

Rozdział I. Psychologiczne i profesjonalne ograniczenia prawników w podejściu do rozwiązywania sporów

§ 1. Uwagi wstępne

Na decyzje podejmowane przez ludzi ma wpływ wiele czynników o charakterze społecznym, psychologicznym i socjologicznym. Nauki psychologii i socjologii podkreślają nie tylko istnienie wielu uwarunkowań wpływających na podejmowanie decyzji, ale także na istnienie pewnych ograniczeń, które utrudniają ludziom podejmowanie racjonalnych wyborów²⁶. To, w jaki sposób podejmujemy decyzje, i co wpływa na ich treść, może być uwarunkowane elementami społecznymi, a także cechami charakterologicznymi decydentów. Na dokonywanie wyborów ma również wpływ rodzaj i sposób edukacji, co wskazuje na możliwość jej oddziaływania na podejmowanie decyzji w sposób wyważony, rozsądny, logiczny i pragmatyczny. Z drugiej strony, na podejmowanie decyzji oddziałują pewne uwarunkowania psychologiczne, które powodują pomijanie racjonalnych przesłanek i oparcie się na często zawodnej intuicji²⁷.

Intuicyjne podejście do procesu podejmowania decyzji tłumaczone jest przez socjologów jako manifestowanie przez współczesnego człowieka pierwotnych i atawistycznych zachowań, wywołanych podświadomymi impulsami, a nie świadomymi i zdroworozsądkowymi motywami. Na przykład *Yarn* i *Jones* uważają, że ludzki umysł, który formował się przez miliony lat, stymulowany jest przez atawistyczne zachowania²⁸. Miały one racjonalne wytłuma-

²⁶ R.H. Mnookin, S.R. Peppet, A. Tulumello, *Beyond Winning: Negotiating to Create Value in Deals and Disputes*, 2000, s. 156; R.S. Adler, *Flawed Thinking: Addressing Decision Biases in Negotiation*, *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 2005, Nr 20, s. 683, 689.

²⁷ R.S. Adler, *Flawed Thinking...*, s. 691; R. Kuroki, Ch. Guthrie, *Heuristics and Biases at the Bargaining Table*, [w:] A. Kuiper Schneider, Ch. Honeyman, *The Negotiator's Field Book: The Desk Reference for the Experienced Negotiator*, Washington 2006, s. 351.

²⁸ D.H. Yarn, G. Todd Jones, *In Our Bones (Or Brains): Behavioral Biology*, [w:] *The Negotiator's Field book*, ss. 283-284; R.S. Adler, *Flawed Thinking...*, s. 692.

czenie w kontekście podejmowania decyzji przez ludzi pierwotnych, którzy musieli zdobywać pożywienie, wodę, selekcjonować członków grupy czy unikać zagrożeń zewnętrznych, jednakże we współczesnym świecie wydają się całkowicie nieracjonalne²⁹.

Prawnicy, podobnie jak reprezentanci innych zawodów, podlegają tym samym ograniczeniom, co przeważająca część populacji. Dodatkowo, ze względu na specyfikę wykonywania zawodu, a także sposób edukacji prawniczej, przedstawiciele profesji prawniczych poddani są innym ograniczeniom, mogącym wpływać niekorzystnie na podejście do rozwiązywania konfliktów. Uświadomienie sobie tych utrudnień oraz przeciwdziałanie im przez wychodzenie poza tradycyjne, prawnicze myślenie, może mieć krytyczne znaczenie dla rozwoju i sukcesu prawników nie tylko w takich dziedzinach, jak negocjacje, mediacje czy inne alternatywne sposoby rozwiązywania sporów, ale także w codziennej praktyce prawnej, polegającej na szerokim podejściu do konfliktów, pomocy klientom w podjęciu właściwej decyzji oraz rozwiązaniu ich problemu. Świadomość ograniczeń wynikających z intuicyjnych zachowań będących konsekwencją ewolucyjnego rozwoju, a także umiejętność zapobiegania im jest niezwykle ważna z punktu widzenia praktyki prawnej również ze względu na społeczne oczekiwania wobec przedstawicieli profesji prawniczych, którzy powinni racjonalnie patrzeć na sprawę klienta i oceniać ją z obiektywnego punktu widzenia.

Świadomość barier psychologicznych o charakterze wysoce intuicyjnym może zatem przyczynić się do oceniania przez prawników interesów klientów z szerszej i racjonalnej perspektywy, a w konsekwencji pomóc im w ich przełamaniu. W tym rozdziale zostaną przedyskutowane ograniczenia poznawcze prawników wpływające niekorzystnie na rozwiązywanie sporów, a także sposoby radzenia sobie z nimi, co w rezultacie może prowadzić do bardziej efektywnego rozwiązywania konfliktów. Przedstawione zostaną dwa rodzaje przeszkód stojących na drodze efektywnego podejścia do rozwiązywania konfliktów: pierwsze to bariery o charakterze ogólnym, które są lub mogą być charakterystyczne dla wszystkich ludzi, drugie natomiast to przeszkody w większym stopniu dotyczące przedstawicieli zawodów prawniczych. Dyskusja ta ma na celu wskazanie, w jaki sposób mogą one stanowić obiektywne utrudnienie w dochodzeniu do satysfakcjonujących rozwiązań i zawieraniu ugód, natomiast sposoby zapobiegania i przeciwdziałania takim ograniczeniom zostaną przedyskutowane w kolejnych rozdziałach.

