

Mediacja i prawo

I. Wprowadzenie

Mediacja jako metoda rozwiązywania konfliktów w dziedzinie spektrum metod ADR cechuje się tym, że jest to metoda pośrednia, tzn. włączana do sprawy zostaje osoba trzecia, proces decyzyjny ma mieć charakter konsensualny, a nie ustalany przez sąd, postępowanie jest dobrowolne i za jego pomocą można dochodzić różnych roszczeń¹. Jako zalety i specyfikę mediacji wymienia się m.in. rozwiązywanie konfliktu zorientowane na przyszłość, samostanowienie rozwiązania przez strony konfliktu, niższe koszty i szybkość mediacji w porównaniu do postępowania sądowego. W tradycyjnym postępowaniu sądowym sędzia posiada władzę rozstrzygającą. Punktami orientacji w prawie są zazwyczaj zdarzenia z przeszłości, których wyjaśnienie jest celem postępowania sądowego, aby móc do ich rozstrzygnięcia zastosować prawo². Poprzez wyrok sądowy spór prawny zostaje, co prawda, rozstrzygnięty, jednak sporna decyzja prowadzi często do zerwania dojrzałych stosunków społecznych, rodzinnych i ekonomicznych między stronami sporu prawnego³.

Mediacja właśnie dla odróżnienia jej od decyzji sądowej opisywana bywa często jako metoda, w której prawo nie odgrywa żadnej, lub najwyżej minimalną rolę. Jako że w nowoczesnym społeczeństwie – w Niemczech choćby ze względu na orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego orzekającego we wszelkich sprawach istotnych, wymagających regulacji ustawowej⁴ – prawie każda dziedzina życia jest uregulowana prawnie, także dla mediacji powstaje pytanie, czy nie byłoby sensowne pozwolenie na stosowanie odnośnie do mediacji również rozważań z dziedziny prawa. Czy także w mediacji

* Tina de Vries, adwokat i mediator, referentka krajowa do spraw Polski w Instytucie Prawa Wschodniego Monachium-Ratyżbona.

¹ Por. np. tabelaryczny przegląd różnych form ADR w sporach konsumenckich, [w:] J. Stuyck, *An analysis and evaluation of alternative means of consumer redress other than redress through ordinary judicial proceedings, final report*, Leuven 2007, s. 24.

² Sprawozdanie końcowe podsumowujące projekt *Gerichtsnähe Mediation in Niedersachsen*, *Niedersächsisches Justizministerium* [Ministerstwo Sprawiedliwości Kraju Dolna Saksonia], Hannover 2005, s. 1 i n.

³ *Ibidem*.

⁴ Np. H.D. Jarass, B. Pieroth, GG [ustawa podstawowa, komentarz], wyd. 4. München 1997, Art. 20, numer na marginesie 30.

nie jest możliwe, czy wręcz zalecane skorzystanie z prawa materialnego, jako dodatkowej rezerwy możliwości rozwiązywania konfliktu.

Punktem wyjścia dla odpowiedzi na to pytanie jest najpierw definicja sedna mediacji i przedstawienie różnych form mediacji, jak również wyjaśnienie w nich roli mediatora. Następnie rozważone zostaną zalety wprowadzenia prawa do mediacji, lecz także niebezpieczeństwa, z którymi jest to związane, a później nastąpi przegląd założeń metodycznych do wprowadzania (stosowania) prawa do mediacji.

II. Różne koncepcje mediacji

Art. 3 lit. a) Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/52/EG z dnia 24 maja 2008 r.⁵ definiuje: „mediacja oznacza zorganizowane postępowanie o dobrowolnym charakterze, bez względu na jego nazwę lub określenie, w którym przynajmniej dwie strony sporu próbują same osiągnąć porozumienie w celu rozwiązania ich sporu, korzystając z pomocy mediatora. Postępowanie takie może zostać zainicjowane przez strony albo może je zaproponować lub zarządzić sąd lub nakazać prawo państwa członkowskiego. Termin ten obejmuje mediację prowadzoną przez sędziego, który nie jest odpowiedzialny za jakiekolwiek postępowanie sądowe dotyczące rzeczonego sporu. Nie obejmuje on jednak prób podejmowanych przez sąd lub sędziego rozstrzygającego spór w toku postępowania sądowego dotyczącego rzeczonego sporu”.

Powyższa definicja mediacji zawiera niektóre istotne znamiona mediacji, mianowicie dobrowolność, udział mediatora jako neutralnej osoby trzeciej i samoodpowiedzialność stron za rozwiązanie ich konfliktu. Definicja ta przez europejskiego ustawodawcę świadomie zachowuje otwarty charakter, ponieważ nawet wśród kręgu fachowców zajmujących się mediacją rodzą się pytania, co właściwie charakteryzuje mediację poza wynikającą z jej definicji istotą. Pytania, na które do tej pory brak jednoznacznej odpowiedzi, a przy tym mediacja stale rozwija się dalej, co można rozpoznać, m.in. obserwując powstawanie różnych form mieszanych wewnątrz form ADR, jak np. Med-Arb⁶ lub zróżnicowanie wewnątrz samej mediacji, prowadzące do ukształtowania się specyficznych zasad i metod, jak np. mediacja rodzinna albo mediacja gospodarcza. W różnych dziedzinach mediacji zauważyć można np. różnice w widzeniu roli prawa w mediacji, traktowaniu czynników psychologicznych⁷ i na temat sposobu postępowania mediatora.

