

Uwaga! Artykuł został opublikowany w dwóch wersjach językowych – podstawą do cytowań jest wersja angielska

Adam Zienkiewicz

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0002-2824-7123

radcaprawny@zienkiewicz.com.pl

Mediacja obligatoryjna – uwagi na tle ustalania predyspozycji mediacyjnej sporu
oraz obaw stron przed stosowaniem mediacji

STRESZCZENIE

Głównym celem artykułu jest podjęcie rozważań na temat wprowadzenia do polskiego systemu prawa mediacji obligatoryjnej w sprawach gospodarczych, a także w niektórych innych typach sporów cywilnych na tle identyfikacji tzw. predyspozycji mediacyjnej sporu oraz różnorodnych obaw stron przed stosowaniem mediacji, dotyczących postępowania mediacyjnego, osoby mediatora, właściwości osobistych strony lub zachowań strony przeciwnej. Wybór tematu i celu rozważań w istotny sposób zainspirowały doświadczenia praktyczne autora, wynikające z wykonywania profesji mediatora w sprawach cywilnych (w tym gospodarczych), oraz relewantne dane statystyczne dotyczące postępowań mediacyjnych prowadzonych w ramach Ośrodka Mediacji Gospodarczych (OMG) przy Okręgowej Izbie Radców Prawnych w Olsztynie. Odpowiednio legislacyjnie i organizacyjnie przygotowane wprowadzenie optymalnego dla polskiego systemu społeczno-prawnego modelu obligatoryjności mediacji w wybranych typach sporów należy ocenić jako działanie co do zasady korzystne, które może przynieść dalszą popularyzację stosowania i wykorzystania potencjału i zalet mediacji. Ponadto istotne jest zwiększenie dostępu obywateli do szeroko rozumianego wymiaru sprawiedliwości zarówno w formule sądowej, jak i pozasądowej, pożądanе odciążenie i uzupełnienie pracy sądów, a w konsekwencji także wzmocnienie realizacji postulatu istnienia pluralizmu form wymiaru sprawiedliwości.

Słowa kluczowe: mediacja obligatoryjna; predyspozycja mediacyjna sporu; obawy stron przed stosowaniem mediacji

WPROWADZENIE

Głównym celem artykułu jest podjęcie rozważań na temat wprowadzenia do polskiego systemu prawa mediacji obligatoryjnej w sprawach gospodarczych, a także w niektórych innych typach sporów cywilnych na tle identyfikacji tzw. predyspozycji mediacyjnej sporu oraz obaw stron przed stosowaniem mediacji¹. Wybór tematu i celu rozważań w istotny sposób zainspirowały przede wszystkim doświadczenia praktyczne autora, wynikające z wykonywania profesji mediatora w sprawach cywilnych (w tym gospodarczych), oraz relewantne dane

¹ W sytuacji ujawnienia sprzecznych interesów (dążeń) stron na forum społecznym dochodzi do jakościowego przekształcenia konfliktu w spór, który jest „ujawnionym społecznie konfliktem określonych podmiotów społecznych (jednostek, grup bądź ich organizacji), łączącym się z odczuciem naruszenia przez jedną ze stron racji drugiej strony” – A. Korybski, *Alternatywne rozwiązywanie sporów w USA. Studium teoretycznoprawne*, Lublin 1993, s. 26. Por. *Polskie spory i sądy*, red. J. Kurczewski, M. Fuszara, Warszawa 2004, s. 7. Obawa rozumiana jest w podstawowym (potocznym) znaczeniu jako przede wszystkim uczucie niepokoju lub niepewności co do skutku, następstwa czegoś – por. *Obawa*, <http://sjp.pwn.pl/szukaj/obawa> [dostęp: 10.09.2018]. Predyspozycja mediacyjna sporu ma charakter stopniowalny i oznacza potencjał sporu do jego rozwiązania poprzez mediację albo przynajmniej do skorzystania przez strony z innych niż porozumienie, wieloaspektowych celów dyskursu mediacyjnego. Szerzej na temat wieloaspektowych celów (potencjału) mediacji w wymiarze: personalnym, interpersonalnym, społecznym, psychologicznym, komunikacyjnym czy negocjacyjno-informacyjnym – zob. A. Zienkiewicz, *Stadium mediacji. Od teorii ku praktyce*, Warszawa 2007, s. 96–123.

Uwaga! Artykuł został opublikowany w dwóch wersjach językowych – podstawą do cytowań jest wersja angielska

statystyczne dotyczące postępowań mediacyjnych prowadzonych w ramach Ośrodka Mediacji Gospodarczych (OMG) przy Okręgowej Izbie Radców Prawnych w Olsztynie.