²⁹ *Ibidem*; W. Jones, S.H. Hughes, Complexity, Conflict Resolution, and How the Mind Works, Conflict Resolution Quarterly 2003, Nr 20, s. 487.

§ 2. Bariery poznawcze w efektywnym rozwiązywaniu sporów

I. Zbyt optymistyczna ocena zdarzeń przyszłych

Wyniki badań przeprowadzonych przez socjologów i psychologów, opierających się na życiowych doświadczeniach badanych, a także na symulowaniu określonych sytuacji w warunkach laboratoryjnych, wskazują, że ludzie co do zasady zbyt pewnie i optymistycznie oceniają rezultaty przyszłych zdarzeń dotyczących ich samych³⁰. Badacze wykazali, że większość ludzi wierzy, iż to, co zdarzy im się w przyszłości, będzie miało wymiar dużo bardziej pozytywny aniżeli to, co znajduje uzasadnienie w rzeczywistości³¹.

Tak zwana *pozytywna iluzja* potwierdza się w badaniach dotyczących chociażby przekonania o tym, że przyszłość będzie lepsza i mniej bolesna dla badanych w porównaniu z innymi ludźmi³². Dość nagminne jest bardziej pozytywne ocenianie siebie niż innych i to w różnych życiowych kontekstach, np. takich jak negocjacje. Większość badanych osób uważa, że są lepszymi negocjatorami niż inni³³. Takie „optymistyczne” myślenie dotyczy także przewidywania wysokich dochodów uzyskiwanych w przyszłości³⁴ czy też uzyskania po ukończeniu studiów bardziej satysfakcjonującej pracy w porównaniu z innymi³⁵. Interesujące jest również to, że syndrom *pozytywnych iluzji* jest silniejszy u osób, które mają tendencje do wspierania się i bycia w grupie, niż wśród osób znajdujących się w takich samych sytuacjach, ale mających podejście indywidualistyczne³⁶. Okazuje się także, że uczestnicy postępowań sądo-

³⁰ Zob. ogólnie: S.E. Taylor, *Positive Illusions: Creative Self Deception and the Healthy Mind*, New York 1989 r.; S.E. Taylor, J.D. Brown, *Illusion and Well Being: A Social Psychological Perspective on Mental Health*, *Psychological Bulletin* 1988, Nr 103, s. 193; R. Korobkin, *Psychological Impediments to Mediation Success: Theory and Practice*, *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 2006, Nr 21, s. 283.

³¹ R. Korobkin, *Psychological Impediments...*, s. 283.

³² D.A. Armor, S.E. Taylor, *When Prediction Fails: The Dilemma of Unrealistic Optimism in Heuristic and Biases*, *the Psychology of Intuitive Judgment* 2002, [w:] T. Gilovich, D. Griffin, D. Kahneman, *Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment*, New York, s. 334.

³³ R.M. Kramer, E. Newton, P.L. Pommerenke, *Self-enhancement Biases and Negotiator Judgment: Effects of Self-esteem and Mood*, *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 1993, Nr 56, s. 110.

³⁴ H.G.W. Seaward, S. Kemp, *Optimism Bias and Student Debt*, *New Zealand Journal of Psychology* 2000, Nr 17, s. 18.

³⁵ N.D. Weinstein, *Unrealistic Optimism About Future Life Events*, *Journal of Personality and Social Psychology* 1980, Nr 39, s. 806.

³⁶ H. Tajfel, J.C. Turner, *The Social Identity Theory of Intergroup Behaviors in Psychology of Intergroup Relations*, Chicago 1986, s. 7 i n.