⁵ Dyrektywa 2008/52/EG Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 maja 2008 r. o niektórych aspektach mediacji w sprawach cywilnych i handlowych (Dz. Urz. UE, L 136/3 z 24.05.2008 r.).

⁶ Por. np.: A. Kalisz, A. Zienkiewicz, *Mediacja sądowa i pozasądowa*, Warszawa 2009, s. 36 i n.

⁷ Por. np.: J. Risse, *Wirtschaftsmediation [Mediacja gospodarcza]*, München 2003, s. 28 i n., w sprawie różnych metod w bardziej terapeutycznie ukierunkowanej mediacji w zakresie młodzieży i rodziny oraz mediacji gospodarczej.

Rozróżniane są więc także różne style w mediacji: rozeznanie daje tu podział przeprowadzony przez N. Alexander⁸, która style mediacji dzieli na specjalistyczną mediację poradniczą, mediację *Wise-Elder*, mediację ugodową oraz mediację moderującą i terapeutyczną. Częściowo oznacza to także tylko niektóre elementy, które zawarte są bardziej lub mniej wyraźnie w danym stylu mediacji, następuje tu bowiem wymieszanie założeń.

Specjalistyczna mediacja poradnicza charakteryzuje się przeprowadzaniem negocjacji merytorycznych, tzn. w postępowaniu chodzi przede wszystkim o stanowiska negocjacyjne, a nie o leżące u podstaw interesy stron. Celem jest osiągnięcie rezultatu odpowiadającego idei usługi, a więc przede wszystkim szybkie znalezienie rozwiązania opartego na kryteriach zgodności z prawem lub technicznie możliwego. Mediacja ta przeprowadzana jest często przez prawników lub innych fachowców, jak np. inżynierów. Obok mediacji fachowcy ci wnoszą do mediacji swoją wiedzę fachową i w ten sposób przyczyniają się do powiększenia wiedzy stron na temat konfliktu. Mediatorzy mogą w tej formie niekiedy nawet zaproponować jakieś rozwiązania albo oszacować koncepcje rozwiązania przedstawione przez strony. Problemy są ściśle zdefiniowane, a koncepcje rozwiązań zawierają się zazwyczaj w granicach tego, co mógłby również zaproponować sąd.

Mediacja *Wise-Elder* to prawdopodobnie najstarsza forma mediacji, stosowana w tradycyjnych społecznościach, na arenie międzynarodowej znana jest ona przede wszystkim dlatego, że *Elder-Statesmen* działają jako rozjemcy na obszarach kryzysowych i w sporach społecznych. Mediacja *Wise-Elder* charakteryzuje się także tym, że przy rozwiązywaniu problemu poszukuje się możliwości biorącej pod uwagę możliwie wiele aspektów. Nie negocjuje się tylko konkretnych stanowisk, lecz dopytuje się także o stojące za nimi potrzeby i interesy. Mediatorem w takim wypadku jest osoba ciesząca się poważaniem w społeczeństwie albo wśród stron.

W mediacji ugodowej wielkie znaczenie ma faktor samostanowienia stron, jednak mediator posiada również wiedzę fachową w negocjowanej dziedzinie i swą wiedzą może on wspomóc strony w poszukiwaniach rozwiązania ich konfliktu.

W mediacji moderującej i ewaluującej również szczególną wagę przykładą się do autonomii stron. W centrum zainteresowania leży jednak negocjacja zorientowana na interesy stron, zachęcająca strony do wyjawienia własnych interesów i potrzeb odnośnie do konfliktu. Mediacja terapeutyczna w końcu uznawana jest za metodę, w której, podobnie jak w mediacji moderującej, kładzie się szczególny nacisk na negocjacje zorientowane na interesy stron, przy czym jednak ma miejsce jeszcze refleksja dotycząca

⁸ N. Alexander, *Mediation. Ein Metamodell [Mediacja, metamodel]*, „Perspektive Mediation” 2004, z. 2, s. 72 i n.

spraw takich, jak sprawy dotyczące związków i potrzeb mediantów. Elementy stosowane w tej mediacji pochodzą z technik terapeutycznych. Głównym celem mediacji terapeutycznej jest pojednanie stron poprzez zmianę wizerunku konfliktu i wzajemnych związków łączących strony.

