

Mediacja. Zasadnicze problemy, wpływy amerykańskie

I. Zagadnienia wstępne

1. Postępowania kontradiktoryjne i alternatywne załatwianie sporów

Organizacja wymiaru sprawiedliwości należy do klasycznych zadań państwa. Konstytucyjna zasada państwa prawa oraz art. 6 pkt 1 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka uzasadniają ogólne prawo do wymiaru sprawiedliwości w sporach cywilnoprawnych¹. W konstytucyjnym prawie amerykańskim Piąta Poprawka do Konstytucji zapewnia każdemu między innymi prawo do prawidłowego procesu sądowego (*due process*)². Nie da się jednak z tego wyciągnąć wniosku, że dla sporów cywilnoprawnych ustawodawca rezerwował wyłącznie postępowanie kontradiktoryjne.

Trybunał Konstytucyjny w swoim postanowieniu z dnia 14 lutego 2007 r. uznaje uprawnienie ustawodawcy do tworzenia zachęt (bodźców) dla pokonywania sporów na drodze porozumienia³. Musi pozostać jednak otwarta droga do rozstrzygnięcia sporów

* Priv.-Doz., dr jur., LL.M., wissenschaftlicher Referent, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (referent naukowy do spraw prawa międzynarodowego i zagranicznego, Institut Maxa Plancka) Hamburg. Artykuł niniejszy podsumowuje badania przeprowadzone przez autora na tematy: „Alternatywne zażegnywanie sporów przez mediację w USA” i „Mediacja między wydajną ochroną prawną a prywatyzacją w USA” w: *Hopt/Steffek* (wyd.), *Mediation – Rechtstatsachen, Rechtsvergleich, Regelungen* (Mediacja – sprawy prawne, ugoda prawna, regulacje – uwaga tłumacza), 2008, s. 403 i n., 923 i n. Podziękowania od referenta dla wydawnictwa (Verlag) Mohr Siebeck Tübingen za udzielenie zezwolenia na przedruk.

¹ H. Prütting, [w:] *Außergerichtliche Streitschlichtung (Pozasądowe zapobieganie sporom)*, H. Prütting (ed.), 22. Aufl. 2003 (*Brehm*), Rz. 60; F. Stein, M. Jonas, *Kommentar zur Zivilprozeßordnung*, Bd. 1. *Einleitung*, §§ 1–40 (*Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego*, t. 1. *Wprowadzenie*), przed § 1, Nb. 286; M. Dimde, *Rechtsschutzzugang und Prozeßfinanzierung im Zivilprozeß – Eine ökonomische Analyse des Rechts (Dostępność ochrony prawnej i finansowanie postępowania w procesie cywilnym – ekonomiczna analiza prawa)*, 2003, s. 32 i n.

² Piąta Poprawka do Konstytucji (USC-Constitution, Amend. 5) brzmi: „No person shall... be deprived of life, liberty, or property, without due process of law...” („Nikt nie może [...] być pozbawiony życia, wolności lub mienia bez prawidłowego wymiaru sprawiedliwości...” [red.]).

³ BVerfG 14.2.2007, Orzeczenie 1 BvR (Trybunału Konstytucyjnego Niemiec) 1351/07 <www.bverfg.de/entscheidungen/rk20070214_bvr135101.html>; por.: H. Prütting, *op. cit.*, przyp. 2, Nb. 60 i n.; W. Preibisch, *Außergerichtliche Vorverfahren in Streitigkeiten der Zivilgerichtsbarkeit, Schriften zum Prozeßrecht 75 (Pozasądowe postępowania wstępne w sporach sądownictwa cywilnego, pisma na temat prawa procesowego)*, 1982, v. 75, s. 86 i n.

przez sądy państwowe. W prawie amerykańskim *Alternative Dispute Resolution* ścierają się ze sobą dwie różne koncepcje regulacji rozwiązywania sporów: tzw. programy *Community Justice* koncentrują się na nieformalnych postaciach rozwiązywania konfliktów w przestrzeni pozapaństwowej⁴. Ważną rolę odgrywają tu inicjatywy prywatne, dobrovolność i elastyczna organizacja postępowania⁵. W przeciwną stronę kierują się wysiłki narodowych i stanowych administracji wymiaru sprawiedliwości USA, których celem jest odciążenie sądów od stale rosnącej liczby procesów. Mnożą się głosy wzywające do zapobiegania sporom prawnym już na obszarze przedsądowym poprzez stworzenie elastycznych form postępowania rozwiązywania sporów. Obowiązujące zasady postępowania nie mogą przy tym zrezygnować z bezwzględnie obowiązującego prawa, ponieważ inaczej zagrożony zostałby politycznoprawny cel zabezpieczenia wydajności sądów⁶.

W dyskusji kalifornijskiej tzw. „okołosądowe” postępowania mediacyjne traktowane są jako odpowiedź sądów na zagrożenie powstania dwuklasowego wymiaru sprawiedliwości, w ramach którego warstwy średnia i biedna społeczeństwa mogą zostać wykluczone z prywatnego rynku alternatywnego załatwiania sporów i zdane całkowicie na państwowy system sądowy⁷. W istocie w USA występuje potrzeba stworzenia równowagi między prywatną autonomią stron i prawem do postępowania przed sądem państwowym. Sprzeczność ta powraca także w niemieckim prawie konstytucyjnym. Ukrywana jest ona jednak w praktyce często poprzez przedwczesne wskazanie na art. 92 Konstytucji, który pozostawia sędziom władzę orzecznictwa. Prawdą jest, że urzeczywistnienie autonomii prywatnej zależy w znacznej mierze od możliwości realizacji prawa⁸. Gwarantowana przez prawo konstytucyjne wolność staje się w ten sposób

⁴ S. Lowry, *Evaluation of Community-Justice Programs*, [w:] S.E. Merry, N. Milner (ed.), *The Possibility of Popular Justice. A Study of Community Mediation in the United States*, 1993, v. 89, s. 90 i n.; P. Fitzpatrick, *The Impossibility of Popular Justice*, [w:] *ibidem*, no. 453, s. 464 i n.; J.P. Folger, *Assessing Community Dispute Resolution Needs*, [w:] K.G. Duffy, J.W. Grosch, P.V. Olczak, *Community Mediation – A Handbook for Practitioners*, 1991, s. 53 i n.

⁵ Szczegółowo zobacz: D.R. Hensler, *Our Courts, Ourselves. How the Alternative Dispute Resolution Movement Is Re-shaping Our Legal System*, Penn St. L. Rev. 2003, v. 108, no. 165, s. 170 i n.; J.J. Alfani, S.B. Press, J.R. Sternlight, J.B. Stulberg, *Mediation Theory and Practice*, 2001, s. 8 i n.

⁶ S. Hedeon, *Coercion and Self-Determination in Court-Connected Mediation. All Mediators Are Voluntary, But Some Are More Voluntary Than Others*, Just. Sys. J. 2005, v. 26, no. 273, s. 276 i n.

⁷ Tak wyraźnie studium sporządzone dla kalifornijskiego Council: *Alternative Dispute Resolution in Civil Cases – Report of the Task Force on the Quality of Justice Subcommittee on Alternative Dispute Resolution and the Judicial System* (sierpień 1999), VI: „With regard to private ADR in general, an often-expressed concern is that the availability of these services is creating a “two-tier” system of justice, where the wealthy use private ADR while the poor and middle class are shut out of the private ADR market and forced to stay within the court system. ... While the subcommittee did not have sufficient empirical information to allay these fears, there is information suggesting that the use of ADR is not limited to the wealthy. In addition, with the advent of delay reduction and court-related civil ADR programs, the courts are providing swifter resolutions and more options to civil litigants. Finally, civil ADR services are available through community ADR programs”.

⁸ Por. M. Weber, *Europäisches Zivilprozessrecht und Demokratieprinzip, Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht* 61 (*Europejski proces cywilny i zasada demokracji, publikacje z prawa postępowania*), 2009, s. 135 i n.

źródłem legitymacji działalności państwa przez wyroki sądów państwowych. Niekoniecznie jednak wynika z tego, że prywatna autonomia stron musi być chroniona jedynie przez państwowe postępowania sądowe.

W porządku prawnym poszczególnych państw po transformacji niektóre formy pozasądowego załatwiania sporów traktowane są jako środek likwidacji deficytu państwowego wymiaru sprawiedliwości⁹. Doświadczenia z mediacją okołosądową w Dolnej Saksonii pokazują, że dla zaangażowanych stron centralną rolę odgrywa „własnoręczne ukształtowanie” sprawiedliwości procesowej i sprawiedliwości podziału¹⁰. W teraźniejszej dyskusji ustawodawczej nie chodzi o to, czy jakiś istniejący system wymiaru sprawiedliwości ma zostać zniesiony i zastąpiony przez prywatną alternatywę¹¹. To raczej granice między państwowym wymiarem sprawiedliwości i prywatnymi alternatywami powinny być wyznaczone na podstawie analizy ekonomicznej.

2. Ekonomiczne warunki ramowe

a. Na temat teorii dóbr publicznych

W ekonomicznej teorii prawa procesowego rezultat sędziowskiego procesu decyzyjnego – ustalona w toku procesu sądowego norma prawna¹² – stanowi dla każdego dostępne dobro publiczne¹³. Te pozytywne zewnętrzne efekty działalności orzeczniczej państwa¹⁴ usprawiedliwia subwencjonowanie jej przez podatnika¹⁵. Wysokość tych subwencji

⁹ Por. H. Spamann, *Legal Origin, Civil Procedure, and the Quality of Contract Enforcement*, JITE 2010, no. 166, s. 149 i n.