wych, a także reprezentujący ich pełnomocnicy, nazbyt optymistycznie oceniają szanse otrzymania wysokich kwot zasądzonych na ich rzecz przez sąd czy też uzyskania pozytywnego wyroku sądu³⁷. Potwierdzają to eksperymenty przeprowadzone wśród adwokatów w Stanach Zjednoczonych, które wykazały, że ponad 80% z nich wyraża pogląd, iż ma możliwość oceny tego, jaki będzie wynik sprawy w sądzie³⁸. Takie podejście, może powodować negatywne konsekwencje, przejawiające się np. w postaci wyboru postępowania sądowego, jako jedyne trafne podejście do problemu klienta, bądź też odrzucenia relatywnie korzystnej oferty negocjacyjnej³⁹. Konsekwencje decyzji prawników, opierających się na zbyt optymistycznej ocenie szans na wygraną w sądzie, są niebezpieczne zarówno dla klientów, jak i dla samych prawników. Mogą bowiem szkodzić szeroko rozumianym interesom klienta, a ponadto negatywnie wpływać na zaufanie klienta do prawnika i godzić w jego reputację, zwłaszcza jeżeli pełnomocnik nierealnie oceni szanse wygranej w sądzie, a następnie sprawę przegra. Ten nadmierny optymizm jest dodatkowo wzmacniany tendencją prawników, wynikającą ze sposobu edukacji prawniczej, doświadczenia czy statusu społecznego, do nadmiernej wiary we własne umiejętności czy możliwości. Jest on także wywołany obowiązkiem realizowania naczelnej zasady wykonywania zawodów prawniczych, polegającej na działaniu w jak najlepszym interesie klienta. Chęć pomocy klientowi, potrzeba zdobycia jego zaufania, a także wyczuwalne ze strony klienta oczekiwanie „zapewnienia go” o wysokiej wygranej są dodatkowymi elementami wzmacniającymi pozytywną ocenę szansy wygranej przez pełnomocników.

Świadomość tego, że istnieją preferencje ludzkie do zbyt optymistycznych ocen przyszłości, może pomóc reprezentantom zawodów prawniczych w bardziej realnej ocenie sytuacji, w której znalazł się ich mocodawca. Taka świadomość pomaga także w łagodzeniu negatywnych skutków nadmiernego optymizmu oraz bardziej realnej ocenie stanu sprawy⁴⁰.

Uzasadnione i logiczne wydaje się zatem pytanie, dlaczego reprezentanci różnych profesji, włączając w to prawników, a w szczególności tych spośród nich, którzy mają wieloletnie doświadczenie w prowadzeniu spraw przed są-

³⁷ L. Babcock, G. Loewenstein, S. Issacharoff, C. Camerer, Biased Judgments of Fairness in Bargaining, *American Econ Rev.* 1995, Nr 85, s. 1337; L. Babcock, G. Loewenstein, Explaining Bargaining Impasse: The Role of Self Serving Biases, *Economy Perspectives* 1997, Nr 11, s. 109.

³⁸ M. Bazerman, K. Shonk, The Decision Perspective to Negotiation, [w:] *Handbook of Dispute Resolution*, San Francisco 2005, s. 555–556.

³⁹ D. Peters, E. Gmurzyńska, Yes We Can: Overcoming Barriers To Mediating Private Commercial Disputes, *Przegląd Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego* 2008, Nr 1, s. 122–147.

⁴⁰ J.R. Sterling, J. Robbenholt, Good Lawyers Should Be Good Psychologists: Insights for Interviewing and Counseling Clients, *University of Illinois Law and Economic Working Paper* 2008, Nr 101, s. 468.

dami powszechnymi i doradzaniu klientom, a także utożsamiani z modelem „racjonalnego człowieka”, błędnie oceniają przyszłość⁴¹? Jednym wytłumaczeniem takich zachowań jest to, że ludzie inną wagę przykładają do wydarzeń pozytywnych, a inną do negatywnych, przy czym większe znaczenie nadają tym faktom i elementom, które są zgodne z ich oczekiwaniami i przewidywaniami⁴².

W kontekście prawnym przeprowadzono badania wśród absolwentów wydziałów prawa, którzy otrzymali opis takiej samej sytuacji faktycznej dotyczącej sprawy, która została wniesiona do sądu⁴³. Połowa osób biorących udział w badaniu odgrywała role powodów, natomiast druga połowa pozwanych, przy czym obie strony symulowały udział w negocjacjach przed rozpoczęciem procesu. Osoby uczestniczące w eksperymencie miały wymienić te fakty i argumenty w sprawie, które wspierały ich stanowisko, a także fakty i argumenty wspierające stanowisko drugiej strony. Przygotowując oba stanowiska, każda ze stron zawsze przywoływała zdecydowanie więcej faktów i argumentów przemawiających na jej korzyść, aniżeli na korzyść drugiej strony. Eksperyment ten wskazuje, że ludzie często pamiętają i przywołują tylko te fakty, które mają dla nich wydźwięk pozytywny, a w tym wypadku wspierają ich stanowisko. Innym wytłumaczeniem, podawanym przez *Korobkina*, a potwierdzonym w badaniach, jest to, że ludzie często poczytują swoje indywidualne umiejętności za wykraczające poza przeciętne⁴⁴. Autor przytacza badania przeprowadzone wśród sędziów sądów pierwszej instancji w Stanach Zjednoczonych, którzy w 87% uważali, że ich wyroki będą zmieniane przez sądy apelacyjne rzadziej, niż miało to miejsce w rzeczywistości, nadając w ten sposób większą rangę swoim umiejętnościom profesjonalnym w porównaniu do „przeciętnego” sędziego⁴⁵. Ponieważ ludzie wierzą, że ich umiejętności i możliwości wykraczają poza charakterystyczne dla przeciętnego człowieka, implikuje to także przekonanie, że są w stanie przewidzieć i kontrolować skutki swoich decyzji czy zachowań. Czasami w literaturze takie zachowania są określane jako syndrom „ponadprzeciętności”⁴⁶.