By dokonać analizy relacji między prawem a mediacją, ważne są – oprócz wspomnianych głównych jej stylów, różniących się między sobą także zasadami dotyczącymi roli mediatora – również obszary stosowania mediacji. W dniu dzisiejszym mediacja rozdzieliła się na różne obszary, dla których np. w Niemczech istnieją już specjalne związki mediatorów, posiadają one również własną literaturę fachową i własne metody kształcenia. Poszczególne gałęzie mediacji różnią się także w swej metodyce mediacji. Jednym z tych obszarów jest mediacja rodzinna, w Niemczech obecnie prawdopodobnie to największa dziedzina zastosowania mediacji o najwyższej liczbie przypadków. W tej dziedzinie niezwykle ważną rolę odgrywają czynniki psychologiczne. Mediacja gospodarcza, która odgranicza się od innych form mediacji i posiada własne metody⁹, orientuje się bardziej na harwardzki model negocjacji, nazywając się w odróżnieniu od „mediacji terapeutycznej”¹⁰, mediacją negocjacyjną i z reguły ignoruje szczybel stosunków międzyludzkich, także dlatego, że negocjujące osoby reprezentują przedsiębiorstwa¹¹. Obszarem odgraniczonym od tego jest mediacja jako element łagodzenia konfliktów wewnątrz przedsiębiorstw. Chodzi tu o konflikty powstałe wewnątrz przedsiębiorstw, jak konflikty w miejscu pracy na wszystkich poziomach, konflikty wewnątrz zespołów i grup pracowniczych, *mobbing* lub konflikty powstające wskutek restrukturyzacji, przy czym w tych konfliktach znowu większą rolę odgrywa kwestia stosunków międzyludzkich. W mediacji na obszarze publicznym, np. w mediacji dotyczącej środowiska, chodzi o postępowania stojące w związku z projektami, przy których realizacji oprócz interesów gospodarczych i społecznych na pierwszy plan wysuwają się przede wszystkim aspekty ochrony środowiska naturalnego, jakości życia i planowania przestrzennego. Na tym obszarze duże znaczenie mają przepisy dotyczące ochrony środowiska i prawo administracyjne.

Praktyka pokazała, że konflikty rozwiązywane przez mediację różnią się między sobą. Kategoryzuje się je w ramach typologii konfliktów¹². Konflikty nazywane są w zależności od ich przedmiotu sporu: prawdziwymi lub nieprawdziwymi, jako konflikt interesów albo wartości¹³, albo jako konflikt związany z podziałem. Istnieją konflikty

⁹ J. Risse, *op. cit.*, s. 29.

¹⁰ Pojęcie mediacji terapeutycznej jest dość nieszczęśliwie wybrane, chodzi tu o formę mediacji, która bierze pod uwagę także transformację związku i która z tego powodu przez niektórych autorów nazywana jest raczej mediacją transformatorską.

¹¹ J. Risse, *op. cit.*, s. 28 i n.

¹² Por. np.: F. Glasl, *Konfliktmanagement [Menedżment konfliktów]*, wyd. 5, Stuttgart 1997, s. 47 i n.

¹³ *Ibidem*.

instrumentalne, raczej merytoryczne i inne, zawierające sporą dozę komponentów emocjonalnych. Analiza konfliktu, którą musi przeprowadzić mediator lub inna osoba pragnąca przyczynić się do zażegnania konfliktu prowadzi najpierw do odpowiedzi na pytanie, jaka (alternatywna) metoda zażegnania konfliktu w danym przypadku jest najodpowiedniejsza, a przy tym, w przypadku gdy mediacja już została wybrana jako metoda, niezmiernie ważne jest stwierdzenie, jak należy postąpić w mediacyjnym opracowaniu konfliktu i ewentualnie, jaki mediator byłby odpowiedni. Ma to również decydujące znaczenie dla roli prawa w mediacji w danym konflikcie.

Dla wszystkich tych postaci mediacji wspólne jest wspieranie autonomii jednostki, jako że to jednostka bierze na siebie ciężar samodzielnego poszukiwania rozwiązania swego konfliktu. Rozwiązanie takie jest wówczas kompleksowe i może wziąć pod uwagę wszystkie ważne dla stron punkty.

III. Funkcja mediatora w mediacji, w szczególności jego neutralność

Już z podanej na wstępie definicji mediacji w Europejskiej Dyrektywie Mediacyjnej wynika, że strony samodzielnie znajdują rozwiązanie swego konfliktu. Wnioskując w drugą stronę, można więc stwierdzić, że mediator w żadnym razie nie podaje stronom żadnego rozwiązania konfliktu, wspierając jedynie strony przez organizację postępowania w poszukiwaniu rozwiązania. Mediator poprzez swe wykształcenie posiada wiedzę na temat poszczególnych kroków czy też faz w mediacji i ukierunkowuje rozmowy stron za pomocą różnych metod komunikacji, mogących naturalnie bazować na metodach psychologii.

W normalnym przypadku mediator jest zatem odpowiedzialny tylko za postępowanie, a nie za jego wynik. Może jednakże stać się inaczej, kiedy mediator wkłada w mediację swoją fachową wiedzę, w tym także swoją znajomość prawa.

