

Mediacja w prawie rodzinnym. Komentarz i praktyczne uwagi

Przejdź do produktu na ksiegarnia.beck.pl

Rozdział 1. Geneza stosowania instytucji mediacji w prawie rodzinnym

1. Rozwój mediacji na przestrzeni wieków

1.1. Wstęp

Świat nieustannie się zmienia. To, co wydawało się trudne bądź niemożliwe kilkadziesiąt lat wcześniej, współcześnie jest dla nas czymś oczywistym. Obecnie każdy z nas coraz częściej ma bardzo szerokie spektrum możliwości wyboru miejsca pracy, kraju, w którym żyje, wyznania, modelu rodziny i sposobu życia. Wiele osób korzysta z tych możliwości, tworząc relacje wielonarodowe i wielokulturowe. Wzrost dynamiki życia nie pozostaje jednak bez wpływu na rodzinę. Brak pogłębiania relacji pomiędzy jej członkami może spowodować oddalenie się ich od siebie z powodów zawodowych, osobistych czy w wyniku rozpadu więzi między nimi. Pomędzy poszczególnymi członkami rodziny może dochodzić do wielu trudnych do rozwiązania sytuacji bądź otwartych konfliktów. Każda z osób w nie zaangażowanych może mieć różne wyobrażenia na temat funkcjonowania i przyszłości rodziny, wywodzić się z odmiennych kultur, wyznawać inną religię bądź mieć odrębne systemy wartości [K. Zagórska, *Mediacje transgraniczne w sprawach rodzinnych*, w: M. Tabernacka (red.), *Mediacja ponad podziałami*, Wrocław 2013, s. 103]. Niemieccy socjologowie U. Beck i E. Beck-Gernsheim w swoich pracach zwrócili uwagę właśnie na samorealizację i indywidualizację jako nieodłączne elementy obecnej rzeczywistości. Funkcjonujące poczucie wolności jednostki powoduje zarazem

Rozdział 1. Geneza stosowania instytucji mediacji...

pewnego rodzaju dyskomfort – jeżeli każdy z nas może żyć i działać na wiele sposobów to nigdy nie mamy pewności czy to co robimy obecnie nie zamyka nam sposobności na lepsze, ciekawsze życie. Tym samym indywidualizacja prowadzi do pytań o dostępne alternatywy. Jest ona jednak zjawiskiem pożądanym w społeczeństwie, faworyzowanym przez ustawodawcę (A. Gójska, *Mediacje rodzinne*, Warszawa 2014, s. 11–12). Obecny nacisk na indywidualizm oraz istnienie różnic pomiędzy poszczególnymi członkami rodziny nie oznacza jednak konieczności wystąpienia pomiędzy nimi sporu. Występowanie konfliktów jest zjawiskiem naturalnym, które odpowiednio pokierowane paradoksalnie może prowadzić do umocnienia więzi pomiędzy poszczególnymi członkami rodziny.

Taką szansę daje właśnie instytucja mediacji, która do rozwiązywania konfliktów rodzinnych z powodzeniem jest wykorzystywana już od ponad 30 lat. Przez ten czas mediacja zyskała coraz większe uznanie nie tylko w kręgach prawników, lecz przede wszystkim samych zainteresowanych. W Polsce znaczenie mediacji w sprawach rodzinnych wzrosło po roku 2005, gdy ustawodawca wprowadził odpowiednie zapisy do Kodeksu cywilnego oraz do Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego. Niestety, pomimo entuzjastycznego przyjęcia wprowadzonych rozwiązań i wielkich nadziei pokładanych w szybkim rozwoju tej instytucji, kolejne lata nie przyniosły tak dynamicznego wzrostu zainteresowania, jak się spodziewano [H. Przybyła-Basista, *Akceptacja mediacji jako formy rozwiązywania konfliktów rodzinnych*, *Chowanna* 2011, Nr 37(2), s. 252]. Obecnie trend ten uległ odwróceniu i notuje się coraz większe zainteresowanie instytucją mediacji rodzinnych. Zastosowanie mediacji w sprawach rodzinnych ma wiele zalet: może stanowić skuteczne narzędzie nie tylko rozwiązywania konfliktów pomiędzy małżonkami, lecz także chronić interesy dzieci skonfliktowanych stron, przyczynić się do poprawy komunikacji pomiędzy członkami rodziny, zapewnić lepsze i bardziej realne kontakty rodziców z dziećmi oraz zmniejszyć ekonomiczne i społeczne koszty rozvodu pomiędzy stronami, a także realnie skrócić czas trwania rozprawy sądowej [K. Zagórska, *Mediacja*, w: M. Tabernacka (red.), *Mediacja*, s. 104].