⁴¹ R. Korobkin, *Psychological Impediments...*, s. 283.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ G. Loewenstein, S. Issacharoff, C. Camerer, L. Babcock, *Self-Serving Assessments of Fairness and Pretrial Bargaining*, *Journal of Legal Studies* 1993, Nr 22, s. 146; zob. także: L. Thomson, G. Loewenstein, *Egocentric Interpretations of Fairness and Interpersonal Conflict*, *Organizational Behavior and Human Decision Process*, 1992, Nr 51, s. 189.

⁴⁴ R. Korobkin, *Psychological Impediments...*, s. 288.

⁴⁵ Ch. Guthrie, *Inside the Judicial Mind*, *Cornell Law Review* 2001, Nr 86, s. 814.

⁴⁶ M. Helweg-Larsen, J.A. Shepperd, *Do Moderators of the Optimistic Bias Affect Personal or Target Risk Estimates?*, *Personality and Social Psychology Review* 2001, Nr 5, s. 85.

Kolejnym wytłumaczeniem dla nierealistycznego i nazbyt korzystnego oceniań zdarzeń jest to, że ludzie, aby zachować emocjonalną równowagę, muszą mieć poczucie kontroli nad wynikami swoich działań, a optymistyczne oceniań przyszłości daje im poczucie właśnie takiej kontroli⁴⁷. *Korobkin* zauważa przy tym, że zbyt optymistyczne poleganie na własnej opinii jest jedną z głównych przeszkód do zawarcia ugody w ramach negocjacji czy mediacji⁴⁸.

Wydawałoby się, że wiedza pełnomocników zarówno w zakresie prawa materialnego, jak i procesowego, a także doświadczenie związane z doradzaniem klientom i reprezentowaniem ich przed sądami może łagodzić inklinacje stron do zbyt korzystnego oceniań sytuacji oraz hamować wygórowane oczekiwania wobec drugiej strony. Pełnomocnicy, jako osoby, które mają zarówno doświadczenia w wygrywaniu, jak i przegrywaniu spraw, mogą pomagać stronom w podejmowaniu bardziej racjonalnych decyzji przez miarkowanie ich oczekiwań w zakresie wygranej i pokazywanie, jaka może być rzeczywistość. Ponadto prawnicy pozostają osobami zdystansowanymi emocjonalnie względem sprawy, co powinno ułatwiać im jej bardziej trzeźwą i obiektywną ocenę⁴⁹.

Tymczasem *Langevoort* wyraża pogląd, że pełnomocnicy występujący w sądach z dużym prawdopodobieństwem konstruują zawyżoną i służącą własnym celom ocenę prowadzonej przez nich sprawy. Okazuje się, że prawnicy, pomimo znacznego zdystansowania względem sprawy, w porównaniu do swoich klientów, niezależnie od swoich doświadczeń, większą uwagę przykładają do tych faktów, które potwierdzają stanowisko ich klienta, a mniejszą wagę do mocnych punktów stanowiska ich przeciwnika procesowego. W konsekwencji prowadzi to do zbyt korzystnej oceny sytuacji klienta⁵⁰. Niektórzy autorzy są zdania, że jest to dość typowe podejście, wynikające ze sposobu edukacji prawniczej, które trudno złagodzić nawet przez doświadczenie wynikające z prowadzenia innych spraw⁵¹.

Trudno jest zaprzeczyć jednak wpływowi doświadczenia zawodowego na łagodzenie nierealistycznych ocen klientów. Jednak ze względu na szczególną rolę, jaką pełnią prawnicy w relacjach z klientami, a także formę tych relacji oraz oczekiwania społeczne wobec nich, nie zawsze okazują się oni sku-

⁴⁷ *M.W. Morris, D.L.H. Sim, V. Girotto*, Time of Decision, Ethical Obligation and Casual Illusion in Negotiation as a Social Process, [w:] *R.M. Kramer, D.M. Messic*, Negotiation in its Social Context, Thousand Oaks 1995, s. 232.

⁴⁸ *R. Korobkin*, Psychological Impediments..., s. 290.

⁴⁹ *D.C. Langevoort*, Ego, Human Behavior and Law, Virginia Law Review 1995, Nr 81, s. 860.

⁵⁰ *L.A. Brenner*, On the Evaluation of One Side Evidence, Journal of Behavioral Decision Making 1996, Nr 9, s. 61; *D. Kahneman, A. Tversky*, Conflict Resolution..., s. 45.

