

Adam Zygmunt Zienkiewicz

Mediator w sprawach cywilnych

I

„W społeczeństwach postindustrialnych, przy obecnej złożoności struktur społecznych, wzrosła rola kooperacji i konsensualnych form rozwiązywania konfliktów. Kultura monologu, pionowa „twarda” struktura komunikacyjna wspierana jest w układach pluralistycznych i demokratycznych przez kulturę dialogu, komunikację poziomą. Prawo z instrumentu oddziaływania państwa na społeczeństwo przekształca się w instrument działania indywidualnych i grupowych podmiotów społecznych, zapewniający im swobodę, pewność i bezpieczeństwo stosunków współpracy i konkurencji. Decyzje władzy publicznej i decyzje podmiotów prywatnych postrzegane są jako wyniki kompromisów, efekty współdziałania społecznych „gier” między jednostkami i grupami. W tej rzeczywistości prawnik występuje w wielu rolach, uczestniczy w wielopodmiotowej i wielopłaszczyznowej komunikacji”¹.

Celem artykułu jest przedstawienie instytucji mediacji oraz mediatora w sprawach cywilnych, w związku z opracowanym przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego przy Ministrze Sprawiedliwości projektem ustawy z dnia 3 grudnia 2003 r., nowelizującym kodeks postępowania

¹ J. Jabłońska-Bonca, *Prawnik jako negocjator – z problematyki retoryki interpersonalnej*, Studia Prawnicze 2001, nr 3-4, s. 138.

cywilnego przez wprowadzenie wymienionych instytucji do polskiego cywilnego prawa procesowego².

Rozważania skoncentruję na następujących kwestiach głównych:

1) istocie proponowanych zmian wprowadzających mediację do postępowania cywilnego;

2) instytucji mediatora w sprawach cywilnych oraz zakresie szkoleń dla kandydatów na mediatorów/mediatorów w sprawach cywilnych;

3) zasadach postępowania mediacyjnego w sprawach cywilnych.

Przez mediację rozumiem proces rozwiązywania sporu, w którym strony za pomocą neutralnego mediatora negocjują kwestie sporne celem zawarcia ugody³.

Analizowany projekt ustawy Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego, wprowadzający instytucję mediacji, pozwala dokonać uzasadnionego rozróżnienia mediacji w sprawach cywilnych na mediację z inicjatywy sądu, mediację kontraktową (umowną) oraz mediację na wniosek strony.

Przez mediację z inicjatywy sądu rozumiem proces rozwiązania sporu, w którym strony za pomocą neutralnego mediatora negocjują kwestie sporne celem zawarcia ugody, zainicjowany przez sąd, który może, ale nie musi, skierować strony do mediacji w procesie, a strony (strona) mogą się na to nie zgodzić. Przez mediację kontraktową (umowną) ro-

² Zob. ustawa – Kodeks postępowania cywilnego z dnia 17 listopada 1964 r. (Dz.U. z 1964 r. Nr 43, poz. 296 ze zm.) oraz projekt ustawy z dnia 3 grudnia 2003 r. Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego prze Ministrze Sprawiedliwości o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego i Kodeks cywilny – <http://www.ms.gov.pl/kkpc/kkpc.shtml> (14.02.2004 r.).

³ Szerzej na temat instytucji mediacji zob. A. K o r y b s k i, *Alternatywne rozwiązywanie sporów w USA*, Lublin 1993; R. T o k a r c z y k, *Prawo amerykańskie*, Kraków 1998; R. T o k a r c z y k, *Alternatywne rozstrzygnięcie sporów w Stanach Zjednoczonych*, Palestra 1995, nr 9-10; L. M o r a w s k i, *Proces sądowy instytucje alternatywne*, PiP 1993, z. 1; Z. K m i e c i a k, *Mediacja i concyliacja w prawie administracyjnym*, Kraków 2004; S. I m p e r a t i, *Mediator practice models: the intersection of ethics and stylistic practices in mediation*, 33 Willamette Law Review 1997, s. 702-745; D. W e c k s t e i n, *In praise of party empowerment – and of mediator activism*, 33 Willamette Law Review 1997, s.501-563; R. W i s s l e r, *Court – Connected Mediation in General Civil Cases: What we know from empirical research*, 12 Ohio State Journal on Dispute Resolution 2001-2002, s. 641-703; R. M o r e k, *ADR w sprawach gospodarczych*, Warszawa 2004; M. B o b r o w i c z, *Mediacje gospodarcze – jak mediować i przekonywać*, Warszawa 2004; pojęcia „rozstrzygnięcia” i „rozwiązywania” sporów przyjmuję za A. K o r y b s k i m; szerzej zob.: A. K o r y b s k i, *Alternatywne rozwiązywanie sporów...*, s. 32-35.

zumieniem proces rozwiązywania sporu, w którym strony za pomocą neutralnego mediatora negocjują kwestie sporne celem zawarcia ugody, zainicjowany przez same strony sporu, zawartą między nimi umową o poddaniu sporu mediacji. Przez mediację na wniosek strony rozumieniem proces rozwiązywania sporu, w którym strony za pomocą neutralnego mediatora negocjują kwestie sporne celem zawarcia ugody, zainicjowany przez jedną ze stron sporu złożeniem wniosku o przeprowadzenie mediacji⁴.