1.2. Alternatywne środki rozwiązywania sporów

1.2.1. Definicja i rys historyczny instytucji mediacji

Mediacja jest jedną z alternatywnych metod rozwiązywania sporów. Początkowo, w świecie ukształtowanym przez tradycyjne sądownictwo, nikt nie myślał o innych sposobach rozstrzygnięcia konfliktów. Wzrost znaczenia alternatywnych metod rozwiązywania sporów miał bezpośredni związek z istniejącym kryzysem państwowego wymiaru sprawiedliwości oraz chęcią przekształcenia istniejącego procesu cywilnego i dostosowania go do oczekiwań społeczeństwa. Dotychczasowy model rozwiązywania sporów oparty był na założeniu, że do ich rozstrzygnięcia właściwe i najlepsze są sądy państwowe, którym powierzona została kompetencja do wymierzania sprawiedliwości w oparciu o zasadę trójpodziału władzy. Gdy okazało się, że system ten nie spełnia do końca pokładanych w nim oczekiwań, przedstawiciele tzw. postklasycznej teorii procesu cywilnego zaczęli dopuszczać możliwość poddania rozstrzygnięcia pewnego rodzaju sporów pod autonomiczną wolę stron. Ta koncepcja doprowadziła w efekcie do powstania prywatnoprawnych metod rozwiązywania sporów. W wątpliwość podano wówczas istnienie jedynej, słusznej metody rozwiązywania konfliktów za pomocą sądów, będących organami państwowymi. Był to początek procesu wprowadzania alternatywnych metod rozwiązywania sporów do procedury cywilnej [K. Weitz, K. Gajda-Roszczyńska, Alternatywne metody rozwiązywania sporów ze szczególnym uwzględnieniem mediacji, w: A. Torbus (red.), Mediacja w sprawach gospodarczych. Praktyka–teoria–perspektywy, Warszawa 2015, s. 11–12]. Finalnie zyskały one ogromną popularność i są szeroko wykorzystywane podczas rozwiązywania różnorodnych konfliktów. Jest wiele cech, które zadecydowały ostatecznie o ich rosnącej popularności. Można wśród nich wymienić relatywną szybkość toczącego się postępowania, jego odformalizowanie, satysfakcję psychiczną stron, poprawę relacji pomiędzy stronami. Nadmienić jednocześnie należy, że powstanie i rozwój tych metod na świecie jest ściśle powiązany ze Stanami Zjednoczonymi, gdzie stanowiły one wyraz reakcji na kryzys sądownictwa amerykańskiego (M. Białecki, Mediacja w postępowaniu cywilnym, Warszawa 2012, s. 21).

Rozdział 1. Geneza stosowania instytucji mediacji...

ADR

W Stanach Zjednoczonych geneza sądownictwa polubownego ma swoje korzenie aż w systemie kolonialnym. W tamtych czasach brak swobodnego dostępu do sądu wymuszał niejako na obywatelach konieczność stosowania innych metod rozwiązywania sporów. Jednak do czasu II wojny światowej tego typu „sądownictwo” było wykorzystywane głównie do rozwiązywania sporów natury gospodarczej. Jednak pogłębiający się od początku lat 60. kryzys sądownictwa powszechnego, przyspieszył proces rozpowszechniania się tej metody rozstrzygania konfliktów w innych dziedzinach życia. Doprowadziło to do narodzin w latach 70. oddolnego ruchu ADR (*alternative disputes resolution*), który uzyskał nawet wsparcie od władz federalnych i stanowych. W wyniku tego powstały w całym kraju zrzeszenia i fundacje, których celem działalności było pozasądowe rozwiązywanie sporów. Interesujące były zwłaszcza sąsiedzkie centra rozwiązywania sporów (*Neighborhood Justice Centers*), których obecnie działa w całym kraju kilkaset [J. Rudnicki, Arbitraż w USA, czyli kilka uwag o społeczeństwie arbitrażowym (Arbitration Society), w: K. Koźmiński (red.), Sądownictwo arbitrażowe, Doświadczenia zagraniczne i wyzwania dla Polski, Warszawa 2020, s. 25–26]. Ich szybkość działania i dostępność przeciwstawiane były przedłużającym się, kosztownym postępowaniom, znaczącemu wzrostowi liczby spraw sądowych oraz niezadowoleniu stron z istniejących form postępowania. Koncepcja ADR obejmuje wiele metod, które mają jedną wspólną cechę – alternatywność wobec postępowań sądowych. Zostały one zaprezentowane w 1976 r. podczas konferencji zorganizowanej przez *American Bar Association* przez prof. F. Sandersa z Uniwersytetu Harvard. Przedstawił on wówczas koncepcję *multidoor courthouse*, polegającą na „wprowadzeniu w wymiarze sprawiedliwości, obok tradycyjnego postępowania sądowego, nowych sposobów rozwiązywania sporów w sprawach zawisłych przed sądami” (M. Białecki, Mediacja w postępowaniu cywilnym, s. 21–22). W związku z tak szybkim i znaczącym rozwojem ADR w latach 90. Kongres Stanów Zjednoczonych uchwalił *Administrative Alternative Dispute Resolution Act* (z 1990 r., znowelizowaną w 1996 r., PUBLIC LAW 104–320–OCT. 19, 1996) oraz *Alternative Dispute Resolution Act* [z 1998 r., H.R.3528 – *Alternative Dispute Resolution Act of 1998 105th Congress (1997–1998)*], których przepisy nakładają obowiązek informowania o alternatywnych metodach

