

MEDIACJA

TEORIA, NORMY, PRAKTYKA

redakcja naukowa
Krzysztof Pleszka, Janina Czapska
Michał Araszkiewicz, Mateusz Pękala

MONOGRAFIE



Wolters Kluwer
Polska

AUTORZY

Michał Araszkiewicz

Anna Bicz

Tomasz Cyrol

Janina Czapska

Paweł Czarnecki

Radosław Flejszar

Grzegorz Frączek

Katarzyna Gajda-Roszczyńska

Mariola Hacia-Groticka

Krzysztof Kasparek

Kamil Klonowski

Karolina Mania

Mateusz Pękala

Krzysztof Pleszka

Małgorzata Roszkowska

Joanna Stojer-Polańska

Maksymilian Szeląg-Dylewski

Dobrosława Szumiło-Kulczycka

Daria Wójcik

MEDIACJA

TEORIA, NORMY, PRAKTYKA

redakcja naukowa
Krzysztof Pleszka, Janina Czapska
Michał Araszkiewicz, Mateusz Pékala

MONOGRAFIE



Wolters Kluwer
Polska

WARSZAWA 2017

Publikacja stanowi efekt końcowy projektu badawczego nr 1307/B/H03/2011/40, wniosek nr N N110 1307440, pt. „Mediacja i inne alternatywne metody rozwiązywania sporów w polskim systemie prawnym – teoria i praktyka”. Projekt został sfinansowany ze środków Narodowego Centrum Nauki.

Publikacja dofinansowana przez Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

Publikacja dofinansowana przez Centrum Alternatywnego Rozwiązywania Sporów przy Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

Stan prawny na 1 grudnia 2016 r.

Recenzent

Dr hab. Krzysztof Korybski, prof. UMCS

Wydawca

Monika Pawłowska

Redaktor prowadzący

Adam Choiński

Opracowanie redakcyjne i łamanie

JustLuk

Ta książka jest wspólnym dziełem twórcy i wydawcy. Prosimy, byś przestrzegał przysługujących im praw. Książkę możesz udostępnić osobom bliskim lub osobiście znanym, ale nie publikuj jej w internecie. Jeśli cytujesz fragmenty, nie zmieniaj ich treści i koniecznie zaznacz, czyje to dzieło. A jeśli musisz skopiować część, rób to jedynie na użytek osobisty.

prawolubni

SZANUJMY PRAWO I WŁASNOŚĆ
Więcej na www.legalnakultura.pl
POLSKA IZBA KSIĄŻKI

© Copyright by

Wolters Kluwer Polska SA, 2017

ISBN 978-83-8107-061-4

ISSN 1897-4392

Dział Praw Autorskich

01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33

tel. 22 535 82 19

e-mail: ksiazki@wolterskluwer.pl

www.wolterskluwer.pl

księgarnia internetowa www.profinfo.pl

Spis treści

Wykaz skrótów / 15

Wstęp / 21

Część I

Rozdział I

Pojęcie alternatywnego rozwiązywania sporów (*Michał Araszkiewicz, Krzysztof Pleszka*) / 45

1. Wprowadzenie / 45
2. Pojęcia i analiza pojęciowa w prawoznawstwie / 48
3. Pojęcie alternatywnych metod rozwiązywania sporów w literaturze przedmiotu / 58
4. Rekonstrukcja pojęcia alternatywnego rozwiązywania sporów / 68
5. Konflikty, sprawy i spory / 89
6. Alternatywność / 106
7. Pojęcie rozwiązywania i rozwiązania konfliktów, sporów i spraw / 129
8. Wnioski / 157

Część II

Rozdział II

Alternatywne metody rozwiązywania sporów ze szczególnym uwzględnieniem mediacji – postępowanie cywilne (*Radosław Flejszar, Katarzyna Gajda-Roszczyńska*) / 163

1. Uwagi wstępne – ogólne rozważania na temat efektywności różnych metod ADR / 163
 - 1.1. Pojęcie ADR a pojęcie mediacji w teorii postępowania cywilnego / 163
 - 1.2. Pojęcie ADR a mediacja w badaniach empirycznych / 172

2. Analiza przyczyn oraz sposobu wprowadzenia instytucji ADR do postępowania cywilnego / 174
3. Polski model mediacji w sprawach cywilnych (z uwzględnieniem rozwiązań obowiązujących przed 1 stycznia 2016 r.) / 176
4. Projektowane i wprowadzone zmiany regulacji prawnych dotyczących mediacji w sprawach cywilnych / 197
 - 4.1. Uwagi ogólne / 197
 - 4.2. Propozycje zawarte w projekcie Komisji Kodyfikacyjnej / 198
 - 4.3. Zmiany stanu prawnego wprowadzone w zakresie mediacji z dniem 1 stycznia 2016 r. / 202
 - 4.3.1. Uwagi ogólne / 202
 - 4.3.2. Obowiązek sądu, stron i mediatora w odniesieniu do mediacji i postępowania mediacyjnego / 203
 - 4.3.3. Aspekty ekonomiczne mediacji – zachęty i koszty / 218
 - 4.3.4. Aspekty organizacyjne dotyczące mediacji / 222
 - 4.3.5. Podsumowanie / 230
5. Analiza komparatystyczna, mająca na celu ukazanie polskich regulacji na tle rozwiązań prawnych stosowanych w innych krajach / 230
6. Aspekt europejski – analiza aktów wspólnotowych w danej gałęzi prawa / 239
7. Analiza przeszkód w rozwoju metod alternatywnych w postępowaniu cywilnym i wskazanie proponowanych zmian legislacyjnych / 248
8. Wpływ funkcjonowania alternatywnych metod rozwiązywania sporów na ustawowe uregulowanie tych metod / 254

Rozdział III

Alternatywne metody rozwiązywania sporów karnych i ich miejsce w systemie prawa (Dobrosława Szumiło-Kulczycka) / 258

1. Zagadnienia wstępne / 258
2. Źródła idei sprawiedliwości naprawczej w sprawach karnych / 259
3. Założenia idei sprawiedliwości naprawczej / 263
4. Granice stosowania alternatywnych metod rozwiązywania sporów w sprawach karnych / 268
5. Metody alternatywnego rozwiązywania konfliktów prawnokarnych / 271
6. Sprawiedliwość naprawcza w prawie i dokumentach międzynarodowych / 276

7. Wprowadzenie idei sprawiedliwości naprawczej do polskiego prawa karnego / **281**
8. Mediacja i zakres jej zastosowania w świetle kodeksu postępowania karnego / **282**
9. Zasady prowadzenia mediacji w sprawach karnych / **291**
10. Zasada bezstronności i neutralności mediatora / **294**
11. Wymagania co do osoby mediatora / **295**
12. Przebieg postępowania mediacyjnego / **296**
13. Alternatywne metody rozwiązywania i rozstrzygania spraw karnych w praktyce / **302**

Rozdział IV

Alternatywne metody rozwiązywania sporów w postępowaniu administracyjnym i sądownoadministracyjnym (Kamil Klonowski) / 305

1. Wstęp / **305**
2. Zakres przedmiotowy badań / **308**
3. Uгода administracyjna / **309**
4. Mediacja w postępowaniu sądownoadministracyjnym / **321**
 - 4.1. Przyczyny wprowadzenia mediacji / **321**
 - 4.2. Zadania sądów administracyjnych / **323**
 - 4.3. Uruchomienie mediacji / **327**
 - 4.4. Istota mediacji / **329**
 - 4.5. Przebieg mediacji / **332**
 - 4.6. Zakończenie mediacji / **335**
 - 4.7. Skarga na działania organu podjęte w wyniku mediacji / **341**
 - 4.8. Ocena mediacji / **344**
5. Rozwiązania funkcjonujące w innych systemach prawnych / **346**
 - 5.1. Republika Federalna Niemiec / **346**
 - 5.2. Francja / **349**
 - 5.3. Wielka Brytania / **354**
6. Podsumowanie / **358**

Rozdział V

Online Dispute Resolution (Karolina Mania) / 360

1. Wstęp / **360**
 - 1.1. Uwagi wprowadzające / **360**
 - 1.2. Pojęcie i definicja *Online Dispute Resolution* / **363**

- 1.3. Uwarunkowania technologiczne stosowania *Online Dispute Resolution* / 366
- 2. Mediacje i arbitraż *online* jako przykłady implementacji technik ODR / 368
 - 2.1. Uwagi wprowadzające / 368
 - 2.2. Mediacje *online* / 369
 - 2.2.1. Charakterystyka mediacji *online* / 369
 - 2.2.2. Mediacja w prawie europejskim / 371
 - 2.2.3. Dopuszczalność mediacji *online* w prawie polskim / 372
 - 2.3. Arbitraż *online* / 375
 - 2.3.1. Arbitraż a ADR / 375
 - 2.3.2. Charakterystyka arbitrażu *online* na przykładzie sporów domenowych / 377
 - 2.3.3. Arbitraż w prawie europejskim / 380
 - 2.3.4. Dopuszczalność arbitrażu *online* w prawie polskim / 381
- 3. ODR w przypadku sporów konsumenckich / 383
 - 3.1. Uwagi wprowadzające / 383
 - 3.2. Charakterystyka ODR w przypadku sporów konsumenckich / 384
 - 3.3. Dyrektywa 2013/11/UE w sprawie ADR w sporach konsumenckich i rozporządzenie nr 524/2013 w sprawie ODR w sporach konsumenckich / 386
- 4. Zakończenie / 389

Część III

Rozdział VI

Założenia badań empirycznych zrealizowanych w ramach projektu pt. „Mediacja i inne alternatywne metody rozwiązywania sporów w polskim systemie prawnym – teoria i praktyka”
(Mateusz Pękala) / 395

Rozdział VII

Opinie ekspertów *de lege lata* i *de lege ferenda* na temat regulacji prawnej mediacji cywilnej (Tomasz Cyrol) / 406

- 1. Wprowadzenie / 406
- 2. Opinie *de lege lata* / 408
- 3. Uwagi *de lege ferenda* / 410
- 4. Mediacja obligatoryjna / 410

5. Koszty mediacji i wynagrodzenia mediatorów / 412
6. Mediacja w budynku sądu, a także w trakcie przerwy w posiedzeniu / 414
7. Zasady promowania mediacji / 415
8. Zasady funkcjonowania mediatorów i ośrodków mediacji / 416
9. Pozostałe uwagi *de lege ferenda* / 420
10. Zakończenie / 421

Rozdział VIII

Mediacja w sprawach karnych w praktyce wymiaru sprawiedliwości (Paweł Czarnecki) / 422

1. Wprowadzenie / 422
2. Mediacja *de lege lata* / 424
3. Praktyka stosowania aktualnie obowiązujących regulacji? / 425
4. Postulaty *de lege ferenda* / 427
5. Mediacja obligatoryjna / 428
6. Koszty mediacji i wynagrodzenia mediatorów / 430
7. Mediacja w budynku sądu / 432
8. Mediacja w trakcie przerwy w rozprawie / 434
9. Obowiązek informowania stron o mediacji / 436
10. Możliwość obligatoryjnego kierowania sprawy do mediacji w postępowaniu przygotowawczym / 438
11. Umorzenie restytucyjne (konsensualne) z art. 59a k.k. / 439
12. Mediacja jako kolejna instytucja procesowa realizująca założenia idei sprawiedliwości naprawczej / 441
13. Mediacja w postępowaniu w sprawach o wykroczeniach / 443
14. Mediacja w postępowaniu wykonawczym / 444
15. Zakończenie / 446

Rozdział IX

Opinie ekspertów na temat barier instytucjonalnych oraz promocji mediacji w środowiskach prawniczych (Mariola Hacia-Groticka, Paweł Czarnecki) / 449

1. Wprowadzenie / 449
2. Poszczególne bariery instytucjonalne / 450
 - 2.1. Uwagi wprowadzające / 450
 - 2.2. Nadmierne obciążenie sądów liczbą rozpatrywanych spraw karnych i cywilnych / 451

- 2.3. Brak znajomości zasad prowadzenia mediacji / 452
- 2.4. Zasady oceny pracy sędziów i rola sprawozdawczości / 454
- 2.5. Brak selekcji spraw pod kątem możliwości zastosowania mediacji / 463
- 2.6. Stereotypy w instytucjach stosujących mediację / 465
- 3. Znaczenie działań promujących rozwój mediacji / 467
 - 3.1. Uwagi wprowadzające / 467
 - 3.2. Zainteresowanie mediacją w środowiskach prawniczych / 468
 - 3.3. Podmioty podejmujące działania promujące mediację / 469
 - 3.4. Edukacja dla studentów prawa i aplikantów w zakresie mediacji / 472
- 4. Konkluzje / 474

Rozdział X

Doświadczenia prawników i mediatorów w stosowaniu mediacji.

