

HANNA DUSZKA-JAKIMKO

Uniwersytet Opolski

MONIKA HACZKOWSKA

Politechnika Opolska

KONSENSUALNY CHARAKTER PROCEDURY JAKO KONSTITUTYWNA CECHA ADR

1. WPROWADZENIE. ZNACZENIE KONSENSUALNEGO WYMIARU SPRAWIEDLIWOŚCI WE WSPÓŁCZESNEJ JURYSPRUDENCJI

Pojęcie konsensualnego wymiaru prawa, zaznaczającego się w negocjacyjnej otwartości polityki prawotwórczej, w negocjacyjnym typie tworzenia prawa, otwartości interpretacyjnej prawa i w metodach rozwiązywania sporów, pojawia się coraz częściej we współczesnej refleksji prawnej¹. Konsensualny wymiar prawa można postrzegać przez pryzmat procesu tworzenia prawa (prawodawstwo negocjacyjne), stosowania prawa (konceptje porozumień prawnoprocesowych, pozasadowe formy rozwiązywania sporów prawnych), jak również w stylu rządzenia i uprawiania polityki (konsensualizm polityczny A. Lijharta²). Zjawisko to, jak się wydaje, wynika ze współczesnych przeobrażeń społecznych, związanych ze zjawiskami globalizacji, rozwojem nowych technologii komunikacyjno-informatycznych, zmianami geopolitycznymi, rozwojem społeczeństwa otwartego i zmianami kulturowymi³. W przestrzeni teoretycznoprawnej zmiany te wiążą się z rozwojem

¹ Negocjacyjny sens działań prawnych to problematyka coraz częściej poruszana w polskiej literaturze prawniczej, zob. m.in. J. Jabłońska-Bonca, *Prawnik a sztuka negocjacji i retoryki*, Warszawa 2003; *eadem*, *Prawnik jako negocjator — z problematyki retoryki interpersonalnej*, „Studia Prawnicze” 2001, nr 3–4; A. Jakubiak-Mirończuk, *Negocjacje dla prawników*, Warszawa 2010; E. Kustra, *Władcy oraz negocjacyjny typ tworzenia prawa. Szanse i zagrożenia*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1994, z. 4; *Prawno-psychologiczne uwarunkowania mediacji i negocjacji*, red. S.L. Stadniczeńko, Opole 2006; J. Stelmach, B. Brożek, *Sztuka negocjacji prawniczych*, Warszawa 2011; M. Tabernacka, *Negocjacje i mediacje w sferze publicznej*, Warszawa 2009.

² Zob. M. Maciejewski, *Konsensualizm*, [w:] *Prawniczy słownik wyrazów trudnych*, red. J. Boć, Wrocław 2005, s. 189–190.

³ Zob. m.in. T. Giaro, *Dogmatyka i historia prawa w dobie globalizacji. Nowe rozdział kart*, [w:] *Prawo w dobie globalizacji*, materiały IX konferencji Wydziału Prawa i Administracji UW, Warszawa 2010, s. 39–50; J. Guśc, K. Łokucijewski, *Globalizacja a jurydycja. O wpływie globa-*

idei demokracji konsensualnej, komunikacyjną wizją prawa, koncepcją prawa refleksyjnego, z modelem tzw. państwa sieciowego⁴, postklasyczną koncepcją procesu sądowego⁵ oraz kryzysem pozytywistycznego paradygmatu prawa i prawoznawstwa⁶. Konsensualne znaczenie prawa opiera się, przy najogólniejszym ujęciu, na idei wolnego od przymusu i swobodnego porozumienia pomiędzy podmiotami stosunków prawnych, uwarunkowanego racjonalnością komunikacyjną, oraz na otwarciu prawa na aktywny udział jednostek niebędących podmiotami publicznymi w bieżącym zarządzaniu państwem (w sferze publicznoprawnej). Idea komunikacyjnego modelu prawa, dla którego właściwa jest koncepcja konsensualnego tworzenia i stosowania prawa, ma prowadzić do urzeczywistnienia postawy kooperacyjnej między podmiotami stosunków społecznych z jednoczesnym wypieraniem postawy strategicznej. Koncepcja ta oznacza ponadto przechodzenie od wertykalnego, opartego na mechanizmach publicznoprawnych modelu rządzenia ku horyzontalnemu modelowi umowno-sieciowemu, opartemu na partnerstwie o mieszanych cechach publiczno- i prywatnoprawnych. Czynniki aksjologiczny i funkcjonalny prawa przeważa tu nad aspektami o charakterze tetycznoprawnym. Konsensualny wymiar prawa daje się zauważyć w toczącym się dyskursie teoretycznoprawnym, dotyczącym problematyki negocjacyjnego paradygmatu prawa. Tradycyjnie już za najbardziej znaczącą w rozumieniu pojęcia konsensualnego wymiaru prawa należy z pewnością uznać wspomnianą wcześniej teorię działania komunikacyjnego J. Habermasa⁷, nurty myślowe zaliczające się do postklasycznych koncepcji procesu oraz związaną z nimi ideę sprawiedliwości proceduralnej J. Rawlsa⁸. Osią tych koncepcji wydaje się właśnie idea otwarcia prawa na osiągnięcie w sposób świadomy i celowy porozumienia (*consens*) w społecznych interakcjach przez użycie języka lub innych znaczących symboli jako mediów procesów dochodzenia do porozumienia⁹. W terminologii J. Habermasa są to tzw. typy działań komunikacyjnych, z których pojmowaniem wiąże się pojęcie racjo-

lizacji na skalę prawotwórstwa w liberalnym państwie demokratycznym, [w:] *Filozofia prawa w dobie globalizacji*, red. J. Stelmach, Kraków 2003; T. Kozłowski, *Spór o obecne pojęcie prawa*, [w:] *Teoretycznoprawne problemy integracji europejskiej*, Lublin 2004, s. 11 nn.; *idem*, *Współczesne przestrzenie norm prawnych*, [w:] *Prawo i ład społeczny. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Annie Turskiej*, Warszawa 2000, s. 66–67.

⁴ Zob. J. Jabłońska-Bonca, *Soft justice w „państwie sieciowym”?*, [w:] *Alternatywne formy rozwiązywania sporów w teorii i w praktyce. Wybrane zagadnienia*, red. H. Duszka-Jakimko, S.L. Stadniczeńko, Opole 2008, s. 65 nn.

⁵ L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2003.

⁶ O krytyce pozytywistycznego modelu prawa i prawoznawstwa zob. zwłaszcza L. Morawski, *Pozytywizm „twardy”, pozytywizm „miękki”, pozytywizm martwy, „Ius et Lex”* 2003, nr 1.

⁷ J. Habermas, *Teoria działania komunikacyjnego*, t. 1, Warszawa 1999.

⁸ O teorii sprawiedliwości proceduralnej zob. J. Rawls, *Teoria sprawiedliwości*, Warszawa 1994.

⁹ Por. L. Morawski, *Argumentacje, racjonalność prawa i postępowanie dowodowe*, Toruń 1988, s. 79–80.

nalności komunikacyjnej¹⁰. Racjonalne w sensie komunikacyjnym są te działania społeczne, które rozszerzają wolną od przymusu i represji komunikację społeczną, sprzyjają dyskursywnemu kształtowaniu i wyrażaniu woli społecznej oraz umożliwiają konsensualną regulację konfliktów¹¹. Dążenie do osiągnięcia porozumienia powinno odbywać się w dyskursie podstawowych reguł sprawiedliwości proceduralnej, przede wszystkim w zakresie równości partnerów, uczciwości komunikacji (porozumiewania się) i wolności argumentowania¹². Idea komunikacyjnej wizji prawa jest więc uzasadniona etyczną koniecznością dotrzymania powziętych reguł porozumiewania. Wymogi takie, jak uczciwość, szczerłość, zrozumiałość, prawdziwość wypowiedzi, równość stron dyskursu, swoboda argumentacji, powinny — w myśl założeń racjonalności komunikacyjnej J. Habermasa — znamionować „idealną sytuację dyskursu”¹³, a więc „niczym niezakłóconą” etykę mowy. Literatura jednak niejednokrotnie podaje tę tezę w wątpliwość. Klasyczne bowiem procesy stosowania prawa, związane z państwowym wymiarem sprawiedliwości pokazują, że pełne wdrożenie warunków rządzących uczciwym i równym procesem porozumiewania w sporach sądowych nie jest możliwe, chociażby ze względu na to, iż jedną ze stron postępowania na przykład w procesie karnym jest organ państwowy, co w sposób oczywisty ogranicza zasadę równości stron¹⁴. Wymagające natomiast pogłębionej refleksji wydaje się zagadnienie, czy w alternatywnych — wobec procesu sądowego — procedurach rozwiązywania sporów, takich jak negocjacje, mediacje, arbitraż, kształtowanych na zasadzie autonomicznej woli stron sporu, dobrowolności będącej konsekwencją zasady swobody umów i bezstronności moderatora sporu, możliwe jest zastosowanie warunków uczciwej i rzetelnej komunikacji, prowadzącej do zawarcia konsensusu.