Jak wynika ze statystyk OMG, ponad 50% spraw skierowanych przez sąd do mediacji albo zainicjowanych wnioskiem strony nie odbyło się z uwagi na odmowę przystąpienia do postępowania przez obie strony albo jedną z nich, podczas gdy skuteczność mediacji mierzona zawarciem porozumienia w sprawach, w których doszło do przeprowadzenia mediacji, wyniosła 53,91%². Przedstawione dane skłaniają do refleksji nad poziomem trafności określania przez sąd czy stronę tzw. predyspozycji mediacyjnej danego sporu gospodarczego, co uzasadnia podejmowanie prac celem ustalenia przynajmniej niektórych aspektów sporów cywilnych zasługujących na analizę podczas diagnozowania, czy daną sprawę warto skierować do mediacji³. Jednocześnie dla szerszego stosowania mediacji istotne staje się wzmocnienie umiejętności identyfikacji przez sędziów, mediatorów czy prawników przyczyn, a zwłaszcza rodzaju obaw stron powodujących brak ich zgody na uczestnictwo w postępowaniu mediacyjnym. Mając na uwadze efektywność mediatorów OMG, pojawia się pytanie, czy gdyby przynajmniej niektóre ze spraw, w przypadku których odmówiono mediacji, zostały obligatoryjnie wszczęte, to doszłoby do ich zakończenia ugodą mediacyjną. W konsekwencji inspirowane to podjęcie tematu rozważań dotyczącego zasadności wprowadzenia i formuły obligatoryjności mediacji w sprawach gospodarczych oraz niektórych innych typach sporów cywilnych w ramach polskiego systemu prawnego⁴. Z uwagi na ograniczenia rozmiaru tekstu uwagi autora będą dotyczyły jedynie wybranych aspektów obligatoryjności i głównych kierunków legislacyjnych, bez formułowania propozycji konkretnych treści ustawowych.

PREDYSPOZYCJA MEDIACYJNA SPORU I OBAWY STRON PRZED STOSOWANIEM MEDIACJI

Trafne określenie tzw. predyspozycji mediacyjnej każdej sprawy cywilnej z pewnością nie jest łatwe, a być może nawet stanowi zadanie niemożliwe do wykonania przy dotychczasowym braku nieomylnych narzędzi czy metodologii diagnostycznej, zważywszy przy tym na wielość i indywidualność jej możliwych aspektów podmiotowych i przedmiotowych, dynamikę sytuacji sporu czy różnorodny (w tym nie do końca przewidywalny) wpływ czynników zewnętrznych. Niemniej zasadne dla wzmocnienia szerszego stosowania mediacji wydaje się podejmowanie prób identyfikacji cech predysponujących spory cywilne do ich rozwiązywania

² Dane statystyczne dotyczące Ośrodka Mediacji Gospodarczych przy Okręgowej Izbie Radców Prawnych w Olsztynie opracował Prezes OMG C. Jezierski. Zostały one przygotowane na dzień 30 września 2017 r. i objęły 302 sprawy mediacyjne. Opracowanie statystyczne jest dostępne do wglądu u autora.

³ W tym miejscu należy zauważyć, iż art. 183⁸ § 5 k.p.c. stanowi, iż: „Przed pierwszym posiedzeniem wyznaczonym na rozprawę przewodniczący dokonuje oceny, czy skierować strony do mediacji. W tym celu przewodniczący, jeżeli zachodzi potrzeba wysłuchania stron, może wezwać je do osobistego stawiennictwa na posiedzeniu niejawnym”. Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz.U. 2016, poz. 1822).

⁴ Por. rozważania autora na temat obligatoryjności mediacji w niektórych typach sporów w kontekście zapewnienia obywatelom szerszego dostępu do wymiaru sprawiedliwości, zaprezentowane w raporcie eksperckim z dnia 10 maja 2017 r. przygotowanym dla Ośrodka Badań, Studiów i Legislacji Krajowej Rady Radców Prawnych. Zob. A. Zienkiewicz, *Mediacja jako uzupełniająca forma wymiaru sprawiedliwości*, <http://obsil.pl/wp-content/uploads/2017/05/Raport-z-10.05.2017-r.-mediacja.pdf> [dostęp: 10.09.2017].

Uwaga! Artykuł został opublikowany w dwóch wersjach językowych – podstawą do cytowań jest wersja angielska

poprzez porozumienia uzgadniane na drodze integracyjnych negocjacji przy udziale mediatora. Dokonując diagnozy sporu pod kątem jego potencjału w zakresie polubownego opanowania (nie tylko poprzez mediację), warto ustalić i ocenić takie aspekty prawne i pozaprawne, jak np.: stopień ważności dla każdej ze stron utrzymania pozytywnych relacji vs. rezultatu substancjalnego sprawy (w tym ekonomicznego)⁵; wzajemne nastawienie stron sporu w przeszłości i obecnie; poziom eskalacji konfliktu; stopień toksyczności komunikacji stron; przewidywana długoterminowość kontaktów i potrzeba współpracy pomiędzy nimi w przyszłości; poziom i rodzaj współzależności stron; stopień skomplikowania (niejednoznaczności czy precedensowości) kontekstu jurydycznego sprawy, zasoby środków dowodowych każdej ze stron; poziom niepewności co do treści rozstrzygnięcia sądowego; występowanie presji czasu; hierarchia wartości, interesów i potrzeb każdej ze stron; ich typ osobowości, w tym skłonność do ugodowości, współpracy, kompromisu; sposób postrzegania sytuacji spornej (preferencje co do tzw. kadru władzy, racji, interesów, potrzeb czy straty – zysku)⁶; ukryte motywy postaw i zachowań stron.