rozwiązywania sporów oraz statuują obowiązek zapewnienia dostępu do nich przez obywateli (M. Bentkowska, Procedury alternatywnego rozwiązywania sporów sądowych w Stanach Zjednoczonych, Krytyka Prawa, t. 6, s. 154).

W Unii Europejskiej można również zauważyć znaczący wzrost zastosowania metod ADR. Już od końca lat 90. podejmowane są różnego rodzaju działania mające na celu wprowadzenie stosownych zapisów do prawodawstw krajowych. Pierwsze wzmianki o ADR, przyjęte przez organy Unii Europejskiej, zawarte zostały w art. 65–67 Traktatu z 29.12.2006 r. o Unii Europejskiej i Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (Dz.Urz. UE C z 2006 r. Nr 321E, s. 1) i dotyczyły one współpracy w ramach rozwiązywania sporów o charakterze cywilnym i konsumenckim. Choć wtedy jeszcze nie mówiono głośno o powszechnym stosowaniu ADR, wyrażono już w nich konieczność transgranicznego ujednoczenia zasad uznawania nie tylko orzeczeń sądowych, ale właśnie postępowań pozasądowych. Kolejno, w 1995 r., UE zwróciła uwagę, że konsumentowi należy zagwarantować nie tylko dostęp do wymiaru sprawiedliwości, lecz także do alternatywnych metod rozwiązywania sporów. Rok 1996 przyniósł z kolei wyszczególnienie przez Parlament Europejski cech, jakimi powinny charakteryzować się ADR, a mianowicie:

- 1) skuteczność,
- 2) bezstronność,
- 3) przejrzystość,
- 4) niezależność.

Zostały one potwierdzone w treści rekomendacji Komisji Europejskiej, wskazującej 7 zasad, jakimi powinny się kierować podmioty pozasądowe, uprawnione do rozstrzygnięcia sporów, tj.:

- 1) niezależność,
- 2) przejrzystość,
- 3) zasada równości stron (*adversarial principle*),
- 4) skuteczność,
- 5) legalność,
- 6) wolność,
- 7) prawo do bycia reprezentowanym przez osobę trzecią.

Kolejnym krokiem do upowszechnienia ADR stały się wytyczne przyjęte w Tampere w 1999 r., gdzie zwrócono uwagę na koniecz-

Rozdział 1. Geneza stosowania instytucji mediacji...

ność tworzenia alternatywnych, w stosunku do orzeczeń sądowych, środków rozwiązywania sporów cywilnych i konsumenckich o charakterze międzynarodowym (transgranicznym). W dalszej kolejności usystematyzowano też zakres obowiązków mediatora w mediacji handlowej i cywilnej przez wprowadzenie *Code of Conduct for Mediators*. Kulminacją podjętych starań było zawarcie w tzw. Zielonej Księdze w sprawie alternatywnego rozwiązywania sporów w sprawach cywilnych i handlowych z 19.4.2003 r. wskazania ADR jako rozwiązania korzystnego przy rozstrzygnięciu sporów, a także przedstawienie mediacji jako najbardziej sprzyjającej stronom metody rozwiązywania konfliktu [M. Romanowska, *Alternative Dispute Resolution* w dążeniach Unii Europejskiej do zagwarantowania prawidłowego funkcjonowania rynku wewnętrznego, w: J.W. Tkaczyński (red.), *Lizbońska Unia Europejska. Zagadnienia wybrane*, Kraków 2013, s. 72–74].