W literaturze zauważa się także, że współcześnie wpływ koncepcji racjonalności komunikacyjnej na kształt sądowych form stosowania prawa jest mocno widoczny i wyraża się w preferowaniu przez systemy procesowe konsensualnych metod rozwiązywania sporów¹⁵, w których wypracowany przez strony konsensus jest legitymowany regułami sprawiedliwości proceduralnej. Sprawiedliwość czysto proceduralna, zdaniem J. Rawlsa, istnieje w sytuacji braku niezależnego kryterium prawidłowego rezultatu powziętej decyzji, lecz rezultat ten będzie uczciwy, jeśli będzie zgodny z regułami procedury. Procedura zatem w myśl koncepcji konsensualnej to technika, metoda komunikacji dążącej do osiągnięcia porozumienia.

¹⁰ Szerzej o rozróżnieniu dwóch typów działań: celowo-racjonalnych i komunikacyjnych zob. J. Habermas, *op. cit.*, s. 186.

¹¹ L. Morawski, *Argumentacje...*, s. 81; J. Jabłońska-Bonca, *Prawnik a sztuka negocjacji...*, s. 49.

¹² L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa...*, s. 106–108.

¹³ Zob. J. Stelmach, R. Sarkowicz, *Filozofia prawa XIX i XX wieku*, Kraków 1999, s. 166.

¹⁴ Zob. S. Steinborn, *Porozumienia w polskim procesie karnym. Skazanie bez rozprawy i dobrowolne poddanie się odpowiedzialności karnej*, Kraków 2005, rozdz. I.

¹⁵ L. Morawski, *Argumentacje...*, s. 105.

Aplikacja konsensualnego (negocjacyjnego) sensu działań prawniczych w perspektywie filozoficzno-prawnej wymaga postawienia pod znakiem zapytania prakseologicznych wartości procesu stosowania prawa, odzwierciedlającego idee pozytywizmu prawniczego. Wyraża się on między innymi w idei reguły prawnej jako formalnej podstawy rozstrzygnięcia prawnego, w procesie interpretacji, w której dąży się do rzeczywistego ustalenia znaczenia reguły (tekstu prawnego), oraz w koncepcji ustawy jako wyrazu woli prawodawcy, stanowiącej normatywną podstawę rozstrzygnięcia¹⁶. Negocjacyjny sens działania prawniczego natomiast łączy się z wymogami poszukiwania słuszności, skuteczności czy też efektywności podejmowanego rozwiązania prawnego, a więc wszelkich racji o pozaprawnym charakterze. Istotą modelu komunikacyjnego jest porozumienie stron, a nie władczą i realizującą reguły prawa materialnego decyzja sądu. W perspektywie teoretycznoprawnej do koncepcji tej nawiązuje również neopozytywistyczne ujęcie prawa J. Raza. Autor ten wyodrębnia bowiem dwa etapy rozumowania o prawie: etap deliberacyjny i etap egzekucyjny. Pierwszy z nich dotyczy rozważań o prawie, prowadzonych „jeszcze przed wejściem na salę sądową, w którym to etapie argumenty wartościujące mają równoważne znaczenie z wszelkimi innymi”¹⁷, drugi natomiast charakteryzuje się funkcjonowaniem autorytatywnych reguł pozytywistycznych¹⁸. Etap deliberacyjny można przyjąć jako sposób (możliwość) dochodzenia do porozumienia poprzez wymianę i uzasadnienie argumentów uczestników dyskursu w warunkach idealnej sytuacji mowy. Odpowiada to warunkom wspomnianej powyższej racjonalności komunikacyjnej (w ujęciu J. Habermasa) przez rezygnację z przymusu i oparcie procesu na racjach stron; etap ten odwołuje się do przyjmowanych w danej społeczności kulturowo utartych standardów wartościowania, znamionuje więc poznanie aksjologiczne¹⁹. Stanowi o uzasadnieniu negocjacyjnego sensu działań prawniczych.

W niniejszych rozważaniach spróbujemy zatem przyjrzeć się negocjacyjnym założeniom współczesnego paradygmatu stosowania prawa, postulowanym w pozasądowych, alternatywnych metodach osiągania porozumienia — ADR (z ang. ADR — *Alternative Dispute Resolution*)²⁰. Celem analizy będzie wskazanie tych

¹⁶ Por. J. Stelmach, B. Brożek, *Sztuka negocjacji...*, rozdz. 1, także L. Morawski, *Proces sądowy a instytucje alternatywne (na przykładzie sporów sądowych)*, „Państwo i Prawo” 1993, z. 1; A. Sulikowski, *Wzrost znaczenia ADR jako przejaw osłabienia nowoczesnego paradygmatu stosowania prawa*, „ADR. Arbitraż i Mediacja” 2008, nr 4.

¹⁷ J. Raz, *Autorytet prawa*, tłum. P. Maciejko, wstęp J. Kochanowski, N.E. Simmonds, Warszawa 2000, cz. I i II; T. Kozłowski, *Spoleczny pozytywizm Josepha Raza*, „Studia Iuridica” XXXVI, 1998, s. 97.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ A. Jakubiak-Mirończuk, *Model tworzenia prawa w Polsce po reformie Better Regulation a idea demokracji deliberatywnej*, ZNZE WSiIZ 2009, nr 3, s. 4.

²⁰ Na marginesie niniejszych rozważań nie sposób jednak nie zauważyć, że coraz szerzej idea konsensualizmu daje się zaobserwować w obszarze klasycznego, sądowego stosowania prawa (w tzw. typie adjudykacyjnym), jak np. w porozumieniach procesowych w prawie karnym — tu wskazuje się porozumienia formalne, jak skazanie bez rozprawy (art. 335 k.p.k.), dobrowolne pod-

elementów procedury, które w praktyce prawniczej mogą stanowić argumentację na rzecz konsensualnego pojmowania prawa oraz wypełniać przestrzeń „detronizowanego” klasycznego pozytywistycznego modelu prawa.

2. KONSENSUALNY WYMIAR PRAWA W ALTERNATYWNYCH METODACH ROZWIĄZYWANIA SPORÓW — ZAGADNIENIA POJĘCIOWE I DEFINICYJNE

Alternatywne metody (sposoby, formy, instrumenty) rozwiązywania sporów — ADR — to, jak wskazuje doktryna, jeden z przejawów konsensualnego pojmowania prawa. Metody te, jako nieadjudykacyjne (niepaństwowe, niesformalizowane), były dotychczas przeciwstawiane adjudykacyjnemu (klasycznemu, sądowemu) modelowi stosowania prawa. Analiza ich konstytutywnych cech z perspektywy procedury pozwoli na uzasadnienie bądź zaprzeczenie problemów przewodnich niniejszych badań.

Najczęściej w literaturze przedmiotu pod pojęciem alternatywnych metod rozwiązywania sporów — *Alternative Dispute Resolution* — rozumie się formy nawiązujące do rozwiązywania sporów prawnych w następujących podstawowych trybach:

a) negocjacyjnym (swobodne, bezpośrednie, samodzielnie prowadzone przez strony sporu rokowania, bez strukturalizacji i zewnętrznego udziału osób trzecich; mogą stanowić instytucję *sui generis*, mogą też być elementem czy też wstępem do rozwiązywania sporu w ramach innych form ADR);

b) moderowanym, tj. mediacyjno-koncyliacyjnym (tryby moderowane charakteryzują się wyborem przez strony niezależnego, neutralnego, lecz niemającego uprawnień władczych „pośrednika”, „moderatora” sporu, mającego pomóc w prowadzeniu negocjacji i rozwiązywaniu konfliktu, a w wypadku mediacji również zaproponować stronom sposób rozwiązania sporu; celem koncyliacji jest natomiast pogodzenie stron);

c) arbitrażowym (polubownym, eksperckim, najbliższym tradycyjnemu sądownictwu państwowemu, w którym władcza i mająca moc orzeczenia sądowego decyzja arbitrażowa należy do niezależnego, wybieranego przez strony eksperta lub ekspertów)²¹.

danie się odpowiedzialności karnej (art. 387 k.p.k.), porozumienie między oskarżonym a pokrzywdzonym w kwestii naprawienia szkody (art. 341 k.p.k.) czy mediację (art. 23a k.p.k.), jak również porozumienia nieformalne, jak warunkowe umorzenie postępowania (art. 66 k.k.). Zob. S. Steinborn, *op. cit.*, rozdz. I. Również w prawie administracyjnym podkreśla się znaczenie porozumień i dialogu w zakresie dokonywania uzgodnień z organem administracji w postanowieniach aktów dwustronnych, jak również w zakresie zawierania ugód w postępowaniu administracyjnym. Zob. Z. Kmiciać, *Mediacja i koncyliacja w prawie administracyjnym*, Kraków 2004.