W ramach diagnozy sporu szczególnie przydatne może okazać się również stosowanie odpowiednio przez prawników stron lub mediatora takich instytucji ADR, jak *confidential listening* czy *litigation management*. Pierwsza z nich prowadzi do wysłuchania stanowisk stron i odebrania od każdej z nich przez neutralną osobę trzecią (tzw. *neutral/confidential listener*) ofert co do ostatecznej ugody (poufnych dla strony przeciwnej) celem wyjaśnienia i oznajmienia stronom, czy złożone oferty mieszczą się w akceptowalnej wzajemnie przestrzeni porozumienia, a zatem ustalenia, czy warto podjąć negocjacje lub mediacje. Celem drugiej instytucji jest ustalenie prawdopodobnego zakresu wydatków stron w postępowaniu sądowym (tzw. *litigation budget*) oraz szans na zwycięstwo w sporze sądowym. Ta forma ADR opiera się na analizie sytuacji faktycznej, dowodowej i prawnej (tzw. *litigation risk analysis*). Dodatkowo użyteczne jest porównawcze poszerzanie prowadzonych w ramach *litigation management* ustaleń o szacowanie czasu oraz kosztów emocjonalnych obecnych w sytuacji kontynuowania sporu stron w formie postępowania sądowego, arbitrażowego czy mediacyjnego⁷.

Podjmując próbę przedstawienia i skategoryzowania głównych obaw stron (często zupełnie niezasadnych, wynikających z braku ich odpowiedniej wiedzy) co do rozwiązywania sporów poprzez mediację w oparciu o doświadczenia praktyczne i badania autora, można wskazać na trzy podstawowe katalogi obaw:

- a) obawy dotyczące postępowania mediacyjnego,
- b) obawy dotyczące osoby mediatora,
- c) obawy dotyczące samej strony (osobiste) lub strony przeciwnej⁸.

⁵ Na temat sposobów reakcji jednostki na konflikt w zależności od stopnia ważności dla każdej ze stron utrzymania wzajemnie pozytywnych relacji vs. rezultatu substancjalnego sprawy zob. np. A. Kalisz, A. Zienkiewicz, *Mediacja sądowa i pozasądowa. Zarys wykładu*, Warszawa 2014, s. 20–21.

⁶ Na temat problematyki tzw. kadrowania sytuacji spornej i typów kadrów spotykanych w trakcie negocjacji zob. A. Kalisz, A. Zienkiewicz, *Polubowne rozwiązywanie konfliktów w pomocy społecznej. Komunikacja, psychologia konfliktów, negocjacje i mediacje socjalne*, Sosnowiec 2015, s. 94–97.

⁷ A. Kalisz, A. Zienkiewicz, *Mediacja sądowa i pozasądowa...*, s. 37.

⁸ Szerzej na temat różnych obaw stron co do rozwiązywania sporów na drodze mediacji oraz sposobów ich przełamywania zob. A. Zienkiewicz, *Obawy stron przed rozwiązywaniem sporów poprzez mediację*, [w:] *Mediacje w prawie*, red. J. Czapska, M. Szelaż-Dylewski, Kraków 2014, s. 29–44.

Uwaga! Artykuł został opublikowany w dwóch wersjach językowych – podstawą do cytowań jest wersja angielska

Wśród obaw dotyczących postępowania mediacyjnego można wskazać w szczególności na: obawę braku korzystności treści porozumienia dla jednej ze stron (braku sprawiedliwości/słuszności porozumienia); obawę braku ustalenia prawdy w postępowaniu mediacyjnym (braku postępowania dowodowego); obawę braku skuteczności/wykonalności (w tym zgodności z prawem) zawartego porozumienia; obawę przedawnienia roszczenia w trakcie mediacji; obawę ujawnienia treści ugody mediacyjnej; obawę braku należytej ochrony równości (praw) stron w postępowaniu; obawę przewlekłości postępowania mediacyjnego; obawę braku możliwości skorzystania z konsultacji prawnych, wiedzy specjalistycznej czy współwystępowania pełnomocnika prawnego w trakcie postępowania mediacyjnego; obawę ukrytych kosztów mediacji; obawę zamknięcia drogi sądowej w sytuacji niepowodzenia mediacji.