1.2.2. Klasyfikacja alternatywnych metod rozwiązywania sporów

Pozostaje zadać pytanie, jakie procedury mieszczą się w zakresie pojęcia alternatywnych metod rozwiązywania sporów. W literaturze przedmiotu panuje zgoda, że należy rozumieć je możliwie szeroko. *Alternative disputes resolution* to każda dająca się wyodrębnić procedura rozwiązywania sporu, oparta na pewnych nadrzędnych założeniach i określająca zorganizowany ciąg zachowań stron sporu oraz – ewentualnie – innych podmiotów uwikłanych w spór. Wszystkie procedury wyróżnia negocjacyjny, mediacyjno-koncyliacyjny i arbitrażowy tryb postępowania i rozwiązywania sporów prawnych (R. Morek, *ADR – Alternatywne metody rozwiązywania sporów w sprawach gospodarczych*, Warszawa 2004, s. 1). Klasyfikacja metod ADR ma jednak charakter umowny, nie istnieje ich jednoznaczny podział. Każda z klasyfikacji bazuje na poglądach przedstawianych w doktrynie. Na podstawie szerokiej klasyfikacji, można przyjąć, że są one podzielone na:

- 1) metody oparte na elementach koncyliacyjno-konsensualnych – ich celem jest doprowadzenie do porozumienia stron (mediacja, falitycja, *mini-trial*);

ADR – definicja

Klasyfikacja metod
ADR

- 2) metody posiadające elementy adjudykacyjne (*med-arb, private judging, Ombudsman*);
- 3) metody związane z występującą w nich bezstronną opinią dotyczącą sporu (*summary jury trial, expert determination, fact-finding*);
- 4) metody mające na celu zastosowanie prewencji przed powstaniem sporów i nieporozumień (*partnering, dispute review boards*) [Ł. Błaszczak, Mediacja a inne alternatywne formy rozwiązywania sporów (wybrane zagadnienia), *Kwartalnik ADR* 2012, Nr 2(18), s. 16].

Klasyfikując metody ADR w odmienny sposób, można podzielić je na:

- 1) formy podstawowe (*primary*) oraz formy poboczne (*hybrid, mixed, secondary, combined*);
- 2) formy związane z istnieniem sądów (*court-annexed*) oraz niezwiązane z sądami (*court-linked – quasi-sądowe, poza-sądowe*);
- 3) formy publiczne (*public*) oraz formy prywatne (*private*);
- 4) formy sformalizowane (*formal*), formy niesformalizowane (*informal*);
- 5) formy dobrowolne (*voluntary*), formy niedobrowolne (*non-voluntary, mandatory*);
- 6) formy o wiążącym charakterze rozwiązania sporu (*binding*), formy o niewiążącym charakterze rozwiązania sporu (*non-binding*);
- 7) formy wyróżniane ze względu na charakter ewentualnej interwencji osoby trzeciej (*mediator, arbiter, moderator, advisor, evaluator, confidential listener, Ombudsman, private judge*) (A. Zienkiewicz, *Alternatywne rozwiązywanie i rozstrzyganie sporów prawnych, Studia Prawnoustrojowe* 2005, Nr 5, s. 35–36).

Stosując odmienny rodzaj klasyfikacji metod ADR, wystarczający na potrzeby niniejszego opracowania, możemy wyróżnić ich następujące formy podstawowe – mediacje, negocjacje, koncyliacje, arbitraż oraz formy hybrydowe. Warto podkreślić, że niekiedy w literaturze mediacja i koncyliacja traktowane są jako instytucje tożsame. Przyjmuje się wtedy, że określenie instytucji prawnej koncyliacji jest

Rozdział 1. Geneza stosowania instytucji mediacji...

tożsame z pojęciem instytucji prawnej mediacji – wówczas obydwie oznaczają to samo i mogą być zamiennie używane (A. Szumański, *Koncyliacja jako forma rozstrzygnięcia sporów gospodarczych*, MoP 1997, Nr 2, s. 60). Zdaniem autorów należy jednak rozróżnić wskazane alternatywne formy rozwiązywania sporów również na gruncie nomenklatury polskiego prawa. Skoro w światowej literaturze obydwie formy są przedstawiane osobno, za niezasadne uznać należy zamiennie stosowanie ich nazw. Prowadzić mogłoby to do zatarcia granicy pomiędzy dwiema odmiennymi metodami oraz jednoczesnego osłabienia pozycji mediacji.

Poniżej, ze względu na charakter opracowania, zostaną omówione jedynie formy podstawowe ADR, takie jak mediacja, arbitraż czy negocjacje.

1.2.2.1. Mediacja

Mediacja jest jedną z najbardziej znanych alternatywnych metod rozwiązywania sporów, nazywaną ze względu na swoje szerokie zastosowanie „królową ADR”. Zakres jej stosowania jest niezwykle szeroki, wykorzystywana jest zarówno w sporach międzynarodowych, jak i zwykłych sprawach życia codziennego.