Perspektywa empiryczna (*Małgorzata Roszkowska, Daria Wójcik*) / 478

- 1. Wprowadzenie / 478
- 2. Doświadczenia sędziów w stosowaniu mediacji / 479
- 3. Mediacja w praktyce prokuratorskiej / 481
- 4. Doświadczenia pełnomocników w stosowaniu mediacji / 483
- 5. Mediatorzy i ich doświadczenia z mediacją / 484
- 6. Zakończenie / 486

Rozdział XI

Dobry mediator – czyli kto? Kwalifikacje zawodowe mediatorów w świetle opinii ekspertów (*Mateusz Pękala*) / 488

- 1. Wstęp / 488
- 2. Wiedza i umiejętności mediatora godnego zaufania / 489
- 3. W trosce o wysoką jakość usług mediacyjnych / 496
- 4. Zakończenie / 501

Rozdział XII

Opinie ekspertów na temat zasad funkcjonowania ośrodków mediacyjnych oraz zasad sprawowania nadzoru nad nimi

(*Grzegorz Frączek*) / 503

- 1. Wstęp / 503
- 2. Zasady funkcjonowania ośrodków mediacyjnych / 504
- 3. Nadzór nad ośrodkami mediacyjnymi / 507
- 4. Zakończenie / 510

Rozdział XIII

Opinie ekspertów na temat zasad prowadzenia list mediatorów

(Anna Bicz) / 511

1. Wstęp / 511
2. Podmiot odpowiedzialny za prowadzenie list mediatorów / 512
3. Zawartość list mediatorów / 516

Rozdział XIV

Strategie prowadzenia mediacji. Opinie prawników i mediatorów

(Małgorzata Roszkowska, Daria Wójcik) / 520

Rozdział XV

Czynniki kształtujące społeczne postawy wobec mediacji – analiza opinii ekspertów (Mateusz Pękała) / 526

1. Wstęp / 526
2. Ogólny poziom świadomości prawnej obywateli
a rozwój mediacji / 528
3. Społeczny wizerunek wymiaru sprawiedliwości
a rozwój mediacji / 530
4. Bariery społeczno-kulturowe w rozwoju mediacji / 532
5. Rola wcześniejszych doświadczeń w kontaktach z instytucjami
prawnymi / 537
6. Zakończenie / 539

Rozdział XVI

**Mediacja w społeczeństwie. Poszukiwanie „dobrych praktyk”
w upowszechnianiu mediacji** (Małgorzata Roszkowska,

Daria Wójcik) / 541

1. Wprowadzenie / 541
2. Upowszechnianie mediacji w społeczeństwie w świetle badań
jakościowych / 543
 - 2.1. Działania na rzecz promocji mediacji / 543
 - 2.2. Aktorzy działań promujących mediację / 548
 - 2.3. Mediacja i środki masowego przekazu / 553
 - 2.4. Edukacja na rzecz mediacji / 554
3. Podsumowanie, czyli poszukiwanie „dobrych praktyk” / 557

Rozdział XVII

Co Polki i Polacy sądzą na temat mediacji sądowej? Perspektywa badań społecznych (*Janina Czapska, Krzysztof Kasperek*) / 561

1. Mediacja sądowa – perspektywa badań społecznych / 561
 - 1.1. Nie tylko eksperci/praktycy / 561
 - 1.2. Metodologia badań / 562
 - 1.2.1. Uwagi wprowadzające / 562
 - 1.2.2. Badanie sondażowe / 562
 - 1.2.3. Badanie eksperymentalne / 564
2. Stosunek Polaków do sądu i mediacji sądowej / 568
 - 2.1. Stosunek Polaków do sądów / 568
 - 2.2. Oczekiwania wobec sądu / 568
 - 2.3. Zaufanie i dostępność sądów / 570
 - 2.4. Oczekiwania wobec mediacji i jej przebiegu – wybrane aspekty / 572
 - 2.4.1. Uwagi wprowadzające / 572
 - 2.4.2. Miejsce, w którym powinna odbywać się mediacja / 573
 - 2.4.3. Mediacja jako obowiązkowy element rozprawy sądowej / 574
 - 2.4.4. Oczekiwania względem kwalifikacji i umiejętności mediatorów / 575
3. Bariery w korzystaniu z mediacji sądowej przez obywateli / 578
 - 3.1. Brak wiedzy na temat mediacji sądowej w polskim społeczeństwie / 578
 - 3.1.1. Uwagi wprowadzające / 578
 - 3.1.2. Samoocena stanu wiedzy na temat mediacji sądowej / 579
 - 3.1.3. Społeczna percepcja mediacji / 580
 - 3.1.4. Fałszywe przekonania na temat mediacji / 582
 - 3.1.5. Zrozumienie definicji mediacji sądowej / 583
 - 3.1.6. Podsumowanie / 585
 - 3.2. Odmienne oceny potencjału mediacyjnego wybranych typów konfliktów / 587
 - 3.2.1. Uwagi wprowadzające / 587
 - 3.2.2. Niechęć Polaków do rozwiązania spraw na drodze sądowej / 587
 - 3.2.3. Konflikty z osobami bliskimi i sąsiadami / 589
 - 3.2.4. Konflikty konsumenckie / 591

- 3.2.5. Konflikty w sprawach związanych z użyciem przemocy i kradzieżą / **593**
- 3.2.6. „Sąd powinien” vs „ja chciałbym” – czy osoby postulujące ogólnie szersze wykorzystywanie mediacji zastosowałyby ją osobiście? / **595**
- 3.2.7. Podsumowanie / **597**
- 3.3. Stosunek do mediacji a wybrane cechy indywidualne / **598**
 - 3.3.1. Gotowość do mediacji a stosunek do sądów (badania sondażowe) / **598**
 - 3.3.2. Czy istnieje zestaw cech związanych z preferowaniem mediacji jako metody rozwiązywania konfliktów (badania eksperymentalne)? / **600**
 - 3.3.3. Opis uzyskanych wyników modelu / **601**
- 3.4. Podsumowanie i dalsze kierunki badań / **603**

Rozdział XVIII

Opinie ekspertów na temat barier w rozwoju mediacji w Policji

(Joanna Stojer-Polańska) / **606**

- 1. Wstęp / **606**
- 2. Przyczyny niestosowania mediacji przez Policję / **608**
- 3. Potencjalny zakres stosowania mediacji przez Policję / **612**
- 4. Przekazywanie wiedzy w przedmiocie mediacji / **614**
- 5. Wiedza funkcjonariuszy Policji na temat mediacji / **616**
- 6. Koszty mediacji i miejsce jej prowadzenia / **617**
- 7. Współpraca ze środowiskiem mediatorów / **619**
- 8. Zakończenie / **620**

Rozdział XIX

Opinie ekspertów na temat barier w rozwoju mediacji w polskim postępowaniu sądowoadministracyjnym

(Maksymilian Szeląg-Dylewski) / **623**

- 1. Wstęp / **623**
- 2. Ogólne opinie ekspertów na temat aktualnego stanu rozwoju mediacji / **624**
- 3. Bariery w rozwoju mediacji / **627**
 - 3.1. Bariery związane z regulacją prawną i postulaty reform / **627**
 - 3.2. Bariery związane z organizacją wymiaru sprawiedliwości / **637**

- 3.3. Bariery społeczno-kulturowe / 639
- 4. Mediatorzy – sposób regulacji, wymagania / 641
- 5. Doświadczenia w korzystaniu z mediacji jako instytucji procesowej / 644
- 6. Doświadczenia i opinie w zakresie promocji mediacji / 648
- 7. Zalety i wady mediacji / 651
- 8. Mediacja z ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi na tle przepisów innych ustaw / 652
- 9. Perspektywy rozwoju mediacji / 653
- 10. Zakończenie / 654

Rozdział XX

Trójkąt mediacyjny. Właściwe rozwiązywanie sporów?

(Janina Czapska) / 656

- 1. Założenia i metody / 656
- 2. Jak regulować mediację: prawo – samoregulacja (samorząd mediatorów) czy rynek? / 662
 - 2.1. Uwagi wprowadzające / 662
 - 2.2. Status mediatora / 667
 - 2.3. Ośrodki mediacyjne / 670
 - 2.4. Obligatoryjna mediacja / 672
- 3. Edukacja w zakresie mediacji / 673
 - 3.1. Edukacja obywatelska? / 673
 - 3.2. Edukowanie mediatorów / 677
 - 3.3. Promocja mediacji. Rola mediów / 679
- 4. Obywatele najsłabszym ogniwem procesu mediacyjnego? / 682
- 5. Stan badań empirycznych nad mediacją / 691
- 6. Przyszłość mediacji / 695

Bibliografia / 701

Indeks / 729

O Autorach / 735

Wykaz skrótów

Akty prawne

BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896 in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 24. Mai 2016 (BGBl. I S. 1190) geändert worden ist
dyrektywa 2008/52/WE	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 z 24.05.2008, s. 3, z późn. zm.)
dyrektywa 2013/11/UE	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 z 18.06.2013, s. 63)
k.c.	ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 380 z późn. zm.)
k.k.	ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 1137 z późn. zm.)
k.k.w.	ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy (Dz. U. Nr 90, poz. 557 z późn. zm.)
Konstytucja RP	Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.)

k.p.a.	ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 23 z późn. zm.)
k.p.c.	ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 1822 z późn. zm.)
k.p.k.	ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 1749 z późn. zm.)
o.p.	ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (tekst jedn.: Dz. U. z 2017 r. poz. 201)
p.p.s.a.	ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 718 z późn. zm.)
p.u.s.p.	ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 2062 z późn. zm.)
rozporządzenie (UE) nr 524/2013	rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 524/2013 z dnia 21 maja 2013 r. w sprawie internetowego systemu rozstrzygania sporów konsumenckich oraz zmiany rozporządzenia (WE) nr 2006/2004 i dyrektywy 2009/22/WE (rozporządzenie w sprawie ODR w sporach konsumenckich) (Dz. Urz. UE L 165 z 18.06.2013, s. 1)
TFUE	Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana Dz. Urz. UE C 202 z 7.06.2016, s. 47)
u.k.s.c.	ustawa z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 623 z późn. zm.)
u.s.g.	ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 446 z późn. zm.)
ustawa (nowelizacyjna) z dnia 10 września 2015 r.	ustawa z dnia 10 września 2015 r. o zmianie niektórych ustaw w związku ze wspieraniem polubownych metod rozwiązywania sporów (Dz. U. poz. 1595)

ustawa (nowelizacyjna) z dnia 27 września 2013 r. VwVfg	ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1247 z późn. zm.) Verwaltungsverfahrensgesetz vom 25. Mai 1976 in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Januar 2003 (BGBl. I S. 102), das zuletzt durch Artikel 20 des Gesetzes vom 18. Juli 2016 (BGBl. I S. 1679) geändert worden ist
--	--

Projekty i rekomendacje

projekt Komisji Kodyfikacyjnej	projekt Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego z dnia 25 kwietnia 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, załącznik nr 3 do rekomendacji Zespołu do spraw Systemowych Metod Rozwiązań w zakresie Polubownych Metod Rozwiązywania Sporów Gospodarczych, Ułatwiających Wykonywanie Działalności Gospodarczej, http://konsultacje.gov.pl/node/3537
rekomendacje	rekomendacje Zespołu do spraw Systemowych Metod Rozwiązań w zakresie Polubownych Metod Rozwiązywania Sporów Gospodarczych, Ułatwiających Wykonywanie Działalności Gospodarczej, http://konsultacje.gov.pl/node/3537

Periodyki, zbiory aktów prawnych i orzecznictwa

AUW	Acta Universitatis Wratislaviensis
Biul. PK	Biuletyn Prawa Karnego
CBOSA	Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych
CPR	Civil Procedure Rules
Dz. Urz. Min. Sprawiedl.	Dziennik Urzędowy Ministra Sprawiedliwości

Dz. Urz. MG	Dziennik Urzędowy Ministra Gospodarki
JORF	Journal Officiel de la République Française
KPP	Kwartalnik Prawa Prywatnego
M. Praw.	Monitor Prawniczy
MSiG	Monitor Sądowy i Gospodarczy
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
ONSA WSA	Orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego i wojewódzkich sądów administracyjnych
OSNC	Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna
OSNKW	Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Wojskowa
OSPİKA	Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych
OTK-A	Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego; zbiór urzędowy, Seria A
PiP	Państwo i Prawo
PPC	Polski Proces Cywilny
PPH	Przegląd Prawa Handlowego
PPK	Przegląd Prawa Karnego
PS	Przegląd Sądowy
ZNUJ	Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego
ZNSA	Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego

Inne skróty

AAA	American Arbitration Association
ADR	ang. <i>Alternative Dispute Resolution</i>
ARPA	Advanced Research Projects Agency
ATNA	ang. <i>alternatives to negotiated agreement</i>
B2B	ang. <i>business-to-business</i>
B2C	ang. <i>business-to-consumer</i>
BATNA	ang. <i>best alternative to negotiated agreement</i>

CADR	ang. <i>consumer alternative dispute resolution</i>
CEDR	Center for Effective Dispute Resolution
DARPA	Defense Advanced Research Projects Agency
EDR	ang. <i>effective dispute resolution</i>
EEJ-Net	European Extra-Judicial Network
EJN	European Judicial Network
ICANN	Internet Corporation for Assigned Names and Numbers
ICC	International Chamber of Commerce
IP	ang. <i>Internet Protocol</i>
ITU	International Telecommunication Union
MAS	ang. <i>Multi-Agent Systems</i>
MLATNA	ang. <i>most likely alternative to negotiated agreement</i>
NSA	Naczelny Sąd Administracyjny
NYNF	New York No-Fault Insurance
ODR	ang. <i>Online Dispute Resolution</i>
RAL	hiszp. <i>resolución alternativa de litigios</i>
REL	fr. <i>règlement extrajudiciaire des litiges</i>
RLL	fr. <i>règlement en ligne des litiges</i> / hiszp. <i>resolución de litigios en línea</i>
TCP/IP	ang. <i>Transmission Control Protocol/Internet Protocol</i>
TK	Trybunał Konstytucyjny
UDRP	<i>Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy</i>
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
WATNA	ang. <i>worst alternative to negotiated agreement</i>
WIPO	World Intellectual Property Organization
WSA	Wojewódzki Sąd Administracyjny
ZOPA	ang. <i>zone of possible agreement</i>

Wstęp

Pięć lat temu, na początku roku 2011, grupa socjologów prawa oraz teoretyków prawa skupiona wokół nowo powstałego Centrum Alternatywnego Rozwiązywania Sporów przy Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego dyskutowała zagadnienia związane ze stanem i perspektywami rozwoju mediacji w Polsce.