W celu umożliwienia stronom stosunku cywilnoprawnego jak najszerszego korzystania z mediacji Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego przyjęła, że w drodze mediacji będą mogły być rozwiązywane wszelkie sprawy cywilne, które mogą być rozwiązane w drodze ugody zawartej przed sądem (art. 10 k.p.c.). Oprócz takiej ogólnej regulacji prawnej określającej zakres spraw, które mogą być skierowane do mediacji, wprowadzono szczególne przepisy dotyczące mediacji w sprawach rodzinnych oraz opiekuńczych⁵.

Instytucja mediacji w postępowaniu procesowym w sprawach cywilnych w projekcie ustawy Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego z dnia 3 grudnia 2003 r. opiera się na następujących założeniach:

1) prowadzeniu mediacji na podstawie umowy o mediację (mediacja kontraktowa), na podstawie postanowienia sądu kierującego strony do mediacji (mediacja z inicjatywy sądu) oraz na podstawie wniosku strony o przeprowadzenie mediacji (mediacja na wniosek strony) – art. 183¹ § 2 k.p.c. w projekcie ustawy;

2) prowadzeniu mediacji przed wszczęciem postępowania, a za zgodą stron także w toku sprawy – art. 183¹ § 4 k.p.c. w projekcie ustawy;

⁴ Artykuł 183¹ § 2 k.p.c. w projekcie ustawy Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego przy Ministrze Sprawiedliwości z dnia 3 grudnia 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego i Kodeks cywilny stanowi: „Mediację prowadzi się na podstawie umowy o mediację, na podstawie postanowienia sądu kierującego strony do mediacji oraz na podstawie wniosku strony o przeprowadzenie mediacji.”; zob. <http://www.ms.gov.pl/kkpc/kkpc.shtml> (14.02. 2004 r.); por. M. P a z d a n, *O mediacji i projekcie jej unormowania w Polsce*, Rejent 2004, nr 2, s. 14-23.

⁵ Zob. uzasadnienie projektu ustawy z dnia 3 grudnia 2003 r. Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego przy Ministrze Sprawiedliwości o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego i Kodeks cywilny, <http://www.ms.gov.pl/kkpc/kkpc.shtml>, s. 1 (14.02. 2004 r.). Z uwagi na charakter spraw rodzinnych, w sposób jednoznaczny uregulowano dopuszczalność mediacji, a ponadto jej przedmiot (art. 436, 445¹ k.p.c.); zob. art. 1 pkt 10, 12, 13 projektu ustawy oraz s. 4 uzasadnienia projektu ustawy.

3) fakultatywnym inicjowaniu mediacji przez sąd (sąd może wydać postanowienie kierujące strony do mediacji aż do zamknięcia pierwszego posiedzenia wyznaczonego na rozprawę – art. 183⁸ § 1 k.p.c. w projekcie ustawy) albo stronę (wniosek o przeprowadzenie mediacji – art. 183⁶ § 1 k.p.c. w projekcie ustawy);

4) dobrowolności poddania się przez stronę postępowaniu mediacyjnemu (art. 183¹ § 1 k.p.c. w projekcie ustawy), na którego straży stoi instytucja niewyrażenia zgody na mediację (art. 183⁶ § 2 pkt 4 k.p.c. w projekcie ustawy – regulacja dotyczy mediacji na wniosek strony; art. 183⁸ § 1 zd. 3 k.p.c. w projekcie ustawy – regulacja dotyczy mediacji z inicjatywy sądu);

5) uwzględnianiu przez sąd nieusprawiedliwionej odmowy poddania się mediacji, na którą uprzednio strona wyraziła zgodę, przy orzekaniu o kosztach postępowania, zgodnie z art. 103 § 1 k.p.c. (art. 1 pkt 3 projektu ustawy)⁶;

6) poufności postępowania mediacyjnego (art. 183⁴ § 1 k.p.c. w projekcie ustawy);

7) bezstronności osoby mediatora przy prowadzeniu mediacji (art. 183³ k.p.c. w projekcie ustawy);

8) odmiennym ukształtowaniu kompetencji stron w przedmiocie proponowania i wyboru osoby mediatora w zależności od rodzaju mediacji. Zasadą mediacji z inicjatywy sądu jest to, że sąd, kierując strony do mediacji, sam wyznacza mediatora⁷. Zasadą mediacji kontraktowej jest

⁶ Artykuł 103 § 1 k.p.c. stanowi: „Niezależnie od wyniku sprawy sąd może włożyć na stronę lub interwenienta obowiązek zwrotu kosztów, wywołanych ich niesumiennym lub oczywiście niewłaściwym postępowaniem”. Artykuł 1 pkt 3 projektu ustawy modyfikuje zd. 2 art. 103 § 2 k.p.c. w następujący sposób: „Dotyczy to zwłaszcza kosztów powstałych wskutek uchylenia się od wyjaśnień lub złożenia wyjaśnień niezgodnych z prawdą, zatajenia lub opóźnionego powołania dowodów, a także nieusprawiedliwionej odmowy poddania się mediacji, na którą strona uprzednio wyraziła zgodę”; zob. <http://www.ms.gov.pl/kkpc/kkpc.shtml> (14.02. 2004 r.).