²¹ Por. J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1972, s. 46. Literatura analizująca alternatywne formy rozwiązywania sporów w perspektywie szczegółowych nauk prawnych jest

Alternatywne metody rozwiązywania sporów to termin wieloznaczny i wobec braku definicji legalnej w literaturze polskiej występuje przynajmniej w trzech znaczeniach²². Po pierwsze, oznacza alternatywne w stosunku do klasycznego postępowania procesowego formy takie, jak postępowania nieprocesowe, postępowania odrębne. Po drugie, oznacza formy postępowania, które nie opierają się na adjudykacyjnym trybie podejmowania decyzji; są to postępowania polubowne, pojednawcze, ugodowe, rozjemcze. Po trzecie, alternatywą wobec postępowania sądowego są wszelkie „ulożone” poza instytucjami państwowymi formy rozwiązywania konfliktów. Dwa pierwsze znaczenia to tzw. alternatywy wewnętrzne, realizowane w ramach określonego systemu prawa, charakteryzujące się możliwością inicjowania postępowania przez organy władzy państwowej, obowiązkiem przystąpienia do rozmów przez strony, kontrolą porozumienia przez organy państwowe pod względem jego zgodności z prawem powszechnie obowiązującym i zabezpieczeniem wykonania zawartego porozumienia. Ostatnie z wymienionych znaczeń określa się mianem alternatyw zewnętrznych, w których to strony dysponują pełną autonomią zarówno w zakresie przystąpienia (i odstąpienia) do procedur alternatywnych, wpływu na wybór zasad i reguł postępowania, jak i treści porozumienia oraz dobrowolności jego wykonania.

Brak ustawowej definicji tego pojęcia jednoznacznie kieruje nas zatem ku słownikowym definicjom tego terminu. Alternatywny (z łac. *alternus* ‘przemienny’, ‘na przemian następujący’) oznacza tyle co: „inny”, „różnorodny”, „różnoraki”, „heterogeniczny”, „opcjonalny”, „wariantowy”²³; to także „dopuszczający jedną z dwu możliwości”, „dający możliwość wyboru między dwiema możliwościami”²⁴. Różnorodność metod rozwiązywania sporów, które charakteryzują się takimi cechami, jak: dobrowolność dla stron sporu z ich korzystania, autonomiczny wybór przez strony osoby „moderatora” sporu w poszczególnych typach tych postępowań, ograniczenie bądź rezygnacja z „postępowania dowodowego”, wybór reguł „procedury”, a także poufność i niepubliczny charakter przebiegu wskazują na ich odmienną od procedur sądowych istotę, uzasadniając tym samym przyjętą terminologię.

Celem alternatywnych metod rozwiązywania sporów jako idei regulatywnej jest minimalizacja ryzyka prawnego i rozwiązanie sporu zaistniałego pomiędzy

nader bogata, dlatego też w niniejszej pracy nie charakteryzujemy w sposób całościowy poszczególnych metod ADR (tzw. podstawowych i hybrydowych), odsyłając w tym zakresie czytelnika do literatury przedmiotu: zob. m.in. S. Blake, J. Browne, S. Sime, *A Practical Approach to Alternative Dispute Resolution*, Oxford University Press 2011; *Arbitraż i mediacja. Praktyczne aspekty stosowania przepisów*, red. J. Olszewski, Rzeszów 2007; *Sądy polubowne i mediacja*, red. J. Olszewski, Warszawa 2008.

²² Zob. J. Jabłońska-Bonca, *Prawnik a sztuka negocjacji...*, s. 15; L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa...*, s. 228–229.

²³ Zob. B. Gajewska, M. Pawlus, *Słownik synonimów i antonimów*, Bielsko-Biała 2003; J. Sondel, *Słownik łacińsko-polski dla prawników i historyków*, Kraków 1997, s. 52.

²⁴ Zob. *Słownik wyrazów obcych PWN*, red. E. Sobol, Warszawa 2003, s. 37.

stronami w drodze porozumienia osiągniętego w wyniku dyskusji (z łac. *consensus* — zgoda, zezwolenie na coś), w wyniku dobrowolnego, ale też otwartego i świadomego procesu komunikowania stron, służącego ujawnieniu informacji i zachowań jednej ze stron tego postępowania względem innej. Spełnienie wymogów odpowiadających etyce komunikacji, tj. zrozumiałości, prawdziwości, szczerości wypowiedzi, słuszności żądań skutkuje legitymizacją przedmiotowych procedur (legitymizacja etyczna). Istotą procesu komunikacji jest wspólne dochodzenie do osiągnięcia wzajemnie akceptowanego rozwiązania sporu. Racjonalność komunikacyjna w alternatywnych metodach rozwiązywania sporów musi przejawiać się w postawie kooperacyjnej (nie strategicznej) uczestników dyskursu, w chęci zawarcia kończącego spór porozumienia, w otwartości na argumenty drugiej strony, w swobodnym wyrażaniu własnej woli, zrozumieniu własnych interesów i korzyści oraz interesów i korzyści drugiej strony, w dokonywaniu wzajemnych ustępstw. To także możliwość dobrowolnego korzystania z ADR zamiast lub w ramach klasycznego procesu sądowego, dążenie do porozumienia oraz znalezienia kompromisowego wyjścia z sytuacji konfliktowej²⁵, zapewnienie realizacji idei sprawiedliwości proceduralnej i legislacji należytych gwarancji, w której wypracowane wspólnie przez strony reguły procedowania stanowią o legitymizacji powziętego porozumienia. W toczących się negocjacjach, w uzgadnianiu wzajemnych stanowisk to właśnie kryteria konsensualne, takie jak słuszność, skuteczność, efektywność determinują wartość powziętej ugody i w rezultacie wartość przyjętego rozwiązania prawnego. Fakt zawarcia ugody legitymizuje więc przyjęte przez strony reguły procedury będącej konsekwencją konsensualnych działań tych podmiotów.

Z punktu widzenia analizy systemowej natomiast należałoby odczytywać skrót ADR jako *additional dispute resolution*, a więc „dodatkowe”, ale także w znaczeniu *auxiliary* — „uzupełniające”, „wspierające”, „pomocnicze” — techniki rozwiązywania sporów (z łac. *addicticius -a, -um* — dodatkowy). Przewidziane przepisami procedury cywilnej czy karnej instytucje mediacji sądowej, arbitrażu czy postępowania koncyliacyjnego to zinstytucjonalizowane i sformalizowane środki (techniki) rozwiązywania sporów, podlegające określonej strukturalizacji jako instytucje prawa procesowego, związane z państwowym wymiarem sprawiedliwości, sankcjonowane przez państwo, realizujące cele zakładane i oczekiwane przez prawodawcę i związane z wewnętrznymi wartościami sądowego stosowania prawa. Wynik takiego porozumienia jest „wprzęgnięty” w proces, a następstwem takiego uzgodnienia stanowisk (efektem procesowym) jest z reguły czynność procesowa bądź jej zaniechanie²⁶. Prawna instytucjonalizacja tych trybów podejmowania decyzji z jednej strony powoduje, że stają się one komplementarną wzglę-

²⁵ A. Kalisz, A. Zienkiewicz, *Mediacja sądowa i pozasądowa. Zarys wykładu*, Warszawa 2009, s. 26.

²⁶ Por. A.R. Świątłowski, *Koncepcja porozumień karnoprosesowych*, „Państwo i Prawo” 1998, z. 2, s. 54.

dem postępowań sądowych „przestrzenia” rozwiązywania sporów prawnych, zgodną z ideą demokratycznego państwa prawa, wyrażającą się między innymi w konstytucyjnych zasadach dostępu do drogi sądowej i prawa do sądu (które to standardy są przedmiotem pogłębionej analizy orzecznictwa krajowych sądów prawa oraz Europejskiego Trybunału Praw Człowieka)²⁷. Dążą więc do wypełnienia postulatów spójności i pewności systemu prawa. Z drugiej jednak strony wpisanie metod ADR w politykę państwa powoduje osłabienie ich prakseologicznych walorów odnoszących się do skuteczności, szybkości, swobody reguł działania, efektywności osiągniętego porozumienia. Zinstytucjonalizowanie i wpisanie ich w system prawa stawia więc pod znakiem zapytania walory responsywności i horyzontalności, kierując ku sterowaniu wertykalnemu i instytucjonalnie zapewnionej kontroli państwowej²⁸.

Celem działań konsensualnych w płaszczyźnie stosowania prawa jest wykorzystywanie negocjacyjnych technik rozwiązywania konfliktów i sporów prawnych oraz zapewnienie równowagi pomiędzy podejmowanymi decyzjami o charakterze władczym a decyzjami legitymizującymi się kryterium słuszności, efektywności czy sprawiedliwości. Funkcjonalne znaczenie idei konsensualnej wyraża się w uproszczeniu trybu wydawania orzeczeń, skróceniu postępowania w sytuacji, gdy strony wyrażą na to zgodę, wygaszeniu konfliktu.