⁵¹ *R. Korobkin*, Psychological Impediments..., s. 293.

teczni w łagodzeniu nadmiernych żądań ich mocodawców⁵². W praktyce prawnicy wysoko, nieraz nazbyt wysoko, oceniają szanse klienta w sądzie. Niejednokrotnie spotyka się przypadki, w których, w tej samej sprawie pełnomocnicy reprezentujący przeciwne strony oceniają szanse stron, które reprezentują, na 70-80%. Jednocześnie jednak prawnicy, mając przecież na uwadze to, że ze swoich ocen mogą zostać rozliczeni, zastrzegają, że wyroki sądów nie zawsze są przewidywalne, a orzecznictwo jest „niejednolite”. Opinia wypowiadana w obecności drugiej strony może wynikać ze strategii procesowej i negocjacyjnej, w tym z przekonania, że rozpoczęcie negocjacji od kwot zdecydowanie zawyżonych lub zaniżonych daje większą przestrzeń do ustępstw, a w konsekwencji przewagę stronie, która taką strategię prowadzi. Ponadto, chociaż prawnicy są zazwyczaj zdystansowani emocjonalnie do sprawy, co powinno pomagać w jej obiektywnej i racjonalnej ocenie, to jednak zawyżają swój prawdziwy poziom wiary w wygraną w procesie, gdyż w ten sposób chcą pokazać klientowi, że skłaniają się ku jego racjom oraz że są w stanie sprawę wygrać i w ten sposób osiągnąć dla niego sprawiedliwość⁵³.

Takie postawy podyktowane są także oczekiwaniami społecznymi wobec prawników. Klienci preferują tych, którzy są pewni siebie i wygranej⁵⁴. Słusznie spodziewają się, że prawnik sprawę wygra i w tym widzą jego główne zadanie. W związku z tym prawnicy czują się niejako zobligowani do okazywania postawy wyrażającej się w przesadnym zaufaniu do mocnych stron pozycji klienta⁵⁵. Dodatkowo od pełnomocników oczekuje się przede wszystkim efektywności, rozumianej często, jako największa wygrana dla klienta w sądzie, arbitrażu lub w ramach negocjacji. Ergo zawyżanie przez prawników szans na wygraną jest konsekwencją tego, że korzystna ocena wyniku procesu będzie się bezpośrednio przekładać na ocenę ich profesjonalizmu i przygotowania sprawy dla klienta. Utrwalony jest wizerunek, że prawnik „profesjonalny i przygotowany” wygrywa sprawy w sądzie, a informacje o niekorzystnej pozycji procesowej są dla klientów dowodem mało profesjonalnego przygotowania do sprawy lub słabości charakteru i rezygnacji z walki o interesy swego mocodawcy. Strony potrzebują takich prawników, którzy będą wspierać ich oczekiwania i wygrywać dla nich spory. Z tych powodów prawnicy mają tendencję do większego optymizmu przy ocenie szans na wygraną w sądzie⁵⁶.

⁵² *Ibidem*, s. 292.

⁵³ D.C. Langevoort, *Ego, Human...*, s. 861.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ R. Korobkin, *Psychological Impediments...*, s. 290.

⁵⁶ W. Farnsworth, *The Legal Regulation of Self Serving Bias*, UC Davis Law Review 2003, Nr 37, s. 567.

Wydawałoby się, że nazbyt korzystna ocena sytuacji klienta może być niwelowana przez to, że prędzej czy później klient porówna przecież, jak wyznik sprawy oceniał jego prawnik z tym, jak przedstawia się rzeczywistość. Okazuje się jednak, że jeżeli rozwiązanie czy rozstrzygnięcie sprawy jest stonkowo odległe w czasie, to nawet wtedy, gdy prawnicy wiedzą, że ich oceny będą poddane ewaluacji, jako właściwe lub błędne, wykazują tendencję do przesadnie korzystnej oceny szans w sprawie. Natomiast bardziej realistycznie oceniają takie sytuacje, w których wynik sprawy będzie można porównać do ich przewidywań w niezbyt odległej przyszłości⁵⁷.

II. Ujęcie problemu od strony strat i ryzyka

Biorąc pod uwagę to, w jaki sposób podejmowane są przez ludzi decyzje dotyczące wyboru określonych opcji, wydawałoby się, że to, co jest brane pod uwagę przez decydentów, opiera się głównie na wyborze pewnych racjonalnych i rzeczywistych możliwości jego rozwiązania. Logiczne jest twierdzenie, że strony konfliktu będą rozpatrywać to, czy dana opcja jest dla nich korzystna z materialnego, emocjonalnego, moralnego czy etycznego punktu widzenia. Okazuje się jednak, że to, w jaki sposób owa opcja zostanie stronom przedstawiona, opisana i sklasyfikowana, ma istotne znaczenie przy dokonywaniu przez nich wyboru. Ta sama propozycja zdefiniowana i sklasyfikowana jako strata lub jako zysk może spotkać się z zupełnie innym przyjęciem i oceną przez stronę.