⁷ Analizowany projekt ustawy od przedstawionej zasady wyboru mediatora w mediacji z inicjatywy sądu przewiduje odstępstwo uzasadnione immanentną cechą instytucji mediacji (wyrażoną w art. 183¹ § 1 k.p.c. w projekcie ustawy), jaką jest jej dobrowolność. W mediacji z inicjatywy sądu, pomimo że co do zasady to sąd wyznacza osobę mediatora, strony mogą nie zgodzić się z jego decyzją i same wybrać innego mediatora; zob. art. 183⁹ zd. 1 k.p.c. w projekcie ustawy Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego przy Ministrze Sprawiedliwości z dnia 3 grudnia 2003 r., który stanowi: „Kierując strony do mediacji sąd wyznacza mediatora, jednakże strony mogą wybrać innego mediatora.”

to, że same strony wybierają osobę mediatora albo przynajmniej sposób jego wyboru, określając go w umowie o mediację⁸. Zasadą mediacji na wniosek strony jest to, że strona składająca wniosek o przeprowadzenie mediacji sama proponuje osobę mediatora, na którą, tak jak i na postępowanie mediacyjne, druga strona dla skuteczności wyboru musi wyrazić zgodę;

9) rygorze czasowym trwania postępowania mediacyjnego (przy mediacji kontraktowej określonego przez strony w umowie o mediację – art. 183¹ § 3 k.p.c. w projekcie ustawy; przy mediacji z inicjatywy sądu, sąd, kierując strony do mediacji, odracza rozprawę na miesiąc, chyba że strony zgodnie wniosły o wyznaczenie dłuższego terminu na prowadzenie mediacji; w trakcie mediacji termin na jej prowadzenie może być przedłużony na zgodny wniosek stron – art. 183¹⁰ § 1 k.p.c. w projekcie ustawy; przy mediacji na wniosek strony – brak regulacji rygoru czasowego w projekcie ustawy, zasadnym jest jednak, aby strony określiły go, przystępując do mediacji);

10) prowadzeniu mediacji w ramach posiedzenia mediacyjnego, ewentualnie bez posiedzenia mediacyjnego, ale tylko jeżeli strony wyrażą na to zgodę (art. 183¹¹ k.p.c. w projekcie ustawy);

11) doprowadzaniu przez mediatora do zawarcia przez strony postępowania ugody pozasądowej (art. 183¹² § 2 k.p.c. w projekcie ustawy);

12) konieczności zatwierdzenia ugody zawartej przed mediatorem przez sąd (właściwości ogólnej lub wyłącznej, w przypadku mediacji kontraktowej lub na wniosek strony – art. 183¹⁴ § 1 w zw. z art. 183¹³ § 1 k.p.c. w projekcie ustawy albo przez sąd rozpoznający sprawę, w przypadku mediacji z inicjatywy sądu – art. 183¹⁴ § 1 w zw. z art. 183¹³ § 2 k.p.c. w projekcie ustawy);

13) odmowie zatwierdzenia ugody zawartej przed mediatorem, jeżeli jest ona sprzeczna z prawem lub narusza dobre obyczaje albo zmierza do obejścia prawa, a także gdy jest niezrozumiała lub zawiera sprzeczności (art. 183¹⁴ § 3 k.p.c. w projekcie ustawy);

⁸ Zob. art. 183¹ § 3 k.p.c. w projekcie ustawy Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego przy Ministrze Sprawiedliwości z dnia 3 grudnia 2003 r. oraz art. 183⁶ § 2 pkt 2 k.p.c. w wymienionym projekcie ustawy, z którego wynika pośrednio uprawnienie stron do wyznaczenia osoby mediatora w umowie o mediację.

14) przyznaniu mocy prawnej ugody sądowej ugodzie zawartej przed mediatorem po jej zatwierdzeniu przez sąd (art. 183¹⁵ § 1 k.p.c. w projekcie ustawy);

15) kontynuowaniu postępowania sądowego w razie braku zawarcia przez strony ugody w postępowaniu mediacyjnym (dotyczy mediacji z inicjatywy sądu – przewodniczący wyznacza rozprawę po upływie terminu na mediację, a przed jego upływem, jeżeli choć jedna ze stron oświadczy, że nie wyraża zgody na mediację – art. 183¹⁰ § 2 k.p.c. w projekcie ustawy);

16) szczegółowym określaniu zasad prowadzenia postępowania mediacyjnego przez same strony lub mediatora;

17) odpłatności postępowania mediacyjnego (mediator ma prawo do wynagrodzenia i zwrotu wydatków związanych z przeprowadzeniem mediacji, chyba że wyraził zgodę na poprowadzenie mediacji bez wynagrodzenia – art. 183⁵ k.p.c. w projekcie ustawy);

18) przerywaniu biegu przedawnienia przez wszczęcie postępowania mediacyjnego (art. 2 pkt 1 projektu ustawy).