3. KONSENSUALIZM W PROCEDURACH ALTERNATYWNYCH

Z punktu widzenia omawianej tematyki istotne znaczenie ma to, jak należy rozumieć cechę konstytutywności. Brak definicji ustawowej kieruje nas ku wyjaśnieniom słownikowym, z których wynika, iż „konstytutywny” znaczy tyle, co fundamentalny, kluczowy, elementarny, nadrzędny czy podstawowy. Cecha konstytutywna w ADR — konsensualny (negocjacyjny) charakter procedury — świadczy o tym, że jest to główny komponent alternatywnych form rozwiązywania sporów. Powszechnie przyjmuje się, że konstytutywnymi elementami (a więc takimi, które tworzą, modyfikują bądź kasują sytuację prawną) w ADR są: dobrowolne przystąpienie do procedury, będące wynikiem zgodnych oświadczeń woli obu stron (materialnoprawna autonomia woli), konsensualny charakter procedury i jej rezultat, bezstronność „moderatora” sporu²⁹. W poszczególnych trybach ADR

²⁷ Szerzej o koncepcji alternatywnych metod rozwiązywania sporów a konstytucyjnej zasadzie prawa do sądu zob. H. Duszka-Jakimko, M. Haczowska, *ADR a zasada prawa do sądu w perspektywie teoretycznej i konstytucyjnej*, [w:] *Alternatywne formy rozwiązywania sporów...*, s. 29–33.

²⁸ Na nieadekwatność terminu „alternatywne” wobec wpisania form ADR w politykę państwa zwraca uwagę A. Jakubiak-Mirończuk, *Zmiany zachodzące w charakterze form alternatywnego rozwiązywania sporów sądowych — rozwój idei „zarządzania sporem”*, „ADR. Arbitraż i Mediacja” 2008, nr 4, s. 64.

²⁹ Zob. m.in. publikacje poświęcone wielu aspektom praktycznego stosowania alternatywnych metod rozwiązywania sporów *Arbitraż i mediacja. Praktyczne aspekty...*; *Sądy polubowne i mediacja...*

zgodne oświadczenie woli stron o przystąpieniu do takiej procedury jest warunkiem *sine qua non* ich wszczęcia i przebiegu. Konsensualne znaczenie procedury wyraża się w swobodnym działaniu podmiotu, wolnym od przymusu i ukierunkowanym na osiągnięcie — dzięki procedurom negocjacyjnym — wzajemnie satysfakcjonującego porozumienia. To także egzemplifikacja procesowej zasady rozporządzalności, która przejawia się w przyznaniu podmiotowi kompetencji do samodzielnego decydowania o dokonywaniu czynności procesowych, jak również samodzielnego kształtowania trybu postępowania w oparciu o dyspozytywne normy procesowe³⁰.

Analizując poszczególne procedury pozasądowe (alternatywne) uregulowane w prawie cywilnym, karnym czy administracyjnym, można dostrzec, iż łączą je wspólne cechy. Bez względu na różnice między nimi, przyjmując różne kryteria podziału, możliwe jest postawienie wyraźnej linii, oddzielającej tradycyjne od alternatywnych metod rozwiązywania sporów prawnych, aczkolwiek granica ta dla poszczególnych procedur nie zawsze przebiega jednakowo.

Jeśli chodzi o pierwsze kryterium podmiotowe, zasadniczą różnicę stanowi podmiot rozstrzygający konflikt prawny. W trybach alternatywnych z reguły jest to autonomicznie wybrany i akceptowany przez strony sporu moderator, będący organem prywatnym „detronizującym” sędziego³¹, a który na mocy ich woli jest upoważniony do przeprowadzenia i zakończenia sporu prawnego (tzw. teoria materialna³²). W klasycznym typie sądowym natomiast jest to organ państwowy, działający na mocy delegacji udzielonej przez państwo. Podział ten nie jest jednak we wszystkich typach postępowań tak oczywisty. Procedurę mediacyjną w postępowaniu sądowno-administracyjnym charakteryzuje bowiem wyraźne wskazanie zakresu podmiotowego oraz przedmiotowego, w jakim mogą się poruszać strony będące w sporze. Z przepisów art. 116 ustawy Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi³³ wynika bowiem wyraźnie, iż postępowanie mediacyjne może prowadzić sędzia albo referendarz sądowy wyznaczony przez przewodniczącego wydziału. Warunek, jaki musi spełnić osoba dążąca do rozstrzygnięcia sporu, to — obok kwalifikacji prawniczych — bezstronność i neutralność. Jej zadaniem jest najpierw wskazanie istniejących problemów zaistniałego sporu, a następnie podpowiadanie możliwych rozwiązań. Zgodnie ze wskazaniem prawodawcy zakres dowolności jest ograniczony przez konieczność przestrzegania granic obowiązującego prawa.

Podobnie w procedurze karnej widoczne są pewne odstępstwa od typowych alternatywnych metod rozstrzygania sporów. Podyktowane jest to oczywiście cha-

³⁰ Por. A. Torbus, *Sądownictwo polubowne w systemie postępowania cywilnego (wybrane zagadnienia)*, „ADR. Arbitraż i Mediacja” 2008, nr 2.

³¹ Zob. A. Sulikowski, *op. cit.*, s. 189–190.

³² A. Torbus, *op. cit.*, s. 39.

³³ Ustawa z dnia 30.08.2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (tj. Dz.U. 2012 r. Nr 53, poz. 270 z późn. zm.), zwana dalej „u.p.p.s.a.”.

rakterem sprawy oraz nierówną pozycją stron. Postępowanie mediacyjne bowiem może się toczyć pomiędzy pokrzywdzonym a oskarżonym (podejrzanym) o dokonanie czynu karalnego. W świetle art. 23a Kodeksu postępowania karnego³⁴ sąd może skierować sprawę do postępowania mediacyjnego w każdym czasie, jeżeli istnieje tylko szansa na pojednanie. Mediacja może być prowadzona przez tzw. osobę godną zaufania lub przedstawiciela instytucji określonej w § 2 i 3 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie postępowania mediacyjnego w sprawach karnych³⁵. Osoba godna zaufania winna spełniać określone wymagania, takie m.in., jak: obywatelstwo polskie, ukończone co najmniej 26 lat, niekaralność za przestępstwa umyślne, umiejętności w zakresie rozwiązywania konfliktów oraz wiedza z zakresu przykładowo psychologii, socjologii czy prawa; osoba taka musi także dawać rękojmię należytego wykonywania obowiązków i być wpisana do wykazu prowadzonego przez sąd okręgowy³⁶. Art. 23a § 3 k.p.k. określa ponadto negatywne przesłanki pełnienia funkcji osoby godnej zaufania, do których należą m.in. okoliczności uzasadniające w tej konkretnie sprawie wyłączenie jej *ex lege* lub na wniosek, uregulowane w art. 40–42 k.p.k., oraz czynni zawodowo sędziowie, prokuratorzy, adwokaci, radcowie prawni czy aplikanci do tych zawodów. Do tego grona są więc zaliczane te osoby, które miały lub mogły mieć związek z tą sprawą.

Najpełniej konsensualizm jest realizowany w prawie cywilnym. Tutaj zarówno w procedurze mediacyjnej uregulowanej w art. 183 [1]–183 [15] k.p.c., jak i w postępowaniu przed sądem polubownym (arbitrażowym) na podstawie art. 1154–1217 k.p.c., strony będące w sporze wskazują w umowie o mediację osobę mediatora (art. 183 [1] § 3 k.p.c.), w wypadku zaś sądu polubownego — osoby arbitrów, ich liczbę oraz sposób powoływania (art. 1169–1171 k.p.c.). Jedynie w sytuacji braku odpowiednich uzgodnień powołanie arbitrów może odbyć się na podstawie procedury określonej w paragrafie 2 pkt 1 do 3 art. 1171 k.p.c. Dopuszczalne jest również wskazanie arbitra lub arbitra przewodniczącego przez sąd na wniosek każdej ze stron, ale tylko w wypadku, gdy strony uzgodniły, że powołanie ma należeć do osoby trzeciej, a ta nie wywiązała się z zadania we wskazanym terminie. W każdym ze wskazanych wyjątków musi zachodzić szczególna okoliczność, z powodu której swoboda stron sporu podlega ograniczeniu.

³⁴ Ustawa z dnia 6.06.1997 r. Kodeks postępowania karnego (Dz.U. nr 89, poz. 555 z późn. zm.), zwana dalej „k.p.k.”.

³⁵ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 13.06.2003 r. w sprawie postępowania mediacyjnego w sprawach karnych (Dz.U. Nr 108, poz. 1020), zwane dalej „rozp.p.m.s.k.”.

³⁶ W świetle § 7 ust 2 rozporządzenia w sprawie postępowania mediacyjnego w sprawach karnych, sąd okręgowy w wyjątkowych wypadkach, które są uzasadnione skutecznością przeprowadzenia postępowania mediacyjnego, może powołać do prowadzenia tego postępowania osobę niewpisaną do wykazu określonego w § 4 ust. 1. Warunkiem koniecznym jest jednak spełnianie przez nią wymogów określonych w tym rozporządzeniu.