Definicja

Instytucja mediacji jako szczególnego rodzaju działalność człowieka i swojego rodzaju fenomen nie daje się łatwo uchwycić w ramy definicyjne. Ze względu na jej złożoność trudno jest sformułować jedną, wyczerpującą wszystkie jej aspekty, definicję. Przyczyną tego jest różnorodność rodzajów mediacji, technik mediacyjnych i celów, które realizuje mediacja. Przeszkodą są także różne oczekiwania co do roli, jaką powinien spełniać mediator podczas postępowania mediacyjnego (zagadnienie mediacji ewolutywnej bądź facylitatywnej). Tym samym niektórzy autorzy skłaniają się do przyjęcia wąskiej definicji pojęcia mediacji. Druga, dominująca w literaturze przedmiotu grupa, traktuje jednak pojęcie mediacji jako pojęcie zbiorcze różnych rodzajów postępowania, którym nadaje się odmienne nazwy, a których cechą wspólną jest pojednawcze rozwiązanie sporu przy pomocy osoby trzeciej [R. Morek, *Wprowadzenie*, w: E. Gmurzyńska, R. Morek (red.), *Mediacje. Teoria i praktyka*, Warszawa 2018, s. 15–16].

Samo słowo „mediacja” pochodzi od łacińskiego rzeczownika *medias*, oznaczającego środek, a także od czasownika *mediae*, czyli dzielić na pół. Tym samym zadaniem mediatora jest właśnie znalezienie „środka”, co rozumiane jest jako pomoc stronom w znalezieniu rozwiązania, które by im odpowiadało bądź też zmieniło ich punkt widzenia. Celem mediacji będzie tutaj rozwiązanie konfliktu poprzez doprowadzenie do kompromisu, do złotego środka (*G. Nordhelle*, *Mediacja. Sztuka rozwiązywania konfliktów*, Gdańsk 2010, s. 27). Zgodnie z definicją zawartą w *Dictionary of Law*, mediacja to jedna z alternatywnych form rozwiązywania sporów, w ramach której niezależna osoba trzecia (mediator) asystuje stronom w czasie konfliktu lub negocjacji i pomaga im osiągnąć korzystne porozumienie, przy czym, co istotne, mediator nie ma uprawnień władczych, by zmusić strony do zawarcia tego porozumienia. Tym samym, w tym ujęciu mediacja jest rozumiana jako określone podejście do rozwiązywania konfliktów, którego celem jest osiągnięcie wzajemnie satysfakcjonującej strony ugody w kwestii zaistniałego sporu. Proces ten jest dobrowolny i poufny, a w sporze uczestniczy bezstronna osoba trzecia (*M. Białecki*, *Mediacja w postępowaniu cywilnym*, s. 34–35). Mediacja może być także definiowana jako pewnego rodzaju procedura, podczas której strony aktywnie powierzają informacje sobie nawzajem i osobie trzeciej, której zadaniem jest proponowanie lub rekomendowania porozumienia (*E. Kowalczyk*, *Mediacja i arbitraż jako przykład interwencji trzeciej strony w negocjacjach gospodarczych*, *RPEiS* 1999, Rok LXI, z. 2, s. 186). W literaturze przedmiotu dominuje jednak określenie mediacji jako pozasądowego postępowania, w którym przygotowana do tego osoba trzecia próbuje razem ze stronami konfliktu wypracować jego zgodne rozwiązanie. Istotne dla zdefiniowania instytucji mediacji jest dążenie stron do zawarcia porozumienia (ugody) oraz pomoc w realizacji tego celu przez neutralną osobę trzecią – mediatora, poprzez wykorzystywanie negocjacji jako głównej techniki pozwalającej na zbliżenie stanowisk stron. Dopełniają tę definicję wypracowane przez doktrynę zasady mediacji, do których zalicza się: dobrowolność, poufność, bezstronność, neutralność i akceptowalność [*K. Weitz, K. Gajda-Roszczyńska*, *Alternatywne metody*, w: *A. Torbus* (red.), *Mediacja*, s. 36].

Rozdział 1. Geneza stosowania instytucji mediacji...

Na podstawie powyższych definicji można uznać, że cel i funkcje mediacji określane bywają w różny sposób, zależny także od tego, jaki model mediacji się przyjmie. Ogólnie jej celem jest osiągnięcie porozumienia, czyli takich ustaleń, które okażą się co najmniej do przyjęcia przez wszystkie strony sporu. Za ideał uważać należy znalezienie takiego rozwiązania, które optymalnie godziłoby ich interesy, sprawiając, że każda ze stron zyskując coś, mogłaby się czuć zwycięzcą. Jeśli nie jest to możliwe, cel mediacji może zostać osiągnięty przez uzyskanie takiego rozwiązania, które byłoby satysfakcjonujące dla każdej ze stron, co powodowałoby w konsekwencji dobrowolne jego wykonanie [R. Morek, Wprowadzenie, w: E. Gmurzyńska, R. Morek (red.), *Mediacje*, s. 18–19]. Dla uproszczenia można przyjmując, że celem mediacji jest osiągnięcie wzajemnie satysfakcjonującej strony ugody w kwestiach dotyczących zaistniałego sporu.