II

Mediatorem w sprawach cywilnych może być osoba fizyczna mająca pełną zdolność do czynności prawnych, korzystająca w pełni z praw publicznych i obywatelskich (art. 183² § 1 k.p.c. w projekcie ustawy), bez względu na posiadane wykształcenie. Zdaniem autorów projektu ustawy, umiejętność prowadzenia mediacji nie jest kwestią wiedzy mediatora, lecz jego osobowości, dlatego też, aby ułatwić stronom możliwość prowadzenia mediacji, nie przewiduje się żadnych wymogów co do wykształcenia mediatora. Mediator z uwagi na charakter mediacji nie ma żadnych uprawnień władczych. Nie rozstrzyga sporu. Jego zadanie polega na doprowadzeniu do zawarcia ugody stron, dlatego też nie przewiduje się ograniczeń co do wyboru mediatora z uwagi na pokrewieństwo z jedną z nich. Nie przewiduje się też instytucji wyłączenia mediatora⁹. Sam wybór osoby mediatora pozostawiony został zasadniczo stronom (poza mediacją z inicjatywy sądu). Dla ułatwienia tego wyboru projekt przewiduje jednak,

⁹ Zob. uzasadnienie projektu ustawy z dnia 3 grudnia 2003 r. Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego s. 2 – <http://www.ms.gov.pl/kkpc/kkpc.shtml> (14.02. 2004 r.).

że organizacje społeczne i zawodowe będą mogły tworzyć listy stałych mediatorów. Prowadzone one będą poza sądem, a podmioty tworzące takie listy będą tylko informowały o ich utworzeniu prezesa sądu okręgowego (art. 183² § 2 k.p.c. w projekcie ustawy.). Tworzenie list stałych mediatorów ma na celu ułatwienie stronom pragnącym korzystać z mediacji wyboru osoby mediatora. Ponadto umożliwia to popularyzację idei mediacji w tych środowiskach, w których alternatywne rozstrzyganie i rozwiązywanie sporów cywilnych jest szczególnie pożądane¹⁰. Z uwagi na przedmiot mediacji w sprawach rodzinnych przewiduje się, że utworzone zostaną listy stałych mediatorów rodzinnych (art. 436 § 5 k.p.c. wprowadzany projektem ustawy). Przewidziano także, że w sprawach tych, gdy strony nie uzgodnią osoby mediatora, wyznaczy go sąd (art. 436 § 4 i art. 571¹ k.p.c. wprowadzany projektem ustawy). Zasady wpisu na listę stałych mediatorów rodzinnych oraz ich kwalifikacje określi rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości (art. 436 § 5 k.p.c. wprowadzany projektem ustawy)¹¹.

Uzasadnienie autorów projektu ustawy dla wprowadzenia zasady, że mediatorem w sprawach cywilnych może być osoba fizyczna mająca pełną zdolność do czynności prawnych, korzystająca w pełni z praw publicznych i obywatelskich (art. 183² § 1 k.p.c. w projekcie ustawy), bez względu na posiadane wykształcenie, wyrażone w stwierdzeniu, że: „umiejętność prowadzenia mediacji nie jest kwestią wiedzy mediatora, lecz jego osobowości” należy ocenić krytycznie. Absolutnie nie można zgodzić się z tą tezą. Negując skrajny pogląd, że tylko osoba, która jest prawnikiem, mogłaby być mediatorem w sprawach cywilnych, należy wskazać, iż przedstawiciele takich profesji prawniczych, jak notariusz, adwokat czy radca prawny (jako zawody zaufania publicznego dające rękojmię należytego wykonywania obowiązków), wyposażeni w niezbędną wiedzę i umiejętności, są w naturalny sposób szczególnie predysponowani do świadczenia usług mediacyjnych¹².

¹⁰ Tamże, s. 3.

¹¹ Tamże, s. 4.

¹² Prowadzenie mediacji przez adwokatów czy radców prawnych powinno funkcjonować przy jednoczesnym wprowadzeniu zakazu reprezentowania przez nich strony w postępowaniu sądowym po nieudanym postępowaniu mediacyjnym.

Można przyjąć, że efektywność mediacji (szczególnie w sprawach o znacznym stopniu trudności – zawilość sprawy, wysoka wartość przedmiotu sporu, znaczna uciążliwość emocjonalna, strategiczne znaczenie rozstrzygnięcia z punktu widzenia interesu społeczności lokalnych czy państwa) uzależniona jest co najmniej w takim samym stopniu od osobowości mediatora, jak i od jego:

- 1) doświadczenia życiowego,
- 2) umiejętności zorganizowania warsztatu mediacyjnego i prawidłowego prowadzenia postępowania mediacyjnego;
- 3) wiedzy, w szczególności z zakresu prawa, także ekonomii, socjologii, psychologii, pedagogiki, a zwłaszcza znajomości zasad komunikacji interpersonalnej, retoryki oraz strategii i taktyk negocjacji.