¹⁰ S. Spindler, *Abschlussbericht zum Forschungsprojekt, „Gerichtsnahe Mediation in Niedersachsen“* (sprawozdanie z projektu naukowego na temat mediacji sądowej w Dolnej Saksonii), Göttingen 9. 2006, (<http://lehrstuhl-spindler.uni-goettingen.de/pub/web/fileadmin/Forschungsbericht-Mediation.pdf>).

¹¹ Por. także projekt referentów Federalnego Ministerstwa Sprawiedliwości ustawy dla wspierania mediacji i innych postępowania pozasądowego zażegnania sporów z sierpnia 2010 r., (http://www.bmj.bund.de/files/2480108f7c1dd56b96c0843ef109fb3c/4646/RefE_Mediationsgesetz_20100803.pdf).

¹² Por. F.E. McGovern, *Toward a Functional Approach for Managing Complex Litigation*, U. Chi. L. Rev. 1986, v. 53, no. 440, s. 443 i n.; F.R. Verkuil, *Privatizing Due Process*, Admin. L. Rev. 2005, c. 57, no. 963, s. 985.

¹³ Ocena ta okazuje się słuszna także wtedy, gdy w pojedynczych porządkach prawnych droga do państwowego wymiaru sprawiedliwości jest zapobiegawczo kosztowna. Inaczej niż w tzw. dobrach klubowych nie jest konieczny specjalny akt dopuszczania przez innych członków klubu (por. D. George, K. Guthrie, *Induced Litigation*, Nw. U. L. Rev. 2004, v. 98, no. 545, s. 555 i n.). Należy jednakże sprawdzić, czy przez prywatyzację roszczeń dostępu do wymiaru sprawiedliwości oprócz efektu oszczędnościowego dla finansów publicznych powstaje także efekt dodatkowego wzrostu ochrony prawnej dla szukającego prawa.

¹⁴ Por. K.N. Hylton, *Agreements to Waive or to Arbitrate Legal Claims. An Economic Analysis*, Sup. Ct. Econ. Rev. 2000, v. 8, no. 209, s. 236.

¹⁵ Por. H.-B. Schäfer, *Kein Geld für die Justiz – Was ist uns der Rechtsfrieden wert? (Brak pieniędzy dla wymiaru sprawiedliwości – ile jest nam warty pokój prawny?)*, [w:] P. Lewisch, W.H. Rechberger (Hrsg.), *Bundesministerium der Justiz, 100 Jahre ZPO – Ökonomische Analyse des Zivilprozesses (100 lat KPC ekonomiczna analiza procesu cywilnego – uwaga tłumacza)*, Wien 1998, s. 251, 256 i n.; F.H. Easterbrook, *Justice and Contract in Consent Judgments*, U. Chi. Legal F. 1987, no. 19, s. 27 i n.; M. Longa, *Congress, the Courts, and the Long Range Plan*, Am. U. L. Rev. 1997, no. 46, s. 625, 662 i n.

jest przedmiotem polityki prawnej¹⁶. Poprzez swą dostępność dla każdego poszukującego sprawiedliwości postępowanie cywilne urzeczywistnia chronione konstytucyjnie prawo do wymiaru sprawiedliwości. Przy tym prawo do wymiaru sprawiedliwości nosi w sobie cechy dobra publicznego. Od niego wychodzą impulsy dążenia do zapewnienia możliwie wydajnej alokacji skąpych zasobów¹⁷. Konieczne jest przy tym sprawdzenie, w jakiej mierze ulega przeciążeniu i musi być doprowadzone do wydajniejszego użytkowania publiczne dobro „doksztalcenia prawa przez orzecznictwo”.

Naszkicowane tu związki przyczynowo-skutkowe opisane są w literaturze pod hasłem tragedii dóbr publicznych (*tragedy of the commons*)¹⁸. Jednomyślnie uważa się, że takiego rodzaju przeciążenie można złagodzić przez częściową prywatyzację, przy czym wprowadzenie mechanizmów rynkowych zagwarantować ma wydajniejsze użytkowanie. Postępowania alternatywnego załatwiania sporów wskazują na drogę w tym kierunku. Odwrotnie zaś, nieudane wyłączenie postępowań rozwiązywania sporów z zakresu kompetencji państwa może wywołać konieczność ponownej interwencji państwowej¹⁹. Istotną rolę odgrywają w związku z tym gwarancje z zakresu prawa procesowego, opracowane dla postępowań pozasądowego załatwiania sporów. Należy także mieć na uwadze negatywne oddziaływania zewnętrzne, mogące pochodzić z kończących postępowania ugód mediacyjnych²⁰.

b. Preferencje prywatne: postępowania sporne i zawarcie ugody

Podczas podejmowania decyzji o postępowaniu spornym nie brane są zazwyczaj zupełnie pod uwagę koszty społeczne prywatnej maksymalizacji²¹. Dochodzenie prawa

¹⁶ R.A. Posner, *The Federal Courts – Challenge and Reform*, 1996, s. 196 i n.

¹⁷ Tak twierdzi T.W. Merrill, *Dolan v. City of Tigard: Constitutional Rights as Public Goods*, Denv. U. L. Rev. 1995, v. 72, no. 859, s. 883, odnośnie do konstytucyjnie chronionego prawa do odszkodowania w przypadku wywłaszczenia.

¹⁸ S. Pritchard, *Auctioning Justice. Legal and Market Mechanisms for Allocating Criminal Appellate Counsel*, Am. Crim. L. Rev. 1997, no. 34, s. 1161 i n.; B. Daniels, *Emerging Commons and Tragic Institutions*, Env't'l. L. 2007, no. 37, s. 515 i n.

¹⁹ Krytyka: M.A. Heller, *The Tragedy of the Anticommons. Property in the Transition from Marx to Markets*, Harv. L. Rev. 1998, no. 111, s. 621–622 i n. i A.B. Pearlstein, *The Justice Bazaar: Dispute Resolution Through Private Ordering as a Superior Alternative to Authoritarian Court Bureaucracy*, Ohio St. J. Disp. Resol. 2007, no. 22, s. 739, 764 i n., który widzi okołosądowe postępowania mediacyjne jako przeszkodę na drodze do rynku rozjemstwa prywatnego.

²⁰ Zobacz w związku z tym wskazówkę D.H. Regan, *The Problem of Social Cost Revisited*, J. L. & Econ. 1972, no. 15, s. 427, 437; jak wraz z dyktowaną przez *Coase-Theorem* kalkulacją kosztów transakcji rozwija się oddziaływanie zewnętrzne na osoby trzecie, które nie biorą udziału w postępowaniu. Por. L.C. Ledebur, *The Problem of Social Cost*, Am. J. Econ. & Soc. 1967, v. 26, no. 399 s. 412; K.K. Kovach, *Privatization of Dispute Resolution. In the Spirit of Pound; But Mission Incomplete. Lessons Learned in a Possible Blueprint for the Future*, S. Tex. L. Rev. 2007, v. 48, no. 1003, s. 1029 i n., ogranicza się do opisu społecznych kosztów prywatnego systemu alternatywnego zażegnania sporów, rezygnuje zaś z analizy „oddziaływań na trzecich” kończących postępowania ugód, które na pojedyncze obszary prawa oddziałują szczególnie niekorzystnie.

²¹ Por. S. Shavell, *The Fundamental Divergence between the Private and the Social Motive to Use the Legal System*, J. Legal Stud. 1997, no. 26, s. 575 i n.

w ramach procesu cywilnego jest dla jednostki korzystne tak długo, jak długo korzyść prywatna notorycznie wyższa jest od kosztów²². Skuteczni mediatorzy czynią subwencjonowanie sądownictwa przez ustawodawcę (częściowo) zbędnym, ponieważ strony zawierają ugody już przed otwarciem formalnego postępowania głównego. Atrakcyjność państwowych programów alternatywnego załatwiania sporów zależy od tego, jak wyglądają pozytywne i negatywne efekty ugody w stosunku do kończącej postępowanie decyzji sądu.

W ramach ugody powód sprzedaje prawo pozwanemu i obiecuje nie kontynuować procesu do wyroku końcowego²³. Postępowania mediacyjne zawierają (czasową) rezygnację z prawa prowadzenia formalnego sporu prawnego i uzasadniają zobowiązanie do negocjacji ugody w ramach mediacji. Wraz z zakończeniem tego rodzaju procesu strony prywatyzują dobro publiczne „rozstrzygania sporów przez sędziego” i nadają swoim roszczeniom do strony przeciwnej cechę praw dysponowanych (*property rights*), które negocjowane są przez nich bez włączania sądu państwowego. Negocjacje ugodowe stają się przez to przedmiotem analizy na podstawie teorii ugody.