Sformułowano wówczas tezę, że mediacja oraz pozostałe metody alternatywne odgrywają w Polsce istotnie podrzędniejszą rolę niż w innych państwach, zwłaszcza w USA czy w niektórych krajach Europy Zachodniej. Dyskusja ta ujawniła cały szereg zróżnicowanych opinii, niejednokrotnie o obiegowym charakterze, zarówno dotyczących przyczyn takiego stanu rzeczy, jak i dróg jego naprawy. Pozwoliła także na identyfikację licznych problemów badawczych różnorodnego pochodzenia oraz różnej natury. Zidentyfikowanie głównych zagadnień badawczych uzmysłowiło członkom zespołu konieczność wzmocnienia jego interdyscyplinarności poprzez poszerzenie o przedstawicieli dogmatyk prawniczych tych gałęzi prawa, w których mediacja bądź inne alternatywne metody rozwiązywania sporów są uznawane za adekwatne w innych krajach. Chodziło zatem o gałęzie prawa procesowego, a mianowicie procedurę cywilną, karną oraz administracyjną, jak również postępowanie sądowoadministracyjne. Wzmocnienie interdyscyplinarności zespołu badawczego sprawiło zarazem, że poszerzeniu uległ zakres planowanego projektu – możliwe stało się bowiem przeprowadzenie badań w trzech perspektywach: teoretyczno-opisowej, normatywnej oraz empirycznej. Rozbudowany został także zakres metod alternatywnych poddanych analizie, chociaż mediacja pozostała metodą pierwszoplanową. Projekt zespołu badawczego przybrał formalny kształt w postaci wniosku zarejestrowanego przez Narodowe Centrum Nauki

w Krakowie pod numerem N N110 130740. Umowę o realizację projektu badawczego własnego zatytułowanego „Mediacja i inne alternatywne metody rozwiązywania sporów w polskim systemie prawnym – teoria i praktyka” (nr 1307/B/H03/2011/40) zawarto w dniu 13 czerwca 2011 r., a kierownikiem zespołu został prof. dr hab. Krzysztof Pleszka.

W skład zespołu badawczego weszli: dr hab. Dobrosława Szumiło-Kulczycka, prof. UJ, dr Katarzyna Gajda-Roszczynialska, dr Radosław Flejszar, dr hab. Andrzej Grabowski, dr Kamil Klonowski, dr Karolina Mania oraz niżej podpisani redaktorzy tomu: dr hab. Janina Czapska, prof. UJ, prof. dr hab. Krzysztof Pleszka, dr Mateusz Pękała oraz dr Michał Araszkiewicz. W miarę postępu prac, a w szczególności badań empirycznych, zespół uzupełniano poprzez kooptację specjalistów z zakresu socjologii prawa, osób posiadających doświadczenie w stosowaniu metod alternatywnych w poszczególnych dziedzinach prawa procesowego, a także przedstawicieli dogmatyki prawa. Byli to: dr Paweł Czarnecki, dr Tomasz Cyrol, dr Grzegorz Frączek, dr Joanna Stojer-Polańska, mgr Anna Bicz, mgr Janusz Gwiazdowski, mgr Mariola Hacia-Groticka, mgr Krzysztof Kasperek, mgr Małgorzata Roszkowska, mgr Katarzyna Sawicka, mgr Monika Stachura, mgr Maksymilian Szeląg-Dylewski oraz mgr Daria Wójcik. Przeprowadzenie badań empirycznych było możliwe dzięki zaangażowaniu ośrodków mediacyjnych działających przy Uniwersytecie Warszawskim oraz Uniwersytecie Śląskim.

Zasadniczym zamierzeniem badawczym zespołu było przeprowadzenie wielopłaszczyznowych interdyscyplinarnych badań nad problematyką alternatywnych metod rozwiązywania sporów, w szczególności dotyczących zastosowania tych metod, a przede wszystkim mediacji, w polskim systemie prawnym. Projekt podzielono na trzy podstawowe części: po pierwsze – część teoretyczną, obejmującą analityczne modelowanie stosowania metod ADR (ang. *alternative dispute resolution*) na tle ogólnej koncepcji rozwiązywania sporów, po drugie – normatywne ujęcie dogmatycznoprawne i po trzecie – część empiryczną. Badania w każdym obszarze poprzedzone zostały analizą aktualnego stanu wiedzy. W trakcie realizacji projektu uczestnicy zespołu publikowali wyniki częściowe w artykułach, wystąpieniach konferencyjnych oraz w opracowaniach zbiorowych. Istotnym wydarzeniem w procesie podsumowywania badań i prezentacji ich wyników była

przewidziana w projekcie ogólnopolska konferencja naukowa pt. „Jagiellońskie Dni Mediacji”, zorganizowana w listopadzie 2014 r. Konferencja umożliwiła członkom zespołu przedstawienie wyników badań, zwłaszcza rezultatów badań społecznych, unaoczniających bariery dotyczące szerszego wprowadzenia mediacji do polskiego systemu prawa.

Niniejsza książka przedstawia wszystkie istotne rezultaty projektu badawczego. Rezultaty te polegają na rekonstrukcji aktualnego stanu badań, przedstawieniu zastosowanych metod badawczych oraz analiz pojęciowych, normatywnych i empirycznych w poszczególnych obszarach.

Prezentowany tom jest jedną z dwóch książek, stanowiących efekt realizacji projektu naukowego. Na rynku dostępny jest już tom w języku angielskim zatytułowany *Mediation in Poland. Theory & Practice* pod redakcją niżej podpisanych, który ukazał się w 2015 r. Niniejsza książka jest jednak znacznie bardziej obszerna i rozbudowana. Uwzględnia także dynamikę zmian stanu prawnego w Polsce w zakresie regulacji mediacji. Decyzja o publikacji rezultatów badawczych projektu w postaci książek zamiast, jak to często ma miejsce, serii niezależnych artykułów podyktowana została dwiema przesłankami. Po pierwsze, zarówno redaktorzy, jak i autorzy poszczególnych tekstów uznali, że zasługuje na podkreślenie interdyscyplinarny charakter projektu badawczego, obejmujący zagadnienia teoretyczne, dogmatyczno-prawne oraz socjologiczno-prawne, a zarazem skoncentrowany na ujęciu form i metod ADR, a w szczególności mediacji, z różnych perspektyw naukowych. Prezentacja tak szerokiego spektrum ujęć poprzez publikację poszczególnych artykułów zapewne nie byłaby możliwa. Jako podstawowe założenie projektu badawczego przyjęto tezę o niewystarczającej komunikacji pomiędzy różnymi dyscyplinami nauk prawnych, natomiast jednym z celów, jakie sobie postawili członkowie zespołu, było poszukiwanie sposobu wzmocnienia interakcji pomiędzy poszczególnymi dyscyplinami. Prezentowany tom powinien umożliwić Czytelnikowi przynajmniej porównanie, a być może skonfrontowanie różnych stanowisk w kwestii implementacji metod alternatywnych w rozwiązywaniu sporów w Polsce. Z tego właśnie powodu w prezentowanym tomie autorzy podejmują starania w celu rozwinięcia holistycznej perspektywy, która może być pomocna w przyszłych pracach legislacyjnych nawiązujących do teorii i praktyki funkcjonowania metod ADR.

Po drugie, przyjęta perspektywa dostarcza szerokiej podstawy dla przyszłych poszukiwań badawczych dotyczących funkcjonowania różnorodnych instytucji dotyczących rozwiązywania sporów, dociekań obejmujących rozległe spektrum stanowisk – od teoretycznoprawnych do praktyczno-empirycznych. W opinii redaktorów niniejszego tomu wyłącznie takie założenia badawcze pozwalają na zminimalizowanie ryzyka nieuzasadnionej generalizacji wyników badań jedynie z punktu widzenia pojedynczej dyscypliny nauk prawnych. Warto podkreślić, że przyjęta holistyczna perspektywa nie stanowi próby powrotu do dyskusji nad wielopłaszczyznową koncepcją prawa, skonstruowaną i rozwiniętą przez Kazimierza Opałka, Jerzego Wróblewskiego i Marię Borucką-Arctową. Postępujemy raczej wedle założenia, że różne instytucje czy wręcz całe dziedziny prawoznawstwa, takie jak np. alternatywne metody rozwiązywania sporów, a także sądowe stosowanie prawa, ochrona praw człowieka czy system podatkowy w celu uzyskania całościowego ujęcia, winny być analizowane z różnych perspektyw, dostosowanych do badania istotnych aspektów tych zjawisk. Ich podstawowe znamiona pojęciowe, cechy normatywne czy też sfery funkcjonowania społecznego są wyjaśniane najlepiej przez, odpowiednio, metody teorii prawa, dogmatykę prawniczą oraz różne dziedziny badań empirycznych (włączając socjologię prawa, psychologię prawa czy badania w zakresie ekonomicznej analizy prawa). Nie jest możliwa w tym miejscu dyskusja relacji pomiędzy argumentami i wnioskami przywoływanymi w poszczególnych ujęciach, niemniej należy podkreślić, że rezultaty te mogą na siebie wzajemnie oddziaływać w różny sposób. Przykładowo rezultaty badawcze osiągnięte przez zastosowanie jednej metody mogą zostać przyjęte jako przesłanki rozumowania przeprowadzonego przy użyciu innego podejścia; argumenty, których źródłem jest jedna metoda, mogą podważać argumenty rozwinięte na innym polu itd. Jednakże największe ryzyko, jakie powstaje przez ograniczenie się do jednej perspektywy badawczej, to zwiększenie prawdopodobieństwa możliwości pominięcia istotnych własności badanego przedmiotu i w efekcie dokonania błędnej interpretacji analizowanych problemów. Wąskie, doktrynalne ujęcie badanej instytucji może prowadzić do mylnego wniosku, że powodów niskiego poziomu społecznej akceptacji dla danej instytucji prawnej (np. określonej metody alternatywnej) upatrywać należy w niedoskonałości regulacji prawnej, podczas gdy rzeczywiste przyczyny mogą być natury empirycznej, a nie normatywnej. Oczywiście możliwa jest także sytuacja odwrotna. W oparciu o te podstawowe założenia

można pokusić się o stwierdzenie, że prezentowany tom jest początkowym krokiem na drodze do zainicjowania intensywnej i pogłębionej dyskusji pomiędzy uczestnikami badań w różnych obszarach dotyczących zjawiska alternatywnych metod rozwiązywania sporów w Polsce. Tytuł monografii: „Mediacja. Teoria, normy, praktyka”, wybrany został nieprzypadkowo. W ocenie redaktorów tomu jedynie holistyczne ujęcie, obejmujące aspekty teoretyczne (pojęciowe), dogmatycznoprawne oraz społeczne, może dać adekwatny obraz interesującej nas tutaj problematyki. Mamy nadzieję, że interesujące rezultaty tej dyskusji mogą prowadzić do pożądanych zmian w polskim systemie wymiaru sprawiedliwości.

Pierwsza część książki, obejmująca jedno obszerne studium autorstwa Michała Araszkiewicza i Krzysztofa Pleszki, stanowi próbę udzielenia odpowiedzi na pytanie, w jakim zakresie metody analityczne teorii prawa mogą doprowadzić do lepszego zrozumienia zjawiska ADR. Punktem wyjścia dla rozważań jest oparte na analizie literatury przedmiotu stwierdzenie, że pojęcie alternatywnego rozwiązywania sporów jest wieloznaczne, nieostre i otwarte, a to z uwagi na fakt, że wzmiankowane cechy dotyczą każdego z komponentów tego pojęcia, to jest pojęć alternatywności, rozwiązywania oraz sporu. W dyskusji dotyczącej wprowadzania elementów ADR do istniejących procedur prawnych dostrzegalne są: zamieszanie pojęciowe i spór terminologiczny. Uczestnicy tej dyskusji, nie tylko wywodzący się z różnych dziedzin badawczych (prawo, psychologia, socjologia), ale także będący przedstawicielami różnych dogmatyk prawniczych (postępowanie cywilne, karne, administracyjne i sądowoadministracyjne), posługują się zróżnicowanymi schematami pojęciowymi. W konsekwencji powstają ryzyka bądź ograniczonej przekładalności jednych schematów na drugie, bądź wikłania się w niekonkluzywne spory werbalne, wyrażające się np. w pytaniach, takich jak: „Czy projektowana instytucja w ogóle jest mediacją?”, „Czy w kontekście tego postępowania możemy w ogóle mówić o sporze?”. Co więcej, wydaje się, że istnieją ważne ograniczenia systemowe dotyczące implementacji elementów ADR do niektórych procedur. W wielu przypadkach zasadniczą przeszkodą do stosowania tych metod są zasady systemowe poszczególnych gałęzi prawa, procedur czy modeli stosowania prawa. Można postawić tezę, że i w tym zakresie brakuje ogólnej refleksji teoretycznej mogącej wskazać, w jaki sposób radzić sobie z tymi problemami.