W związku z tym absolutnym wymogiem chwili jest opracowanie odpowiedniego programu i prowadzenie szkoleń dla kandydatów na mediatorów/mediatorów w sprawach cywilnych. Program szkoleń powinien obejmować takie fundamentalne zagadnienia teoretyczne i praktyczne niezbędne dla każdego mediatora (odpowiednio dostosowywane do posiadanej wiedzy, umiejętności i doświadczenia osób szkolonych), jak:

1. Mediacja i mediator w sprawach cywilnych

1. Konflikty i ich przyczyny;
2. Style rozwiązywania konfliktów;
3. Istota instytucji mediacji;
4. Mediacja z inicjatywy sądu, kontraktowa (umowna) i na wniosek strony;
5. Style mediacyjne: *facilitative mediation (soft mediation)*, *evaluative mediation (hard mediation)*;
6. Zasady i techniki postępowania mediacyjnego;
7. Rola, kwalifikacje i kryteria wyboru mediatora;
8. Metody nominacji mediatora (wybór bezpośredni, wybór przez wskazanie z listy);
9. Zespół mediacyjny (*mediation team, co-mediators*);
10. Zasady etyki mediatora w sprawach cywilnych¹³;

¹³ Moim zdaniem, docelowo zasadnym jest opracowanie kodeksu etyki mediatora w sprawach cywilnych.

11. Techniki zachęcanie stron nieznanających lub sceptycznych wobec mediacji do wzięcia w niej udziału;
12. Zorganizowanie warsztatu mediacyjnego;
13. Mediacja bezpośrednia (*face-to-face mediation*);
14. Mediacja pośrednia (*shuttle diplomacy, private/separate meetings*);
15. Fazy postępowania mediacyjnego:
 - a) faza wstępna,
 - b) faza rozbieżności,
 - c) faza integracji,
 - d) faza porozumienia;
16. Obowiązek złożenia przedmiotu sporu do depozytu (*escrow*);
17. Protokół mediacyjny;
18. Ugoda;
19. Koszty postępowania mediacyjnego:
 - a) opłata wstępna,
 - b) system stawek godzinowych (*hourly fees*),
 - c) ryczałt,
 - d) zwrot wydatków (*expenses*),
 - e) zasady rozdziału kosztów;
20. Mediacja *ad hoc* a mediacja instytucjonalna;
21. Listy stałych mediatorów i ośrodki mediacji;
22. Mediacja a inne formy rozwiązywania i rozstrzygania sporów (Alternative Dispute Resolution – ADR)¹⁴.

2. Kompetencje komunikacyjne mediatora

1. Komunikacja werbalna (komunikacja pisemna i ustna – *face to face*, za pośrednictwem);
2. Struktura głęboka i powierzchniowa wypowiedzi werbalnej;

¹⁴ Przez alternatywne metody rozwiązywania i rozstrzygania sporów (ADR) rozumie metody skupione wokół kontraktowego, mediacyjno-koncyliacyjnego i arbitrażowego trybu rozstrzygania i rozwiązywania sporów prawnych, takie jak negocjacje, mediacja, koncyliacja, arbitraż oraz inne pokrewne formy mieszane; szerzej A. Korybski, *Alternatywne rozwiązywanie...*; R. Tokarczyk, *Prawo amerykańskie...*; R. Tokarczyk, *Alternatywne rozstrzyganie sporów...*; L. Morawski, *Proces sądowy...*; E. Green, *Corporate Alternative Dispute Resolution*, 1 Ohio State Journal on Dispute Resolution, 1985-1986, s. 203-298.

3. Mechanizmy psychologiczne mające wpływ na komunikację („psychologiczna mgła”, „wyzwalacze”);
4. Filtry percepcji i systemy sensoryczne a skuteczność komunikacyjna;
5. Nawiązanie kontaktu;
6. Inne elementy sytuacji komunikacyjnej:
 - a) otoczenie,
 - b) czas,
 - c) przestrzeń interpersonalna,
 - d) prezentacja;
7. Komunikacja niewerbalna:
 - a) podstawy komunikacji niewerbalnej,
 - b) wpływ otoczenia na komunikację niewerbalną,
 - c) rola terytorium i przestrzeni osobistej w komunikacji międzyludzkiej,
 - d) rola wyglądu i cech fizycznych w komunikacji międzyludzkiej,
 - e) rola gestów i postawy w komunikacji międzyludzkiej,
 - f) rola mimiki w komunikacji międzyludzkiej,
 - g) rola kontaktu wzrokowego,
 - h) rola sygnałów wokalnych towarzyszących przekazowi werbalnemu,
 - i) wielokanałowa komunikacja niewerbalna.

3. Kompetencje retoryczne mediatora

1. Podstawowe typy wypowiedzi retorycznych;
2. Zasady retoryki tekstualnej i interpersonalnej;
3. Warunki realizacji zasad;
4. Rola przygotowania;
5. Kolejność żądań, tez i argumentów;
6. Komunikat retoryczny a wypowiedź retoryczna;
7. Argument *sensu stricto*;
8. Typy argumentów;
9. Taktyki porządkowania argumentów w wypowiedziach perswazyjnych;
10. Styl wypowiedzi.