Sukces negocjacji zależy od tego, czy istnieje dostateczna liczba zachęt prawnych i bodźców ekonomicznych, aby osiągnąć w warunkach rynkowych rezultat, którego korzyść wyższa byłaby od korzyści osiągniętej na drodze procesu. Prawo procesowe może poprzez uznawanie możliwych do zaskarżenia praw z ugód mediacyjnych i z zawartych w ramach mediacji kończących postępowanie ugód stwarzać zachęty dla prywatnej działalności w zakresie zaęgniwywania sporów. Z politycznoprawnego punktu widzenia prawo amerykańskie uznaje częściową prywatyzację dobra publicznego przez prywatną umowę i nadaje przez to postanowieniu ze sporu prawnego większe znaczenie niż prawu precedensowemu. O gotowości zamknięcia sporu przez ugodę rozstrzyga wówczas u stron osobista analiza korzyści²⁴.

c. Zagadnienie kosztów w postępowaniach ugodowych

Umowy o alternatywne mechanizmy zaęgniwywania sporów w zakresie mediacji okołosądowej zawierane są zwykle *ex post*. W gruncie rzeczy strony w nie zaangażowane stoją przed dwiema sytuacjami w zakresie rozstrzygnięcia. Jeżeli analiza pozwała oczekiwać jednoznacznego wyniku oczekiwanego sporu prawnego, zawarcie kończącej postępowanie ugody leży w interesie obu stron²⁵. Trudności zaś nastroczają

²² P. Lewisch, *Der Zivilprozeß – Soziales Übel oder soziale Wohltat?* (Proces cywilny – zło społeczne czy dobrodziejstwo?), [w:] *100 Jahre ZPO*, przyp. 16, 97, 101; por. R. Bone, *Civil Procedure – The Economics of Civil Procedure*, 2003, s. 20 i n.

²³ R.A. Posner, *Economic Analysis of Law* (6. wyd., 2003), s. 576.

²⁴ Por. J. Lieberman, J. Henry, *Lessons from the Alternative Dispute Settlement Resolution Movement*, U. Chi. L. Rev. 1986, no. 53, s. 424, 430 i n.

²⁵ Por.: K.N. Hylton, *op. cit.*, przyp. 15, Sup. Ct. Econ. Rev. 2000, no. 8, s. 209, 226.

postępowania w ramach alternatywnego zażegnania sporów, których rezultat nie daje się z pewnością oszacować²⁶. W takich warunkach dla stron nie ma powodu do wybrania postępowania alternatywnego zażegnania sporów. W tym miejscu regulacje państwowe w Stanach Zjednoczonych o bezwzględnej konieczności przeprowadzenia postępowania mediacyjnego przeważają nad mikroekonomicznie ugruntowanymi interesami stron. Okołosądowe postępowania mediacyjne zarządzane są z powodów politycznoprawnych i zmieniają leżące u podłoża sporu prawnego struktury bodźców, mimo że gdy chodzi o koszty, nie zawsze można mieć pewność pojawienia się tylko pozytywnych efektów. Dla stron, które mimo niepewności co do oczekiwanego wyniku wezmą udział w postępowaniu, pozostaje nadzieja uzyskania w ramach dobrowolnej wymiany informacji przy pomocy mediatora lepszego wglądu w strategiczne rozważania strony przeciwnej niż w postępowaniu *discovery*. Z perspektywy dobra publicznego zmiany w strukturach bodźców pomagają przede wszystkim zażegnać spory.

II. Amerykańskie prawo o mediacji – modele regulacji

1. Warunki ramowe

Cywilnoprawne postępowania zażegnania sporów w ramach *Alternative Dispute Resolution* w Stanach Zjednoczonych mają swój początek w prawie rodzinnym²⁷. W 1981 r. Kalifornia jako pierwszy stan zaleciła przeprowadzanie postępowania mediacyjnego w sporach o prawo rodzicielskie i zasięg prawa widzenia z dziećmi²⁸. National Center for State Courts definiuje mediację jako postępowanie w procesie alternatywnego zażegnania sporów, w którym zaangażowani (*disputants*), przy pomocy neutralnej osoby trzeciej – mediatora – samorządnie znajdują zadowalające obie strony rozwiązanie²⁹. Podobne definicje znajdują się w prawie Kalifornii³⁰, Teksasu³¹

²⁶ S. Shavell, *Alternative Dispute Resolution*, J. Legal Stud. 1995, v. 24, no. 1, s. 15 i n.

²⁷ J.D. Rosenberg, H.J. Folberg, *Alternative Dispute Resolution. An Empirical Analysis*, Stanf. L. Rev. 1994, no. 48, s. 1487.

²⁸ A. Lawrence, *Capitulate or Else. San Diego's Mandatory Mediation Process and Procedural Fairness*, J. Contemp. Legal Issues 2007, no. 16, s. 247–248.

²⁹ National Center for State Courts, *Alternative Dispute Settlement Resolution (ADR), Mediation – An Overview*, <http://www.ncsconline.org/wc/CourTopics/overview.asp?topic=ADRMed>.

³⁰ § 1775.1 (a) kalifornijskiego Code of Civil Procedure brzmi:

„[...] «mediation» means a process in which a neutral person or persons facilitate communication between the disputants to assist them in reaching a mutually acceptable agreement”.

³¹ § 154.023 (Mediation) Texas Civil Practice & Remedies Code brzmi:

„(a) Mediation is a forum in which an impartial person, the mediator, facilitates communication between parties to promote reconciliation, settlement, or understanding among them.

(b) A mediator may not impose his own judgment on the issues for that of the parties [...].”

i Florydy³². Do wiodących stanów w prawie mediacyjnym należą dziś Kalifornia, Floryda i Ohio, a w mniejszym stopniu także Teksas³³.

Pisane prawo amerykańskie na temat alternatywnego zażegnania sporów opiera się na normach prawa federalnego, stanowych prawach mediacyjnych i kodeksach postępowania wydanych przez pojedyncze sądy w zakresie własnych okręgów. Na tym tle rozwinęły się dopasowane do miejscowych warunków modele zażegnania sporów, które z różną intensywnością wspierają przeprowadzenie postępowania mediacyjnego. Obok struktur bodźców ograniczających się do pośrednich sankcji finansowych, w ramach pozostawionych do rozstrzygnięcia sędziom znajdują się zarządzenia co do prowadzenia postępowania, przewidujące po wniesieniu oskarżenia przeprowadzenie najpierw postępowania mediacyjnego. Mediacyjnoprawna „dojrzałość” prawa stanowego zależy niewątpliwie od objętości skodyfikowanego prawa i prawa sędziowskiego. Nie mniejszą rolę odgrywa przy tym gotowość parlamentów poszczególnych stanów do oddania środków z budżetu dla przeprowadzania projektów pilotażowych i stałych programów mediacyjnych. Przy tym kiedy rozszerzenie mediacji wywołuje przeniesienie środków z klasycznego obszaru działania, ustawodawcze wezwania do wspierania alternatywnego zażegnania sporów przez lokalne przepisy wykonawcze napotykały zrozumiałą rezerwę ze strony sędziów³⁴.

Mediacyjnoprawna dyskusja dotarła w ostatnich latach także do sądów apelacyjnych, które stoją przed podobnymi wyzwaniem jak sądy pierwszej instancji³⁵. Nie jest jednak najwidoczniej przewidziane odciążenie tych sądów, gdyż spotykamy się przed nimi z utrudnianiem warunków dopuszczenia apelacji, lecz rozważane jest raczej skanalizowanie powodzi procesów w postępowaniach mediacyjnych.

³² § 44.1011 (2) Florida Statutes brzmi:

„«Mediation» means a process whereby a neutral third person called a mediator acts to encourage and facilitate the resolution of a dispute between two or more parties. It is an informal and nonadversarial process with the objective of helping the disputing parties reach a mutually acceptable and voluntary agreement. In mediation, decision making authority rests with the parties. The role of the mediator includes, but is not limited to, assisting the parties in identifying issues, fostering joint problem solving, and exploring settlement alternatives [...]”.

³³ Patrz relacje u F.E.A. Sander, *Developing the MRI (Mediation Receptivity Index)*, Ohio St. J. on Disp. Resol. 2007, no. 22, s. 599f.; L.B. Nieuwveld, *Florida Continues to Lead the Nation in Mediation*, 81-Aug. Fla. B. J. 2007, s. 48 i n.; F.B. Tetunic, *Florida Mediation Case Law. Two Decades of Maturation*, Nova L. Rev. 2003, no. 28, s. 87 i n.; L.W. Scott, *The Law of Mediation in Texas*, St. Mary's L. J. 2006, no. 37, s. 325 i n.

³⁴ W.D. Brazil, *Court ADR 25 Years after Pound. Have We Found a Better Way?*, Ohio St. J. on Dispute Resol. 2002, no. 18, s. 93, 128.

³⁵ J.A. Torregrossa, *Appellate Mediation in the Third Circuit – Program Operations. Nuts, Bolts and Practice Tips*, Villanova L. Rev. 2002, no. 47, s. 180 i n.; R.P. Chambers, *The Alabama Appellate Mediation Program. How and Why It Will Work*, Ala. Law. 2004, no. 65, s. 180, 182 i n.; R. Becker, *Mediation in the New Mexico Court of Appeals*, J. App. Prac. & Process 1999, no. 1, s. 367 i n. (na temat projektu pilotażowego przy sądzie apelacyjnym w New Mexico); S.S. Newman, S.E. Friedman, *Appellate Mediation in Pennsylvania*, Pa. B.A.Q. 2004, v. 75, no. 93, s. 102 i n.