Proces ten odbywa się przy zaangażowaniu bezstronnej, neutralnej i akceptowalnej przez wszystkich osoby mediatora. Co ciekawe, pojęcie osoby trzeciej może oznaczać także powołanie specjalnej komisji, jak dzieje się podczas mediacji pomiędzy izbami parlamentarnymi. Proces ten jest również dobrowolny i poufny. Mediacja jest trybem, podczas którego strony zachowują swoją autonomię i prawo do podejmowania określonych decyzji merytorycznych bądź proceduralnych. W każdym momencie mogą odstąpić od rozmów ewentualnie nie zgodzić się na proponowane rozwiązania. Wykonanie zawartych ustaleń również jest uzależnione wyłącznie od woli podmiotów konfliktu (A. Jakubiak-Mirończuk, *Zmiany zachodzące w charakterze form alternatywnego rozwiązywania sporów sądowych – rozwój idei „zarządzania sporem”, Arbitraż i Mediacja 2008, Nr 4, s. 9).*

Zalety

Tym samym mediacja jest nieskomplikowanym, elastycznym, szybkim, poufnym sposobem rozwiązania sporu, który gwarantuje stronom pełną kontrolę nad jej przebiegiem. Za jej istotną zaletę uważa się to, że osiągnięty podczas niej konsensus oparty jest na założeniu, iż obie strony mogą uważać się za wygrane w sprawie. Pozwala ona na uniknięcie zaostrzenia konfliktu pomiędzy nimi [K. Weitz, K. Gajda-Roszczyńska, *Alternatywne metody*, w: A. Torbus (red.), *Mediacja*, s. 41]. Dzięki swoim cechom mediacja znajduje zastosowanie w wielu dziedzinach życia społecznego. Wykracza poza

właściwą jej sferę rozwiązywania konfliktów w zakresie stosunków prywatnoprawnych, coraz częściej znajdując także praktyczne zastosowanie pomiędzy ofiarą a sprawcą przestępstwa, a także w sprawach dotyczących przestępczości nieletnich.

1.2.2.2. Negocjacje

Słowo negocjacje pochodzi od łacińskiego słowa *negotium* i oznacza interes, zobowiązanie, trudną sprawę. Tym samym negocjacje można określić jako rozwiązywanie konfliktu pomiędzy dwiema lub większą liczbą stron, podczas którego strony tak modyfikują swoje potrzeby, aby dojść do możliwego do zaakceptowania przez wszystkich porozumienia. Aby można było mówić o zastosowaniu instytucji negocjacji powinny wystąpić jednocześnie trzy czynniki: zależność stron od siebie, częściowa wspólnota interesów stron, porozumienie wypracowane w ramach negocjacji, które może zapewnić większą korzyść niż działanie bez porozumienia (K. Bargiel-Matusiewicz, *Negocjacje i mediacje*, Warszawa 2010, s. 65).

Negocjacje to nie tylko samoistna forma ADR, ale też istotny element stosowany w innych, alternatywnych metodach rozwiązywania sporu, jako jedna z technik prowadząca do jego zakończenia. Cechą charakterystyczną tej instytucji jest brak określonych ram formalnych i otwarta konstrukcja, zamknięta jedynie w ogólnym zarysie normatywnym. Treść relacji pomiędzy stronami jest przeobrażana podczas trwania negocjacji w ten sposób, aby został wypracowany kompromis bądź konsensus. Istotne do przeprowadzenia negocjacji jest uznanie przez strony ich wzajemnej równości, przestrzeganie zasady dobrowolności negocjacji oraz dotrzymanie ich ustaleń. Ponadto strony sporu muszą posiadać częściowo zgodne interesy. Przed rozpoczęciem negocjacji to strony wspólnie ustalają reguły, które będą obowiązywać podczas rokowań. Zakończeniem udanych negocjacji jest osiągnięcie wspólnej decyzji kończącej spór, a o ich powodzeniu decydują najczęściej kompetencje komunikacyjne i negocjacyjne stron (A. Zienkiewicz, *Alternatywne rozwiązywanie i rozstrzyganie sporów prawnych*, *Studia Prawnoustrojowe* 2005, Nr 5, s. 37–39).

Charakterystyka

Rozdział 1. Geneza stosowania instytucji mediacji...