4. Kompetencje negocjacyjne mediatora

1. Strategie i taktyki negocjacyjne:
 - a) strategia wygrana/przegrana,
 - b) strategia wygrana/wygrana,
 - c) strategia przegrana/przegrana;
2. Przygotowanie do negocjacji:
 - a) przedmiot negocjacji,
 - b) diagnoza potrzeb,
 - c) założenia,
 - d) fakty,
 - e) problemy i rozwiązania,
 - f) wybór strategii i taktyk negocjacyjnych;
3. Właściwy proces negocjacyjny:
 - a) faza wstępna,
 - b) faza rozbieżności,
 - c) faza integracji,
 - d) faza porozumienia.

5. Umiejętność przekonywania mediatora

1. Argumentowanie, uzasadnianie, dowodzenie;
2. Argumenty *ad rem* (toposy wypracowane);
3. Tradycyjne argumenty prawnicze *ad rem* (toposy wypracowane i gotowe);
4. Argumenty błędne i pozamerytoryczne (erystyczne);
5. Taktyki przekonywania¹⁵.

Powyższe zagadnienia w miarę potrzeb powinny być poszerzone o odpowiednie zagadnienia z zakresu prawa, psychologii (zwłaszcza psychologii konfliktów), socjologii, pedagogiki (zwłaszcza dla mediatorów w sprawach rodzinnych) i ekonomii (zwłaszcza dla mediatorów w sprawach gospodarczych). Dla podniesienia efektywności szkoleń korzystne

¹⁵ Przy opracowywaniu propozycji zakresu szkoleń dla kandydatów na mediatorów/mediatorów w sprawach cywilnych w pkt II-V wykorzystałem w szczególności trzy bardzo pomocne pozycje książkowe: J. Jabłońska-Bonca, *Prawnik a sztuka negocjacji i retoryki*, Warszawa 2002; M.L. Knapp, J.A. Hall, *Komunikacja niewerbalna w interakcjach międzyludzkich*, Wrocław 2000; L. Hawkins, M. Hudson, R. Cornall, *Prawnik jako negocjator czyli jak efektywnie negocjować zagadnienia prawne*, Warszawa 1994.

jest wzbogacenie ich o ćwiczenia praktyczne z wykorzystaniem środków audiowizualnych, aktywizujące szkolonych poprzez ich udział w symulacjach postępowania mediacyjnego, grach dydaktycznych, rozwiązywaniu kazuśów oraz w analizie prezentacji postępowań mediacyjnych.

III

W oparciu o rozważania własne i propozycje Polskiej Konfederacji Pracodawców Prywatnych przedstawiam, zbiór podstawowych zasad postępowania mediacyjnego w sprawach cywilnych:

1) mediator udziela stronom pomocy w sposób bezstronny i niezależny w ich negocjacjach zmierzających do polubownego rozwiązania sporu;

2) mediator nie rozstrzyga sporu między stronami, lecz stara się ułatwić stronom osiągnięcie porozumienia;

3) mediator powinien starać się kontrolować przebieg postępowania mediacyjnego, kierując się zasadami słuszności, bezstronności i niezależności oraz biorąc pod uwagę wnioski stron;

4) mediator może odbywać spotkania z każdą ze stron pod nieobecność drugiej strony, chyba że strona/strony nie wyrażą na to zgody;

5) mediator może proponować stronom skorzystanie z ekspertów lub na wniosek stron przedstawić własną opinię na piśmie co do istotnych okoliczności faktycznych i prawnych sporu, o ile posiada wiedzę w danej dziedzinie;

6) fakt odbycia mediacji i jej przebieg ma charakter poufny. Informacje przekazane mediatorowi przez strony lub inne osoby podczas postępowania mediacyjnego nie mogą być przez niego ujawnione;

7) mediator nie powinien być powoływany na świadka w postępowaniu sądowym, arbitrażowym lub jakimkolwiek innym na okoliczność faktów i twierdzeń ujawnionych w postępowaniu mediacyjnym¹⁶.

Do powyższych zasad postępowania mediacyjnego w celu podniesienia jego efektywności oraz wyeksponowania podstawowej zalety mediacji, jaką jest orientacja prospektywna, należy dołączyć następujące:

¹⁶ Por. propozycje zasad postępowania mediacyjnego Polskiej Konfederacji Pracodawców Prywatnych – http://www.prywatni.pl/index.php?ID=show_article&article=1037081 (14.02.2004 r.).

1) mediator powinien dbać, aby porozumienie zawarte między stronami było w pełni możliwe (pod względem formalnym i merytorycznym) do wprowadzenia w życie (praktyczność porozumienia),

2) strony postępowania powinny zachowywać pełną władzę nad treścią ugody, żadna decyzja dotycząca jej treści nie może być podjęta bez zgody strony/stron,

3) mediator powinien sprzyjać rozwiązaniu konfliktu poprzez czynne włączenie się obu jej stron w postępowanie mediacyjne¹⁷,

4) mediator powinien dbać o dobry klimat postępowania mediacyjnego, tak aby nie było ono miejscem odreagowywania negatywnych emocji stron, starać się zamienić „walkę” między stronami w działanie w celu rozwiązania wspólnego problemu,