Federalne i stanowe kodeksy postępowania, w interesie możliwie szybkiego i wydajnego załatwiania sporów prawnych zezwalają sędziom na kompleksowe menedżerstwo postępowania, bez konieczności otwierania postępowania głównego z udziałem jury. Faza przygotowawcza procesu jest często ważniejsza od postępowań głównych, które stają się coraz rzadsze³⁶. W tzw. *pre-trial conferences* właściwi sędziowie i strony omawiają dalszy przebieg sporu prawnego oraz szukają możliwości załatwienia go przez zawarcie ugody³⁷. Te powiązania wyjaśniają, dlaczego mechanizmy zażegnania sporów dały się bez większych trudności zintegrować z istniejącymi już formami procesów³⁸.

2. Prawa procesowe, wolność dyspozycji i autonomia prywatna

Daleko idąca instytucjonalizacja i instrumentacja postępowania mediacyjnego w Stanach Zjednoczonych ożywiła na nowo dyskusję na temat praw procesowych³⁹. Na pierwszym planie chodzi przy tym o kwestię, w jakim zakresie mediatorowi wolno zrezygnować ze swej roli jako wyłącznie pośrednika na rzecz roli prowadzącego postępowanie, który ocenia i uprzedza rozstrzygnięcie sporu⁴⁰. Poruszone zostają przy tym w swej istocie wolność dyspozycji i prywatna autonomia stron, którym nie może zostać odebrane prawo do procesu⁴¹. Sądy muszą znaleźć wyjście z konstytucyjnego dylematu prawa mediacyjnego. Wolność dyspozycji stron i ich gotowość do postępowania pozasądowego zażegnania sporów pozwalają się utrzymać jedynie wtedy⁴², gdy nie ulegają żadnej presji i gdy poufność rozmowy mediacyjnej pozostaje zagwarantowana⁴³.

³⁶ S. Stipanowich, *ADR and the "Vanishing Trial". The Growth and Impact of "Alternative Dispute Resolution"*, J. Emp. Leg. Stud. 2004, no. 1, s. 843 i n.; tu krytycznie N.A. Welsh, *The Place of Court-Connected Mediation in a Democratic Justice System*, Cardozo J. Conflict Res. 2004, v. 5, no. 117, s. 135 i n.

³⁷ Por. J.H. Friedenthal, M. Kane, A. Miller, *Civil Procedure* (4. Aufl. 2005), § 7.8; R. Marcus, E. Sherman, *Complex Litigation* (4. Aufl., 2004), s. 938 i n.

³⁸ Por. E. Sherman, *The Impact on Litigation Strategy of Integrating Alternative Dispute Resolution into the Pretrial Process*, F.R.D. 1996, no. 168, s. 75, 77 i n.; D.J. Della Noce, J.P. Folger, J.R. Antes, *Assimilative, Autonomous, or Synergistic Visions. How Mediation Programs in Florida Address the Dilemma of Court Connection*, Pepp. Disp. Resol. L. J. 2002, v. 3, no. 11, s. 26 i n.

³⁹ Zobacz zarys orzecznictwa i pism u: W.P. Lynch, *Problems With Court-Annexed Mandatory Arbitration. Illustrations from the New Mexico Experience*, N.M. L. Rev. 2002, no. 32, s. 181, 191 i n.

⁴⁰ Por. L.L. Riskin, *Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques. A Grid for the Perplexed*, Harv. Negot. L. Rev. 1996, no. 1, s. 7 i n.; R.A.B. Bush, J.P. Folger, *The Promise of Mediation – The Transformative Approach to Conflict*, 2005, s. 41 i n.

⁴¹ Por. E. Sherman, *Court-Mandated Alternative Dispute Resolution. What Form of Participation Should Be Required?*, SMU L. Rev. 1993, no. 46, s. 2079, 2085 i n.

⁴² N.A. Welsh, *The Thinning Vision of Self-Determination in Court-Connected Mediation*, Harv. Negot. L. Rev. 2001, v. 6, no. 1, s. 79 i n.

⁴³ J.R. Coben, P.N. Thompson, *Disputing Irony. A Systematic Look at Litigation about Mediation*, Harv. Negot. L. Rev. 2006, no. 11, s. 43, 57 i n.; R. Wissler, *The Effects of Mandatory Mediation. Empirical Research on the Experience of Small Claims and Common Pleas Courts*, Willamette L. Rev. 1997, no. 33, s. 565, 573 i n.; por. L.K. Doré, *Secrecy by Consent. The Use and Limits of Confidentiality in the Pursuit of Settlement*, Notre Dame L. Rev. 1999, no. 74, s. 283, 289 i n.

W przeciwnym wypadku potrzeba mechanizmów sankcji, aby zagwarantować szczerść negocjacji podczas postępowania mediacyjnego.

3. Warunki wstępne postępowania według prawa mediacyjnego

a. Wprowadzenie

Kalifornia nie uwolniła się całkowicie od nieformalnych początków zażegnania sporów w przestrzeni pozapaństwowej przez tzw. programy *Community Justice*. Mediacje w sprawach drobnych przeprowadzane są przez prywatne organizacje zażegnania sporów, które władze stanowe wspierają dopłatami⁴⁴. Ważniejsze są jednakże normy na temat mediacji „okołosądowej”. Kalifornijskie prawo postępowania cywilnego pracuje tu z klauzulą eksperymentu. Mediacja może być zarządzona w ogólnych sprawach cywilnoprawnych, gdy wartość przedmiotu sporu nie przekracza US \$ 50 000⁴⁵. Odpowiednie zarządzenie wydawane jest niezależnie od wartości przedmiotu sporu, gdy strony porozumieją się co do przeprowadzenia mediacji. W praktyce sądy zabiegają o elastyczne ukształtowanie przejścia od całkowitej wolności dyspozycji do obowiązkowej mediacji. Lokalne kodeksy postępowania dają umowie stron nawet wówczas pierwszeństwo co do kształtowania postępowania, gdy ustawa – jak na przykład prawo rodzinne – postępowanie sporne dopuszcza tylko wtedy, gdy wcześniej odbyła się mediacja. Jednocześnie lokalne kodeksy postępowania stanowią ilustrację faktu, że mechanizmy alternatywnego zażegnania sporów zintegrowane są w cywilnoprosesowe postępowanie wstępne w większym zakresie, niż pozwalałoby to przypuszczać brzmienie kalifornijskiego kodeksu postępowania cywilnego.

W niektórych okręgach sądowych konieczne jest przy *Case Management Conference* przedłożenie tzw. *Mediation Statement*⁴⁶, który zawiera możliwość załatwienia sporu prawnego przez ugodę i poprzez przedłożenie pojedynczych dokumentów i poprzedza części postępowania *Discovery*. Inne lokalne kodeksy postępowania przewidują jedynie przedłożenie *Mediation Statements* mediatorowi⁴⁷. Sąd w Ohio może *ex officio*, na wniosek strony lub mediatora, skierować postępowanie do mediacji⁴⁸. Strona może

⁴⁴ Zobacz: *Alternative Dispute Resolution in Civil Cases*, przyp. 8, s. 44 i n.

⁴⁵ W przeciwieństwie do tego mediacja w sprawach rodzinnych jest obowiązkowa.

⁴⁶ Zobacz: Rule 1.0106 der Local Court Rules des Superior Court of the County of Riverside und Superior Court Sacramento; dla tzw. *Civil Appeal Mediation State* w postępowaniach apelacyjnych: Rule 1 (b) Local Rules (Mediation in Civil Appeals) California Court of Appeal, Third Appellate District.

⁴⁷ Zobacz: Rule 6.12 Court-Directed Mediation Rules Superior Court in and for the County of Monterey; Rule 207 Local Rules for the Superior Court of Contra Costa County, App. C (Rules of Practice for Alternative Dispute Resolution Programs); Rule 3.24 Local Court Rules Superior Court of the County of Ventura.

⁴⁸ Supreme Court of Ohio – Proposed Mediation Practice Rule (General), 17.11.2006.

wnieść przeciwko temu sprzeciw. Wydane na to postanowienie jest niezaskarżalne⁴⁹. Strony niestawiające się na postępowanie mediacyjne mogą być obłożone sankcjami. Inne sądy w Ohio ustanawiają podobnie jak w Kalifornii górną granicę do przeprowadzenia postępowania mediacyjnego w wysokości US \$ 50 000⁵⁰.

Na Florydzie drobne spory cywilnoprawne rozwiązywane są bez potrzeby składania pozwu przez tzw. *Citizen Dispute Settlement Centers*⁵¹. Inaczej niż w Kalifornii i Ohio postępowanie cywilne Florydy konkretyzuje swobodne uznanie sędziów przy zarządzeniu obowiązkowego postępowania mediacyjnego. W pozwach o odszkodowanie mediacja zostaje zainicjowana niezależnie od sprawdzenia danego przypadku, gdy jedna ze stron postawi wniosek i gotowa jest do poniesienia wszystkich kosztów albo gdy spodziewane koszty z punktu widzenia taniości sądownictwa mogą być podzielone między strony. Poza tym mediacja może być zarządzona *ex officio*. Strony zobowiązane są do wzięcia udziału w seansach mediacyjnych. Postępowanie mediacyjne może być zakończone na wniosek strony, jeżeli postępowanie w tej samej sprawie odbyło się już wcześniej i sporne są jedynie kwestie prawne lub też gdy przedłożony zostaje przekonujący powód zakończenia postępowania⁵². Postępowania mediacyjne z prawa rodzinnego można znaleźć we wszystkich okręgach sądowych Florydy⁵³. W zależności od wysokości zarobków, stronom zapewnieni mogą być mediatorzy opłacani przez sąd. Jeżeli wartość przedmiotu sporu w ogólnych sporach cywilnoprawnych nie przekracza 15 000 \$, istnieją bodźce finansowe dla przeprowadzenia mediacji. Strony w terminie dziesięciu dni od zarządzenia sędziego o przeprowadzeniu postępowania mediacyjnego muszą porozumieć się co do osoby mediatora, z którym umawiają się co do wysokości jego honorarium⁵⁴. Gdy nie dochodzi do porozumienia, mediatora wyznacza sąd⁵⁵.