Kahneman i *Tversky* są twórcami **teorii perspektywy**, wyjaśniającej podejmowanie przez ludzi decyzji w warunkach ryzyka⁵⁸. W wyniku eksperymentów przeprowadzonych przez autorów okazało się, że ludzie preferują te przewidywania i wybory, które dają pewny zysk, nawet jeśli inna prognoza zapowiada zysk dużo wyższy, lecz niepewny⁵⁹.

Ludzie mają silną preferencję do wybierania dokładnie tej samej opcji, jeżeli jest ona określona jako zysk, a nie jako strata. Ponadto potwierdzono w badaniach, że istnieje silna awersja do wysoce ryzykownych sytuacji w porównaniu do tych, w których zachodzi pewność uzyskania określonych korzy-

⁵⁷ D.A. Armour, S.E. Taylor, When Prediction Fail: The Dilemma of Unrealistic Optimism, [w:] T. Gilovich, D. Griffin, D. Kahneman, Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment, New York 2002, s. 339.

⁵⁸ D. Kahneman, A. Tversky, Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk, *Econometrica: Journal of the Econometric Society* 1979, Nr 57, s. 263; D. Kahneman, A. Tversky, Rational Choice and the Framing of Decision, *Journal of Business Science* 1986, Nr 58, s. 258.

⁵⁹ D. Kahneman, A. Tversky, *Rational Choice...*, s. 258.

ści, nawet jeśli są one stosunkowo niewielkie⁶⁰. W eksperymencie dotyczącym ryzyka finansowego, w obliczu zysku lub możliwości zysku, większość badanych preferowała opcje pozbawione ryzyka, nawet jeżeli w ramach tych wyborów szansa na zysk była mniejsza, aniżeli przy podjęciu większego ryzyka. Natomiast w obliczu straty albo możliwej straty większość preferowała opcję, która miała tę samą spodziewaną wartość, co opcje pozbawione ryzyka⁶¹.

Jakie znaczenie ma ta teoria wobec podejmowania decyzji przez klientów i prawników w ramach negocjacji czy postępowania sądowego? Postępowanie przed sądem wiąże się zazwyczaj z dość dużą dozą niepewności i ryzykiem związanym zarówno z niewiadomą, co do wyniku sprawy, jak również z długością samego postępowania. Ugoda z kolei, choć niekiedy w wymiarze finansowym pozostaje mniej atrakcyjna, aniżeli wygrana przed sądem, ma jednak charakter pewny i niepowiązany z takim ryzykiem. Zazwyczaj prowadzi do szybkiego uregulowania należności. Ponadto, ze względu na to, że jest przystosowana do możliwości stron, istnieje znaczna szansa na jej wykonanie bez konieczności wszczynania postępowania egzekucyjnego. Wreszcie, pozwala stronom na zaplanowanie swoich wydatków oraz innych inwestycji, gdyż jej skutki są znane i przewidywalne.

Ze względu na ludzką niechęć do niepewnych i ryzykownych rozwiązań pokazanie stronom aspektu wysokiego ryzyka związanego zazwyczaj z postępowaniem przed sądem może być pomocne w otwarciu i zaakceptowaniu rozwiązań ugodowych, które będą na ogół bardziej przewidywalne i pozbawione ryzyka. W tym kontekście wiedza prawnika może być wykorzystana również do określenia punktu odniesienia, względem którego ugoda jest oceniana przez klienta w kategoriach korzyści i zysku. Pełnomocnicy częściej niż ich mocodawcy są skłonni do realistycznej oceny wartości ugody (zysku) w porównaniu ze stratami wiążącymi się z prowadzeniem sporu sądowego. Określony przez nich punkt odniesienia w postaci spodziewanych kosztów procesu, długości postępowania czy niepewności jego wyniku jest o tyle istotny, że wynika z racjonalnych i obiektywnych przesłanek oraz wiedzy i doświadczenia, a nie irracjonalnych aspiracji określonych przez stronę. Jeżeli punktem odniesienia dla strony stanie się perspektywa postępowania sądowego, jako niosącego za sobą określone koszty finansowe, emocjonalne, cza-

⁶⁰ *Ibidem*. W badaniach przeprowadzonych przez autorów zdecydowana większość badanych preferowała pewność otrzymania 240 dolarów w porównaniu do 25% szansy otrzymania 1000 dolarów, przy czym jednocześnie zdecydowana większość preferowała 75% szansę przegranej 1000 dolarów w porównaniu do 100% straty 750 dolarów.

⁶¹ Podobne badania zostały przeprowadzone i opisane [w:] R. Korobkin, Ch. Guthrie, Psychological Barriers to Litigations Settlement; An Experimental Approach, Michigan Law Review 1994, Nr 93, s. 147.

sowe, a nadto związanego z ryzykiem, natomiast ugoda przedstawiona zostanie, jako dość pewny zysk, to takie ujęcie stanu rzeczy może mieć wpływ na decyzję podjętą przez klienta.