Kryterium jurysdykcyjne pozwala wyraźnie oddzielić obie formy rozwiązywania sporów, gdy idzie o stwierdzenie właściwości organu. W typie sądowym o właściwości miejscowej i rzeczowej rozstrzyga ustawa, w typie pozasądowym — zgodnie z zasadą rozporządzalności procesowej — decydują strony. I tutaj jednak istnieją pewne odstępstwa. Jak zauważono wcześniej w postępowaniu sądowno-administracyjnym, zgodnie z art. 116 u.p.p.s.a. oraz § 36 ust. 2 regulaminu wewnętrznego urzędowania WSA³⁷, posiedzenie mediacyjne toczy się pod przewodnictwem sędziego (w tym sędziego sprawozdawcy) lub referendarza sądowego, wyznaczonego przez przewodniczącego wydziału. Oznacza to, że strony sporu nie mają dowolności co do określenia właściwości rzeczowej i miejscowej organu właściwego do przeprowadzenia tegoż postępowania. Wynika ono zarówno z właściwości sądu administracyjnego, przed którym sprawa się toczy, jak i wskazań ustawodawcy co do osoby mediatora.

Podobna sytuacja ma miejsce w wypadku procedury mediacyjnej w postępowaniu karnym. W świetle § 2 ust. 1 powołanego wcześniej rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 13.06.2003 r. do prowadzenia postępowania mediacyjnego właściwa jest instytucja, która zgodnie z jej statutem została powołana do wykonywania zadań w zakresie mediacji i wpisana do odpowiedniego wykazu określonego w § 4 ust. 1, prowadzonego przez sąd okręgowy. W wykazie tym są umieszczone instytucje i tzw. osoby godne zaufania, uprawnione do prowadzenia postępowania mediacyjnego. Dopuszczalne jest w wyjątkowych sytuacjach, jeżeli jest to uzasadnione potrzebą skutecznego przeprowadzenia postępowania mediacyjnego, powołanie na mediatora osoby lub instytucji spoza wykazu określonego w rozporządzeniu, pod warunkiem jednak, że spełnia ona przesłanki określone w § 2 i § 3 rozp.p.m.s.k.

W procedurze cywilnej konsensualizm jest realizowany w najpełniejszym zakresie, począwszy od mediacji, w której zgodnie z art. 183 [1] to strony określają osobę mediatora w umowie o mediację. Funkcję tę może pełnić każda osoba fizyczna, spełniająca określone wymogi, takie jak pełna zdolność do czynności prawnych czy pełnia praw publicznych, z wyjątkiem sędziów niebędących w stanie spoczynku. Listę stałych mediatorów mogą prowadzić odpowiednie organizacje społeczne lub zawodowe. Organizacje te mogą ponadto tworzyć ośrodki mediacyjne. Pewnym odstępstwem od swobody stron w zakresie wpływu na wybór osoby mediatora jest sytuacja przewidziana w art. 183 [8] § 1 k.p.c. w zw. z art. 183 [9] k.p.c., kiedy to sąd kierując sprawę do mediacji, jednocześnie wyznacza mediatora, przy czym strony zawsze zachowują prawo do innego wyboru. Innym przykładem takiego odstępstwa jest postępowanie rozwodowe, w którym stały mediator, zgodnie z art. 436 § 4 k.p.c., winien prezentować wiedzę teoretyczną, a w szczególności mieć wykształcenie z zakresu psychologii, pedagogiki, socjo-

³⁷ Rozporządzenie Prezydenta RP z 18.09.2003 r. — regulamin wewnętrznego urzędowania wojewódzkich sądów administracyjnych (Dz.U. Nr 169, poz. 1646).

logii lub prawa oraz umiejętności praktyczne w zakresie prowadzenia mediacji w sprawach rodzinnych. Szczególne wymogi podyktowane są specyfiką postępowania rozwodowego.

W postępowaniu polubownym strony w umowie (zapisie na sąd polubowny) mogą określić zarówno liczbę sędziów, jak i wskazać ich osoby. W wypadku braku uzgodnień przyjmuje się, że skład jest trzyosobowy. Wymogi, jakie powinien spełniać arbiter, określa art. 1170 k.p.c., zgodnie z którym może to być osoba fizyczna o pełnej zdolności do czynności prawnych, z wyłączeniem sędziów państwowych. Ustawodawca ponadto wyraźnie dopuszcza możliwość pełnienia tej funkcji przez osoby niemające obywatelstwa polskiego, z wyjątkiem sporów pomiędzy stronami mającymi miejsce zamieszkania lub siedzibę w różnych państwach. W takiej sytuacji sąd powinien rozważyć potrzebę wyznaczenia arbitra niezwiązanego z żadnym z państw stron postępowania. Podobnie do procedury mediacyjnej w wypadku wyznaczania arbitra przez sąd, o czym mowa w art. 1173 § 1 k.p.c., sąd z mocy prawa bierze pod uwagę kwalifikacje arbitra stosowne do zaistniałego między stronami sporu, a także inne okoliczności gwarantujące jego niezależność i bezstronność. Gwarancją tych wymogów jest możliwość wyłączenia arbitra na podstawie art. 1174 k.p.c.

Jeśli chodzi o kryterium stopnia formalizacji procedury, również istnieje wyraźna różnica pomiędzy alternatywnymi a tradycyjnymi formami rozwiązywania sporów. Typ sądowy odbywa się na podstawie ściśle określonej procedury, w której istotne znaczenie — oprócz konieczności spełnienia warunków formalnych czy zachowania terminów — mają także środki dyscyplinujące strony postępowania. Reguła prawna stanowi tu nieprzekraczalną barierę dla podmiotu rozstrzygającego spór oraz dla zainteresowanych stron³⁸. W typie pozasądowym natomiast procedura ma charakter co do zasady niesformalizowany, dobrowolny, umowny, negocjowany. Jakkolwiek i w tym z omawianych kryteriów dostrzegalne są różnice pomiędzy poszczególnymi procedurami: sądowno-administracyjną, karną i cywilną. Podstawowym elementem jest moment uruchomienia postępowania mediacyjnego i wynikające stąd terminy. W postępowaniu sądowno-administracyjnym strony mogą złożyć wniosek przed wyznaczeniem rozprawy w skardze, w odpowiedzi na skargę lub w odrębnym piśmie procesowym (art. 115 §1 u.p.p.s.a.). Termin ten ma charakter zawity. Jego wniesienie zatem po otrzymaniu zawiadomienia o wyznaczeniu terminu rozprawy będzie bezskuteczny. Oddalenie wniosku strony przez sąd administracyjny następuje w drodze postępowania, na które nie przysługuje zażalenie. Postępowanie mediacyjne może być zainicjowane również przez sąd administracyjny. Zgodnie z art. 115 § 2 u.p.p.s.a. sąd w sytuacji, gdy uzna to za celowe, a strony nie złożyły wniosku, może przeprowadzić postępowanie mediacyjne również z urzędu. Wówczas nie jest związany terminem na jego

³⁸ Zob. A. Sulikowski, *op. cit.*, s. 190.

uruchomienie. Może to nastąpić zarówno po wyznaczeniu terminu rozprawy, na rozprawie, jak i przed rozprawą, mimo wyznaczenia jej terminu.

W wypadku, gdy wniosek został złożony przez organ administracji, umożliwia on weryfikację jego własnej decyzji pod kątem prawidłowości rozstrzygnięcia. Dlatego też w postępowaniu mediacyjnym organ powinien być reprezentowany przez osobę kompetentną i władną do ukształtowania na nowo treści rozstrzygnięcia — zdolny do „autoweryfikacji”. Podobnie jest, gdy postępowanie mediacyjne zostanie zainicjowane przez stronę, która dążąc do zmiany decyzji administracyjnej, zarzuca jej nieważność. Jego celem bowiem jest poszukiwanie przez strony poza drogą sądową takiego sposobu załatwienia sprawy, który będzie dla nich satysfakcjonujący. Chodzi zatem o wyjaśnienie i rozważenie stanu faktycznego i prawnego sprawy tak, aby strony mogły poczynić ustalenia co do sposobu jej załatwienia w granicach obowiązującego prawa³⁹. Podkreślenia wymaga, że ustalenia te nie mają charakteru materialnoprawnego, a stanowią jedynie podstawę do podjęcia przez organ nowego rozstrzygnięcia. Nowe rozstrzygnięcie jest dla stron wiążące, mimo to może być zaskarżone do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego.