5) mediacja powinna przebiegać w warunkach prywatności celem wyzwolenia otwartości stron¹⁸,

6) mediator powinien dążyć do realnego zaspokojenia interesów każdej ze stron, do wspólnej wygranej zwieńczonej ugodą (strategia win-win),

7) mediator powinien przede wszystkim koncentrować się na tym, co każda ze stron uważa za sprawiedliwe, aby znaleźć „wspólny mianownik sprawiedliwości”,

8) podstawowym celem mediacji (oprócz rozwiązania sporu w drodze ugody) powinno być wznowienie pozytywnych relacji między stronami sporu oraz stworzenie realnych szans na ich trwanie w przyszłości poprzez likwidację przyczyn konfliktowej kooperacji (w szczególności między stronami sporów rodzinnych, sąsiedzkich, pracowniczych czy gospodarczych)¹⁹.

¹⁷ Nie bez znaczenia jest fakt, że ugoda jest zasługą również stron, a nie samego mediatora. W takiej sytuacji obie strony mogą odczuwać satysfakcję z osiągniętego porozumienia i świadomości osobistego podejmowania decyzji, co z pewnością zwiększa szanse jego realizacji w przyszłości.

¹⁸ Dotyczy to w szczególności spółek publicznych notowanych na Giełdzie Papierów Wartościowych, dla których ujawnienie informacji o prowadzeniu istotnego sporu jest w stanie negatywnie wpłynąć na notowania emitowanych przez nie akcji; szerzej A. S z u - m a ń s k i, *Koncyliacja jako forma rozstrzygania sporów gospodarczych*, Monitor Prawniczy 1997, nr 2, s. 60.

¹⁹ Dotyczy to w szczególności sporów wynikających z wszelkich umów, a zwłaszcza umów długoterminowych i kompleksowych, w których współdziałanie stron jest podstawą ich właściwej realizacji; tamże, s. 60-63.

Przedstawione zasady należy wzbogacić o powinności mediatora, które polegają na:

- 1) zmniejszaniu poziomu nieracjonalności, stwarzaniu okazji do bezpiecznego rozładowania emocji stron;
- 2) przyczynianiu się do efektywnego komunikowania się stron, maksymalizowaniu ich wzajemnej otwartości;
- 3) skłanianiu stron do realizmu, uświadamianiu stronom potrzeb i sprawdzaniu przyjmowanych przez nich założeń;
- 4) analizie alternatyw, redefiniowaniu problemów i opisywaniu ich w nieco inny sposób;
- 5) synchronizacji gotowości do konfrontacji;
- 6) przywracaniu równowagi sił między stronami;
- 7) zaznajamianiu obu stron z procesem negocjacji (np. z typowymi fazami tego procesu);
- 8) ustanawianiu reguł proceduralnych (o ile nie ustalą ich strony);
- 9) dbaniu o poszanowanie przez strony uznanych norm (np. przyjętych zwyczajów czy normy uczciwości);
- 10) optymalizacji poziomu napięcia, obserwowaniu dynamiki klimatu negocjacji;
- 11) ułatwianiu każdej ze stron obrony jej godności, unikaniu sytuacji grożących obniżeniem samooceny stron;
- 12) przyczynianiu się do wymiany informacji między stronami, pomaganie w ustalaniu faktów;
- 13) wskazywaniu na istotne elementy, których nie dostrzegły strony biorące udział w negocjacjach;
- 14) kontrolowaniu potrzeby interwencji publicznej (np. potrzeby przejścia do arbitrażu albo postępowania sądowego)²⁰.

Mając pełną świadomość, że podjęta problematyka jest nowa, wieloaspektowa oraz w zasadzie dotychczas nieopisywana w polskiej literaturze prawniczej (z pewnością z uwagi na brak ustawowych regulacji mediacji w cywilnym postępowaniu procesowym w Polsce), zająłem się nią z głębokim przekonaniem, iż prowadzenie badań nad alternatywnymi metodami rozwiązywania sporów nie ma tylko wymiaru teoretycznego, ale także istotne znacznie praktyczne, tak z punktu widzenia polskiego

²⁰ L. Hawkins, M. Hudson, R. Cornall, *Prawnik jako negocjator...*, s. 167.

systemu prawa, jak i z punktu widzenia wartości stanowiących fundament integracji europejskiej.

Badanie i propagowanie ADR w sprawach cywilnych w Polsce jest niezbędne z uwagi na bezsporną niewydolność sądownictwa powszechnego. Prowadzenie badań nad optymalnym zastosowaniem ADR w sprawach cywilnych w Polsce, połączone z wprowadzaniem w życie alternatywnych instytucji, takich jak mediacja w cywilnym postępowaniu procesowym, może przynieść istotne korzyści praktyczne, przede wszystkim w postaci poprawy szybkości i zmniejszenia kosztów rozstrzygnięcia sporów cywilnych (wzrost efektywności), odbudowania zaufania do sądów oraz uzupełnienia i odciążenia sądowego wymiaru sprawiedliwości (w sposób, który nie narusza zasady sprawowania wymiaru sprawiedliwości przez sądy, przewidzianej w art. 175 Konstytucji²¹). Do przyjmowanego przeze mnie szerokiego (przedmiotowo-funkcjonalnego) zakresu znaczenia terminu „wymiar sprawiedliwości” zaliczyć można alternatywne formy rozwiązywania i rozstrzygnięcia sporów prawnych (ADR), które, nie naruszając prawa do sądu, uzupełniają mechanizmy sądowego wymiaru sprawiedliwości, przy zachowaniu ich nadrzędnej pozycji, wyrażającej się w możliwości zweryfikowania prawidłowości (legalności) rozstrzygnięcia organu pozasądowego. Dostrzeżenie zjawiska ADR oraz uznanie jego