Autorzy konstruują ogólny schemat pojęciowy, który niezależnie od swoich walorów teoretycznych może ułatwić prowadzenie dyskusji na temat różnych form ADR, w szczególności w dyskursie legislacyjnym. Schemat ten jest oparty na ogólnym pojęciu stanu rzeczy oraz tzw. tranzycji, czyli przejścia od początkowego stanu rzeczy do finalnego stanu rzeczy. Sformułowane zostają także ogólne definicje zjawisk konfliktu, sprawy oraz sporu, a ponadto zrekonstruowane zostają typy sytuacji, w których te aspekty występują. Analizie podlega także pojęcie alternatywności, tu rozumiane jako stopniowe uchylanie poszczególnych zasad modelu sądowego stosowania prawa.

Druga część książki składa się z czterech rozdziałów, mających charakter dogmatycznoprawny lub w znacznej mierze dogmatycznoprawny. Dotyczą one kolejno problematyki implementacji metod alternatywnych do postępowania cywilnego, karnego, sądowoadministracyjnego i stosowania tych metod w rozwiązywaniu sporów *online*.

Zagadnienie użyteczności metod alternatywnych w rozwiązywaniu sporów o naturze pozwalającej także na ich rozstrzygnięcie adjudykacyjne w postępowaniu cywilnym stanowi główny wątek rozważań w tekście autorstwa Radosława Flejszara oraz Katarzyny Gajdy-Roszczyńskiej. Autorzy rozpoczynają ten wątek od przeglądu różnych form alternatywnych z punktu widzenia kryterium ich efektywności w rozwiązywaniu sporów cywilnych. Wzrastająca liczba sporów unaoczniała problem nieskuteczności adjudykacyjnego trybu ich rozwiązywania, co w połączeniu z narastającą formalizacją i specjalizacją postępowań sądowych rysuje obraz niewydolnych sądów cywilnych. Wprawdzie od 2005 r. polskie cywilne postępowanie sądowe zostało wzbogacone o mediację, ale aktualne znaczenie tej formy rozwiązywania sporów jest marginalne. Sporo uwagi poświęcają autorzy analizie obowiązujących regulacji prawnych, formułując liczne uwagi krytyczne. Podobnie obszerna jest analiza formułowanych dotychczas w literaturze propozycji rozwiązań legislacyjnych. Takie ujęcie problematyki implementacji form alternatywnych w polskim postępowaniu cywilnym, z perspektywy *de lege lata* oraz *de lege ferenda*, stanowi dla autorów podstawę do analizy komparatystycznej uwzględniającej także legislację wspólnotową oraz jej wymagania wobec legislacji krajowej. W konsekwencji przeprowadzonych badań zidentyfikowane zostają wstępne hipotezy na temat głównych barier

w implementacji metod alternatywnych, a w szczególności mediacji, do polskiego systemu prawa.

Dwa następne rozdziały pierwszej części książki skonstruowane zostały wokół bardzo podobnej idei, a mianowicie idei poszukiwania ograniczeń dla możliwości wprowadzenia metod alternatywnych. Pierwszy ze wspomnianych rozdziałów dotyczy rozwiązywania sporów karnych metodami alternatywnymi, a w szczególności przy pomocy mediacji. Drugi z nich rozważa możliwości rozwiązywania sporów administracyjnych przy użyciu tychże metod w postępowaniu sądownoadministracyjnym. Dla autorów obu rozdziałów jedno z istotnych źródeł ograniczeń odnaleźć można w publicznoprawnym charakterze dziedzin, których rozważania dotyczą. W szczególności poszukują odpowiedzi na pytanie: „Jak implementować rozwiązania nastawione na realizację w maksymalnym stopniu zasady autonomii woli stron, nie naruszając istotnych prerogatyw państwa i prawa publicznego chroniącego te prerogatywy?”.

Dobrosława Szumiło-Kulczycka, autorka pierwszego opracowania, w poszukiwaniu odpowiedzi na tak postawione pytanie odwołuje się do porównania modeli odpowiedzialności karnej: modelu retrybucyjnego oraz modelu restytucyjnego, opartego na idei *restorative justice*. Uzasadnienie dla odmienności rozwiązywania sporów karnych od sporów cywilnych z perspektywy zasadniczego problemu ochrony prerogatyw państwa upatruje autorka w innym niż w cywilistyce rozumieniu alternatywności oraz sporu, co w konsekwencji prowadzi do innego znaczenia przypisywanego pojęciu rozwiązania sporu. Takie ujęcie pozwala na rozważenie celów, ograniczeń stosowania metod alternatywnych oraz instytucji je stosujących. W rezultacie autorka udziela odpowiedzi na pytanie: „Jak dojść do porozumienia w sprawach karnych, sięgając zarówno do formalnych, jak i nieformalnych sposobów jego osiągnięcia?”.

W rozdziale opracowanym przez Kamila Klonowskiego podjęto próbę znalezienia kompromisowego rozwiązania w ramach obowiązującej formuły postępowania sądownoadministracyjnego, tak by przede wszystkim ochronić tradycyjne prerogatywy władzy sądowniczej w zakresie kontroli legalności działalności administracji publicznej, a z drugiej strony umożliwić zastosowanie metod alternatywnych. Wskazano przy tym na zgłaszane w dok-

trynie postępowania administracyjnego wątpliwości dotyczące generalnej dopuszczalności stosowania metod alternatywnych w tym postępowaniu. Istota problemu tkwi bowiem w sposobie działania norm prawa administracyjnego, które na etapie postępowania administracyjnego są poddawane procesowi konkretyzacji, zaś w postępowaniu sądowoadministracyjnym proces ten i jego wyniki są przedmiotem kontroli. Autor w tej drugiej procedurze dopatruje się jednak elementów sporu o legalność działań administracji i przy takim założeniu dopuszcza możliwość stosowania alternatywnych metod. Podkreśla przy tym, że wymaga to przyjęcia dodatkowych założeń, oraz wskazuje na potrzebę odejścia od pojmowania metod alternatywnych w sposób cywilistyczny. Tym samym mediacja w postępowaniu sądowoadministracyjnym w relacji do wzoru tej metody w postępowaniu cywilnym stanowi swoistą alternatywę wewnętrzną, hybrydową metodę alternatywną. Autor szczegółowo analizuje zarówno tę hybrydową postać mediacji w postępowaniu sądowoadministracyjnym, jak i nieliczne inne sposoby rozwiązywania sporów administracyjnych, alternatywne wobec form władczych.

Celem tekstu Karoliny Mani jest wyjaśnienie pojęcia elektronicznej odmiany pozasądowych metod rozwiązywania sporów oraz omówienie specyfiki mediacji i arbitrażu *online* (ang. *online dispute resolution* – ODR) wraz z analizą dopuszczalności ich stosowania w prawie krajowym, pozwalającą na sformułowanie postulatów *de lege ferenda*. Badając wybrane pola zastosowania ODR, tj. spory konsumenckie i konflikty o domeny internetowe, autorka pragnie zidentyfikować ich mocne i słabe strony. Ostatnia część rozdziału stanowi omówienie unijnego pakietu legislacyjnego (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 z 18.06.2013, s. 63, i rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 524/2013 z dnia 21 maja 2013 r. w sprawie internetowego systemu rozstrzygania sporów konsumenckich oraz zmiany rozporządzenia (WE) nr 2006/2004 i dyrektywy 2009/22/WE [rozporządzenie w sprawie ODR w sporach konsumenckich], Dz. Urz. UE L 165 z 18.06.2013, s. 1), którego efektem było uruchomienie 15 lutego 2016 r. pierwszej ogółouropejskiej platformy ODR. Ostatni rozdział drugiej części książki jest więc wyróżniony z uwagi

na inne kryterium niż trzy poprzednie (stosowanie określonej technologii, a nie wskazana gałąź prawa proceduralnego), ale z uwagi na fakt, że koncentruje się on na kwestiach normatywnych, a nie programistycznych, stanowi cenne dopełnienie rozważań o charakterze dogmatycznoprawnym.

Trzecia część niniejszego tomu poświęcona jest prezentacji wyników badań empirycznych przeprowadzonych w ramach projektu. Poprzez dokonanie pogłębionej diagnozy prawnych oraz społecznych uwarunkowań rozwoju instytucji alternatywnego rozwiązywania sporów w Polsce zespół badawczy dążył do wyjaśnienia przyczyn aktualnego niewielkiego znaczenia praktycznego metod ADR w Polsce oraz do stworzenia podstaw dla dalszych dyskusji dotyczących najskuteczniejszych narzędzi ich implementacji. Punktem wyjścia przy realizacji badań empirycznych było przygotowanie w oparciu o pytanie główne katalogu hipotez dotyczących trzech rodzajów barier w rozwoju mediacji w Polsce. Są to:

- 1) bariery związane z szeroko rozumianym systemem prawnym,
- 2) bariery związane ze środowiskiem mediacyjnym oraz
- 3) bariery związane ze społeczno-kulturowymi uwarunkowaniami rozwoju metod ADR.

Dokonana konceptualizacja opierała się na założeniu, że rozwój alternatywnych metod rozwiązywania sporów w Polsce nie tylko jest uzależniony od rozwiązania kluczowych (i opisanych w pierwszej części niniejszego tomu) problemów dogmatycznoprawnych, odnoszących się do kształtu tej instytucji oraz normatywnych podstaw funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości, lecz także wymaga podjęcia odpowiednich, szeroko zakrojonych działań popularyzacyjnych, zarówno wśród obywateli, jak i wśród przedstawicieli poszczególnych grup zawodowych (przede wszystkim wśród sędziów, prokuratorów, policjantów oraz adwokatów i radców prawnych).

Zgodnie z główną hipotezą badawczą w zakresie barier związanych z systemem prawnym przyjęto, że na rozwój mediacji negatywnie wpływał ówczesny, tzn. obowiązujący w czasie prowadzenia badań, kształt regulacji w zakresie. Zakładano, że ten negatywny wpływ odnosił się przykładowo do: kwalifikacji mediatorów, zasad prowadzenia list mediatorów, wynagrodzenia mediatorów i zasad rozliczania kosztów mediacji prowadzonych ze skierowania sądu (zarówno w sprawach cywilnych, jak i karnych).

Krytykowane rozwiązania prawne odnosiły się m.in. do braku mediacji w sprawach o wykroczenia, braku możliwości zwolnienia z kosztów mediacji poszczególnych grup obywateli, braku możliwości umorzenia postępowania prowadzonego przez prokuratora na podstawie ugody zawartej przez strony w wyniku mediacji, braku zażalenia na postanowienie o odmowie mediacji, czy wreszcie do braku mediacji obligatoryjnej. Przyjęcie szerokiej (socjologiczno-prawnej) definicji systemu prawnego pozwoliło na uwzględnienie w przeprowadzonych badaniach również zagadnień instytucjonalnych, związanych z takim sposobem funkcjonowania organów wymiaru sprawiedliwości, który może przyczyniać się do niewielkiej liczby mediacji w skali kraju. Hipotezy badawcze w tym zakresie odnosiły się przede wszystkim do negatywnego wpływu ograniczeń organizacyjno-finansowych, lokalowych, a także braku jednolitych i skutecznych mechanizmów informowania potencjalnych stron mediacji o możliwości skorzystania z tej metody. Do najważniejszych zagadnień szczegółowych należały postulaty w zakresie reformy zasad prowadzenia list mediatorów przy sądach oraz zasad sporządzania statystyk i oceniania sprawności pracy sędziów i prokuratorów. Uwzględniono ponadto takie czynniki, jak postawy sędziów, prokuratorów i zawodowych pełnomocników procesowych oraz wpływ, jaki wywiera na te postawy przyjęty model edukacji.

Główna hipoteza w zakresie barier związanych ze środowiskiem mediacyjnym dotyczyła negatywnego wpływu braku standaryzacji kwalifikacji mediatorów oraz braku odpowiednich mechanizmów zapewniających wysoki poziom ich szkolenia. Pod uwagę wzięto także problemy organizacyjne, z jakimi muszą się mierzyć ośrodki mediacyjne, oraz perspektywy rozwoju mediacji przedsądowych.

Na etapie przygotowywania badań empirycznych jako hipotezę przyjęto, że podstawową barierę o charakterze społeczno-kulturowym stanowi ogólnie niski poziom świadomości prawnej obywateli, co jest powiązane z brakiem ich przekonania o skuteczności i wiążącym charakterze mediacji sądowej. Polacy często preferują drogę sądową, prowadzącą do wydania i wykonania wyroku, jako skuteczniejszą i bezpieczniejszą. Kolejny wzięty pod uwagę czynnik to utrzymujący się od dłuższego czasu negatywny społeczny wizerunek wymiaru sprawiedliwości, zarówno w zakresie realizowanych przez niego funkcji (np. brak odpowiedniego zabezpieczenia

interesów i potrzeb osób pokrzywdzonych), jak i w zakresie oceny jego bieżącej działalności. Przy realizacji badań analizowano również wpływ aktualnego modelu edukacji dzieci i młodzieży na perspektywy rozwoju metod polubownych w Polsce.