Jeśli chodzi o strony, mediator jest neutralny. Pojęcie neutralności mediatora jest trudne do zdefiniowania, ogólnie przyjmuje się, że może ono w swym jądrze być przedmiotem rozstrzygnięcia sądowego, a jego otoczkę określa etos zawodowy¹⁴. „Mogący być przedmiotem rozstrzygnięcia sądowego” – jądro tego pojęcia można dostrzec np. w art. 1 § 3 Ustawy o wpieraniu mediacji i innych form pozasądowego zażegnania sporów¹⁵. Ma on następujące brzmienie:

¹⁴ S. Kracht, *Rolle und Aufgaben des Mediators – Prinzipien der Mediation* [Rola i zadanie mediatora – zasady mediacji], [w:] F. Haft, K. Schlieffen, *Handbuch Mediation* [Podręcznik mediacji], wyd. 2, München 2009, s. 269 i n.

¹⁵ Ustawa z dnia 21.07.2012 r., BGBl I, s. 1577.

Art. 1 § 3 (Obowiązek ujawnienia; ograniczenia działalności). (1) Mediator zobowiązany jest do ujawnienia stronom wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na jego niezależność i neutralność. Po przedłożeniu tych okoliczności może on pełnić funkcję mediatora jedynie za wyraźną zgodą stron.

(2) Nie może pełnić funkcji mediatora, kto przed mediacją działał w tej samej sprawie dla jednej ze stron. Mediatorowi nie wolno jest działać dla jednej ze stron podczas mediacji lub po mediacji w tej samej sprawie. Oznacza to, że nie może on mieć żadnego osobistego interesu w zakończeniu konfliktu, chyba że strony mediacji wyraziły wyraźną zgodę.

W formule zawartej w tej normie opisane są warunki, przy których spełnieniu neutralność mediatora w jej jądrze podlegającym rozstrzygnięciom sądowym nie jest gwarantowana, co prowadzi do tego, że mediator nie może objąć danej mediacji, ewentualnie niesie to ze sobą konsekwencje z zakresu odpowiedzialności. Neutralność odpowiadająca zawodowemu etosowi mediatora posuwa się jednakże o wiele dalej. Mediator według niego musi starać się uniknąć nawet wrażenia, że coś może zagrażać jego neutralności. Jako że mediator nie posiada żadnego autorytetu przyznanego przez państwo, neutralność jest głównym źródłem jego poważania u stron¹⁶. Jeśli jedna ze stron żywi choćby nawet jedynie subiektywne wątpliwości dotyczące neutralności mediatora, zagraża to wynikowi mediacji, jako że strony mogą ją przerwać w dowolnym momencie. Nawet jeśli strony pozostaną przy stole mediacyjnym, istnieje niebezpieczeństwo, że wynik mediacji oceniony zostanie przez jedną ze stron jako nieoptymalny, ponieważ uważać będzie ona, że mediator wziął stronę drugiego medianta. W takim przypadku dążenie mediacji do długotrwałego uspokojenia konfliktu mocą ugody mediacyjnej nie zostaje osiągnięte i mediacja tym samym nie zakończy się sukcesem¹⁷. W miejsce pojęcia neutralności używane jest również pojęcie „wszechstronności” (*Allparteilichkeit*). Rozumiane jest ono w ten sposób, że mediator nie jest tylko po prostu nastawiony neutralnie do stron, lecz ujmuje się za każdą ze stron. Zadaniem mediatora jest utrzymywanie werbalnego i niewerbalnego kontaktu z każdą ze stron, dawanie każdej ze stron wystarczających możliwości przedstawienia własnego punktu widzenia, rozmowy i określenia własnych potrzeb i interesów. Pojęcie wszechstronności opisywane jest również w ten sposób, że mediatorowi wolno w określonych sytuacjach brać stronę jednego lub drugiego medianta¹⁸. Wszechstronność więc, przedstawiana jako psychologiczna postawa

¹⁶ S. Kracht, *op. cit.*, s. 270.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ibidem*, s. 271; ze wskazaniem, że niektórzy autorzy rozumieją pojęcie bezstronności również jako „branie strony postępowania”.

mediatora wobec mediantów i część etosu zawodowego, jest rozszerzeniem pojęcia neutralności, przyczyniając się nie tyle do konkretyzacji jądra mogącego stanowić przedmiot rozstrzygnięcia sądowego, ile stanowi jego uzupełnienie.

Reasumując, można stwierdzić, że neutralność mediatora wybiega poza istotę samego pojęcia, mogącą być przedmiotem rozstrzygnięcia sądowego, a konieczność neutralności wymaga, by w interesie sukcesu mediacji unikać wszystkiego, co mogłoby wywołać nawet tylko wrażenie braku neutralności mediatora.