Jeśli chodzi o przebieg samego postępowania mediacyjnego, odstępstwem od dobrowolności i umownego charakteru na rzecz sformalizowania — w wypadku postępowania sądowo-administracyjnego — jest przewodnictwo sędziego sprawozdawcy lub referendarza sądowego oraz czynności, jakie może podejmować w jego toku sąd. Należy jednak podkreślić, że za niedopuszczalne należy uznać podejmowanie w ramach prowadzonej mediacji takich działań, które mogłyby wywołać u stron przekonanie, iż doszło do rozpoznania skargi co do jej istoty. Powinny one zatem ograniczać się jedynie do pouczenia stron o przysługujących jej uprawnieniach, o możliwości podejmowania określonych czynności procesowych czy informowania o istniejącym orzecznictwie w podobnych sprawach. Postępowanie mediacyjne kończy się sporządzeniem protokołu, w którym zamieszcza się stanowiska stron oraz poczynione ustalenia. Warunkiem ważności tego protokołu jest jego podpisanie przez sędziego lub referendarza sądowego oraz strony postępowania mediacyjnego.

W wypadku postępowania mediacyjnego w procedurze karnej nie ma ograniczenia co do terminu jego wszczęcia. Może to nastąpić w każdym czasie i w każdej sprawie, jednokrotnie i wielokrotnie, jeżeli tylko istnieje szansa na pojednanie. Wszczęte natomiast nie powinno trwać dłużej niż jeden miesiąc, jakkolwiek termin ten ma charakter instrukcyjny i nie wywołuje jakichkolwiek skutków procesowych, poza tym, że sąd może uznać, iż nie doszło między stronami do pojednania. Ponadto powody bezskutecznego upływu tego terminu powinny być przez mediatora podane w sprawozdaniu z mediacji. Ze względu na specyfikę postępowania i osoby, pomiędzy którymi może dojść do ugody, prawodawca przewidział obostrzenia co do

³⁹ J.P. Tarno, *Komentarz do art. 115 k.p.a.*, [w:] *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*, Warszawa 2004, s. 172.

zakresu materiału i informacji, jakimi dysponuje mediator podczas postępowania. W świetle §10 rozp.p.m.s.k informacje mogą być udostępnione jedynie w zakresie niezbędnym do przeprowadzenia tego postępowania, a są to: dane osobowe stron, określenie zarzucanego czynu i jego kwalifikacji prawnej, okoliczności jego popełnienia itp. Mediator w uzasadnionych wypadkach może ponadto uzyskać wgląd do materiału dowodowego. Jeśli chodzi o materiały objęte tajemnicą państwową czy służbową, dane wrażliwe (np. stan zdrowia), opinie o podejrzanym (oskarżonym) i o jego karalności czy też tożsamość świadków, tego rodzaju informacje nie są udostępniane mediatorowi. Po zakończeniu postępowania mediator sporządza sprawozdanie i to zarówno w wypadku, gdy doszło do zawarcia ugody między stronami, jak i gdy wynik mediacji okazał się negatywny. Należy podkreślić, że z uwagi na pozaprocesowy charakter postępowania mediacyjnego sprawozdanie z jego przebiegu nie jest równoznaczne z protokołem. Ma to więc taki skutek, że na jego podstawie nie mogą być poczynione ustalenia faktyczne w postępowaniu sądowym.

Stopień sformalizowania postępowania mediacyjnego w procedurze cywilnej jest najmniejszy. Mediacja co do zasady może nastąpić przed wszczęciem postępowania w sprawie, a za zgodą stron nawet w toku sprawy. Termin ten nie ma zatem charakteru zawitego. Ustawodawca, podobnie jak w procedurze karnej, określił czas jej trwania na okres do jednego miesiąca, przy czym dopuszcza możliwość jej przedłużenia na zgodny wniosek stron (art. 183 [10] § 1 k.p.c.). Jeśli chodzi o termin i miejsce posiedzenia, wyznacza je mediator. Tutaj również dopuszczalne jest pewne odstępstwo wynikające z możliwości swobodnego kształtowania postępowania przez strony. Za ich zgodą mediator może przystąpić do przeprowadzenia mediacji bez posiedzenia mediacyjnego. Jego rola będzie polegała wówczas na przekazywaniu stronom stanowiska strony przeciwnej i podejmowaniu starań zmierzających do osiągnięcia porozumienia. Postępowanie mediacyjne kończy się zawarciem lub brakiem zawarcia ugody. Z jego przebiegu mediator sporządza protokół, w którym znajduje się informacja o wyniku przeprowadzonej mediacji. Zarówno w wypadku, gdy wszczęto ją na wniosek stron, jak i gdy została zainicjowana przez sąd, obowiązkiem mediatora jest niezwłoczne złożenie protokołu w sądzie. Sąd bowiem na wniosek stron niezwłocznie przeprowadzi postępowanie mające na celu zatwierdzenie zawartej ugody. Nabiera ona wówczas mocy ugody zawartej przed sądem i może być jej nadana klauzula wykonalności. W przeciwnym razie zachowuje ona moc zwykłej ugody między stronami.

W postępowaniu polubownym (arbitrażowym) zastosowanie znajdują postanowienia części V Kodeksu postępowania cywilnego (oparcie na regule prawnej). W świetle art. 1161 k.p.c., jeżeli strony wskazały w zapisie na sąd polubowny stały sąd jako właściwy do rozstrzygnięcia sporu, w braku odmiennych postanowień wiążą je postanowienia regulaminu takiego sądu, obowiązującego w dacie zawarcia zapisu⁴⁰. Zasady postępowania, jego przebieg, terminy, właści-

⁴⁰ Przykładem może być Regulamin Sądu Arbitrażowego w Warszawie przy Krajowej Izbie Gospodarczej, znajdującej się na ul. Trębackiej 4, dostępny na stronie internetowej <http://www.sakig.pl/uploads/pdf/regulamin/regulamin-styczen2007.pdf> (dostęp: 21.03.2013).

we prawo materialne, wymogi co do pism i zasady ich doręczenia, składy orzekające, przesłanki wyłączenia arbitrów czy wreszcie postępowanie przed sądem arbitrażowym (dowody, rozprawa, zabezpieczenia roszczeń, zawieszenie bądź umorzenie postępowania, wydanie wyroku itp.) są uregulowane w regulaminie sądu polubownego. Zgodnie z brzmieniem art. 1158 § 2 k.p.c. zastosowanie znajdują również przy tym wspomniane postanowienia Kodeksu postępowania cywilnego. Mimo iż sądownictwo polubowne należy do alternatywnych metod rozwiązywania sporów i w dużej mierze jest kształtowane na skutek swobodnej woli stron, nie jest ono pozbawione formalizmu. Ma on jednak charakter porządkujący. Strony zachowują nadal duży wpływ na przebieg postępowania. Świadczy o tym choćby art. 1184 § 1 i § 2 k.p.c., w świetle którego w braku odpowiednich postanowień ustawowych mogą one uzgodnić zasady i sposób postępowania, a sąd polubowny nie jest związany przepisami o postępowaniu przed sądem. Podobnie wybór miejsca posiedzenia czy języka, w którym będzie ono prowadzone, terminów do złożenia pism procesowych i odpowiedzi na nie, a także decyzja co do zasadności przeprowadzenia rozprawy są ustalane na mocy uzgodnienia stron. W ich braku odpowiednie zastosowanie znajdują postanowienia kodeksowe.

Kryterium podstawy orzekania jest kolejnym elementem odróżniającym oba tryby. Tryb sądowy charakteryzuje wydawanie aktów stosowania prawa na określonej podstawie normatywnej (władcze stosowanie materialnej reguły prawnej). Przepisy prawa procesowego regulują tu natomiast wszelkie elementy postępowania, podstawowe zasady, właściwość organów orzeczniczych, warunki formalne, terminy, postępowanie dowodowe, tryby zaskarżania rozwiązań prawnych. Tryby pozasądowe, choć nie bezwzględnie, „detronizują” podstawę orzekania. O przebiegu postępowania decyduje najczęściej regulamin działania na przykład sądu arbitrażowego, w którym mowa jest również o podstawie orzekania. Z reguły o tym, czy podstawą będą ogólne reguły i zasady prawne, decydują strony sporu, najczęściej jednak są to klauzule generalne, takie jak zasada słuszności, zasada słusznych interesów stron, zasada dobrych obyczajów kupieckich itp. Sąd polubowny zatem działa najczęściej zgodnie z ustanowionymi przez strony regułami zachowania i nie jest związany ograniczeniami wynikającymi z procedury sądowej. Z kryterium tym wiążą się także wartości, które stoją za danym typem stosowania prawa. W typie sądowym są to wartości wewnętrzne prawa, w typie pozasądowym zaś jest to odwołanie do wartości zewnętrznych i prakseologicznych⁴¹.