²¹ Termin „wymiar sprawiedliwości” rozumiem w szerszym, przedmiotowo-funkcjonalnym znaczeniu, jako działalność polegającą na rozwiązywaniu lub rozstrzygnięciu konfliktów prawnych, nie będącą sferą wyłącznej działalności sądów (brak monopolu sądów); podobnie L. M o r a w s k i, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 1999, s. 186, 196; Z. K m i e c i a k, *Mediacja i koncyliacja...*, s. 31.; R. M o r e k, *ADR...*, Warszawa 2004, s. 44.; A. R a t a j c z a k, *Trzecia władza w konstytucji*, Rzeczpospolita z dnia 27 września 1995 r., nr 224, s. 17; M. C a p p e l l e t t i, *Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World-Wide Access – to – Justice Movement*, *The Modern Law Review* 1995, nr 56, s. 287; zob. również wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 13.03.1996 r. (K 11/95, OTK 1996, nr 2, poz. 9) wraz z uzasadnieniem, s. 7; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 8.12.1998 r. (K.41/97, OTK ZU 1998, nr 7, poz. 117) wraz z uzasadnieniem, s. 6; J. O n i s z c z u k, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Kraków 2000, s. 736; Zielona Księga Komisji Europejskiej – *Green Paper on alternative dispute resolution in civil and commercial law*, z dnia 10 kwietnia 2002 r., COM (2002)196, April 2002, rozdział 1.2 “Wider access to justice” (Green Paper s. 7-9) – http://europa.eu.int/eur-lex/en/com/gpr/2002com2002_0196_en01.pdf. (12.12.2002 r.).

roli w systemie prawnym nie prowadzi zatem do ustanowienia wyjątku od zasady sprawowania wymiaru sprawiedliwości przez sądy, a jedynie do uzupełnienia jego treści²². Alternatywne formy rozwiązywania i rozstrzygania sporów prawnych spełniają bowiem pomocniczą wobec sądów funkcję ochrony praw podmiotowych i określonych stanów faktycznych (np. posiadania) oraz funkcję regulacyjną, polegającą na rozwiązywaniu i rozstrzyganiu sporów prawnych w rzeczywistości społecznej, dlatego też mediację i inne podstawowe formy ADR proponuję określać mianem uzupełniających form wymiaru sprawiedliwości – *Complementary Dispute Resolution* lub *Complementary Forms of Justice*, z uwagi na fakt, że łączą je z sądowym wymiarem sprawiedliwości relacje uzupełniania symbiotycznego (wzajemnego pożytku)²³ oraz subsydiarności (pomocniczości), a nie antagonistycznej konkurencji, oparte o wspólne realizowanie prawa obywatelskiego do dobrego wymiaru sprawiedliwości oraz postulat włączenia społeczeństwa obywatelskiego w jego wymiar²⁴.

²² Zob. R. Morek, *ADR...*, Warszawa 2004, s. 44.

²³ Por. tamże, s. 73.

²⁴ Por. J. Resnik, *Many doors? Closing doors? Alternative Dispute Resolution and Adjudication*, 10 *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 1995, s. 253-254; C. McEwen, L. Williams, *Legal policy and access to justice through courts and mediation*, 13 *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 1997-1998, s. 865-883. Ulepszanie dostępu do wymiaru sprawiedliwości przez stosowanie form ADR oraz ich uzupełniany względem sądowego wymiaru sprawiedliwości charakter podkreśla Komisja Europejska w Green Paper z dnia 10 kwietnia 2002 r. *on alternative dispute resolution in civil and commercial law*, w której czytamy: „ADRs are an integral part of the policies aimed at improving access to justice. In effect, they complement judicial procedures, insofar as the methods used in the context of ADRs are often better suited to the nature of the disputes involved. ADR can help the parties to enter into dialogue where this was not possible before, and to come to their own assessment of the value of going to court.”; zob. COM (2002)196, April 2002, http://europa.eu.int/eur-lex/en/com/gpr/2002/com2002_0196en01.pdf (12.12.2002 r.) (Green Paper, str. 8). Włączenie społeczeństwa obywatelskiego w proces wymiaru sprawiedliwości oraz prawo obywateli do dobrego wymiaru sprawiedliwości postuluje Rzecznik Praw Obywatelskich, prof. A. Zoll – zob.: wystąpienie w Senacie RP we wrześniu 2002 r., stenogram z dnia 24 posiedzenia Senatu RP – www.senat.gov.pl/k5/dok/sten/024/t.htm (02.02.2003 r.).