Aby powrócić do głównej kwestii, należy w tym miejscu podkreślić, że istotą zadania mediatora jest kierowanie przebiegiem procesu postępowania przy użyciu metod komunikacji, przy zachowaniu absolutnej neutralności czy też wszechstronności. Zasadniczo nie stosuje on prawa, przy czym w myśl niemieckiego prawa możliwe byłoby to – o ile nie jest on adwokatem – jedynie w wąskich, określonych przez Ustawę o doradztwie prawnym (*Rechtsberatungsgesetz*) granicach. Rola mediatora różni się od roli adwokata albo sędziego. Stosując prawo, mediator narażałby się poza tym na niebezpieczeństwo nieuznania jego neutralności przez jedną ze stron.

IV. Różnica między jurysdykcją a mediacją i prawna regulacja ugód

Mediacja jest postępowaniem, w którym rozstrzygnięcie konfliktu zostaje opracowywane¹⁹ zamiast zastosowania przewidzianego (prawnie) rozwiązania konfliktu. Rozwiązania znalezione w mediacji zostają opracowywane przez strony, są dopasowane do szczególnych wymagań stron i skierowane na przyszłość. Konflikt może być załatwiony w sposób kompleksowy, a punkty, których sąd nie rozpatrywałby w ogóle, w mediacji mogą odegrać ważną rolę. Mediator wspiera strony w tym postępowaniu, jest on bezstronny, tzn. działa dla dobra obu stron. Mediacja jest postępowaniem dość mało biurokratycznym, które w porównaniu do postępowania sądowego daje szybkie efekty i do tego jeszcze jest tańsze.

Mediacja nie odbywa się jednak w luce prawnej. Prawną podstawą mediacji jest autonomia prywatna i prawo mediantów do zawierania umów. Granice autonomii prywatnej ustanawia bezwzględnie obowiązujące prawo. Reguły bezwzględnie obowiązującego prawa tworzą zatem minimalny standard prawny, który musi być przestrzegany

¹⁹ S. Breidenbach, *Das Besondere der Mediation, die Sicht eines Wirtschaftsmediators: Thesen des Vortrags* [Specyfika mediacji z punktu widzenia mediatora w sprawach gospodarczych], [w:] R. Greger, H. Unberath, *Die Zukunft der Mediation in Deutschland* [Przyszłość mediacji w Niemczech], München 2008, s. 27.

w mediacji²⁰. Dalszym standardem minimalnym jest fakt, że zarówno umowa o mediację, jak i wynik mediacji muszą być zgodne z bezwzględnie obowiązującym prawem.

Różnie oceniane jest za to, czy i w jaki sposób mediator powinien, musi czy też mu wolno wprowadzać prawo do procesu mediacji i czy np. wolno mu sprawdzić ugodę mediacyjną pod względem jej zgodności z prawem.

Aby zbliżyć się do tego problemu, chciałabym na początku zająć się oczekiwaniami mediantów wobec mediacji. Z punktu widzenia stron jest często tak, że nie znają one w ogóle postępowania mediacyjnego albo znają je niewystarczająco.

W Niemczech strony tradycyjnie próbują rozwiązywać konflikty na własną rękę albo przy pomocy adwokata i przed sądem. Postępowanie mediacyjne musi stronom być najpierw wyjaśnione i przybliżone.

Prawo ma dla nich duże znaczenie, ponieważ każdy pragnie wiedzieć, jakie roszczenia mu prawnie przysługują. Stąd strony jeszcze przed rozpoczęciem mediacji często sprawdzają możliwość dochodzenia sprawy przed sądem, mają już wyrobione własne zdanie na temat, jak wygląda sporna sytuacja z punktu widzenia prawa, jakie przysługują im roszczenia i jak ich zdaniem zakończyłby się proces sądowy, a ponadto często każda strona uważa, że wygra. Roszczenia prawne są częścią rzeczywistości i również w mediacji nie mogą być całkowicie pominięte, a to dlatego, że możliwe do zaakceptowania przez strony rozwiązanie z konieczności stać musi w kontekście ogólnie utartych reguł, jakie zawiera np. obowiązujące prawo. Rozwiązanie proponowane z punktu widzenia stron przez prawo ma znaczenie w negocjacjach, choćby dlatego że jest ono dla każdej ze stron najlepszą alternatywą w wypadku nieuzyskania porozumienia²¹. Stąd z perspektywy medianta powstaje obraz, w którym strony poznają mediację jako alternatywę dla procesu sądowego, ale znając także swoje roszczenia prawne, oczekują ich włączenia w mediację.

Rozwiązanie ustawowe różni się pod wieloma względami od rozwiązania opracowanego w mediacji. O ustawie w znaczeniu materialno-prawnym mówimy, gdy mamy na myśli normę prawną, tzn. zarządzenie zwierzchnie zawierające ogólne i wiążące regulacje dla nieokreślonej liczby osób²². Ustawa ma charakter ogólny i abstrakcyjny, zawiera rozwiązania dla dużej ilości podobnych przypadków. Rozwiązania przewidziane przez ustawę dla konfliktów rozwinięte zostały na podstawie opartej na spojrzeniu wstecz analizy typowych przypadków konfliktów z przeszłości, przy czym punktem orientacji dla ustawodawcy było sprawiedliwe rozwiązanie tych typowych konfliktów. Ta idea sprawiedliwości potwierdzona jest w prawie niemieckim przez istnienie granic

²⁰ R. Köper, *Die Rolle des Rechts in der Mediation [Rola prawa w mediacji]*, Berlin 2003, s. 84.