W zakresie obaw dotyczących osoby mediatora należy wymienić zwłaszcza: obawę braku odpowiednich kompetencji mediatora; obawę braku jego bezstronności i neutralności; obawę niedostosowania postawy mediatora do preferencji/oczekiwań stron (postulat optymalnego dopasowania strategii i technik mediacyjnych do konkretnego sporu); obawę ujawnienia treści z postępowania mediacyjnego przez mediatora otoczeniu społecznemu; obawę braku ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej mediatora.

Obawy dotyczące samej strony (osobiste) lub strony przeciwnej bywają skoncentrowane w szczególności na: obawie powoływania się przez drugą stronę przed sądem na propozycje ugodowe czy propozycje wzajemnych ustępstw oraz inne oświadczenia składane w mediacji; obawie nieznamomości przez strony procedury mediacji (jej sformalizowanie) i braku wiedzy prawnej; obawie braku realnego wpływu stron na przebieg i rezultat mediacji.

W tym miejscu należy podkreślić, iż większość wymienionych obaw powodujących brak skorzystania stron z mediacji, zwłaszcza będących wynikiem braku dostatecznej wiedzy na temat specyfiki postępowania mediacyjnego oraz roli i obowiązków mediatora, może być skutecznie wyeliminowana już podczas tzw. spotkania informacyjnego na temat mediacji, zainicjowanego przez sąd, podczas kompetentnej porady prawnej lub podczas tzw. premediacji⁹.

Poza wymienionymi obawami w praktyce nie tylko sporów gospodarczych mogą pojawić się różne inne przyczyny powodujące brak skorzystania przez stronę z postępowania mediacyjnego. Wśród takich przyczyn można w szczególności zauważyć: silne nastawienie stron na rywalizację, postrzeganie sytuacji spornej zwłaszcza przez tzw. kadr władzy i racji; wcześniejsze konflikty stron i ich negatywne doświadczenia w polubownym rozwiązywaniu sporów; przekonanie o znacznie silniejszej pozycji prawnej (w tym dowodowej) wobec drugiej strony sporu; traktowanie sporu sądowego jako „inwestycji”, dzięki której w razie wygranej można osiągnąć dodatkową korzyść majątkową; niechęć pełnomocnika procesowego danej strony do mediacji (w tym np. z powodu braku ustalonego dodatkowego honorarium za postępowanie mediacyjne, chęci uzyskania wyższego wynagrodzenia poprzez reprezentację procesową czy braku odpowiedniej wiedzy i doświadczenia w mediacji).

⁹ Por. art. 183⁸ § 4 k.p.c., który stanowi: „Przewodniczący może wezwać strony do udziału w spotkaniu informacyjnym dotyczącym polubownych metod rozwiązywania sporów, w szczególności mediacji. Spotkanie informacyjne może prowadzić sędzia, referendarz sądowy, urzędnik sądowy, asystent sędziego lub stały mediator”. Na temat przebiegu premediacji, mediacji właściwej i postmediacji zob. np. A. Zienkiewicz, *Studium mediacji...*, s. 123–137.

Uwaga! Artykuł został opublikowany w dwóch wersjach językowych – podstawą do cytowań jest wersja angielska

MEDIACJA OBLIGATORYJNA W NIEKTÓRYCH TYPACH SPRAW CYWILNYCH

Podjmując rozważania na temat obligatoryjności mediacji, na początku warto wskazać na istotne rozróżnienia formuł obligatoryjności postępowania mediacyjnego, które w zależności od przyjętej przez prawodawcę koncepcji może mieć różną postać¹⁰. Nie wchodząc w nadmierną szczegółowość, należałoby odróżnić zwłaszcza wariant, w ramach którego: obligatoryjność mediacji w niektórych typach spraw wynika wprost z ustawy (obligatoryjność bezwarunkowa), obligatoryjność mediacji w niektórych typach spraw wynika z dyskrecjonalnej władzy sędziego (obligatoryjność dyskrecjonalna).

Ponadto można wyróżnić wariant, w ramach którego strony objęte obligatoryjnością są kierowane: a) na posiedzenie informacyjne na temat mediacji (wariant minimalistyczny), b) na pierwszą sesję mediacyjną (wariant podstawowy), c) do całego postępowania mediacyjnego (wariant maksymalistyczny). W praktyce możliwe jest również łączenie wyżej wymienionych wariantów, np. a) z b) czy a) z c).

Obligatoryjność mediacji może – w zależności od przyjętego rozwiązania legislacyjnego dla danego typu sporów – dotyczyć obu stron mediacji albo tylko jednej z nich (np. tzw. podmiotu silniejszego w sporach konsumenckich czy pracowniczych, tj. odpowiednio przedsiębiorcy lub pracodawcy).

Jednocześnie obligatoryjność mediacji może wiązać się z koniecznością jej odbywania: a) niezależnie od postępowania sądowego (a nawet równoległe z nim) albo b) jako warunku uzyskania dostępu stron do sądu.