Przyglądając się dokładnie definicjom mediacji oraz negocjacji należy zauważyć, że ich istota jest w zasadzie identyczna, celem obydwóch instytucji jest osiągnięcie dobrowolnego porozumienia przez zainteresowanych. Jednak podczas mediacji to obecność mediatora ma największy wpływ na dynamikę i strukturę rozmów. Mediator nie dąży do pokonania przeciwnika tylko do pokonania problemu, a tym samym zmienia i obiektywizuje punkt widzenia stron. Różnice pomiędzy tymi dwiema instytucjami są coraz bardziej widoczne także poprzez postępującą instytucjonalizację mediacji. Negocjacje w dalszym ciągu są procesem całkowicie spontanicznym i dobrowolnym, podczas gdy mediacja została już zamknięta w pewnego rodzaju ramy normatywne i coraz częściej decyzja o jej podjęciu funkcjonuje jako klauzula umowna. Przebieg negocjacji, z wyjątkiem kilku zagadnień (art. 72 i 72¹ ustawy z 23.4.1964 r. – Kodeks cywilny, t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1360 ze zm.) pozostaje nieuregulowany normatywnie, podczas gdy mediacja posiada już takie regulacje [R. Morek, Wprowadzenie, w: E. Gmurzyńska, R. Morek (red.), *Mediacje*, s. 24].

1.2.2.3. Arbitraż

Najstarszą z form ADR jest najbliższy tradycyjnemu sądownictwu arbitraż. Instytucja arbitrażu funkcjonowała już w starożytnym Rzymie, pomimo braku sformalizowanych ram. Wyrok arbitrażowy nie rodził wtedy żadnych skutków prawnych. Aby zapewnić wykonanie orzeczenia arbitra, w umowie pomiędzy stronami zamieszczało się przysięgę zapłacenia kary umownej w przypadku niewykonania rozstrzygnięcia. Na gruncie prawa polskiego arbitraż był uregulowany w przepisach art. 695–715 ustawy z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1805 ze zm.) a obecnie przepisy dotyczące arbitrażu znajdują się w art. 1154–1217. Cechą charakterystyczną tej instytucji jest to, że arbiter wchodzący w skład sądu polubownego, podobnie jak sędzia, może narzucić stronom sporu wiążące rozstrzygnięcie sprawy poprzez nakazanie bądź zakazanie jakiegoś zachowania, albo ograniczenie swobody wyboru postępowania w danej sprawie. Zasadniczą różnicą pomiędzy trybem sądowym a arbitrażem jest możliwość wyboru zarówno arbitra, jak i reguł postępowania arbitrażowego (A. Zienkiewicz, *Alternatywne*

rozwiązywanie i rozstrzyganie sporów prawnych, *Studia Prawno-ustrojowe* 2005, Nr 5, s. 43–44).

Według jednej z najpopularniejszych definicji sąd polubowny jest to „sąd niepaństwowy” (nie może brać w nim udziału sędzia państwowy), powołany zgodną wolą stron do rozstrzygnięcia sporu wyrokiem, który ma moc prawną wyroku państwowego. Podstawą właściwości sądu polubownego jest zapis na sąd polubowny. Rola sądu państwowego ogranicza się tu jedynie do kontroli, w ramach obowiązujących przepisów, nad sądami polubownym [W. Brych, *Aktualne problemy rozwoju sądownictwa polubownego w Polsce*, w: D. Czura-Kalinowska (red.), *Mediacja i arbitraż jako sposoby polubownego rozstrzygnięcia sporów*, Poznań 2009, s. 169–170]. Ustawodawstwo każdego państwa określa kategorie spraw, które mogą być rozstrzygane na drodze arbitrażowej. Sądy polubowne mogą rozstrzygać spory majątkowe wynikające z krajowych oraz międzynarodowych stosunków cywilnych zarówno pomiędzy osobami fizycznymi, jak i osobami prawnymi. Do podstawowych cech sądownictwa polubownego należą: dobrowolność zapisu na sąd polubowny, poufność postępowania, niepaństwowy charakter, fachowość (obecność ekspertów specjalizujących się w sprawach dziedziny spornej, występujących w roli arbitrów), jednoinstancyjność (o ile strony nie przewidzą w zapisie na sąd polubowny powołania sądu polubownego II instancji), zrównanie na podstawie przepisu prawnego mocy prawnej orzeczenia arbitrażowego z wyrokiem sądu państwowego. Pomimo immanentnej cechy arbitrażu, jaką jest jego dobrowolność, można podzielić postępowania arbitrażowe na mające charakter fakultatywny albo obligatoryjny. O fakultatywnych można mówić, kiedy strony decydują o skierowaniu sprawy na drogę postępowania arbitrażowego dopiero w momencie powstania sporu. Z arbitrażem obligatoryjnym mamy do czynienia wtedy, kiedy strony wiąże uprzednio podpisana klauzula kierowania ewentualnych sporów na drogę sądownictwa polubownego (A. Zienkiewicz, *Alternatywne rozwiązywanie i rozstrzyganie sporów prawnych*, *Studia Prawno-ustrojowe* 2005, Nr 5, s. 43–44).