Ludzie często rozumieją ugodę czy też postępowanie mediacyjne jako kompromis, a więc oddanie drugiej stronie części tego, co im się „słusznie należy”. W środowisku prawniczym dość powszechna jest opinia, że ugoda to swego rodzaju strata, pozostawia uczucie niedosytu, a żadna ze stron nie czuje się wygraną⁶². Ze względu na to, że wrodzoną tendencją prawników jest dążenie do wygranej⁶³, jeżeli ugoda jest rozumiana, jako strata dla klienta czy niezaspokojenie jego oczekiwań, a przez to jego interesu, to takie pojmowanie porozumienia może wiązać się z niechęcią prawników do namawiania klientów do ich zawierania. Wrodzona awersja do straty powoduje, że strony odnoszą się z niechęcią do kompromisów. Jeżeli jednak porozumienie zostanie przedstawione stronie, jako korzyść i możliwość uzyskania pewnych wartości dodanych, o których strona być może wcześniej nawet nie myślała, to będzie bardziej skłonna do przystąpienia do negocjacji. W podejmowaniu takiej decyzji prawnicy mogą być niezwykle pomocni, przede wszystkim przez zaprezentowanie porozumienia, jako możliwości osiągnięcia pomyślnego wyniku, a nie straty. Takie zmienione podejście do ugody i rozumienia jej jako zysk, a nie strata może spowodować także, że zniknie „dyskomfort” prawnika wynikający z tego, że klient oczekiwał pełnej wygranej, a prawnik tego oczekiwania nie spełnił⁶⁴. Zmiana nastawienia klienta zależy w znacznym stopniu od umiejętności i wiedzy negocjacyjnej prawnika w zakresie negocjacji problemowych, opierających się na rozwiązywaniu problemu. Jeśli prawnik nie ma takich umiejętności, to mediator lub inna neutralna osoba może być właściwa do przedstawienia stronom zarówno postępowań o charakterze ugodowym, jak i samej ugody, jako określonej korzyści czy formy „zysku”⁶⁵.

III. Sprawiedliwość proceduralna jako element satysfakcji stron

Socjologowie w ramach społecznej **teorii sprawiedliwości proceduralnej** doszli do konkluzji, że ocena procesu przez jego uczestników jest wynikiem nie tylko jego rezultatu, ale również tego, jaka procedura znalazła względem

⁶² J. Naumann, Zbiór Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu. Komentarz, Warszawa 2012, s. 397.

⁶³ *Ibidem*, s. 396.

⁶⁴ *Ibidem*, s. 397.

⁶⁵ R. Korobkin, *Psychological Impediments...*, s. 308.

nich zastosowanie⁶⁶. Ta ocena wpływa na ogólną percepcję stron w odniesieniu do realizacji zasady sprawiedliwości⁶⁷. Właściwe traktowanie uczestników postępowania i odpowiednie procedury mają często większy wpływ na ocenę procesu, jako sprawiedliwego, aniżeli sam wynik sprawy⁶⁸. Procedura zaczyna mieć coraz większe znaczenie w osiąganiu sprawiedliwości, a będąc do tej pory środkiem do jej osiągnięcia, zaczyna prowadzić obecnie byt niezależny i staje się celem samym w sobie⁶⁹. Pojęcie sprawiedliwości proceduralnej jest złożone, gdyż do oceny tego, czy decyzja i postępowanie są sprawiedliwe, nie wystarcza ich zgodność z przepisami prawa. Złożoność ta polega m.in. na tym, że z jednej strony istnieją obiektywne czynniki oceny tego, czy procedura jest sprawiedliwa i rzetelna, określone przez normy prawne, a z drugiej, sprawiedliwość proceduralna jest rozumiana w sposób subiektywny. Ocena postępowania przez jego uczestników nie opiera się na obiektywnych przesłankach, ale na odczuciach, a czasami intuicji stron⁷⁰. Z tego względu nie zawsze to, co dla sędziego czy pełnomocnika występującego w sprawie jest sprawiedliwe, będzie takie w ocenie strony⁷¹.

Szerokie badania nad sprawiedliwością proceduralną przeprowadzili *Lind* i *Tyler*, stawiając tezę, że sprawiedliwość proceduralna skupia się na samym procesie i na sposobie osiągnięcia celu, jakim jest wydanie decyzji. To pojęcie jest więc przede wszystkim związane z zastosowaniem rzetelnej wobec stron procedury, podczas gdy sprawiedliwość materialna koncentruje się na sprawiedliwym rozdzieleniu dóbr⁷². Okazuje się, że strony przywiązują dużą, a nawet przeważającą wagę do przebiegu postępowania oraz właściwego traktowania ich przez system i przez innych uczestników postępowania. Badacze są zgodni, że jeżeli uczestnikom sporu da się możliwość pełnego wypowiedzenia

⁶⁶ M. Borucka-Arctowa, *Koncepcja sprawiedliwości proceduralnej i jej rola w okresie przemian systemowych, analiza teoretyczno-prawna*, [w:] K. Palecki, *Dynamika wartości w prawie*, Kraków 1987, s. 33.