Przyjęcie obligatoryjności postępowania mediacyjnego może budzić wątpliwości, czy nie zostanie przez to naruszona gwarantowana konstytucyjnie zasada prawa do sądu (art. 45 Konstytucji RP¹¹). Zasadne zarzuty konstytucyjnoprawne może spowodować takie rozwiązanie legislacyjne, które uzależnia możliwość skorzystania z prawa do sądu od wcześniejszego zastosowania przez strony sporu mediacji. Stąd też ewentualnie przyjęte w przyszłości rozwiązanie ustawowe w analizowanej materii nie powinno wprowadzać obowiązku prawnego co do wcześniejszego skorzystania przez stronę z mediacji jako warunku *sine qua non* zainicjowania po-

¹⁰ Na przykład identyfikowaną na pięciostopniowej skali rozwiniętej przez T. Sourdin, w polskiej literaturze przybliżoną m.in. przez M. Flota, który zaproponował następującą charakterystykę skalowego podejścia do dobrowolności/obligatoryjności mediacji: „1. Dobrowolność – mediacja pozasądowa bądź ze skierowania sądu, na którą strony mogą się nie zgodzić. 2. Wymóg uczestnictwa w sesji bądź konferencji informacyjnej na temat mediacji. 3. »Miękkie sankcje« – dodatkowe przywileje za udział w mediacji bądź obostrzenia za jego brak, np. większe koszty procesu dla stron, które nie skorzystały z tej formy i nie przedstawiły ważnych okoliczności usprawiedliwiających. 4. System *opt-out* – domyślny udział w mediacji (kategorycznej bądź dyskrecjonalnej) dla wszystkich, z możliwością zwolnienia. 5. System bezwyjątkowy – obowiązkowy udział w mediacji przedsądowej albo ze skierowania sądu w toku procesu dla wszystkich, bez możliwości zwolnienia i z sankcjami w wypadku braku udziału stron w procedurze mediacyjnej (w postaci np. nieprzyjęcia sprawy do rozpoznania)”. Zob. M. Flota, *Możliwość wprowadzenia obowiązkowej mediacji w Polsce*, Warszawa 2013, www.isp.org.pl/uploads/pdf/1114632877.pdf [dostęp: 12.09.2017], s. 9. Por. T. Sourdin, *Making People Mediate, Mandatory Mediations in Court-Connected Programmes*, [w:] D. Spencer, T. Altobelli, *Dispute Resolution in Australia: Cases, Commentary and Materials*, Sydney 2004, s. 148, za: M. Flota, *op. cit.*

¹¹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. nr 78, poz. 483).

Uwaga! Artykuł został opublikowany w dwóch wersjach językowych – podstawą do cytowań jest wersja angielska

stępowania sądowego czy jego kontynuacji w sytuacji tzw. mediacji ze skierowania sądu¹². Zaprobowany powinien być jedynie taki wariant obligatoryjności postępowania mediacyjnego, który nie będzie prowadził do naruszenia prawa do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd¹³.

Prowadząc rozważania na temat obligatoryjności mediacji w niektórych sprawach cywilnych (w tym gospodarczych), należy zastanowić się, czy istnieją dostateczne racje za tym, aby ograniczyć albo wyłączyć (i w jakim aspekcie) konstytutywną cechę i zarazem podstawową zasadę mediacji gwarantowaną w art. 183¹ § 1 k.p.c., jaką jest jej dobrowolność. Odpowiadając twierdząco, rzeczonych racji należy poszukiwać w kategoriach, które ściśle są związane z typami danych sporów, predysponując je do proponowanego rozwiązania legislacyjnego, wśród których w szczególności należałoby wymienić:

- dobro dziecka, zasadę trwałości małżeństwa (np. sprawy o separację, rozwodowe, dotyczące alimentacji, wykonywania władzy rodzicielskiej, ustalenia kontaktów z dzieckiem),
- istotność jakości i prawdopodobną długotrwałość relacji stron (np. spory rodzinne, pracownicze, sąsiedzkie, niektóre spory gospodarcze),
- słuszny interes publiczny lub społeczny (np. związany z pilną potrzebą odciążenia sądów, zmniejszenie przewlekłości postępowań sądowych, poprawa warunków prowadzenia działalności gospodarczej czy bezpieczeństwa).

Stąd też wśród typów sporów, co do których w szczególności powinna być rozważona obligatoryjność postępowania mediacyjnego, należy wymienić m.in.: spory rodzinne i opiekuńcze, w tym w sprawach małżeńskich, ze stosunków między rodzicami i dziećmi czy dotyczące wykonywania kontaktów z dzieckiem; spory indywidualne z zakresu prawa pracy; spory sąsiedzkie oraz spory gospodarcze¹⁴.

W tym miejscu należy wyraźnie podkreślić, iż dobrowolność w mediacji dotyczy wielu aspektów i należy do jej ograniczenia albo wyłączenia podchodzić z należytą ostrożnością, wprowadzając je jedynie w takim zakresie, w jakim jest to absolutnie niezbędne. Dobrowolność

¹²Podobnie: R. Morek, *Dopuszczalność obligatoryjności mediacji online*, www.rozwiazywaniesporow.pl/2016/11/04/dopuszczalnosc-obligatoryjnosci-mediacji-online [dostęp: 19.09.2018].