Powyższa identyfikacja barier posłużyła do opracowania kwestionariusza wywiadu pogłębionego z ekspertami. Łącznie przeprowadzono 233 wywiady z przedstawicielami poszczególnych grup zawodowych (sędziowie cywilni i karni, prokuratorzy, policjanci, zawodowi pełnomocnicy procesowi cywilni i karni, mediatorzy, eksperci z zakresu prawa administracyjnego), zachowując anonimowość poszczególnych respondentów. Dzięki przeprowadzeniu wywiadów pogłębionych zespół badawczy miał możliwość zebrania i scharakteryzowania głównych tendencji widocznych w opiniach ekspertów na temat dostrzeganych barier w rozwoju mediacji, a także na temat ich postulatów dotyczących pożądanych zmian w tym zakresie. Opracowywanie wyników polegało przede wszystkim na wyodrębnieniu stanowisk przeważających oraz określeniu tych najbardziej skrajnych. Po uporządkowaniu różnych opinii prezentowanych przez ekspertów na dany temat przeprowadzono analizę argumentów wykorzystywanych przez zwolenników poszczególnych koncepcji. Zebranie opinii ekspertów w zakresie szerokiego spektrum uwarunkowań wpływających na obecny stan i perspektywy rozwoju mediacji w polskim systemie prawnym było głównym zamierzeniem zespołu badawczego. Uwzględnienie w badaniu wielu kwestii szczegółowych (czego konsekwencją jest przyjęty w książce sposób prezentacji wyników) dało zespołowi badawczemu możliwość zrekonstruowania czynników wpływających na znikome znaczenie mediacji w polskim systemie prawnym.

Kolejny etap empirycznej części projektu badawczego składał się z dwóch części. Obejmował w I fazie przeprowadzenie na reprezentatywnej próbie 1005 dorosłych Polaków badań telefonicznych (CATI) na temat obywateli i stosunku do mediacji, jak też oceny polskiego prawa i praktyki jego stosowania w zakresie sądowych i pozasądowych metod rozwiązywania sporów. W II fazie zrealizowano na grupie 652 dorosłych Polaków eksperymentalne badania internetowe (CAWI) na temat czynników wpływających na gotowość skierowania sprawy do mediacji sądowej i pozasądowej w wybranych typach spraw. Jednym z problemów szczegółowych było

różnicowanie społecznych ocen skuteczności różnych trybów rozwiązywania sporów ze względu na rodzaje spraw oraz czynniki charakteryzujące status stron.

Część drugą monografii otwiera szczegółowe omówienie przez Mateusza Pękałę celów przyświecających zespołowi badawczemu przy przygotowywaniu i realizowaniu badań empirycznych w ramach grantu oraz podstawowych założeń metodologicznych, na których oparto badania. Następnie Czytelnik może zapoznać się z serią tekstów traktujących o wynikach badań opinii ekspertów. W opracowaniach tych scharakteryzowane zostały zarówno bariery systemowe rozwoju mediacji w Polsce, jak i sposoby wzmocnienia roli instytucji mediatora w polskim systemie prawnym oraz społeczno-kulturowe uwarunkowania rozwoju mediacji w naszym kraju. Odrębne opracowania poświęcono specyfice rozwoju mediacji w praktyce policyjnej oraz w praktyce postępowañ sądowoadministracyjnych.

Rozdziały, których autorami są odpowiednio Tomasz Cyrol i Paweł Czarnecki, poświęcone zostały tym barierom w rozwoju mediacji, które są związane z szeroko rozumianym systemem prawnym. Pierwszy z autorów analizuje wypowiedzi ekspertów w zakresie rozwoju mediacji cywilnej w kontekście uznawanych przez nich za uzasadnione postulatów o charakterze *de lege lata* i *de lege ferenda*. Wymaga podkreślenia, że opinie ekspertów dotyczące funkcjonujących w niektórych krajach modeli mediacji obligatoryjnej istotnie się różnią. Zwolennicy wprowadzenia elementu przymusowego, chociażby jedynie w odniesieniu do spotkania informacyjnego, wskazywali, że byłoby to zasadne przede wszystkim w sprawach rodzinnych oraz w pozostałych sprawach cywilnych o niskiej wartości przedmiotu sporu. Mniejsze kontrowersje wzbudzała kwestia wysokości wynagrodzenia za prowadzenie mediacji sądowej, które respondenci w większości uznawali za zbyt niskie. W efekcie sami mediatorzy nie są odpowiednio motywowani do rzetelnego sprawowania swoich obowiązków. Z drugiej zaś strony uczestnicy postępowañ mediacyjnych nie są przekonani o skuteczności tej metody. Autor omawia również tendencje widoczne w opiniach ekspertów m.in. w odniesieniu do takich kwestii, jak możliwość prowadzenia mediacji w budynku sądu oraz możliwość „odsyłania” stron do mediacji prowadzonej w czasie przerwy w posiedzeniu sądu.

Paweł Czarnecki analizuje opinie sędziów, prokuratorów i pełnomocników procesowych na temat mediacji w sprawach karnych, ze szczególnym uwzględnieniem takich zagadnień, jak: perspektywy rozwoju mediacji na przestrzeni ostatnich kilku lat, ocena jakości regulacji prawnych w tym zakresie oraz praktyka stosowania przepisów dotyczących mediacji, postulaty reformy regulacji w tym zakresie, ocena obowiązkowej mediacji w sprawach karnych, propozycja wprowadzenia obowiązkowego informowania o mediacji, zasadność wprowadzenia mediacji w sprawach o wykroczenia oraz na etapie postępowania wykonawczego, ocena funkcjonowania umorzenia restytucyjnego. Opinie dotyczące powyższych kwestii były w dużej mierze zdeterminowane rolą zawodową pełnioną przez konkretnego eksperta. Przykładowo o ile mediatorzy podkreślali pozytywne efekty mediacji polegające na przywróceniu dobrych relacji pomiędzy pokrzywdzonym a oskarżonym, o tyle prokuratorzy w mediacji upatrywali raczej sposobu sprawnego zakończenia postępowania przygotowawczego, natomiast zawodowi pełnomocnicy procesowi niechęć do mediacji uzasadniali stereotypowym poglądem mówiącym, że mediatorzy są dla nich konkurentami na rynku usług prawnych. Autor analizuje również wypowiedzi respondentów w zakresie barier w rozwoju mediacji, które wynikają zarówno z przyjętych rozwiązań legislacyjnych, jak i np. postaw reprezentantów poszczególnych zawodów prawniczych. W każdej z badanych grup można było spotkać zarówno entuzjastów stosowania mediacji, jak i osoby tej instytucji niechętne, przy czym tych drugich było znacznie więcej.

W kolejnym rozdziale Mariola Hacia-Groticka oraz Paweł Czarnecki analizują opinie ekspertów na temat barier instytucjonalnych w rozwoju mediacji w sprawach karnych i cywilnych oraz w zakresie promocji mediacji w środowiskach prawniczych. Respondenci zgodnie podkreślali, że mediacja to zawsze i wyłącznie metoda alternatywna wobec klasycznego postępowania adwudykacyjnego. Nie zmienia to faktu, iż jako metoda komplementarna (a nie konkurencyjna) mediacja powinna być stosowana w możliwie najszerszym zakresie, na pewno szerszym niż obecnie. W opracowaniu szczegółowo omówiono m.in. bariery w rozwoju mediacji mające swoje źródło w funkcjonowaniu wymiaru sprawiedliwości, organów ścigania oraz organizacji ośrodków mediacyjnych. Należy zwrócić uwagę na zniechęcające do stosowania mediacji zasady sprawozdawczości i oceniania sprawności działania sądów i prokuratur. Autorzy omawiają również opinie ekspertów w zakresie

promocji mediacji w środowiskach prawniczych. Najczęściej postulowano wprowadzenie systematycznych szkoleń oraz innych form edukacji służących poszerzaniu wiedzy o praktycznych aspektach korzystania z metod polubownych zarówno wśród osób już wykonujących zawody prawnicze, jak i studentów oraz aplikantów. Wydaje się, że bez wypracowania skutecznych mechanizmów przekonywania prawników sceptycznie nastawionych do stosowania metod polubownych nie będzie możliwe wzmocnienie roli mediacji w polskim systemie prawnym.

Małgorzata Roszkowska oraz Daria Wójcik w opracowaniu zatytułowanym „Doświadczenia prawników i mediatorów w stosowaniu mediacji. Perspektywa empiryczna” analizują tę część badań, w której respondenci mieli okazję wypowiedzieć się na temat problemów, z jakimi spotyka się stosowanie mediacji w ich indywidualnej praktyce zawodowej. W szczególności chodzi o liczbę i ocenę postępowań mediacyjnych, w których bezpośrednio lub pośrednio brali udział, ewentualnie o przyczyny niestosowania tej instytucji w swojej praktyce zawodowej. Znalazł tu odzwierciedlenie widoczny we wszystkich grupach zawodowych (z wyjątkiem mediatorów) podział na zwolenników mediacji, dostrzegających praktyczne korzyści związane z jej stosowaniem, oraz na osoby, które nie stosują tej metody ze względu na brak przekonania o jej skuteczności lub ze względu na negatywne doświadczenia. Autorki wskazują, że zdecydowanie największy sceptycyzm przejawiała grupa prokuratorów.

Kolejne rozdziały dotyczą problematyki poszukiwania optymalnego sposobu zapewnienia instytucji mediacji odpowiedniego znaczenia w funkcjonowaniu systemu prawnego. Mateusz Pękała analizuje opinie ekspertów w zakresie pożądanych kwalifikacji, jakie powinni spełniać mediatorzy. Jest to szczególnie istotne ze względu na mały stopień integracji środowisk zawodowych prawników i mediatorów. Jeśli sędziowie, prokuratorzy, policjanci i zawodowi pełnomocnicy mają być zachęceni do częstszego korzystania z mediacji, to należy zapewnić odpowiedni poziom szkolenia mediatorów, który przyczyni się do zwiększenia zaufania do tej instytucji. Eksperci pytani o modelowy profil „dobrego mediatora” formułowali różnorodne opinie na temat wiedzy i umiejętności, jakimi powinni dysponować zawodowi mediatorzy, odwołując się zarówno do wiedzy prawniczej, jak i do wiedzy z zakresu socjologii i psychologii. Często zwracano uwagę na fakt, iż mediatorzy powinni specjalizować się w zakresie poszczególnych

rodzajów spraw, co pozwoli stronom sporów dobierać odpowiednich mediatorów do konkretnych typów sporów.

Kolejne dwa rozdziały dotyczą opinii ekspertów w zakresie zasad funkcjonowania ośrodków mediacyjnych. Grzegorz Frączek wskazuje, że zasadne byłoby uregulowanie przedmiotowych kwestii w odrębnym akcie normatywnym rangi ustawowej. Stworzenie ogólnych ram prawnych dla działalności ośrodków mediacyjnych przyczyniłoby się do podniesienia jakości oferowanych przez nie usług oraz do zwiększenia rozpoznawalności i poprawy społecznego wizerunku grupy zawodowej mediatorów.

Anna Bicz charakteryzuje rozbieżności w opiniach ekspertów na temat zasad prowadzenia list mediatorów. Sposób unormowania zasad prowadzenia takich list wywoływał kontrowersje przedstawicieli nauki i praktyków już od czasu wprowadzenia mediacji cywilnej do polskiego porządku prawnego. Respondenci nie byli zgodni przede wszystkim w kwestii podmiotu, który powinien być odpowiedzialny za prowadzenie list mediatorów, oraz informacji, które powinny być na tych listach udostępniane. Wiele postulatów zgłaszanych przez ekspertów znalazło swoje odzwierciedlenie w przyjętej przez ustawodawcę w końcu 2015 r. nowelizacji przepisów w zakresie mediacji w sprawach cywilnych¹.

Małgorzata Roszkowska i Daria Wójcik przedstawiają zebrane w trakcie realizacji badań empirycznych opinie w zakresie najlepszych, zdaniem ekspertów, strategii prowadzenia mediacji. Zarówno wielu sędziów, jak i pełnomocników wskazywało na zalety mediacji ewaluatywnej, która może być szczególnie przydatna w związku z ogólnie niskim poziomem świadomości prawnej społeczeństwa polskiego. Wśród mediatorów zaś widoczny był wyraźny podział na zwolenników określonych strategii mediacyjnych, co zapewne wynika z przyjmowanych przez różne ośrodki mediacyjne odmiennych standardów szkoleń.

Kolejne trzy rozdziały empirycznej części książki zawierają analizę wyników badań dotyczących doświadczeń i poglądów ekspertów co do społecznych

¹ Ustawa z dnia 10 września 2015 r. o zmianie niektórych ustaw w związku ze wspieraniem polubownych metod rozwiązywania sporów (Dz. U. poz. 1595).

postaw wobec alternatywnych metod rozwiązywania sporów, wpływu poziomu ogólnej świadomości prawnej obywateli oraz społecznych ocen instytucji wymiaru sprawiedliwości na perspektywy rozwoju mediacji w Polsce. Mateusz Pékala przedstawia wachlarz czynników, które zdaniem respondentów wpływają na ogólne postawy obywateli wobec sytuacji konfliktowych oraz na wybór sposobu rozwiązania sporu. Doświadczenia ekspertów wskazują na niski poziom świadomości prawnej Polaków oraz krytyczne oceny funkcjonowania instytucji wymiaru sprawiedliwości. Czynniki te w opinii ekspertów skutkują niewielkim zainteresowaniem ogółu społeczeństwa instytucją mediacji. Natomiast te osoby, które posiadają doświadczenie w stosowaniu z mediacji jako metody pozwalającej zakończyć spór szybciej niż na drodze sądowej, pochlebnie oceniały instytucję i chętnie do niej wracały przy okazji kolejnych sporów prawnych. Jednak obywateli posiadających jakiegokolwiek praktyczne doświadczenie w tym zakresie jest relatywnie niewielu, co zdaniem ekspertów powodowane jest niską liczbą mediacji prowadzonych ze skierowania sądu oraz niską liczbą mediacji przedsądowych, mających na celu zażegnanie konfliktu już na jego początkowym etapie.