Pomiędzy arbitrażem a mediacją występują znaczące różnice, pomimo tego, że obydwie te instytucje mają swoje źródła w Kodeksie

Sąd polubowny

Cechy sądownictwa polubownego

Arbitraż a mediacja

postępowania cywilnego, a w stosunku do tego ostatniego – także w międzynarodowych konwencjach. Najważniejsze różnice to:

- 1) sąd polubowny w przeciwieństwie do mediacji spełnia funkcje judykacyjne, tym samym ma możliwość rozstrzygnięcia sporu w drodze wyroku, który po uznaniu lub stwierdzeniu wykonalności (art. 1212 KPC) uzyska moc prawną na równi z wyrokiem sądu powszechnego. W postępowaniu mediacyjnym nie ma możliwości merytorycznego rozstrzygnięcia sporu, gdyż jej istota, jak wskazano powyżej, sprowadza się jedynie do polubownego rozwiązania istniejącego pomiędzy stronami konfliktu;
- 2) odmienny zakres kompetencji w przypadku sądownictwa polubownego i mediacji. Mediacja może być stosowana *de facto* we wszystkich sprawach, sąd polubowny nie może rozpoznawać spraw, które należą do kategorii spraw rodzinnych. Sądownictwo polubowne jest właściwe do rozstrzygnięcia sporów o charakterze majątkowym bądź niemajątkowym mogących być przedmiotem ugody sądowej (art. 1157 KPC);
- 3) brak ograniczeń czasowych w postępowaniu przed sądem polubownym. Kodeks postępowania cywilnego reguluje jedynie czas trwania postępowania mediacyjnego;
- 4) rozstrzygnięciem sądu polubownego jest wiążący dla stron wyrok, natomiast mediacja kończy się zawarciem ugody;
- 5) tryb wszczęcia każdej z instytucji. Postępowanie przed sądem polubownym zostaje wszczęte na podstawie zapisu na sąd polubowny, natomiast do mediacji może dojść na podstawie umowy o mediację, wniosku strony o przeprowadzenie mediacji (za zgodą drugiej strony) oraz skierowania stron przez sąd do mediacji;
- 6) wyłączenie właściwości sądu powszechnego na skutek zapisu na sąd polubowny na zarzut strony zgłoszony przed wdnaniem się w spór. W przypadku umowy o mediację właściwość sądu powszechnego nie zostaje wyłączona w sposób zupełny [Ł. Błaszczak, Mediacja a inne alternatywne formy rozwiązywania sporów (wybrane zagadnienia), Kwartalnik ADR 2012, Nr 2(18), s. 18–19].

1.2.3. Wykorzystanie i popularyzacja ADR

Z biegiem lat ADR staje się coraz popularniejszym sposobem rozwiązywania sporów. Niektórzy teoretycy prawa widzą w nim spełnienie marzeń o prawie jako narzędziu ludzkiej komunikacji, a nie jedynie środka do wygrywania bądź przegrywania sporów poprzez wykorzystanie instrumentów prawnych. Stosowanie metod ADR przypomina o funkcji prawa jako o „demokratycznym kodzie porozumienia”, zmieniając spojrzenie na znaczenie sporu i jego wygranej (A. Sulikowski, *Wzrost znaczenia ADR jako przejaw osłabienia nowoczesnego paradygmatu stosowania prawa, Arbitraż i Mediacja 2008*, Nr 4, s. 10–11).

Niezwykle istotnym czynnikiem powodującym wzrost zainteresowania ADR-em jest także przeobrażanie się stosunków społecznych, globalizacja życia gospodarczego, co powoduje konieczność doskonalenia i wypracowywania nowych instrumentów rozwiązywania sporów. Metody ADR mają coraz większe zastosowanie, traktowane są jako użyteczny instrument o szerokim spectrum działania. Wykorzystywane są coraz częściej nie tylko w sprawach cywilnych, lecz także karnych bądź w działalności administracji publicznej, wkraczając w sferę dominium państwa (R. Morek, *ADR*, s. 8–10). Pomimo tak szerokiego zastosowania metody ADR znajdują się tak naprawdę dopiero na początku drogi do pełnego wykorzystania ich możliwości. Obecnie mają charakter wyłącznie komplementarny w stosunku do orzeczeń sądowych, ich rozstrzygnięcia same zresztą wymagają zatwierdzenia treści przez sąd, jak przykładowo w mediacji lub arbitrażu. Nie można jednak wykluczyć, że w przyszłości ADR przejmie całkowicie rolę orzeczeń sądowych, będąc odpowiedzią na realizację pewnych postulatów dotyczących reformy prawa i nowego krytycznego sposobu myślenia społeczeństwa (A. Sulikowski, *Wzrost znaczenia ADR*, s. 6–7).

1.3. Historyczne aspekty stosowania instytucji mediacji

Jak zostało wspomniane wcześniej, alternatywne metody rozwiązywania sporów mają swoje korzenie w odległej przeszłości. Nic

[Przejdź do księgarni →](#)