¹³Konsekwencja i porządek rzeczy wymagają, aby w tym miejscu zauważyć, iż w aktualnym stanie prawnym w Polsce istnieje możliwość obligatoryjnego skierowania stron postępowania sądowego w sprawach cywilnych na posiedzenie informacyjne dotyczące mediacji (zob. art. 183⁸ § 4–6 k.p.c.). Specyficzna obligatoryjność postępowania mediacyjnego jest też już obecna np. w ramach tzw. rozwiązywania sporów zbiorowych z zakresu prawa pracy (zob. art. 10 ustawy z dnia 23 maja 1991 r. o rozwiązywaniu sporów zbiorowych, t.j. Dz.U. 2015, poz. 295) czy chociażby w ramach mediacji sądowo-administracyjnej (zob. art. 115 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, t.j. Dz.U. 2016, poz. 718). Ponadto należy zauważyć, iż na gruncie regulacji unijnych dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/52/WE z dnia 21 maja 2008 r. w sprawie niektórych aspektów mediacji w sprawach cywilnych i handlowych (Dz.Urz. UE L 136/3, 24.05.2008) nie zakazuje państwom członkowskim wprowadzania obowiązkowej mediacji do porządków krajowych. Natomiast Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/11/UE z dnia 21 maja 2013 r. w sprawie alternatywnych metod rozstrzygania sporów konsumenckich oraz zmiany rozporządzenia (WE) nr 2006/2004 i dyrektywy 2009/22/WE (dyrektywa w sprawie ADR w sporach konsumenckich) (Dz.Urz. UE L 165/63, 18.06.2013) czyni to jedynie ogólnie, m.in. w pkt 39.

¹⁴Z pola widzenia przy tym nie można stracić przesłanek ograniczających albo wyłączających zasadność aplikowania mediacji w konkretnej sprawie w ramach danego typu sporu co do zasady predysponowanego do obligatoryjnej mediacji (np. z uwagi na problem z uzależnieniem jednej ze stron, stosowaniem przemocy czy silną nierównowagą stron).

Uwaga! Artykuł został opublikowany w dwóch wersjach językowych – podstawą do cytowań jest wersja angielska

strony w postępowaniu mediacyjnym przejawia się bowiem podczas wielu sytuacji decyzyjnych, takich jak np.: decyzja o wszczęciu/zgodzie na przystąpienie do postępowania mediacyjnego; decyzja o wyborze/zgodzie na osobę mediatora lub o sposobie jego wyboru; decyzja o treści obowiązującego regulaminu mediacji, w tym o zastosowaniu określonych strategii i technik mediacyjnych¹⁵; decyzja o alokacji czasoprzestrzennej mediacji; decyzja o formie mediacji (bezpośrednia, pośrednia, mieszana); decyzja o udziale osób trzecich w mediacji (prawnicy, eksperci w dziedzinie sporu, osoby bliskie, świadkowie); decyzja o kontynuowaniu postępowania mediacyjnego (możliwość wyjścia z mediacji na każdym jej etapie, tzw. opcja *opt-out*); decyzja o zmianie osoby mediatora; decyzja o czynnym włączeniu się w dyskurs mediacyjny (np. w zakresie tzw. *storytelling*, generowania opcji rozwiązania sporu, wysłuchania drugiej strony, próby zrozumienia jej argumentacji i uwarunkowań); decyzja o przestrzeganiu zasad mediacji, zwłaszcza w zakresie zachowania dobrych obyczajów i zasady szacunku; decyzja w toku negocjacji właściwych (żądania, ustępstwa itp.); decyzja o ostatecznej treści i zawarciu ugody; decyzja co do formy ugody (np. ustna, pisemna czy akt notarialny).

Analizując aspekty dobrowolności mediacji, które mogłyby doznać ograniczenia albo wyłączenia poprzez tzw. obligatoryjność mediacji, wystarczające wydaje się skoncentrowanie na aspekcie dotyczącym obowiązkowego przystąpienia do postępowania mediacyjnego, a konkretnie tzw. pierwszej sesji zawierającej etap premediacji oraz mediacji właściwej (wariant podstawowy), z wyłączeniem możliwości jej opuszczenia aż do ogłoszenia jej zakończenia przez mediatora. Tak rozumiana obligatoryjność nie rozciąga się na pozostałe aspekty dobrowolności w ramach postępowania mediacyjnego, w tym zwłaszcza nie narusza zasady autonomii konfliktu i władzy decyzyjnej stron co do ustalenia treści i zawarcia ugody¹⁶.