⁴⁹ I tak dla prawa teksańskiego: *Materials Evolution Development USA, Inc. v. Jablonowski*, 949 S.W.2d 31 (33) (Tex.App.-San Antonio 1997); L.W. Scott, *op. cit.*, przyp. 22 i s. 363 przyp. 230; Illinois: *Short Bros. Const., Inc. v. Korte & Luitjohan Contractors, Inc.*, 828 N.E.2d 754 (755) (Ill.App. 5th Dist. 2005); dla prawa federalnego USA: *Tutu Park, Ltd. v. O'Brien Plumbing Co., Inc.*, 180 FS 2d 673 (677) (D. V.I. 2002).

⁵⁰ *Planning Mediation Programs: A Deskbook for Common Plea Judges*, The Ohio Supreme Court/The Ohio State University College of Law (2000), 7–7.

⁵¹ E. Reshard, *Florida Mediation & Arbitration Programs. A Compendium – Dispute Resolution Center, Office of the State Courts Administrator*, Tallahassee (19 wyd., 2007), s. 21; M.J. Gelfand, *Alternative Dispute Resolution*, [w:] *The Florida Bar, Florida Condominium Law and Practice*, Chapter 11 (2003), § 11.4.

⁵² Rule 1.700 (2) (b) Florida Rules of Civil Procedure.

⁵³ W sprawach z prawa rodzinnego następuje automatyczne obowiązkowe przeniesienie postępowania do mediacji, zobacz: *The Mediations Process Instructions for Automatic Referrals in Family Law Cases*, St. Petersburg Family Law Sections, St. Petersburg Circuit Court Administrative Order PI-CIR-2005-031, (<http://www.jud6.org/ContactInformation/AlternativeDispute/AUTOCASESInstructionsSP0707.pdf>).

⁵⁴ *Florida Mediation & Arbitration Programs*, E. Reshard, *op. cit.*, s. 73.

⁵⁵ Rule 1.720 (f) Florida Rules of Civil Procedure.

Teksańskie prawo procesowe w przeciwieństwie do Florydy nie zna prawa do *opt-out*. Strony mogą wnieść sprzeciw przeciwko przeprowadzeniu postępowania mediacyjnego⁵⁶. Sąd może jednakże przeforsować zarządzenie o mediacji, gdy w przeciwieństwie do stron jest on zdania, że postępowanie mediacyjne może przynieść szansę na załatwienie sporu prawnego poprzez zawarcie ugody⁵⁷.

Prawo kalifornijskie respektuje pierwszeństwo decyzji stron podczas wyboru mediatora. Jednocześnie sądy we współpracy z lokalnymi zrzeszeniami adwokackimi i prywatnymi organizacjami zażegnania sporów stworzyły listę przysięgłych mediatorów, będących do dyspozycji przede wszystkim w postępowaniach mediacyjnych zarządzonych przez sąd. Sąd Najwyższy Florydy ustalił obszerne reguły dla certyfikowanych i mianowanych przez sąd mediatorów. Tylko certyfikowanym mediatorom wolno przeprowadzać postępowania mediacyjne w sprawach z zakresu prawa rodzinnego⁵⁸.

b. Skutki dla otwarcia postępowania głównego

Kombinacja ustawowych przeszkód procesowych i prywatnoprawnych ustaleń mediacyjnych odsuwa w praktyce otwarcie postępowania głównego. Jeżeli jedna ze stron naruszy swoje obowiązki wynikające z ustaleń mediacyjnych, może skutkować to sankcjami z prawa procesowego lub z prawa materialnego. W ten sposób postępowanie sądowe może być odroczone aż do przeprowadzenia postępowania mediacyjnego, jeżeli strony uzgodniły wcześniej alternatywne zażegnanie sporu⁵⁹. Jeden z sądów w Kalifornii dopuścił ustalenie mediacyjne, w którego myśl jedna ze stron, w wypadku jej odmowy wzięcia przed wniesieniem pozwu udziału w postępowaniu mediacyjnym, obciążona byłaby całkowitymi kosztami adwokackimi późniejszego procesu⁶⁰.

⁵⁶ Zobacz: § 154.022 (Notification and Objection) Texas Civil Practice & Remedies Code:

“(a) If a court determines that a pending dispute is appropriate for referral under Section 154.021 [Referral of Pending Disputes for Alternative Dispute Resolution Procedure], the Court shall notify the parties of its determination.

(b) Any party may, within 10 days after receiving the notice under Subsection (a), file a written objection to the referral.

(c) If the court finds that there is a reasonable basis for an objection filed under Subsection (b), the court may not refer the dispute under Section 154.021”.

⁵⁷ Decker v. Lindsay, 824 S.W. 2d 247 (s. 249 i n.) (Tex. App. – Hous. [1st Dist.] (1992).

⁵⁸ Florida Eighteenth Judicial District Administrative Order No. 07–19–B – In Re: Mediation – Family Mediation – Mandatory Referral of All Contested Family Law Cases to Mediation (§2 Family Mediators) (25.6.2007).

⁵⁹ Philadelphia Housing Authority v. Dore & Associates Contracting, Inc., 111 FS 2d 633f. (E.D. Pa. 2000); US v. Bankers Insurance Co., 245 F. 3d 315 (321 i nast.) (4th Cir., 2001); Lynn v. General Electric Company, 2005 WL 701270 (D. Kan., 2005). Do tego: N. Coben, N. Thompson, *FN 44*, Harv. Negot. L. Rev. 2006, v. 11, no. 43, s. 108 i n.

⁶⁰ Leamon v. Krajewicz, 107 Cal. App. 4th 424 (433) (Cal. App. 5th Dist. 2003): “The economic inefficiency of this result may have been avoided if, prior to the judicial proceedings, a disinterested mediator had explained to Leamon and the Krajewicz the costs of litigating the dispute through to a judgment or a final resolution by an appellate court”.

c. Zagadnienie kosztów – zwolnienie z kosztów sądowych

Mimo istniejących w Stanach Zjednoczonych bodźców finansowych do przeprowadzenia postępowania mediacyjnego nie ma tam jednolitego prawa o kosztach sądowych. Rozważania budżetowe mogą przez to bezpośrednio wpływać na kształtowanie się modeli opłat dla tworzonych przez sądy programów mediacyjnych. Mechanizmy, porównywalne z niemieckim zwolnieniem z kosztów sądowych, zależne są od zabezpieczenia ich finansowania⁶¹. W prawie procesowym poszczególnych stanów opłaty za postępowanie mediacyjne ustalane są na podstawie ustaw parlamentarnych, kodeksów postępowania ustalonych przez Sądy Najwyższe i przepisów o postępowaniu ustalonych przez lokalne sądy.

Dla formalnych procesów sądowych uznana jest możliwość zwolnienia z kosztów stron o niskich dochodach⁶². Niektóre stany dopuszczają stopniowanie kosztów według wysokości zarobków stron zaangażowanych w sprawę⁶³. W Kalifornii mediatorzy, którzy chcą zostać wpisani na lokalną listę dopuszczonych mediatorów, muszą zobowiązać się do wykonania pewnego minimum swojej działalności *pro bono*⁶⁴. Superior Court z Sacramento zwraca koszty mediatorów, jeżeli postępowanie zakończono przed upływem trzech godzin. Superior Court z San Diego wyznacza dla postępowań zarządzanych przez sąd mediatorów, z którymi istnieje zawiązana umowa o stałej wysokości opłat za pierwsze trzy godziny mediacji.

⁶¹ Zobacz w związku z tym zaplanowaną przez Superior Court of San Diego County na 1.1.2008 r. nową wersję Local Rules of Court, kończącą istniejące do tej pory odnośnie do opłat mediatorów postępowanie dla słabiej sytuowanych materialnie stron (*a pro bono/modest means procedure ... available to qualified parties*).

⁶² E.H. Schopler, 11 A.L.R. 2d, s. 607 i n.; A.T. Levin, J.C. Williams, 20 C.J.S. Costs § 99 (każdorazowo z dowodami z orzecznictwa sądów federalnych i stanowych).

⁶³ Zobacz uwagi do § 13.1 (Funding of Programs and Compensation of Mediators) National Standards for Court-Connected Mediations Programs, FN 48. Na Florydzie adwokaci nie są zobowiązani do działalności *pro bono*. Występuje jednakże ustawowy obowiązek informowania o tym, czy dana kancelaria proponuje świadczenia *pro bono*: P. D'Alemberte, [w:] *Centennial Reflections on Roscoe Pound's The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice – Transcript of Panel Discussions*, S. Tex. L. Rev. 2007, no. 48, s. 1079, 1117.