Małgorzata Roszkowska i Daria Wójcik szukają w opiniach ekspertów wskazówek istnienia „dobrych praktyk” upowszechniania wiedzy o mediacji w polskim społeczeństwie. Autorki analizują w związku z tym stosunek respondentów wobec następujących zagadnień: skuteczności dotychczasowych działań promocyjnych; form postulowanych działań promocyjnych oraz podmiotów odpowiedzialnych za takie działania; roli środków masowego przekazu w promocji mediacji; form promocji mediacji w mediach; edukacji społeczeństwa w tym zakresie, jak też możliwości zwiększenia popularności mediacji pozasądowej. Na treść wypowiedzi miała wpływ (przynajmniej w pewnym zakresie) rola w procesie mediacyjnym, jednakże eksperci zgodnie wskazywali na zasadnicze znaczenie, jakie w upowszechnianiu mediacji powinna pełnić edukacja w szkołach oraz oddziaływanie środków masowego przekazu.

Janina Czapska i Krzysztof Kasperek przedstawiają w kolejnym rozdziale rezultaty dwóch badań na temat społecznego odbioru mediacji sądowej. W pierwszym, przeprowadzonym w formie ogólnopolskiego sondażu, wzięło udział 1005 osób. Wśród najważniejszych wyników uzyskanych w ogólnopolskim sondażu (CATI) należy wymienić bardzo niski stan wie-

dzy społeczeństwa polskiego na temat mediacji (w tym mediacji sądowej), połączony z silnie artykułowaną potrzebą edukacji w tym zakresie. Badani oceniali też możliwości zastosowania mediacji w różnych sytuacjach konfliktowych. Z największą aprobatą respondentów spotkał się pogląd, że mediacja powinna być stosowana przede wszystkim w rozwiązywaniu konfliktów sąsiedzkich, konsumenckich oraz rodzinnych (z wyjątkiem tych, w których występuje element przemocy). Najmniejsze przyzwolenie dla mediacji odnotowano w przypadku konfliktów związanych z przemocą rodzinną oraz kradzieżą. W eksperymentalnym badaniu internetowym jednym z najważniejszych rezultatów jest ustalenie, że niezależnie od ocenianego typu konfliktu badani preferowali rozwiązania bez udziału sądu, w tym rozwiązania pozainstytucjonalne. Wśród cech związanych z wyrażaniem silniejszych preferencji w kierunku rozwiązywania konfliktów na drodze mediacji (sądowej albo pozasądowej) znalazły się: płeć (kobiety), ugodowość (rozumiana jako cecha osobowości), sceptycyzm wobec rozwiązywania konfliktów na drodze sądowej, a także bezpośrednie doświadczenia wiktymizacyjne w zakresie kradzieży przedmiotu o mniejszej wartości.

Kolejne dwa rozdziały monografii poświęcone zostały problematyce rozwoju mediacji w dwóch specyficznych przypadkach: w działalności policji oraz w sferze postępowania sądowoadministracyjnego. Odnosnie do kwestii pierwszej Joanna Stojer-Polańska zwraca uwagę, że w czasie prowadzenia badań mediacja była niezwykle rzadko stosowana przez funkcjonariuszy policji. Wynikało to zarówno z niewiedzy dotyczącej przepisów regulujących tę instytucję, jak i z braku zachęt do jej stosowania (poprzez uproszczenie postępowania) oraz sposobu rozliczania policjantów z prowadzonych postępowań (wymogi dotyczące statystyki policyjnej). Policjanci wskazali grupę spraw, które można byłoby skierować do mediacji, jednak potrzeba na to zarówno szkoleń dla samych policjantów, zachęty przełożonych, jak i środków finansowych na prowadzenie mediacji pomiędzy pokrzywdzonym a sprawcą. Dodatkowo, zdaniem policjantów, mediacja zamiast skracać czas prowadzenia postępowania, wydłuża je. Niektórzy respondenci przyznawali, że więcej korzyści dla organów ścigania przynosi stosowanie „mediacji naturalnej” (nieformalnej), która prowadzi do rozwiązania konfliktu, choć nie jest prowadzona z zastosowaniem przepisów kodeksu postępowania karnego. W zakresie stosowania mediacji przez policję brakuje także dobrych praktyk, co przekłada się na marginalne wykorzystanie tej instytucji.

W rozdziale poświęconym opiniom ekspertów na temat barier w rozwoju mediacji w polskim postępowaniu sądowoadministracyjnym Maksymilian Szelański-Dylewski wskazuje na najważniejsze czynniki warunkujące niewielkie znaczenie metod polubownych w praktyce postępowania sądowoadministracyjnego. Główną rolę odgrywa tu przyjęty przez ustawodawcę model regulacji mediacji, znacznie odbiegający od klasycznej postaci tej instytucji. Nie bez znaczenia pozostają również kontrowersje o charakterze dogmatycznoprawnym na temat dopuszczalności stosowania metod alternatywnych w tej gałęzi w prawa w ogóle. Autor uważa, że zwiększenie znaczenia mediacji w tym zakresie byłoby możliwe jedynie pod warunkiem dokonania daleko idącej reformy regulacji oraz wprowadzenia skutecznych mechanizmów informowania stron o możliwości stosowania mediacji i motywowania ich do tego.

Empiryczną część monografii kończy rozdział autorstwa Janiny Czapskiej, zawierający podsumowanie wyników badań empirycznych oraz płynące z nich wnioski. Autorka stawia tezę, że po okresie entuzjazmu wiążącego się z nadziejami, jakie niosło ze sobą wprowadzenie nowej instytucji, upowszechnianie mediacji staje się trudne ze względu na niedostateczne instytucjonalne wsparcie oraz bariery świadomościowe, jakie towarzyszą temu procesowi. Edukacja w zakresie mediacji powinna objąć wszystkich aktorów procesu mediacyjnego, a zatem prawników, mediatorów i obywateli. Jako punkt wyjścia do formułowania propozycji rozwiązywania trudności zidentyfikowanych w upowszechnianiu mediacji w Polsce przyjęto konstrukcję trójkąta, którego wierzchołkami są trzy kategorie podmiotów: stosujący prawo – mediatorzy – obywatele. Na podstawie wyników badań ekspertów i społeczeństwa autorka proponuje metody doskonalenia relacji między aktorami w oparciu o normy prawne, działania organizacyjne oraz inicjowanie odpowiednich procesów społecznych (promocja mediacji, w tym pozasądowej, budowa zaufania do tej instytucji i zrozumienia dla jej zalet dla każdej ze stron).

Rekonstrukcja propozycji respondentów musi być dokonywana przy świadomości specyfiki ról pełnionych przez poszczególnych respondentów. Przykładowo omawiane w niniejszej książce opinie ekspertów odnośnie do działań, jakie powinny być w Polsce podejmowane w zakresie promowania alternatywnych metod rozwiązywania sporów, wyraźnie powiązane są z rolami zawodowymi poszczególnych respondentów. O ile prawnicy w dużej mierze koncentrowali się na wskazywaniu koniecznych, ich zdaniem, zmian

o charakterze legislacyjnym, o tyle mediatorzy podkreślali raczej potrzebę systematycznego uświadamiania sędziów, prokuratorów oraz zawodowych pełnomocników procesowych na temat zalet płynących z wykorzystania mediacji. Niezależnie natomiast od pozycji zawodowej eksperci byli zgodni co do kluczowej roli edukacji dzieci i młodzieży, a także co do nadziei pokładanych w edukacyjnej roli środków masowego przekazu. Te dwa czynniki były również najczęściej wymieniane w trakcie badań opinii publicznej.

Uzyskane wyniki badań w pewnej mierze są zgodne z opiniami rozpowszechnionymi wśród zawodowych prawników i mediatorów oraz w społeczeństwie. Zebrany materiał badawczy daje w tym przypadku empiryczne podstawy do uznania tych twierdzeń za szeroko rozpowszechnione. Przeprowadzone badania pozwoliły jednak również zidentyfikować takie czynniki wpływające na rozwój mediacji w Polsce, które często nie są dostrzegane lub są ignorowane przez ustawodawcę i instytucje odpowiedzialne za podejmowanie decyzji w zakresie organizacji wymiaru sprawiedliwości.

Warto podkreślić, że problematyka rozwoju alternatywnych metod rozwiązywania sporów nie doczekała się wcześniej tak szeroko zakrojonych badań empirycznych. Lukę tę stara się wypełnić niniejsza publikacja. Zdaniem zespołu redakcyjnego może też stanowić podstawę do planowania kompleksowych badań w przyszłości.

Rezultaty badawcze przedstawione w niniejszej książce stanowią w ocenie niżej podpisanych bardzo przekonującą ilustrację tezy o wysokim stopniu złożoności współczesnych instytucji społecznych i prawnych, służących procesowi rozwiązywania sporów. Sądzymy, że jedynie interdyscyplinarne podejście do badania takich zjawisk może prowadzić do wytworzenia istotnych rezultatów badawczych, mogących odegrać rolę w rzeczywistym procesie tworzenia, reformy i stosowania prawa. Można mieć nadzieję, że wyniki zawarte w tej książce będą mogły odegrać rolę w procesie dalszej implementacji metod alternatywnych do polskiego systemu prawa, zarówno na poziomie legislacyjnym, jak i na poziomie praktycznego stosowania tych form, w ramach procesu sądowego i poza nim.

Rezultaty projektu badawczego nie pozwalają na rekonstrukcję zbioru warunków koniecznych i wystarczających dla zwiększenia znaczenia mediacji

w odniesieniu do rozwiązywania sporów i konfliktów w Polsce. Wyniki zaprezentowane w tej książce pozwalają jednak sformułować katalog czynników, które mają wpływ na popularyzację i efektywne stosowanie metod alternatywnych w systemie prawa.

Po pierwsze, kwestią doniosłą, a często pomijaną lub niedocenianą, jest uporządkowanie stosowanej terminologii oraz umiejętność analizy danej instytucji z szerszej perspektywy teoretycznej. Przyjęcie, choćby dla celów roboczych, zharmonizowanego schematu pojęciowego jest szczególnie istotne w dyskursie legislacyjnym, gdzie skupienie się na wyrażeniach językowych zamiast na obiektach, do których się one odnoszą, prowadzi często do nieporozumień i jałowych dyskusji. Co więcej, przyjęcie szerszej perspektywy teoretycznej pozwala na udzielanie trafnych odpowiedzi na pytanie, czy dany wycinek stosunków społecznych jest zdalny do tego, by problemy powstające w jego obrębie rozwiązywać w sposób konsensualny.

Po drugie, znaczącym wyzwaniem, jakie stoi aktualnie przed specjalistami z zakresu prawa procesowego, jest dokonanie analiz oraz zmian o charakterze systemowym, umożliwiających implementację metod alternatywnych do procedur opartych na tradycyjnych schematach pojęciowych i zasadach procesowych. Przy dokonywaniu tego rodzaju analiz – i ewentualnych reform – pomocna może być również szersza, teoretyczna perspektywa, o której pisaliśmy wyżej. Prawnicy procesualiści są świadomi, że wprowadzenie metod alternatywnych do obowiązujących regulacji może być związane z koniecznością zapłaty pewnej ceny – osłabienia spójności modeli poszczególnych procedur albo ich znaczącego przekonstruowania. Podejmowanie adekwatnych decyzji regulacyjnych wymaga przy tym nie tylko drobiazgowej wiedzy dotyczącej aspektów normatywnych danej dziedziny, lecz także znajomości praktyki instytucjonalnej organów stosujących daną grupę przepisów.

W konsekwencji – po trzecie, nieodzownym warunkiem powodzenia procesu implementacji metod alternatywnych jest wiedza dotycząca społecznych (psychologicznych, socjologicznych, organizacyjnych, instytucjonalnych) aspektów rozwiązywania konfliktów i sporów. Wyniki badań empirycznych przeprowadzonych w ramach projektu prowadzą do sformułowania uporządkowanych wniosków w tym zakresie. Istotnym czynnikiem sprzyjającym popularyzacji mediacji jest obecność grupy profesjonalnych

mediatorów, których aktywność cieszyłaby się sporym zaufaniem społecznym. Wydaje się, że w tym kontekście mamy do czynienia z klasycznym dylematem popytu – podaży. Czy państwo powinno podejmować działania regulacyjne mające na celu wykreowanie popytu na usługi mediacyjne? Czy raczej działalność państwa winna być odpowiedzią na spontaniczne powstanie takiego popytu i odpowiadającej mu podaży? Rezultaty projektu, podkreślające znaczenie edukacji społeczeństwa w zakresie funkcji i dostępności mediacji, stawiają pod znakiem zapytania ewentualność pozostawienia tych kwestii spontanicznemu i żywiołowemu rozwojowi.