W sądowym typie rozwiązywania sporów prawnych funkcja rozstrzygnięcia konfliktów odnosi się do urzeczywistniania norm prawa pozytywnego, wynika

⁴¹ Przykładowo § 8 Regulaminu Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej brzmi: „Zespół Orzekający rozstrzyga spór według prawa właściwego dla danego stosunku, a gdy strony go do tego upoważniły — według ogólnych zasad prawa lub zasad słuszności (*ex aequo et bono*). W każdym jednak wypadku Zespół Orzekający bierze pod uwagę postanowienia umowy oraz panujące zwyczaje mające zastosowanie do danego stosunku prawnego”.

z norm ustrojowych wyznaczających zadania sądów państwowych i monopolu państwa w zakresie sprawowania wymiaru sprawiedliwości („publicyzacja” postępowania sądowego). Podstawą rozstrzygnięć są autorytatywne decyzje organów państwa. W trybach alternatywnych o podstawie decyzji stanowią mechanizmy konsensualne, procedury są wynikiem konstytutywnej woli stron, a istotą — osiągnięcie porozumienia. Stwierdzenie jednak, że „alternatywne formy rozwiązywania sporów (zwłaszcza arbitraż) są całkowicie autonomiczne względem państwa” wydaje się zbyt daleko posuniętą tezą⁴². Państwo, przyznając skuteczność ugodom i wyrokom sądów arbitrażowych, przyznaje sobie możliwość „autoryzacji” rozwiązań sporu przez kontrolę i zatwierdzanie ugód przed sądem państwowym czy też przez możliwość kontroli wyroków arbitrażowych. Przykładowo, jeśli chodzi o procedurę karną, z rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości wyraźnie wynika, że na koniec postępowania mediacyjnego jest sporządzane sprawozdanie z jego przebiegu i wyników (ugody zawartej pomiędzy pokrzywdzonym a oskarżonym bądź jej braku). W doktrynie podkreśla się jednak, iż nie ma ono cech protokołu i w związku z tym nie może być podstawą ustaleń faktycznych w postępowaniu sądowym⁴³. Mediacja z procesowego punktu widzenia odgrywa jednak istotną rolę. Osiągnięte porozumienie (pojednanie) może mieć bowiem wpływ na ukształtowanie całego postępowania w sprawie. Uzależnia przykładowo możliwość warunkowego umorzenia postępowania karnego zgodnie z art. 66 § 3 k.k., może mieć wpływ na nadzwyczajne złagodzenie kary (art. 60 § 2 k.k.), na pewno natomiast wynik mediacji jest uwzględniany przez sąd przy określaniu wymiaru kary (art. 53 § 3 k.k.).

W wypadku postępowania sądowno-administracyjnego kontrola ze strony państwa jest posunięta najdalej, jeśli chodzi zarówno o wspomnianą już osobę mediatora, w charakterze której może występować jedynie sędzia lub referendarz sądowy, a także terminy wszczęcia i zakończenia postępowania, obowiązek sporządzenia protokołu z przebiegu mediacji i jego podpisania przez mediatora oraz strony, jak i poczynione ustalenia. Wynik postępowania mediacyjnego w postaci dokonanych ustaleń w świetle art. 117 § 1 u.p.p.s.a. nakłada na organ obowiązek uchylecia bądź zmiany zaskarżonego aktu lub podjęcia innej czynności zgodnej z prawem. Jeżeli strona będzie zadowolona ze zweryfikowanego rozstrzygnięcia w postaci nowej decyzji (czynności), na tym etapie zakończy się postępowanie między stroną a organem. W przeciwnym razie nowe rozstrzygnięcie może być zaskarżone do WSA w terminie 30 dni od dnia jego doręczenia stronie. Powoduje to, że sąd administracyjny będzie rozpatrywał w istocie dwie sprawy łącznie: 1) skargę na akt podjęty przez organ w wyniku zakończonego postępowania

⁴² A. Torbus, *op. cit.*, s. 40.

⁴³ A. Sakowicz, *Komentarz do art. 23 a k.p.k.*, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, K.T. Boratyńska, *et al.*, wyd. 4, Warszawa 2012. Podobnie P. Hofmański, *Komentarz do art. 23 a k.p.k.*, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do art. 1–296. Tom I*, P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgrzyzek, wyd. 4, Warszawa 2011.

mediacyjnego oraz 2) pierwotną skargę, która została przez stronę wniesiona i uruchomiła postępowanie mediacyjne. Jeżeli jednak strona nie wniesie w terminie 30 dni skargi do WSA na akt wydany w wyniku ustaleń poczynionych podczas postępowania mediacyjnego, sąd umorzy postępowanie z pierwotnej skargi. Podobnie stanie się, jeśli sąd oddali skargę na akt lub czynności podjęte w wyniku przeprowadzonej mediacji, uznając ją za bezzasadną. Oznacza to, że państwo sprawuje kontrolę nad ustaleniami poczynionymi podczas mediacji albo przez możliwość zweryfikowania zaskarżonego rozstrzygnięcia w wyroku wydanym na podstawie wniesionej skargi, albo przez uznanie takiej skargi za bezzasadną i umorzenie postępowania.

Uгода zawarta między stronami podczas mediacji w postępowaniu cywilnym wymaga nie tylko złożenia w sądzie protokołu z jej przebiegu, ale również dołączenia dokumentu tej ugody. Dodatkowo strony, aby nadać jej moc ugody zawartej przed sądem, mogą złożyć do sądu wnioski o jej zatwierdzenie. Ponadto, w świetle art. 183 [14] § 2, jeżeli ugoda podlega wykonaniu egzekucji, jej zatwierdzenie następuje przez nadanie jej klauzuli wykonalności, chyba że zachodzą okoliczności to uniemożliwiające, z uwagi na obarczenie ugody wadą prawną w postaci przykładowo jej niezgodności z prawem czy zasadami współżycia społecznego.

W postępowaniu przed sądem polubownym mamy do czynienia z dwoma możliwymi rozwiązaniami — albo zawarciem ugody, albo wydaniem wyroku. Bez „autoryzacji” ugody czy wyroku przez sąd powszechny mają one moc rozstrzygnięć zawartych przed sądem polubownym. Aby jednak nadać im „większą moc”, strony w świetle art. 1212 § 1 k.p.c. powinny wystąpić z wnioskiem o uznanie wyroku lub ugody przez sąd, a w niektórych okolicznościach również stwierdzenie ich wykonalności. W wypadku jednak, gdy spór według przepisów prawa nie mógł być poddany pod rozstrzygnięcie sądu polubownego lub uznanie, czy wykonanie wyroku sądu polubownego lub ugody przed nim zawartej byłoby sprzeczne z podstawowymi zasadami porządku prawnego — sąd z mocy prawa odmawia ich uznania lub wykonania (art. 1214 § 3 k.p.c.). Kodeks postępowania cywilnego przewiduje również możliwość zakwestionowania uznania albo stwierdzenia wykonalności rozstrzygnięć zawartych przed sądem polubownym, na wniosek jednej ze stron, jeżeli zachodzą przesłanki określone enumeratywnie w art. 1215 § 2 pkt 1–5 k.p.c. Ponadto uznanie lub stwierdzenie wykonalności rodzi dodatkowe konsekwencje w postaci ingerencji w swobodę woli stron. Przyznaje bowiem jednej z nich prawo do wniesienia skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego (ugody) w terminie 3 miesięcy od doręczenia wyroku (ugody) stronie lub złożenia wniosku o wstrzymanie jego wykonania.

Kolejnym istotnym kryterium, pozwalającym na odróżnienie sądowego typu stosowania prawa od trybów alternatywnych wyrażających negocjacyjny wymiar prawa, jest kryterium władztwa państwowego. Wiąże się ono w dużej mierze z poprzednio wspomnianym kryterium. Sądy sprawują swoją funkcję

jurysdykcyjną w ramach i na mocy władztwa (*imperium*) państwowego. Alternatywne formy rozwiązywania sporów realizują natomiast gwarancyjną funkcję sprawiedliwości proceduralnej. To obszar dominium, rodzaj postępowania rozwiązujący definitywnie spory prawne, co pozwala zaklasyfikować sądownictwo polubowne oraz postępowanie mediacyjne do pozasądowych organów ochrony prawnej. Może o tym świadczyć decydująca rola stron przede wszystkim w procedurze cywilnej. Na podstawie dotychczasowej analizy postępowania mediacyjnego i polubownego można zauważyć, że „ingerencja” ze strony państwa może nastąpić na wyraźną inicjatywę i za zgodą stron. Ugoda zawarta przed mediatorem będzie wiążąca dla stron, ale — z punktu widzenia prawa pozytywnego — nie zagwarantuje żadnej z nich jej wykonania. Dlatego prawodawca przewidział możliwość zatwierdzenia ugody przez sąd na wniosek stron, co nada jej charakter ugody sądowej. Podobnie ugoda zawarta przed sądem polubownym czy też wyrok tego sądu będzie wiążący dla stron, nie dając jednocześnie pełnej gwarancji na ich wykonanie. Jeśli strony złożą wniosek o uznanie ugody (wyroku) i jeśli nie nastąpi żadna z przesłanek odmowy ich uznania, określonych w art. 1214 § 3 lub art. 1215 § 2 pkt 1–5 k.p.c., ugoda będzie mieć moc prawną ugody zawartej przed sądem, wyrok zaś moc prawną na równi z wyrokiem sądu (art. 1212 § 1 k.p.c.). Swoboda stron dotyczy również możliwości podważenia ugody (wyroku) zawartej przed sądem polubownym przez wniesienie skargi o jej (ich) uchylenie w trybie art. 1205 w związku z art. 1206 k.p.c., chyba, że skarga wniesiona zostałaby po upływie 5 lat od dnia doręczenia stronie ugody (wyroku) sądu polubownego.