⁶⁴ S. § 10.781 (b) (Requirements to be on lists) California Rules of Court:

„In order to be included on a court list of ADR neutrals, an ADR neutral must sign a statement or certificate agreeing to:

(1) Comply with all applicable ethics requirements and rules of court; and

(2) Serve as an ADR neutral on a pro-bono or modest-means basis in at least one case per year, not to exceed eight hours, if requested by the court. The court must establish the eligibility requirements for litigants to receive, and the application process for them to request, ADR services on a pro bono or modest-means basis”.

III. Rozważania na temat struktury postępowania mediacyjnego

1. Przebieg postępowania – szczegóły

a. „Dystans do państwa”

Mimo że poprzez programy sądowe dla alternatywnego zażegnania sporów postępowania mediacyjne w Stanach Zjednoczonych zostały w przeważającej mierze zinstytucjonalizowane, w stanowych kodeksach postępowania zachowało się „wolne od państwa” jądro: nie ma prawie w ogóle skodyfikowanych norm określających przebieg postępowania. W ten sposób zachowana zostaje wolność kształtowania go przez strony. Mają one bez nacisku w postaci ewentualnych przyszłych sankcji możliwość poszukiwania szans na wspólne zgodne rozwiązanie. Floryda wydała przepisy wykonawcze dla mediatorów, z których można wyciągnąć wskazówki odnośnie do tego, jak prawnie powinna wyglądać struktura postępowania mediacyjnego. Podmioty w nie zaangażowane powinny być poinformowane, że postępowanie odbywa się wyłącznie za obopólną zgodą, mediator między stronami powinien pośredniczyć bez uprzedzeń, a komunikacja między stronami – z wyjątkiem inaczej brzmiących przepisów – jest poufna. Mediator nie może udzielać porad prawnych. Upoważniony jest jednak do udzielania wskazówek na temat możliwego wyniku sporu prawnego w czasie procesu oraz w trakcie rozpatrywania sporu w postępowaniu głównym i do rzeczowego omówienia zasadności stanowiska stron⁶⁵. W przypadku zakończenia mediacji w następstwie zawartej ugody mediator obowiązany jest, by zaprotokołowano to, i omawia ze stronami oraz adwokatami, w jaki sposób porozumienie może być sformalizowane i zrealizowane⁶⁶.

b. Sankcje

W myśl federalnego i stanowych kodeksów postępowania strony mogą w różnym zakresie zmuszone zostać do wzięcia udziału w mediacji. Nie ma jednak zobowiązania do wzięcia udziału w zamykającej postępowanie ugodzie. Na tym tle pojawia się pytanie, kiedy torpedujące postępowanie mediacyjne zachowanie jednej ze stron może

⁶⁵ Zobacz Rule 10.370 (c) (Advice, Opinions, or Information):

„Personal or Professional Opinion. A mediator shall not offer a personal or professional opinion intended to coerce the parties, unduly influence the parties, decide the dispute, or direct a resolution of any issue. Consistent with the standards of impartiality and preserving party self-determination however, a mediator may point out possible outcomes of the case and discuss the merits of a claim or defense. A mediator shall not offer a personal or professional opinion as to how the court in which the case has been filed will resolve the dispute”.

⁶⁶ Rule 10.420 (c) Florida Rules for Certified & Court-Connected Mediators. W praktyce mediator często protokołuje kończącą postępowanie ugodę: A.M. Soto, *Environmental Regulatory Mediation*, Tex. Tech. Admin. L.J. 2007, no. 8, s. 253, 258 i n.; D. Sharp, *The Many Faces of Mediation Confidentiality*, 53-NOV Disp. Resol. J. 1998, s. 56, 62; A.F. Blau, *Available Dispute Resolution Processes Within the Reauthorized Individuals with Disabilities Education Improvement Act (IDEIA) of 2004. Where Do Mediation Principles Fit In?*, Pepp. Disp. Resol. L.J. 2007, no. 7, s. 65, 81.

pociągnąć za sobą sankcje. Sądy unikają sankcji, które mogłyby skłonić strony do zastosowania jakiejś określonej strategii postępowania⁶⁷. W ten sposób sankcje orientują się raczej na kryteriach formalnych. Jeżeli jedna ze stron wykorzysta przedprocesowe postępowanie dla własnych celów i torpeduje później postępowanie mediacyjne, sąd może następujący pozew odrzucić jako niedopuszczalny. W określonych warunkach adwokat doprowadzający do porażki ustawowo przepisanego postępowania mediacyjnego może liczyć się także z konsekwencjami z prawa zawodowego⁶⁸. Sądy kalifornijskie i teksańskie nakładają na stronę, która odmówiła podpisania kończącej postępowanie ugody, koszty całego postępowania mediacyjnego, w przypadku gdyby strona przeciwna zwyciężyła w następującym postępowaniu głównym⁶⁹.

c. Zakończenie postępowania mediacyjnego – przeforsowanie ugody

W zakresie mediacji zarządzanej przez sąd kodeksy postępowania zobowiązują mediatora do poinformowania sądu o wyniku postępowania. Jeżeli strony nie rozstrzygnęły sporu prawnego, wznowione zostaje postępowanie sądowe. Jeżeli strony zawarły kończącą postępowanie ugodę, zaleca się spisanie porozumienia. Wymogi stawiane formie pisemnej w kodeksach postępowania w Stanach Zjednoczonych są niejednolite. Formalne wymagania stawiane dokumentacji porozumienia określają przede wszystkim warunki ramowe dla przeprowadzenia praw z ugody. W zakresie mediacji „okołosądowej” ugoda jest często dodawana do protokołu sądu⁷⁰. Jeżeli jedna ze stron nie wypełnia wynikających z ugody obowiązków, należy wnieść powództwo z prawa o umowach.

Aby nie narażać się na utratę oszczędności uzyskanych przez zastosowanie postępowania mediacyjnego, ugody kończące postępowania są przeprowadzane w tak szerokim zakresie, jak tylko jest to możliwe⁷¹. Amerykańskie orzecznictwo interpretuje postanowienia ugód zasadniczo według kryteriów prawa o umowach. W tym punkcie dochodzi

⁶⁷ Zobacz: Texas Parks and Wildlife Department v. Davis, 988 S.W., s. 370, 375 i n. (Tex. App. – Austin 1999).

⁶⁸ Na temat wymienionych praktyk adwokatów w postępowaniach mediacyjnych zob.: K.K. Kovach, *Good Faith in Mediation – Requested, Recommended, or Required? A New Ethic*, S. Tex. L. Rev. 1997, no. 38, s. 575, 604 i n.

⁶⁹ Na temat prawa kalifornijskiego: Gibson v. Bobroff, 49 Cal. App. 4th, s. 1202, 1208 i n. (Cal. App. 1st Dist. 1996); Trends v. Dale Pope Development, 1997 WL 33800614 (Cal. App. 2nd Dist., 1997); na temat prawa teksańskiego: Paul v. Paul, 870 S.W. 2d, s. 349-350 (Tex. App.-Waco 1994); State and County Mutual Fire Insurance Company Through Southern United Agency of Texas, Inc. v. Walker, 2002 WL 34157225 (Tex. App.-Fort Worth 2002).

⁷⁰ Na Florydzie dążenia do kodyfikacji wymogów dla sądowej rejestracji kończącej postępowanie ugody nie zakończyły się niepowodzeniem. Według nich ugoda miałaby być zatwierdzana w pisemnym postępowaniu na mocy postanowienia sądu: S. Johnson, *Confidentiality in Mediation. What Can Florida Glean From the Uniform Mediation Act?*, Fla. St. U. L. Rev. 2003, no. 30, s. 487, 497.

⁷¹ Treasure Coast, Inc. v. Ludlum Construction Co., Inc., 760 So. 2d, s. 232, 234 (Fla. App. 4th Dist. 2000): “[...] Settlements are highly favored as a means to conserve judicial resources, and will be enforced when it is possible to do so”.

jednak wciąż do sporów, ponieważ w punkcie stykania się zażegnania sporu z postępowaniami kontradiktoryjnymi ścierają się ze sobą oceny na podstawie prawa o umowach i prawa procesowego⁷². I tak na przykład pojawia się pytanie, czy muszą być brane pod uwagę także normy ustnie zawartych umów. Jeżeli na przykład zaprotokołowana ugoda jest niekompletna, istnieje potrzeba wykładni przy pomocy zeznań świadków.

2. Późniejsze sprawdzenie postępowania mediacyjnego i ugody mediacyjnej przez sędziego?

Postępowania mediacyjne prowadzą do utraty jawności. Konsekwencje praktyczne pojawiają się bezpośrednio w przypadku prawa o odpowiedzialności za produkt niebezpieczny. Jeżeli konsumenci nie zostaną powiadomieni o zakończeniu sporu prawnego przez zawarcie ugody, a niebezpieczeństwo z punktu widzenia prawa o odpowiedzialności za produkt niebezpieczny pozostaje, znika typowa dla postępowań sądowych z prawa o odpowiedzialności za produkt niebezpieczny funkcja ostrzegawcza⁷³. Powstaje więc pytanie, w jakich warunkach można ograniczyć poufność negocjacji mediacyjnych⁷⁴.