Ujmując trudności w upowszechnianiu mediacji od strony podmiotowej, należy wskazać, że odpowiednie działania powinny być podjęte wobec wszystkich aktorów procesu mediacyjnego: obywateli, prawników stosujących prawo, mediatorów, oraz wobec instytucji, w których działają te dwie kategorie podmiotów. Adresatem odpowiednich postulatów powinien być też ustawodawca. Takie hipotezy sformułowano na początku realizacji projektu badawczego. Czas zatem zapytać, jakie jest stanowisko autorów po 4 latach badań. Odpowiedzi na poszczególne pytania szczegółowe zostały przedstawione w książce. Zachowana została przy tym korespondencja (łączność) między refleksją dogmatyków a charakterystyką opinii praktyków i obywateli w poszczególnych kwestiach. Na tej podstawie można sformułować trzy najważniejsze zalecenia:

- 1) po pierwsze, należy podnieść i sprecyzować wymagania w stosunku do mediatorów i ośrodków mediacyjnych, jak też metody weryfikacji posiadania odpowiednich kwalifikacji;
- 2) po drugie, wszystkie zainteresowane środowiska, w tym głównie mediatorzy, powinni upowszechniać wiedzę na temat idei mediacji i propagować znacznie silniej niż dotąd mediację pozasądową;
- 3) po trzecie, podstawowymi kanałami przekazywania tej wiedzy powinny być: edukacja szkolna, nowoczesna promocja w środkach masowego przekazu oraz szkolenia w organach egzekwujących i stosujących prawo.

Podstawowe znaczenie przyznano zatem redukcji barier instytucjonalnych i świadomościowych, ale edukacja odnosić się powinna do wszystkich aktorów w procesie mediacyjnym, a nie wyłącznie do społeczeństwa. Rola państwa w realizacji tych postulatów jest trudna do przecenienia, ale oczekiwania nie mogą ograniczać się wyłącznie do tworzenia dobrego prawa.

Część I

Rozdział I

Pojęcie alternatywnego rozwiązywania sporów

1. Wprowadzenie

Chociaż zjawisko alternatywnych metod rozwiązywania sporów (dalej: ADR) stało się widoczne w krajobrazie współczesnych społeczeństw, a zwłaszcza w kulturowanych przez nie kulturach prawnych, to stanowi ono względnie rzadko przedmiot analiz teoretycznoprawnych. Filozofowie prawa poświęcają znacznie mniej uwagi problemowi ADR niż takim pojęciom, jak samo pojęcie prawa, pojęcie normy prawnej, systemu prawa czy obowiązywania prawa. Z drugiej strony, zjawisko ADR często jest przedmiotem badań innych dyscyplin nauk prawnych, m.in. takich jak psychologia, socjologia prawa czy też ekonomiczna analiza prawa. Taki stan rzeczy sprawia, że badania dotyczące ADR są wielowątkowe i prowadzone z różnych perspektyw badawczych. Przedstawiciele dogmatyki prawa, a zwłaszcza różnych gałęzi prawa procesowego, podejmując badania nad metodami alternatywnymi, z oczywistych powodów koncentrują je na analizach konkretnych systemów prawa, ograniczając tym samym poziom ogólności swoich dociekań. Wszędzie tam, gdzie ADR stanowią przedmiot zainteresowania nieprawników, takich jak psychologowie, socjologowie czy szerzej – przedstawiciele nauk społecznych, przedstawiciele nauk informatycznych czy uczestnicy obrotu gospodarczego, cel ich pracy badawczej jest często praktyczny i skupia się na optymalizacji dyskutowanych procedur.

Jakie mogą być przyczyny relatywnie niewielkiego zainteresowania teorii prawa tematem alternatywnego rozwiązywania sporów? Pierwsza odpowiedź, jaka się nasuwa, to brak istotnych, znaczących problemów teoretycznoprawnych. Pojęcia negocjacji, mediacji czy arbitrażu są rozumiane intuicyjnie w odpowiednich wspólnotach komunikacyjnych i właś-

nie z uwagi na tę okoliczność, zdaniem niektórych osób, nie ma potrzeby prowadzenia głębszych rozważań teoretycznych dotyczących tych pojęć. Wydaje się, że wspólnoty te są raczej zainteresowane empirycznym poszukiwaniem czynników wpływających na pewne procesy, zarówno rozwiązywania konkretnych konfliktów oraz – w szerszej perspektywie – funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości, jak i możliwych środków ich poprawy.

Drugi powód wiąże się z różnorodnością współczesnego „świata” ADR. Biorąc pod uwagę fakt, że współcześnie mamy do czynienia z wieloma różnymi formami alternatywnymi, z licznymi wersjami poszczególnych form oraz z ich odmiennościami w różnych jurysdykcjach z uwagi na procedurę, podstawę prawną, konstrukcję instytucjonalną itd., wydaje się, że zadanie sformułowania teoretycznego schematu pojęciowego, który objąłby tę różnorodność, stanowi przedsięwzięcie skazane na niepowodzenie. Stale są rozwijane nowe formy ADR i należy oczekiwać, że ten proces będzie kontynuowany. Także wielość metodologicznych ujęć w literaturze czyni tę sytuację do tego stopnia skomplikowaną, że wydaje się, że jakkolwiek teoretyczny schemat pojęciowy dotyczący zjawiska ADR byłby zbyt ogólny, a przez to zasługujący na odrzucenie z uwagi na trywialność, wysoki stopień arbitralności i niespełnienie warunku informatywności.

Trzeci powód związany jest z pewnymi własnościami technik ADR, takimi jak ich (zasadniczo) poufny i (typowo) dobrowolny charakter. Zasada poufności ogranicza dostęp do danych, na podstawie których mogłyby być prowadzone badania naukowe. Obowiązek publikacji prawa przez państwo oraz zasada jawności postępowania sądowego (umożliwiająca dostęp do decyzji sędziowskich) doprowadziły do rozwoju teoretycznoprawnych ujęć zarówno legislacji, jak i sądowego stosowania prawa, jednakże tego rodzaju wgląd jawi się jako mało realny w odniesieniu do metod alternatywnych. Ponadto wiążący charakter decyzji sędziowskich wraz kanonami wykładni prawa oraz regułami ustalania stanu faktycznego nadaje dziedzinie sądowego rozstrzygania sporów znamię konieczności, co wspiera jej opracowanie przy pomocy systemu pojęć i reguł. Wydaje się, że w odniesieniu do metod ADR należy postawić tezę przeciwną. Jeżeli bowiem proces rozwiązywania sporu zależy w wysokim stopniu od indywidualnych cech i przekonań zainteresowanych stron, to można mieć wątpliwości, czy tradycyjne metody analityczne mogą znaleźć zastosowanie w związku z teoretyzowaniem na temat tego procesu.

Czy wszystko to oznacza, że zjawisko ADR nie powinno stanowić przedmiotu badań teoretycznoprawnych? W naszym przekonaniu możliwe jest uzasadnienie przeciwnego twierdzenia. Za niefortunną należy uznać sytuację zastaną, w której prace dotyczące różnych metod ADR często przedstawiają ich nadmiernie uproszczony obraz. Analiza zastosowania metod alternatywnych w danej gałęzi prawa rozpoczynana jest często od dyskusji na temat pojęcia sporu oraz pojęcia alternatywności, w której podkreślana jest niejednoznaczność obu pojęć. Pojęcie sporu często jest przedstawiane jako powiązane z pojęciem konfliktu, pełniącym istotniejszą rolę w literaturze psychologicznej i socjologicznej. Natomiast metody ADR zazwyczaj są zestawiane z uproszczonym, klasycznym modelem sądowego rozstrzygnięcia sporu, co pozwala na zwięzłe przedstawienie zalet i wad obu rozwiązań. Okoliczność, że metody ADR występują w wielu odmianach, jest akceptowana (często przedstawiane są one w postaci skali od metod bardziej do mniej formalnych), jednakże negocjacje, mediacja i arbitraż są określane mianem paradygmatycznych, i jako takie są rozważane, przed przejściem do dyskusji bardziej szczegółowych kwestii.

Chociaż nie wszystkie opracowania dotyczące ADR są obciążone wspomnianą wadą symplicyzmu, sam fakt takiego właśnie ujmowania tych zagadnień może być oceniony negatywnie, po prostu z uwagi na tę okoliczność, że nie odzwierciedla współczesnej rzeczywistości metod alternatywnych, która jest znacznie bardziej złożona. Z drugiej strony autorzy takich ujęć nie powinni być poddawani zbyt surowej krytyce, choćby z uwagi na to, że teoria prawa rzeczywiście nie przedstawiła jakiegokolwiek użytecznej czy adekwatnej alternatywy. Jeden z motywów skłaniających nas do napisania tego tekstu ma charakter czysto teoretyczny, a mianowicie zbudowanie takiego schematu pojęciowego, który byłby adekwatny dla ujęcia różnorodnych technik używanych we współczesnym rozwiązywaniu sporów – schematu pojęciowego, który nie byłby zbyt abstrakcyjny, tak aby jednocześnie mógł stanowić atrakcyjne narzędzie dla posługujących się nim, właściwych adresatów.

Drugi cel, jaki chcemy osiągnąć, jest bardziej praktyczny i polega na umożliwieniu wymiany opinii oraz argumentów pomiędzy zajmującymi się zagadnieniami ADR przedstawicielami różnych gałęzi prawa, takich jak – prawo cywilne i handlowe, rodzinne, karne czy administracyjne. Bardzo

często okazuje się, że dyskusja jest zdominowana przez różnice pojęciowe występujące w tych obszarach prawa i różnicujące ich normatywne tło. W tym zakresie naszym celem jest takie usprawnienie schematu pojęciowego przez wzmocnienie jego wyrazistości oraz ogólności, aby umożliwić właściwym audytoriom analizę i porównanie różnych form rozwiązywania sporów, minimalizując zarazem ryzyko zamieszania pojęciowego. Tym samym rezultaty niniejszej pracy mogą być przydatne w szczególności w dyskursie legislacyjnym dotyczącym wprowadzania pewnych metod ADR do obowiązujących procedur, a także przy tworzeniu zupełnie nowych form rozwiązywania sporów. Schemat pojęciowy opracowany w tym rozdziale może być także użyteczny w celu rozwinięcia badań poświęconych różnym aspektom rozwiązywania sporów.

Porządek rozważań jest następujący. Ponieważ naszym celem jest naświetlenie pojęcia alternatywnych metod rozwiązywania sporów, w części drugiej niniejszego rozdziału omawiamy podstawowe zagadnienia związane ze stosowaniem analizy pojęciowej w prawoznawstwie i z samą naturą pojęć, jakimi posługuje się dyskurs prawny. Część trzecia poświęcona jest analizie opisowej – prezentujemy w jej ramach, jak pojęcie ADR jest rozumiane w wybranej teoretycznoprawnej literaturze przedmiotu. Podrozdział czwarty ma charakter metodologiczny – opisujemy w jego ramach przyjętą przez nas perspektywę badawczą oraz dokonujemy podstawowych ustaleń pojęciowych, stanowiących fundament dokonywanej przez nas rekonstrukcji pojęcia alternatywnego rozwiązywania sporów. Kolejne części poświęcone są odpowiednio rekonstrukcji pojęcia sporu (oraz pokrewnych kategorii konfliktu i sprawy), pojęcia alternatywności i wreszcie pojęcia rozwiązywania.

2. Pojęcia i analiza pojęciowa w prawoznawstwie

Niniejsza część opracowania poświęcona jest rozważaniom wstępnym, dotyczącym natury pojęć oraz analizy pojęciowej. Jej celem jest nakreślenie szerszego kontekstu dla późniejszych rozważań i zwrócenie uwagi Czytelnika na złożoność problematyki analizy pojęciowej w prawoznawstwie.

Przedmiotem rozważań teorii prawa jest analiza takich podstawowych pojęć, jak samo pojęcie prawa, pojęcie systemu prawa, normy prawnej, obowiązywania prawa itd. Pojęcie analizy pojęciowej jest samo w sobie kon-

trowersyjne, zarówno jeżeli chodzi o jego rozumienie, jak i uzasadnienie posługiwania się tą metodą poznania. Istnieje wiele ujęć analizy pojęciowej oraz kryteriów, za pomocą których rozważania pojęciowe mogą być porządkowane lub oceniane. Dyskusja dotycząca analizy pojęciowej jest niezmiernie skomplikowana, gdyż dotyczy fundamentów ludzkiego rozumowania oraz jego wyrażania w języku. Należy zauważyć, że każda dyskusja dotycząca natury analizy pojęciowej jest w pewnym zakresie cyrkularna, gdyż musi być oparta na pewnym zestawie założeń dotyczących rozumienia pojęć. Te założenia mogą ulegać modyfikacji w toku rozważań, ale sama ich obecność jest nieusuwalną cechą jakiegokolwiek dyskursu, a zatem także dyskursu dotyczącego natury pojęć. Oczywiście jest, że nawet związane przedstawienie wielowiekowej debaty filozoficznej i filozoficznoprawnej na temat pojęć wykracza poza ramy niniejszego opracowania. Ta sama konkluzja dotyczy dysputy o sensowności i doniosłości poznawczej analizy pojęciowej. Dla celów niniejszego opracowania przyjmijmy, że analiza pojęciowa jest dobrze ugruntowanym, chociaż kontrowersyjnym, filozoficznym narzędziem poznawczym. Wyrażamy nadzieję, że poniższe dociekania wspierają tezę o metodologicznej prawomocności analizy pojęciowej oraz doniosłości uzyskiwanych w ten sposób rezultatów, prowadząc do nowych i ważnych wniosków, a w ramach niniejszego opracowania do lepszego naświetlenia dziedziny alternatywnego rozwiązywania sporów.