Jeśli chodzi o procedurę karną i sądowno-administracyjną, swoboda stron ogranicza się do zainicjowania samego postępowania mediacyjnego, nie daje jednak możliwości kształtowania w takim zakresie, jak ma to miejsce w wypadku mediacji w sprawach cywilnych.

Wreszcie należy zwrócić uwagę na kryterium przymusu państwowego. Jego istnienie bowiem gwarantuje, że wydane w postępowaniu cywilnym, administracyjnym czy karnym rozstrzygnięcia zostaną wykonane. W typie sądowym przymus występuje zawsze w postaci egzekucji orzeczenia (postępowanie egzekucyjne w administracji, egzekucja komornicza, postępowanie karne wykonawcze), dla typu pozasądowego natomiast charakterystyczne jest dobrowolne spełnienie zawartej ugody, a także brak bezpośredniej więzi między sądem polubownym a przymusem państwowym. I tu jednak w poszczególnych procedurach widoczne są odstępstwa. W wypadku postępowania sądowno-administracyjnego wniesienie skargi do WSA na decyzję organu, wydaną w wyniku przeprowadzenia mediacji, uruchamia zwykły tryb postępowania. Zapadły wyrok podlega wykonaniu na zasadach ogólnych w trybie postępowania egzekucyjnego w administracji. Podobnie w procedurze karnej, jeśli dojdzie do pojednania między pokrzywdzonym a oskarżonym (podejrzany), wydany w sprawie wyrok czy to umarzający postępowania-

nie, czy przewidujący maksymalne złagodzenie kary podlega wykonaniu i jest zabezpieczony tzw. przymusem państwowym.

Uгода między stronami, zawarta w postępowaniu mediacyjnym w procedurze cywilnej, po jej zatwierdzeniu przez sąd podlega wykonaniu. Podobnie, jeżeli ugoda podlega wykonaniu w drodze egzekucji, sąd zatwierdza ją i nadaje klauzulę wykonalności w trybie art. 183 [14] § 2 k.p.c., chyba że jest sprzeczna z prawem lub zasadami współżycia społecznego, zmierza do obejścia prawa, jest niezrozumiała lub zawiera sprzeczności. W takiej sytuacji sąd odmawia zatwierdzenia ugody. Ugoda zawarta przed sądem polubownym lub wyrok wydany w postępowaniu arbitrażowym po uznaniu przez sąd czy po stwierdzeniu jego (ich) wykonalności, wywołują skutki tożsame z ugodą sądową lub wyrokiem sądu, jeżeli nadają się do wykonania w drodze egzekucji sądowej, zgodnie z art. 1214 k.p.c.

W doktrynie prawa istnieją wątpliwości co do charakteru mediacji w postępowaniu sądowno-administracyjnym i jej granic. Zachodzi bowiem sprzeczność mediacji z istotą tego postępowania, którego głównym celem jest stwierdzenie nieważności rozstrzygnięcia lub jego niezgodności z prawem. Sędzia lub referendarz sądowy podczas toczącego się postępowania nie ma swobody w zakresie dowolnego kształtowania ustaleń mediacyjnych. Nie można bowiem kwestii zgodności z prawem czynić przedmiotem dyskusji czy mediowania. Sąd nie powinien wdawać się w dyskurs co do ważności bądź nieważności aktu stosowania prawa. Osłabia to jego późniejszą pozycję jako organu rozstrzygającego merytorycznie i orzekającego w sprawie. Być może dlatego właśnie mediacja, jako niespełniająca oczekiwań stron postępowania i niewpływająca na przyspieszenie procedury, w praktyce jest stosowana rzadko.

Procedura karna, mimo swojej specyfiki wynikającej z charakteru i pozycji stron, dopuszcza możliwość mediacji. Ma ona wówczas charakter dobrowolnej negocjacji pomiędzy pokrzywdzonym a oskarżonym (podejrzany), czyli stronami konfliktu (sporu) karnego, będącego wynikiem popełnionego przestępstwa. Rola mediatora jako osoby trzeciej, neutralnej, sprowadza się do prowadzenia, podtrzymania negocjacji i ułatwienia osiągnięcia kompromisu. Nie powinien on jednak nadmiernie ingerować w jego przebieg i narzucać określonego rozstrzygnięcia. Jak napisano wcześniej, postępowanie to może nastąpić praktycznie na każdym etapie, a podstawowy warunek, jaki musi zostać spełniony, to właśnie swobodna wola stron. Odnosi się to zarówno do zainicjowania mediacji przez strony, jak i do woli przystąpienia do niej w wypadku skierowania przez sąd sprawy do postępowania mediacyjnego. Bez zgodnej woli obu podmiotów do postępowania mediacyjnego dojść nie może, o czym świadczy zarówno użycie przez ustawodawcę koniunkcji „pokrzywdzonego i oskarżonego” (art. 23 a § 1 k.p.k.), jak i sama istota pojednania. Bez woli stron jakiegokolwiek porozumienie nie będzie miało szansy na powodzenie.

4. WNIOSKI KOŃCOWE

Koncepcja negocjacyjnego wymiaru działań prawniczych w alternatywnych metodach rozwiązywania sporów jest realizowana najpełniej niewątpliwie w procedurze cywilnej. W istocie od swobodnej woli stron zależy uruchomienie samego postępowania oraz jego przebieg czy też ewentualne podważenie rozstrzygnięć w nim zawartych. To strony kształtują tok postępowania na każdym jego etapie. Konsensualizm stanowi więc fundamentalną podstawę działań w alternatywnych sposobach rozwiązywania sporów, a idea ta w powyższej procedurze jest realizowana najpełniej. Swoboda woli stron determinuje wszczęcie i kształtuje, choć w różnym stopniu, przebieg postępowań alternatywnych.

Warto jednak postawić pytanie, czy konsensualne ujęcie prawa powoduje zmianę dotychczasowego paradygmatu stosowania prawa. Analiza regulacji prawnych związanych z ADR wydaje się potwierdzać tezę, iż postępowania pozasądowe wypełniają pewną „lukę” powodowaną osłabieniem pozytywistycznego myślenia o prawie. Filozofia prawa końca XX i początków XXI wieku podkreśla, iż obok koncepcji pozytywistycznej, w myśl której prawo jest przede wszystkim instrumentem polityki społecznej, określającym zarówno cele, jak i środki ludzkich zachowań, sytuują się także i te, dla których prawo (proces jego tworzenia oraz stosowania) traktowane jest jako płaszczyzna komunikacji społecznej i jako wytwór tej komunikacji. Prawo określa tu jedynie proceduralne warunki (ramy) porozumiewania się podmiotów społecznych. Przeprowadzona powyżej analiza zdaje się potwierdzać, iż taka wizja jest obecna w prawie cywilnym czy gospodarczym (zasada swobody umów czy autonomia woli podmiotów). Prawo staje się wytworem podmiotów będących jednocześnie adresatami tego prawa.

Dlatego też w kontekście przeprowadzonych rozważań jedną z podstawowych funkcji prawa, jaką jest rozstrzyganie konfliktów, należy ujmować w sposób „holistyczny”: tak przez klasyczny — związany z państwowym wymiarem sprawiedliwości — model stosowania prawa, realizujący reguły prawa materialnego i wewnętrzne wartości prawa, jak przez legitymizowane etyką mowy mechanizmy konsensualne, realizujące wartości wynikające z dyskursu konstytuującego rozwiązanie sporu.

CONSENSUAL NATURE OF THE PROCEDURE AS A CONSTITUTIVE FEATURE OF ADR

Summary

Consensual importance of the law is an increasingly emerging issue in contemporary reflection on law. Alternative legal dispute resolution (with Alternative Dispute Resolution — ADR), which includes the basic methods of negotiation, mediation, conciliation and arbitration, is one of the manifestations of this thought. This article, highlighting the various methods of ADR, shows the

importance of the consensual nature of the procedure as one of the constitutive conditions of the agreement which was the basis for legitimizing solutions in a legal dispute within the ADR. The article takes into account the Polish legal system, extracts and presents different criteria, such as subjective criteria, jurisdiction, the degree of formalization of procedures, grounds for jurisdiction, of the power and coercion, making references, comparatively, to the court procedures and ADR procedures. The wording of the above criteria allows to determine the ADR procedures as consensual procedures, based on the agreement of free, independent entities, as well as on certain values and conditioned by a legal culture.

Keywords: methods of ADR, civil procedure, criminal procedure, administrative procedure.