozstrzygania sporów



Z rysunku 1 wynika, że największe różnice występują pomiędzy dwoma skrajnymi trybami: kontraktowym i adjudykacyjnym, czyli odpowiednio pomiędzy negocjacjami i procesem sądowym, pozostałe tryby zawierają elementy tych pierwszych. Gwałtowny i ciągle postępujący rozwój form hybrydowych, polegający głównie na modyfikacjach trybu koncyliacyjnego i arbitrażowego, jest przyczyną przyjęcia nazw opisowych: procedury, w których neutralna strona pomaga osiągnąć porozumienie oraz procedury, w których wynik wiąże strony⁸⁸. Częścią przedstawionej koncepcji jest wniosek, działania zmierzające do zakończenia sporu powinny w pierwszej kolejności polegać na podjęciu negocjacji w ramach trybu kontraktowego, w przypadku braku pożądanego skutku należy podjąć mediację i kolejno arbitraż. Skierowanie sprawy do sądu wobec przedstawionej hierarchii trybów jest ostatecznością, dla której przesłanką jest fiasko działań w poprzednich trybach.

W Stanach Zjednoczonych popularność zdobyła koncepcja sądu o wielu drzwiach – *Multidoor Court*. Opiera się ona na założeniu szerszego rozumienia pojęcia „sądu”, które jest zgodne z koncepcją dualistycznej natury prawa, szczególnie w połączeniu z tezą o społecznych funkcjach prawa⁸⁹. Pogląd o dualistycznej naturze prawa, łączącej „przymus” i „rokowania”, opiera się na założeniu, że współczesne koncepcje prawa cechuje dążenie do pomniejszania roli przymusu w prawie oraz przekonanie, że istotne cechy prawa wiąże się wyłącznie z funkcjonowaniem społeczeństwa, nie zaś władzy państwowej. W prawie

⁸⁶ J. Falke, V. Gessner, *Konfliktnähe als Masstab für gerichtliche und aussergerichtliche Streit Behandlung*, za: L. Morawski, *Główne problemy...*, s. 191–192.

⁸⁷ L. Morawski, *Główne problemy...*, s. 191.

⁸⁸ Inaczej: M. Tański, *Alternatywne, skuteczne, odpowiednie: krótki przegląd nowoczesnych metod rozwiązywania sporów* (w:) *Alternatywne metody rozwiązywania sporów. Przegląd zagadnień*, Warszawa 2003, s. 5–6.

⁸⁹ Zob. A. Korybski, *Alternatywne...*, s. 48–49.