Dalsze przymusowe kontynuowanie postępowania mediacyjnego (wariant maksymalistyczny) wydaje się być w wielu przypadkach w praktyce niecelowe, trudno bowiem zakładać, iż strona (strony), która zdecydowanie nie chce wejść aktywnie (w tym z zachowaniem tzw. dobrej wiary i poszanowaniem innych zasad partycypacji w mediacji) w dyskurs mediacyjny, będzie na polecenie mediatora ujawniała własne potrzeby i interesy, poszukiwała przestrzeni porozumienia, generowała opcje rozwiązania sporu, deklarowała zakres ustępstw, przedstawiała własną argumentację czy analizowała z próbą zrozumienia stanowisko drugiej strony.

PODSUMOWANIE

Odpowiednio legislacyjnie i organizacyjnie przygotowane wprowadzenie optymalnego dla polskiego systemu społeczno-prawnego modelu obligatoryjności mediacji w wybranych typach sporów należy ocenić jako działanie co do zasady korzystne, które może przynieść dalszą popularyzację stosowania i wykorzystania potencjału i zalet mediacji¹⁷. Ponadto

¹⁵ Na temat różnych strategii mediacji zob. np. A. Zienkiewicz, *Różnorodny paradygmat mediacji – odpowiedź na wielocelowość dyskursu mediacyjnego*, „ADR. Arbitraż i Mediacja” 2008, nr 2(2), s. 61–77.

¹⁶ Szerzej na temat zasady dobrowolności, autonomii konfliktu, władzy decyzyjnej stron i innych zasad mediacji zob. np. A. Kalisz, A. Zienkiewicz, *Mediacja sądowa i pozasądowa...*, s. 58–61.

¹⁷ Szerzej na temat wieloaspektowych celów (potencjału) mediacji w wymiarze: personalnym, interpersonalnym, społecznym, psychologicznym, komunikacyjnym czy negocjacyjno-informacyjnym – zob. A. Zienkiewicz, *Studia mediacji...*, s. 96–123.

Uwaga! Artykuł został opublikowany w dwóch wersjach językowych – podstawą do cytowań jest wersja angielska

istotne jest zwiększenie dostępu obywateli do szeroko rozumianego wymiaru sprawiedliwości zarówno w formule sądowej, jak i pozasądowej, pożądaną obciążenie i uzupełnienie pracy sądów, a w konsekwencji także wzmocnienie realizacji postulatu istnienia pluralizmu form wymiaru sprawiedliwości¹⁸.

Szczegółowy wariant obligatoryjnej mediacji optymalny dla polskich realiów społeczno-prawnych powinien być przedmiotem wieloaspektowych pogłębionych analiz, a następnie prac legislacyjnych, z uwzględnieniem istotnych stanowisk wszystkich zainteresowanych środowisk i osób profesjonalnie zajmujących się mediacją i wymiarem sprawiedliwości zarówno w wymiarze praktycznym, jak i naukowym. Jego wprowadzeniu powinien towarzyszyć staranny namysł i ostrożność, tak aby nie doszło do powołania rozwiązań budzących szeroki społeczny sprzeciw czy nieefektywnych, a w konsekwencji na lata zniechęcających społeczeństwo (w tym prawników) do instytucji mediacji¹⁹. Jednocześnie można założyć, iż mediacja obligatoryjna mogłaby być potraktowana jako „środek przejściowy”, który będzie stosowany do momentu, gdy upowszechni się na tyle, by była świadomie i dobrowolnie często wybieraną alternatywą wobec postępowania sądowego²⁰.

W świetle prowadzonych rozważań nad wprowadzeniem obligatoryjnej mediacji w Polsce powinna powrócić szersza dyskusja na temat przygotowania ustawy o mediacji, która z jednej strony kompleksowo i spójnie uregulowałaby instytucję mediacji w różnych typach sporów (gałęziach prawa) oraz zaproponowałaby rozwiązania gwarantujące odpowiedni dostęp do mediacji i jej wysoki poziom – profesjonalizm mediatorów (a może nawet uzyskanie przez nich statusu zawodu zaufania publicznego)²¹, a z drugiej podniosłaby rangę i autorytet samej mediacji tak w środowiskach prawniczych, jak i w społeczeństwie.

Konkludując, warto zauważyć, iż słusznie wskazuje Społeczna Rada ADR przy Ministrze Sprawiedliwości w preambule „Standardów prowadzenia mediacji i postępowania mediatora”, uchwalonych w dniu 26 czerwca 2006 r.: „Powodzenie mediacji jako skutecznej metody rozwiązywania konfliktów zależy w dużym stopniu od profesjonalizmu mediatorów i wysokiego poziomu ich etyki zawodowej”²², co powinno skłonić ustawodawcę do dokładnego zbadania, czy w wypadku wprowadzenia obligatoryjnej mediacji w określonych typach licznych spraw cywilnych będą mogły być one należycie merytorycznie i w odpowiednio krótkich terminach „obsłużone” w zestawieniu z liczbą profesjonalnie przygotowanych i aktywnie działających w Polsce mediatorów. Warto również kontynuować wieloaspektowe badania teoretyczne i empiryczne w zakresie odpowiedniego diagnozowania sporów pod kątem ich predyspozycji mediacyjnej oraz metod identyfikacji i przełamywania różnych obaw czy sceptycyzmu stron oraz ich prawników przed podejmowaniem prób polubownego opanowywania sporów na drodze mediacji.