⁶⁷ E.A. Lind, T.R. Tyler, *The Social Psychology of Procedural Justice*, New York 1988, s. 42.

⁶⁸ M. Deutsch, P.T. Coleman, E.C. Marcus, *The Handbook of Conflict Resolution, Theory and Practice*, San Francisco 2006, s. 47; T. Chauvin, *Prawa stają się prawem: demokratyczne procedury w służbie wartości*, [w:] red. M. Wyrzykowski, *Prawa stają się prawem. Status jednostki a tendencje rozwojowe prawa*, Warszawa 2006, s. 191.

⁶⁹ E. Gmurzyńska, *Sprawiedliwość a mediacja. Wybrane zagadnienia związane z realizowaniem koncepcji sprawiedliwości w mediacji*, [w:] Aurea Praxis Aurea Theoria. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Tadeusza Erecińskiego, T. II, Warszawa 2011, s. 1674.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ T.T. Koncewicz, *Poszukując modelu sprawiedliwości proceduralnej w prawie wspólnotowym. Mit czy rzeczywistość*, www.natolin.edu.pl/pdf/zeszyty/Natolin_Zeszyty_30.pdf, s. 19; zob. wywiad z prof. M. Saffjanem, *Polska uczy się prawa*, dostępny na stronie: alfaomega.webnode.com.

⁷² J.M. Nolan-Haley, *Court Mediation and the Search for Justice Through Law*, *Washington University Law Quarterly* 1996, Nr 74, s. 53.

się na temat tego, jak widzą sprawę oraz przedstawienia swojej historii, obaw, wątpliwości i dowodów, a w konsekwencji proces zostanie przez nich oceniony jako sprawiedliwy i rzetelny, to istnieje duże prawdopodobieństwo, że również sam wynik sprawy zostanie przez nich zaakceptowany, nawet jeżeli nie będzie dla nich korzystny. Strony są bowiem w stanie pogodzić się z przegraną, jeżeli mają przekonanie, że sąd ich wysłuchał, miał dla nich czas, traktował wszystkich w sposób bezstronny i rozpatrzył ich argumenty, choć ostatecznie nie przyznał im racji.

Podkreśla się, że możliwość pełnego wypowiedzenia się przez stronę jest ważna po pierwsze ze względu na to, iż strony mają w ten sposób kontrolę nad procesem. Dodatkowo takie traktowanie wyzwała w uczestnikach pozytywne odczucia, dowartościowujące ich i zwiększające satysfakcję z procesu, niezależnie od ostatecznego wyniku sporu. W percepcji uczestników, dzięki możliwości zabrania głosu stają się akceptowanymi i ważnymi członkami grupy, co w konsekwencji powoduje pozytywne uczucie dowartościowania⁷³.

Uczestnicy uznają proces za *fair* także wtedy, gdy będą traktowani z godnością, szacunkiem i bezstronnie, zarówno przez neutralną osobę trzecią (sędziego, mediatora), jak i drugą stronę⁷⁴. Przy ocenie postępowania z punktu widzenia sprawiedliwości proceduralnej brane jest pod uwagę nie tylko to, w jaki sposób uczestnicy są traktowani przez neutralną osobę, ale także jak traktowani są przez drugą stronę – na płaszczyźnie interpersonalnej⁷⁵. Percepcja strony dotycząca sposobu, w jaki zwraca się do niej jej adwersarz, może wzmocnić jej wolę zawarcia ugody lub mieć przeciwne oddziaływanie⁷⁶. Traktowanie z szacunkiem i uczciwie przez drugą stronę, nawet przy odmiennych poglądach i opiniach na sprawę, wpływa na pozytywną ocenę procesu⁷⁷. Dodatkowo takie traktowanie utwierdza stronę w przekonaniu, że ma wpływ na wynik sporu. Gdy uczestnicy oceniają postępowanie jako sprawiedliwe, rośnie ich chęć do zawarcia ugody, a w rezultacie poszerza się przedział możliwych negocjacji, przez co zawarcie porozumienia staje się bardziej realne⁷⁸. Przeprowadzone w tym zakresie badania dowodzą, że nawet jeżeli przepisy proceduralne, a także polityka instytucji są obiektywnie sprawiedliwe, to

⁷³ T.R. Tyler, Psychological Model of the Justice Motive: Antecedents of Distributive and Procedural Justice, *Journal of Personality and Social Psychology* 1994, Nr 67(5), s. 858.

⁷⁴ N.A. Welsh, Decision Control in Court-Connected Mediation: a Hollow Promise without Procedural Justice, *Journal of Dispute Resolution* 2002, Nr 1, s. 184.

⁷⁵ N.A. Welsh, Making Deals in Court Connected Mediations. What Justice Got to Do with It?, *Washington University Law Quarterly* 2001, Nr 79, s. 823.

⁷⁶ R. Korobkin, *Psychological Impediments...*, s. 323.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ *Ibidem*.