²¹ *Ibidem*, s. 79; (po angielsku: *best alternative to a negotiated agreement/ BATNA*).

²² Por. tu np.: C. Creifelds, *Rechtswörterbuch [Encyklopedia prawa]*, wyd.10, München 1990, s. 486.

ustawodawczych w konstytucji, w szczególności w dziedzinie podstawowych praw obywatelskich, jak również przez fakt demokratycznej legitymacji ustawodawcy. Wiele ustaw normuje uregulowania ochronne, mające chronić słabszych przed wyzyskiem, na przykład regulacje z zakresu ochrony konsumentów lub takie, które regulują określone dziedziny życia dotyczące zabezpieczenia sprawiedliwej wymiany. Z kolei postępowanie mediacyjne prowadzi do indywidualnego rozwiązania konfliktu, zorientowanego na specyfikę danego przypadku, potrzeby i interesy mediantów będą tym samym zorientowane na przyszłość konkretnym uregulowaniem pojedynczego przypadku.

Prawo może jednak również stać się zagrożeniem dla sukcesu mediacji. Groźba ta opisywana jest porównaniem, w myśl którego prawo w mediacji może odegrać podobną rolę jak słoń, który wkraczając w jakąś przestrzeń, stwarza zagrożenie opanowania całego postępowania²³. Jakie więc są konkretne zagrożenia związane z wprowadzaniem prawa do mediacji?

Problemem przy wprowadzaniu prawa jest niebezpieczeństwo wystąpienia zawężenia konfliktu. Przez wprowadzenie prawa strony mogą znowu popaść w sztancę myślową roszczeń i pozycji. W tej sztancy myślowej ostrość uwagi skupia się wyłącznie na aspekcie prawnym konfliktu. Inne płaszczyzny, jak płaszczyzna wzajemnych stosunków albo udział innych stron, jak również przyczyny konfliktu, nie są wówczas w dostateczny sposób brane pod uwagę²⁴. Niebezpieczeństwo to wywołuje fakt, że prawo skierowane jest na przypadki wcześniejsze, podczas gdy mediacja orientuje się w przyszłość. W prawie nie napotkamy sformułowań takich, jak: „Przy wzięciu pod uwagę przyszłej współpracy”²⁵. Jesteśmy też poza tym przyzwyczajeni do szybkiego uznawania postanowień prawnych za obowiązujące i przestrzegania ich. W ten sposób zmarnowaniu ulega jednak istniejąca w mediacji szansa dogłębnego wyjaśnienia konfliktu i rozwinięcia całej gamy rozwiązań, z której wybiera się to najbardziej pasujące²⁶.

Dalsze niebezpieczeństwo związane z wprowadzeniem prawa do mediacji związane jest z groźbą utraty neutralności mediatora. Kiedy mediator wskaże stronom stan prawny i kiedy ten stan prawny wydaje się wskazywać na korzystniejsze zakończenie sprawy dla jednej ze stron, druga strona zakwestionuje neutralność mediatora.

Prawo posiada jednak również zalety, które można owocnie wprowadzić do mediacji. I tak prawo jest miarą sprawiedliwości, w kraju demokratycznym uchwaloną przez ustawodawcę dysponującego demokratyczną legitymacją, która musi w swej

²³ Porównanie to przypisywane jest amerykańskim mediatorom J. Himmelsteinowi i G. Friedmanowi.

²⁴ S. Breidenbach, *Mediation- Struktur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt* [Mediacja – struktura, szanse i ryzyka pośrednictwa w konflikcie], Köln 1995, s. 50 i n.

²⁵ J. Risse, *loc. cit.*; dotyczy różnych metod w bardziej terapeutycznie zorientowanej mediacji w dziedzinie młodzieży i rodziny oraz w mediacji gospodarczej.

²⁶ G. Mähler, H.-G. Mähler, na temat roli prawa i adwokatów, [w:] J. Duss von Werdt, *Die andere Scheidung* [Inny rozwód], Stuttgart 1995, s. 52-54.

treści mierzyć się z konstytucją i podstawowymi prawami obywatelskimi. Stąd mowa o tym, że normy prawne to skarbiec rozwiązań różnych konfliktów, w którym daje się także znaleźć rozwiązanie dla danego konkretnego przypadku mediacji. Dla stron ma znaczenie, jak sędzia rozstrzygnąłby sprawę, choćby tylko dlatego, żeby strony znalazły rozwiązanie możliwe do przyjęcia i nie kwestionowały uzgodnień zawartej ugody mediacyjnej w przypadku, gdy np. dowiedziałyby się, jakie są właściwie im przysługujące roszczenia. Reasumując, można powiedzieć, że wprowadzenie prawa do mediacji niesie korzyści, po części są one oczekiwane przez mediantów, ale jednocześnie niosą one ze sobą także zagrożenia. Użyte przez mediatorów G. Friedmana i J. Himmelsteina wyobrażenie prawa jako słonia w mediacji może być przez strony samodzielnie zmienione, w momencie gdy strony zdecydują, czy „słoń” zwany „prawem” ma w mediacji ukazać się zgodnie z oryginałem, czy też ma być mały jak przysłowiowa „mysz”.