Sądy odrzucają odstąpienie jednej ze stron od zobowiązań wynikających z zawartej zresztą prawomocnie ugody bez sięgania do szczególnych zakazów wykorzystywania dowodów w prawie mediacyjnym⁷⁵. Niektóre stany w USA pozostawiają sędziom decyzję, jak dalece w danym przypadku chcą oni w późniejszym procesie dokonać sprawdzenia komunikacji między stronami postępowania mediacyjnego według norm prawa kontraktowego.

Odmienne stanowisko zajmuje kalifornijskie prawo postępowania cywilnego. Daleko idący, przewidziany w nim zakaz wykorzystywania dowodów obejmuje komunikację pisemną i ustną, występującą przed albo podczas postępowania mediacyjnego⁷⁶.

⁷² Na temat stosowania zasad z prawa kontraktowego *common law* dla kończących postępowania mediacyjne ugód: P.N. Thompson, *Enforcing Rights in Court-Connected Mediation – Tension Between the Aspirations of Private Facilitative Process and the Reality of Public Adversarial Justice*, Ohio St. J. on Disp. Resol. 2004, no. 19, s. 509, 520 i n.

⁷³ Zobacz: przedstawiony przez R. Brennowitz, *Deadly Secrecy: The Erosion of Public Information Under Private Justice*, Ohio St. J. on Disp. Resol. 2004, no. 19, s. 679; śmiertelny wypadek zaistniał już po wystąpieniu wielu podobnych przypadków z winy błędnego produktu, które to przypadki ze względu na zażegnanie sporu na drodze alternatywnego zażegnania sporów nie dostały się do wiadomości opinii publicznej.

⁷⁴ Krytyka u: L.K. Doré, *Public Courts Versus Private Justice. It's Time to Let Some Sun Shine in on Alternative Dispute Resolution*, U. Chi.-Kent L. Rev. 2006, no. 81, s. 463, 499 i n.; ta sama, *Settlement, Secrecy, and Judicial Discretion South Carolina's New Rules Governing the Sealing of Settlements*, S.C. L. Rev. 2004, v. 55, s. 791, 804 i nast.

⁷⁵ N. Coben, N. Thompson, *FN 44...*, s. 43, 78 i n.; L.W. Scott, *op. cit.*, s. 325, 366 i n.; F.L. Tetunic, *op. cit.*, s. 87, 113 i n.; zobacz także *Sponga v. Warro*, 698 So. 2d, s. 621, 625 (Fla. App. 5th Dist. 1997); *Murchison v. Grand Cypress Hotel Corporation*, 13 F. 3d, s. 1483, 1487 (11th Cir. 1994).

⁷⁶ Zobacz: § 1119 kalifornijskiego *Evidence Code* i zarys u N. Coben, N. Thompson, *przyp. 44*, Harv. Negot. L. Rev. 2006, v. 11, no. 43, s. 64 i n.; L.A. Stoll, *Comment – "We Decline to Address". Resolving the Unanswered Questions Left By Rojas v. Superior Court to Encourage Mediation and Prevent Improper*

Niedopuszczalne są także zeznania świadków na temat przebiegu postępowania mediacyjnego. Jeżeli nie ma zgody wszystkich zaangażowanych, mediator może jedynie powiadomić sąd o tym, czy ugoda doszła do skutku⁷⁷. Ochrona poufności ważna jest także po zakończeniu postępowania⁷⁸. W wyjątkowych wypadkach dowody mogą być tylko wtedy wykorzystane w późniejszych postępowaniach, kiedy zostały wprowadzone do postępowania mediacyjnego, jednak nie były przedmiotem negocjacji ani nie służyły za podstawę do zawarcia ugody⁷⁹. W pozostałych wypadkach poufność postępowania mediacyjnego może być przełamana tylko za zgodą stron.

W przeciwieństwie do orzecznictwa Sądu Najwyższego Kalifornii sądy pozostałych instancji stały na stanowisku, że ustawowa ochrona alternatywnego zażegnania sporów jest daremna, jeżeli nie daje się ustalić, czy strony i ich adwokaci negocjowali w „good faith” „negocjowały w „good faith”⁸⁰. Także więc dla prawa Kalifornii należałoby rozważyć wprowadzenie przesłuchanie mediatora *in camera*⁸¹. W każdym razie kalifornijski Sąd Najwyższy nie zakwestionował zobowiązania mediatora do złożenia zeznań w postępowaniu dla nieletnich po tym, gdy poszkodowany w postępowaniu mediacyjnym przyznał się do złożenia fałszywych zeznań⁸².

Przejęty w lekko zmienionej formie przez *Ohio Uniform Mediation Act* zabiega o zrównoważenie publicznej potrzeby przejrzystości i potrzeb stron⁸³. Przywilej dowodu wygasa, gdy wszyscy zaangażowani podpisali odpowiednią umowę lub gdy muszą na podstawie zobowiązujących postanowień ustawy przedstawić opinii publicznej swoją komunikację mediacyjną. Należą tu przede wszystkim komunikacje mediacyjne,

Shielding of Evidence, UCLA L. Rev. 2006, no. 53, s. 1549, 1559 i n.; E.A. Scallen, *Relational and Informational Privileges and the Case of the Mysterious Mediation Privilege*, Loy. L. A. L. Rev. 2004, no. 38, s. 537 i n.

⁷⁷ Zobacz: § 1121 kalifornijskiego *Evidence Code*.

⁷⁸ § 1126 kalifornijskiego *Evidence Code*.

⁷⁹ Wimsatt v. Superior Court, 152 Cal. App. 4th, s. 137, 157 (Cal. App. 2nd Dist. 2007).

⁸⁰ Foxgate Homeowners' Association v. Bramalea California, Inc., 92 Cal. Rptr. 2d, s. 916, 926 i n. (Cal. App. 2nd Dist. 2000); na ten temat: R. Lowry, P. Robinson, *Mediation Confidential*, 24-May L.A. Lawyer 2001, s. 28, 32 i n. Zobacz analizy orzecznictwa w: Eisendrath v. Superior Court of Los Angeles County, 109 Cal. App. 4th, s. 351, 360f. (Cal. App. 2nd Dist. 2003); Stewart v. Preston Pipeline, Inc., 134 Cal. App. 4th, s. 1565, 1572f. (Cal. App. 3rd Dist., 2005); Wimsatt v. Superior Court of Los Angeles, 152 Cal. App. 4th, s.137, 152f. (Cal. App. 2nd Dist. 2007). Por. także krytykę u S.R. Cole, *Protecting Confidentiality in Mediation. A Promise Unsettled?*, U. Kan. L. Rev. 2006, no. 54, s. 1419, 1424 i n., ostrzegającą przed bezprawnym zachowaniem stron i ich adwokatów.

⁸¹ Olam v. Congress Mortgage Company, 68 FS 2d, s. 1110, 1131 i n. (N.D. Cal, 1999), i J. Lande, *Using Dispute System Design Methods to Promote Good-Faith Participation in Court-Connected Mediation Programs*, UCLA L. Rev. 2002, no. 50, s. 69, 86 i n.

⁸² Zobacz: Foxgate Homeowners' Association v. Bramalea California, Inc., 108 Cal. Rptr. 2d, s. 642, 654 i n. (Cal. 2001), i Rinaker v. Superior Court of San Joaquin County, 62 Cal. App. 4th, s. 155 (Cal. App. 3rd Dist. 1998).

⁸³ Zobacz: uwagi na temat § 4 Uniform Mediation Act (2a. Rationale for privilege): “The privilege structure carefully balances the needs of the justice system against party and mediator needs for confidentiality”.

podczas których wyrażona została groźba dokonania czynu karalnego albo jego ukrycie. Tak samo mogą być ujawnione informacje, jeżeli przyczynia się to do przeforsowania roszczeń z powodu złamania zawodowych obowiązków staranności lub ukarania uchybień w zakresie opieki nad dziećmi albo potrzebującymi opieki dorosłymi.

Model ustawowy zezwala na przeprowadzenie po przesłuchaniu *in camera* przez sąd właściwy postępowania *discovery*, kiedy tylko na tej drodze strony mogą przeprowadzić swoje roszczenie odstąpienia albo zmiany ugody mediacyjnej lub odeprzeć pozew o odszkodowanie na mocy ugody. Wyjątek od zakazu wykorzystania dowodów nie rozciąga się jednak na komunikację ustną między zaangażowanymi osobami w postępowanie. Mediator nie może więc zostać zmuszony do zeznań jako świadek na temat negocjacji mediacyjnych. *Uniform Mediation Act* pozostaje w tyle za lokalnymi kodeksami postępowania, które zobowiązują strony do negocjacji w *good faith*. Według ustawy modelowej działanie na zwłokę w procesie (obstrukcja) daje się tylko wtedy uniknąć, jeżeli strona nie stawia się wielokrotnie bez usprawiedliwienia.

3. Prawa i obowiązki mediatorów

Mediatorzy w praktyce nie ograniczają się tylko do moderowania dialogu między stronami. Szacują oni raczej szanse na powodzenie w sporze prawnym⁸⁴, podnosząc w ten sposób z punktu widzenia stron wrażenie sprawiedliwości procesowej⁸⁵. Postępowania z powodu skarg formalnych są rzadkie. Tylko 17 stanów wydało wiążące (państwowe) kodeksy zachowania, podczas gdy dla czysto prywatnych mediatorów nie ma żadnych nałożonych przez państwo normy zachowań⁸⁶. Niektóre stany wprowadziły w zakresie mediacji „okołosądowej” jednolite postępowania skargowe⁸⁷, podczas gdy w Kalifornii trwają prace nad systemem sankcji, zainstalowanych przy sądzie, który wprowadził dany program mediacji⁸⁸. Faktycznie zadania mediatorów precyzują także decyzje sądów na temat zachowania poufności postępowania.