¹⁸ Por. L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 1999, s. 188.

¹⁹ Por. A. Gójska, R. Boch, *Obligatoryjna mediacja w sprawach rodzinnych – refleksje praktyków*, www.smr.org.pl/pdf/med_37.pdf [dostęp: 19.09.2018]. Ponadto w ramach rozważań nad wprowadzeniem obligatoryjnej mediacji do polskiego systemu prawa cywilnego należy dokonać analizy optymalnego modelu – źródła finansowania kosztów obligatoryjnej mediacji.

²⁰ Tak np. M. Flota, *op. cit.*, s. 9.

²¹ Por. A. Zienkiewicz, *Studium mediacji...*, s. 320.

²² www.ms.gov.pl/Data/Files/_public/mediacje/adr1/adr_standardy_mediacji.rtf [dostęp: 10.09.2018].

Uwaga! Artykuł został opublikowany w dwóch wersjach językowych – podstawą do cytowań jest wersja angielska

BIBLIOGRAFIA

- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/52/WE z dnia 21 maja 2008 r. w sprawie niektórych aspektów mediacji w sprawach cywilnych i handlowych (Dz.Urz. UE L 136/3, 24.05.2008).
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/11/UE z dnia 21 maja 2013 r. w sprawie alternatywnych metod rozstrzygania sporów konsumenckich oraz zmiany rozporządzenia (WE) nr 2006/2004 i dyrektywy 2009/22/WE (dyrektywa w sprawie ADR w sporach konsumenckich) (Dz.Urz. UE L 165/63, 18.06.2013).
- Flota M., *Możliwość wprowadzenia obowiązkowej mediacji w Polsce*, Warszawa 2013, www.isp.org.pl/uploads/pdf/1114632877.pdf [dostęp: 12.09.2017].
- Gójska A., Boch R., *Obligatoryjna mediacja w sprawach rodzinnych – refleksje praktyków*, www.smr.org.pl/pdf/med_37.pdf [dostęp: 19.09.2018].
- Kalisz A., Zienkiewicz A., *Mediacja sądowa i pozasądowa. Zarys wykładu*, Warszawa 2014.
- Kalisz A., Zienkiewicz A., *Polubowne rozwiązywanie konfliktów w pomocy społecznej. Komunikacja, psychologia konfliktów, negocjacje i mediacje społeczne*, Sosnowiec 2015.
- Korybski A., *Alternatywne rozwiązywanie sporów w USA. Studium teoretycznoprawne*, Lublin 1993.
- Morawski L., *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 1999.
- Morek R., *Dopuszczalność obligatoryjności mediacji online*, www.rozwiazujaniesporow.pl/2016/11/04/dopuszczalnosc-obligatoryjnosci-mediacji-online [dostęp: 19.09.2018].
- Obawa, <http://sjp.pwn.pl/szukaj/obawa> [dostęp: 10.09.2018].
- Polskie spory i sądy*, red. J. Kurczewski, M. Fuszara, Warszawa 2004.
- Sourdin T., *Making People Mediate, Mandatory Mediations in Court-Connected Programmes*, [w:] D. Spencer, T. Altobelli, *Dispute Resolution in Australia: Cases, Commentary and Materials*, Sydney 2004.
- Standardy prowadzenia mediacji i postępowania mediatora uchwalone przez Radę w dniu 26 czerwca 2006 r., www.ms.gov.pl/Data/Files/_public/mediacje/adr1/adr_standardy_mediacji.rtf [dostęp: 10.09.2018].
- Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz.U. 2016, poz. 1822).
- Ustawa z dnia 23 maja 1991 r. o rozwiązywaniu sporów zbiorowych (t.j. Dz.U. 2015, poz. 295).
- Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (t.j. Dz.U. 2016, poz. 718).
- Zienkiewicz A., *Mediacja jako uzupełniająca forma wymiaru sprawiedliwości*, <http://obsil.pl/wp-content/uploads/2017/05/Raport-z-10.05.2017-r.-mediacja.pdf> [dostęp: 10.09.2017].
- Zienkiewicz A., *Obawy stron przed rozwiązywaniem sporów poprzez mediację*, [w:] *Mediacje w prawie*, red. J. Czapska, M. Szelań-Dylewski, Kraków 2014.
- Zienkiewicz A., *Różnorodny paradygmat mediacji – odpowiedź na wielocelowość dyskursu mediacyjnego*, „ADR. Arbitraż i Mediacja” 2008, nr 2(2).
- Zienkiewicz A., *Studium mediacji. Od teorii ku praktyce*, Warszawa 2007.