V. Metody wprowadzania prawa do mediacji

Poruszyłam już wyżej zagadnienie różnych stylów i form mediacji. Rekomendacje dla wprowadzenia prawa do mediacji, które można odnaleźć w literaturze, nie dają się zastosować ogólnie do wszystkich form mediacji, lecz dostosowują się do specyficznych wymagań danego przypadku. W niektórych przypadkach możliwe jest, że prawo nie odgrywa w mediacji prawie żadnej roli, z kolei odgrywa ono prawie zawsze rolę w mediacji gospodarczej. Zalecenie dla wprowadzenia prawa do mediacji brzmi: należy uwzględnić prawo już na początku negocjacji²⁷. Wprowadzenie prawa przez mediatora, a nie wyłączenie przez adwokatów stron, zalecane jest dlatego, że mediator przez swą neutralną pozycję jest bardziej obiektywny w omawianiu stanu prawnego, niż adwokaci stron.

W mediacji gospodarczej, opierającej się na modelu mocno zorientowanym na harwardzki model negocjacji, wprowadzenie prawa do mediacji uznawane jest za właściwie niezbędne²⁸. W tej dziedzinie wynik procesu sądowego jest *best alternative to a negotiated agreement*. W tym modelu mediacji gospodarczej proponowany przebieg faz mediacji odbywa się na podstawie kryteriów odpowiadających procesowi sądowego podejmowania decyzji lub ewentualnie subsumcji stanu faktycznego i normy prawnej. Konkretnie proponuje się, aby mediator rozpoczął omówienie stanu prawnego dopiero wówczas, kiedy strony w drugiej fazie mediacji całkowicie przedyskutowały stan faktyczny, będący przedmiotem sporu²⁹. Dopiero później, w trzeciej fazie mediacji, gdy znany już jest stan faktyczny, będący przedmiotem sporu, może on być uporządkowany

²⁷ R. Köper, *op. cit.*, s. 114.

²⁸ J. Risse, *op. cit.*, s. 302.

²⁹ *Ibidem*.

prawnie. W zorientowanej przede wszystkim na zrównoważenie gospodarczych interesów mediacji nie uznaje się żadnych innych faktów³⁰. Podczas mediacji gospodarczej następuje wówczas zmiana, podczas gdy w czasie omawiania stanu faktycznego do głosu dochodzą przede wszystkim strony; w większych sprawach mediacyjnych, w których uczestniczą wraz ze swymi klientami adwokaci stron, adwokaci przejmują zadanie przedstawienia prawnej oceny dokonanej przez strony. Rola mediatora polega wówczas na wychwytywaniu poszczególnych argumentów prawnych i tłumaczeniu ich na język powszechnie zrozumiały³¹. W końcu strony proszone są o otwarte przedstawienie istniejących dla nich w procesie ryzykownych momentów. W praktyce odbywa się to podczas oddzielnych posiedzeń stron wraz ze swoimi adwokatami przy udziale mediatora, ponieważ z punktu widzenia odpowiedzialności adwokackiej otwarte przedłożenie ryzyka procesowego drugiej stronie jest sprawą problematyczną. W wypadku, gdy strony przychodzą do mediacji bez adwokata, aspekty prawne może przedstawić także sam mediator. Jest rzeczą samą przez się zrozumiałą, że z reguły mediator musi posiadać wykształcenie prawnicze. Jak już wskazano, zagrożeniem związanym z przedstawieniem argumentacji prawniczej przez mediatora jest fakt, że strona, której mediator poświadczy mniejsze szanse na sukces, uzna go za stronniczego, chodzi więc tu o neutralność mediatora. Można próbować uniknąć tego przez uświadomienie stronom, lecz czy da się to zawsze zrobić, jest jednak sprawą wątpliwą. Dalszym zagrożeniem jest to, że mediator, kiedy zapytany zostaje o jego własną ocenę możliwego zakończenia procesu, przedkłada medianom rozwiązanie, które oni są skłonni zaakceptować³².

Alternatywnie można przedstawienie stanu prawnego zlecić osobie trzeciej, ekspertowi³³. Przedstawienie stanu prawnego podczas sesji mediacyjnej przez niezależną osobę trzecią powinno odbywać się ustnie, ponieważ w przeciwieństwie do pisemnej ekspertyzy prawnej informacja udzielana obecnym może być uzupełniana przez stawianie pytań i umożliwienie kontroli oraz zrozumienia, przez co unika się ryzyka popełnienia błędów podczas przekazywania informacji, nieporozumień i innego rodzaju niepewności. Także rezultat nie ukazuje się tak ostateczny, jak w formie ekspertyzy pisemnej i może być przez to lepiej negocjowany³⁴.