⁸⁴ Zobacz: C. Menkel-Meadow, *Ethics and Professionalism and Non-Adversarial Lawyering*, Fla. St. U. L. Rev. 1999, no. 27, s. 153, 174 i n.

⁸⁵ B. McAdoo, N.A. Welsh, *Look Before You Leap and Keep on Looking: Lessons from the Institutionalization of Court-Connected Mediation*, Nev. L. J. 2004/2005, no. 5, s. 399, 423; R. Wissler, *Court-Connected Mediation in General Civil Cases. What We Know from Empirical Research*, Ohio St. J. on Disp. Resol. 2002, no. 17, s. 641, 679, 684 i n.

⁸⁶ P.M. Young, *Take It or Leave It. Lump It or Grieve It. Designing Mediator Complaint Systems that Protect Mediators, Unhappy Parties, Attorney, Courts, the Process, and the Field*, Ohio St. J. on Disp. Resol. 2006, no. 21, s. 721, 725 i n.

⁸⁷ P.M. Young, *FN 87*, Ohio St. J. on Disp. Resol. 2006, no. 21, s. 721, 749 i n.; ta sama, *Rejoice! Rejoice! Rejoice, Give Thanks, and Sing: ABA, ACR, and AAA Adopt Revised Model Standards of Conduct for Mediators*, Appalachian J. L. 2006, no. 5, s. 195, 233 przyp. 234.

⁸⁸ Por.: Rules of the Superior Court, County of Yolo, State of California, Appendix #6 (Unified Family Court Protocols), § 6.8 Grievances.

Precyzacja obowiązków mediatora jest w dyskusji amerykańskiej bezpośrednio związana z prawną regulacją postępowania mediacyjnego. Wyrażane jest przy tym życzenie polepszenia kontroli jakości i możliwe negatywne bodźce, które mogą powodować powstawanie u mediatorów norm ograniczających ocenę i norm prawnych dotyczących odpowiedzialności cywilnej⁸⁹. Prawo postępowania Florydy prawie całkowicie uwalnia mediatorów „okołosądowych” od konsekwencji związanych z prawną odpowiedzialnością cywilną⁹⁰. Dopuszczalne jednak są sankcje wynikające z prawa zawodowego. W praktyce postępowania skargowe mają kompensować przewidziane ustawowo zwolnienie mediatorów z odpowiedzialności cywilnej, przy czym teoretyczne rozważania bodźców nie są brane pod uwagę.

Obecnie w celu ustalenia obowiązków mediatora ważne są przede wszystkim uregulowania prawa adwokackiego, wydane przez sądy kodeksy zachowań i ogólne zasady odpowiedzialności cywilnej *common law*. Rozstrzygnięcie *American Bar Association* z roku 2002 wzywa do ustalenia reguł zachowań dla mediatorów, którzy nie są dopuszczeni do wykonywania zawodu adwokata⁹¹. Mediatorom wolno jest omawiać aspekty prawne mediacji, muszą jednakże wskazywać na to, że strony, które nie są reprezentowane przez adwokata, powinny przed zawarciem kończącej postępowanie ugody zasięgnąć porady prawnej.

IV. Perspektywy

Jak stwierdzają autorzy amerykańskiego podstawowego dzieła na temat mediacji – „Mediacja to prosty proces, ale przepisy dla mediacji są kompleksowe”⁹². Opisuje to trafnie istniejące rozczłonkowanie amerykańskiego prawa formalnego. Dzisiejsze postępowania „okołosądowe” wywodzą się z pilotażowych projektów, stworzonych przez sędziów wspomaganych przez ustawodawców w celu opanowania nawały postępowań cywilnoprawnych. W tym czasie instytucja alternatywnego zażegnania sporów przez mediację odeszła od spraw cywilnoprawnych i rodzinnych, którymi początkowo się zajmowała i stopniowo zaczęła mieć zastosowanie w Stanach Zjednoczonych również w przypadku sporów z prawa pracy oraz dla postępowań z prawa karnego i publicznego.

⁸⁹ Zobacz: rozważającą to zagadnienie analizę z sędziowskiego punktu widzenia u: W.D. Brazil, *Continuing the Conversation about the Current Status and the Future of ADR. A View from the Courts*, J. Disp. Resol. 2000, no. 11, s. 34.

⁹⁰ Zobacz: § 44.107 (2) Florida Statutes.

⁹¹ ABA Section of Dispute Resolution, Resolution on Mediation and the Unauthorized Practice of Law, adopted by the Section on February 2, 2002 (do wglądu przez: www.abanet.org/dispute/resolution2002.pdf).

⁹² S.R. Cole, C.A. McEwen, N.H. Rogers, *Mediation: Law, Policy and Practice* (wyd. 2., stan z listopada 2006 r.), § 13:1: *Mediation is a simple process, but the laws related to mediation are complex.*

Krytyka alternatywnego zażegnania sporów w Stanach Zjednoczonych nigdy nie wygasła. Za rozważaniami mikroekonomicznymi i w ramach teorii demokracji⁹³ stoi realistyczna ocena, że procesy decyzyjne w mediacji są mało przejrzyste. Obserwowane jednocześnie wprowadzanie ram prawnych dla postępowań mediacyjnych podkreśla, że przeprowadzane sporne postępowania sądowe straciły na znaczeniu. Kontrola przebiegu postępowań podczas mediacji w tym większym stopniu spełnia funkcje kompensacyjne, w im większym stopniu na znaczeniu tracą materialno-prawne punkty widzenia sporu prawnego. Przy tym w większości stanów USA dają się zauważyć deficyty regulacyjne przy konkretyzacji obowiązków mediatorów i odpowiednich systemach bodźców w ramach odpowiedzialności cywilnej.

Polityka prawna stanęła przed wyzwaniem, jakim jest stworzenie równowagi między wydajną ochroną prawną⁹⁴ a rozwojem prawa na drodze pracy sądów państwowych, optymalnej alokacji niewystarczających zasobów⁹⁵ i zabezpieczeniem gwarancji wynikających z prawa konstytucyjnego. Na większą uwagę zasługują społeczne koszty kończących postępowania ugód mediacyjnych, które jak do tej pory ukazały się przede wszystkim na obszarze ochrony konsumenta i ochrony konkurencji.

Z porównawczo prawnego punktu widzenia zróżnicowane ukształtowanie narodowych praw procesowych prowadzi do tego, że struktury bodźców finansowych dla przeprowadzania postępowań mediacyjnych muszą być rozpatrywane w bezpośrednim związku z kosztami sporu cywilnoprawnego pierwszej instancji.

⁹³ Zobacz: rozważania teoretyczno-demokratyczne u R.R. Reuben, *Democracy and Dispute Resolution. Systems Design and the New Workplace*, Harv. Negot. L. Rev. 2005, v. 10, no. 11, s. 44 i n., i krytykę N.A. Welsh, *FN 43*, Harv. Negot. L. Rev. 2001, v. 10, no. 1, s. 21 i n. Instytucjonalizacja „mediacji okołosądowej” postępuje kosztem procesualnej wolności dyspozycyjnej stron.

⁹⁴ Por. P. Gottwald, *Die ökonomische Analyse zur Kritik und Reform des Zivilprozeßrechts (Analiza ekonomiczna krytyki i reformy procesu cywilnego)*, [w:] R. Holzhammer, W. Jelinek, P. Böhm (Hrsg.), *Festschrift für Fasching*, 1988, s. 181, 189 i n.; M. Dimde, *op. cit.*, przyp., s. 35 i n., ze wskazaniem na orzecznictwo Federalnego Trybunału Konstytucyjnego. Zobacz z kolei przeciwną propozycję J. Lande, *How Much Justice Can We Afford? Defining the Courts' Roles and Deciding the Appropriate Number of Trials, Settlement Signals, and other Elements Needed to Administer Justice*, J. Disp. Resol. 2006, s. 213, 247 i n. – obniżenia bariery psychicznej przed procesem poprzez skrócenie przebiegu postępowania.

⁹⁵ Na temat konfliktów celów między selekcją pozwów i pokryciem kosztów: D. Schmidtchen, R. Kirstein, *Abkoppelung der Prozeßkosten vom Streitwert? – Eine ökonomische Analyse von Reformvorschlägen (Odlączenie kosztów procesu od wartości sporu? – Ekonomiczna analiza propozycji reform)*, [w:] H. Prütting, H. Rüßmann (Hrsg.), *Verfahrensrecht am Ausgang des 20. Jahrhunderts (Prawo procesowe w końcu XX. w.) – Festschrift für Gerhard Lüke*, 1997, s. 741, 753 i n.; por. C. Baudenbacher, *Rechtsverwirklichung als ökonomisches Problem – Zur Überlastung der Zivilgerichte (Urzeczywistnienie prawa jako problem ekonomiczny – na temat przeciążenia sądów cywilnych)*, „Züricher Studien zum Verfahrensrecht” 1985, v. 61, s. 30 i n.