Ekspert z zewnątrz jednak podnosi koszty, które dają się uzasadnić głównie w większych postępowaniach³⁵. Strony muszą wówczas uzgodnić wspólne przedstawienie stanu faktycznego i musi zostać wyjaśnione, czy ekspert ma przedstawić tylko

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Por. *ibidem*, s. 306 i n.

³² Por. *ibidem*.

³³ L. Ripke, *Recht und Gerechtigkeit in der Mediation [Prawo i sprawiedliwość w mediacji]*, [w:] F. Haft, K. Schlieffen, *Handbuch Mediation [Podręcznik mediacji]*, wyd. 2., München 2009, s. 167.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ J. Risse, *op. cit.*, s. 307.

ryzyko procesowe, czy też dostarczyć ogólną prognozę dla danego sporu prawnego. Wynik ekspertyzy powinien wówczas zostać przedstawiony ustnie w mediacji, przy czym powinny zostać przedłożone też klasyfikacje wynikające z prawodawstwa³⁶.

VI. Podsumowanie

Wprowadzenie prawa do mediacji zależy w decydującej mierze od mediowanego konfliktu i obranego przez mediatora stylu mediacji. Kiedy istnieje konflikt podziału i nie ma konfliktu dotyczącego stosunków wzajemnych lub wartości, powinno zostać uwzględnione także prawo. Jednak decyzja, czy i jak prawo ma zostać wprowadzone do mediacji, należy do stron.

Zasadniczym zadaniem mediatora jest prowadzenie postępowania i jego strukturyzacja. Stąd odpowiada on życzeniu stron wprowadzenia prawa do mediacji, wyszukuje w czasie trwania procesu mediacyjnego właściwy moment dla zajęcia się aspektami prawnymi i dyskutuje ze stronami różne możliwości dla przeprowadzenia tego omówienia. W przypadku mediacji w sprawie o rozwód, w której strony tak czy tak reprezentowane są przez adwokatów, można poprosić najpierw strony o konsultację z adwokatami. Wyniki konsultacji adwokatów mogą być później przedłożone i omówione w czasie sesji mediacyjnej, przy czym mediator wyniki te przedstawia i objaśnia jeszcze raz w formie zrozumiałej dla stron.

W mediacji gospodarczej, w której strony również tak czy inaczej reprezentowane są przez adwokatów, sensowne jest systematyczne wprowadzanie prawa do przebiegu postępowania, a po stwierdzeniu wspólnego stanu faktycznego w drugiej fazie mediacji wniesienie prawnej oceny albo przez – i tak już zaangażowanych w sprawę – adwokatów albo przez osobę trzecią z zewnątrz. Ważne jest przy tym uczynienie trzeciego kroku i zbadanie interesów leżących u podstaw pozycji stron tak, aby mediacja mogła rozwinąć swój właściwy potencjał. W przypadku, gdy medianci nie są reprezentowani prawnie przez adwokatów, mediator będący z wykształcenia prawnikiem może zostać poproszony o omówienie stanu prawnego. Przy podejmowaniu decyzji o przychyleniu się do tej prośby musi on jednak rozważyć różne zagrożenia. Faktycznie bowiem odbywa się tu zamiana ról. Mediator działa tu wówczas nie jako moderator, a jako ekspert. On sam musi się na to nastawić i jednocześnie musi on sobie zadać pytanie, czy strony będą w stanie to zrozumieć i czy zrozumieją one także, że pozostaje on jako mediator neutralny nawet wtedy, kiedy miałby przedłożyć rozwiązanie korzystniejsze dla jednej ze stron. Przy tym musi on przedstawić rozwiązanie prawne w ten

³⁶ *Ibidem*.

sposób, że uwidoczni to stojące u podłoża ustawy oceny, tak, że do mediacji wpłynie nie tylko konkretne prawne rozwiązanie sprawy, lecz również pryncypia, na których ono bazuje, które mogą być może posłużyć za kryterium poszukiwania dalszych propozycji rozwiązania. Ogólnie rzecz biorąc, wprowadzenie prawa do mediacji przez samego mediatora stawia go przed większym wyzwaniem. Z reguły priorytet w takiej sytuacji ma raczej zasięganie rady adwokatów lub osoby trzeciej z zewnątrz.

Podsumowując, można wspomnieć obrazowe stwierdzenie amerykańskich profesorów prawa R. Mnookina i L. Kornhausera³⁷, że mediacja odbywa się w cieniu prawa. Nie mają oni jednakże na myśli, że mediacja odbywa się „poza prawem”, lecz należy rozumieć to w ten sposób, że mediacja odbywa się w świecie ukształtowanym przez prawo i w związku z tym nie da się od prawa całkowicie oderwać.

³⁷ R. Mnookin, L. Kornhauser, *Bargaining in the Shadow of Law: The Case of Divorce*, „The Yale Law Journal” 1979, Vol. 88, No. 5, s. 950 i n.