Brian Bix rozróżnia cztery typy analizy pojęciowej, posługując się kryterium rodzaju aktywności intelektualnej²:

- analiza pojęciowa (1): formułowanie arbitralnych postulatów znaczeniowych dotyczących wyrażen języka;
- analiza pojęciowa (2): śledzenie językowego użycia wyrażen;
- analiza pojęciowa (3): wyjaśnianie „ważnych” lub „interesujących” własności danego przedmiotu rozważań;
- analiza pojęciowa (4): formułowanie kryteriów wartościujących, warunkujących stosowanie wyrażenia językowego.

Drugim ważnym kryterium przywoływanym przez B. Bixa jest cel analizy pojęciowej. Nawet jeżeli dwa przypadki analizy pojęciowej przynależą do jed-

² B. Bix, *Conceptual Questions and Jurisprudence*, Legal Theory 1995, vol. 1, no. 4, s. 465–479; zob. w szczególności s. 479.

nego i tego samego spośród wyróżnionych powyżej typów, mogą się od siebie istotnie różnić z uwagi na cel, dla którego prowadzona jest analiza. Na przykład arbitralny postulat znaczeniowy dotyczący zakresu pojęcia P, uczyniony przez ustawodawcę w związku z utworzeniem definicji legalnej, ma inny cel niż podobny postulat sformułowany przez profesora na wykładzie dla celów dydaktycznych. Ważnym kryterium różnicującym typy analizy pojęciowej prowadzonej dla różnych celów jest stopień ich odpowiedniości w stosunku do istniejącej praktyki językowej. Typy te mogą zostać umieszczone na skali rozciągającej się od deskrypcjonizmu do rekonstrukcjonizmu. Zwolennicy pierwszej z tych perspektyw starają się nie oddalać od rzeczywistej praktyki językowej i rozumienia pojęć w relewantnej wspólnotie komunikacyjnej. Druga z nich kładzie nacisk na precyzję analizy, prowadząc w niektórych przypadkach do niemal całkowitego przekształcenia istniejącego pojęcia lub do utworzenia zupełnie nowego pojęcia. Należy rozróżnić pomiędzy rekonstrukcjonizmem umiarkowanym, który stara się w pewnym zakresie zwracać uwagę na praktykę użycia pojęć, i rekonstrukcjonizmem silnym, nakierowanym na uzyskanie maksymalnego stopnia precyzji i formułującym w związku z tym postulaty dotyczące ujęcia i stosowania pojęć.

W naszej opinii koncepcja B. Bixa stanowi dobry punkt wyjścia do rozważań na temat natury analizy pojęciowej, chociaż konieczne jest poczynienie kilku zastrzeżeń. Po pierwsze, podkreślenia wymaga, że rodzaje analizy pojęciowej wyróżnione przez B. Bixa tworzą typologię, a nie ścisłą klasyfikację. Po drugie, każdy z członów tej typologii podlega dalszym rozróżnieniom. W szczególności, jeśli chodzi o analizę pojęciową (3) wskazaną powyżej, kwalifikacja pewnych cech jako „ważnych” lub „interesujących” może zależeć od szeregu skomplikowanych założeń filozoficznych, w tym ontologicznych. Na przykład „ważne” cechy mogą być określane jako „naturalne”, „istotne” lub „konieczne”, co natychmiast prowadzi do odwiecznych filozoficznych pytań dotyczących rozumienia wyrażen takich jak „natura”, „istota” czy „konieczność”. Co więcej, rozróżnienia mające charakter wewnętrzny względem każdego z czterech wyróżnionych powyżej typów mogą również zależeć od celu prowadzonej analizy.

Wielu współczesnych filozofów pod szyldem analizy pojęciowej umieszcza właśnie rozważania odpowiadające typowi analizy pojęciowej (3), a zatem dotyczące poszukiwania „ważnych” cech danego przedmiotu, oraz sprze-

ciwia się stanowisku, zgodnie z którym analiza pojęciowa ma polegać na badaniu znaczeń wyrażeń, jak tego chce analiza pojęciowa (2). W ramach tego opracowania przyjmujemy jednak szeroką perspektywę, która zalicza także dociekania semantyczne do zakresu analizy pojęciowej. Wprawdzie odrzucamy tezę, że analiza pojęciowa może być zredukowana do dyskusji dotyczącej znaczeń wyrażeń, ale jednocześnie twierdzimy, że ten rodzaj dociekań może stanowić cenny punkt wyjścia do prowadzenia analiz pojęciowych przynależących do innych typów. Doceniając doniosłość rozważań prowadzonych w obrębie typu (3), dostrzec należy również wysoki stopień sporności metod i rezultatów wśród filozofów pracujących w tej dziedzinie. Niniejsze opracowanie również przynależy do szeroko rozumianego typu analizy pojęciowej (3), ale dokładniejsze wyjaśnienie przyjmowanych tu założeń i metod nastąpi w dalszej części rozważań.

Jednym z najbardziej spornych zagadnień dotyczących analizy pojęciowej jest relacja pomiędzy pojęciami a wyrażeniami języka. Z oczywistych względów nie możemy w tym miejscu podjąć dyskusji związanej z ontologią pojęć, które to zagadnienie należy do najbardziej kontrowersyjnych w filozofii³. Samo „pojęcie pojęcia” może być przedmiotem analiz przynależących do któregośkolwiek z czterech wymienionych wyżej typów. Jak zaznaczono powyżej, takie rozważania obarczone są ryzykiem popadnięcia w cyrkularność, gdyż pewne intuicje dotyczące natury pojęć obecne są w obrębie każdego rodzaju analizy pojęciowej. Rozważania metafizyczne dotyczące pojęć nie mieszczą się w ramach niniejszego opracowania, ale należy zauważyć, że wiele problemów dotyczących dziedziny alternatywnego rozwiązywania sporów jest dodatkowo komplikowanych z uwagi na brak jasnego, albo choćby podzielanego przez uczestników dyskusji, ujęcia analizy pojęciowej i samej kategorii pojęć. Celem wprowadzenia pewnych niezbędnych (jak sądzimy, na tyle słabych, by nie były przedmiotem znaczących kontrowersji) założeń dotyczących rozumienia pojęć przyjmujemy zatem, że pojęcia to struktury poznawcze, które pozwalają grupować obiekty w zbiory. Pojęcia, rozumiane w ten sposób, są wyrażane w języku, ale nie powinny być redukowane do wyrażeń języka lub do ich znaczeń. W pewnych kontekstach np. pojęcia mogą być wyrażane poprzez wielość

³ Zob. M.J. Loux, *Metaphysics. A Contemporary Introduction*, New York–London 2001, rozdział 1 (*The problem of universals I: metaphysical realism*) i rozdział 2 (*The problem of universals II: nominalism*).

różnorako związanych ze sobą zdań teoretycznych. W związku z tym przyjmujemy, że rzeczywiste spory pojęciowe są sporami teoretycznymi, a nie językowymi lub semantycznymi.

Z uwagi na cele porządku prawnego zapewne optymalne byłoby, aby każdy obiekt w świecie mógł zostać precyzyjnie sklasyfikowany jako podpadający pod dane pojęcie i aby pojęcia tworzyły rodzaj usystematyzowanej hierarchii. Oczywiście jest jednak, że taki idealny stan jest kontrfaktyczny, biorąc pod uwagę wielość zjawisk notoryjnie będących przedmiotem analiz zarówno w literaturze filozoficznej, jak i teoretycznoprawnej, niekiedy ujmowanych łącznie pod wspólną nazwą „nieokreśloności”⁴. Chociaż pogłębiona analiza tych zjawisk byłaby w tym miejscu – ponownie – niemożliwa, a także niecelowa, warto jest przypomnieć, na czym polegają cztery następujące, często dyskutowane w literaturze prawniczej typy nieokreśloności pojęć: nieostrość, otwarta tekstowość, podobieństwa rodzinowe oraz otwartość aksjologiczna.

Nieostrość. Mówimy, że wyrażenie językowe W (wyrażające pewne pojęcie) jest nieostre, jeżeli istnieje obiekt, który może być określony jako „przypadek graniczny” użycia tego wyrażenia. Mamy do czynienia z taką sytuacją, jeżeli rodzimy użytkownik języka nie jest pewien, czy dany obiekt należy zaklasyfikować jako podpadający pod W, czy raczej pod nie-W⁵. Istotne jest, że przypadki graniczne nie mają charakteru jedynie potencjalnego, stanowią one raczej stały element praktyki językowej związanej z wyrażeniami nieostrymi.

Otwarta tekstowość (*open texture*). Pojęcie uważamy za otwarte tekstowo, jeżeli nie może ono zostać definitywnie scharakteryzowane za pomocą zbioru warunków koniecznych i wystarczających. Zawsze jest bowiem możliwe, że użytkownik języka napotka nietypowy obiekt, który postawi go przed decyzją: zmodyfikować uprzednio przyjętą definicję pojęcia, tak aby objąć nią również nowy obiekt, albo utworzyć w tym celu zupełnie nowe pojęcie. Twierdzi się niekiedy, że zdecydowana większość (jeżeli nie wszystkie) po-

⁴ T.A.O. Endicott, *Vagueness in Law*, Oxford 2000, rozdziały 1 i 2.

⁵ Por. T. Gizbert-Studnicki, *Types of Vagueness* (w:) *The Reasonable as Rational? On Legal Argumentation and Justification: Festschrift for Aulis Aarnio*, eds. W. Krawietz, R.S. Summers, O. Weinberger, G.H. von Wright, Berlin 2000, s. 135–144; T.A.O. Endicott, *Vagueness in Law...*, s. 31–37.

jęcia stosowane poza dziedziną nauk dedukcyjnych są otwarte tekstowo⁶. Niezbyt precyzyjnie można scharakteryzować zjawisko *open texture* jako potencjalną obecność przypadków granicznych stosowania pojęcia.

Podobieństwa rodzinowe. Ze zjawiskiem podobieństwa rodzinnego mamy do czynienia, jeżeli pewne obiekty są klasyfikowane jako podпадаjące pod dane pojęcie, nawet jeżeli oczywiście niemożliwe jest scharakteryzowanie tej grupy obiektów za pomocą zbioru warunków koniecznych i wystarczających. Idea podobieństw rodzinowych została wprowadzona do literatury filozoficznej przez Ludwiga Wittgensteina⁷.

Otwartość aksjologiczna. Pojęcie nazywamy otwartym aksjologicznie, jeżeli w celu zaklasyfikowania pewnego obiektu jako podпадаjącego pod to pojęcie konieczne jest odwołanie się do sądów wartościujących. Znana kategoria tzw. pojęć spornych co do istoty⁸ może zostać uznana za przypadek szczególny pojęć otwartych aksjologicznie. Spór dotyczący posługiwania się pojęciami otwartymi aksjologicznie może być nierozwiązywalny z uwagi na niedające się usunąć rozbieżności pomiędzy systemami wartości przyjmowanymi przez osoby pozostające w tym sporze.

Poniżej będziemy starali się pokazać, że pojęcie alternatywnego rozwiązywania sporów daje się zaklasyfikować do każdej z powyższych, w pewnym sensie „problematycznych” kategorii, jest ono zatem pojęciem nieostrym, otwartym tekstowo, tworzącym podobieństwo rodzinowe oraz otwartym aksjologicznie (choć nie sądzimy, by było pojęciem spornym co do istoty). Taka, a nie inna klasyfikacja tego pojęcia uzasadnia przyjęcie stanowiska metodologicznego, które stosujemy oraz szczegółowo opisujemy w dalszej części opracowania.

⁶ Termin *open texture* został wprowadzony do literatury filozoficznej przez Friedricha Waismanna w artykule pt. *Verifiability*, *Proceedings of the Aristotelian Society*, Supplementary Volume XIX, 1945, s. 119–150, <http://www.ditext.com/waismann/verifiability.html> (dostęp: 5.10.2016).

⁷ L. Wittgenstein, *Dociekania filozoficzne*, tłum., wstęp i przypisy B. Wolniewicz, Warszawa 2002; współczesny komentarz zob. H. Sluga, *Family Resemblance* (w:) *Deepening our Understanding of Wittgenstein*, ed. M. Kober, *Grazer Philosophische Studien* 2006, vol. 71, s. 1–21.

⁸ W.B. Gallie, *Essentially Contested Concepts*, *Proceedings of the Aristotelian Society* – New Series 1955–1956, vol. 56, s. 167–198.

Dodajmy jeszcze, że pojęcia możemy podzielić na pojęcia binarne (dany obiekt może podpadać pod takie pojęcie albo nie) oraz skalarne (obiekt może być mniej lub bardziej typowym egzemplarzem pojęcia). Te ostatnie są przedmiotem ożywionej dyskusji w obrębie nauk kognitywnych w ramach tzw. teorii prototypów⁹.

Powyższe obserwacje i rozróżnienia uzasadniają wniosek, że w każdym przypadku podjęcia próby prowadzenia analizy pojęciowej należy:

- 1) określić typ prowadzonej analizy,
- 2) wskazać cele analizy oraz
- 3) wstępnie scharakteryzować cechy pojęć, jakich dotyczyć będzie analiza.

Objaśnienie tych zagadnień już na wstępie wyznacza zakres prowadzonych rozważań i pozwala uniknąć nieporozumień. I tak, zidentyfikowanie pojęcia jako skalarnego pozwala przejść od klasycznej dyskusji związanej z nieostrością pojęcia do dyskusji związanej np. ze stopniem podobieństwa danego obiektu do prototypu właściwego dla tego pojęcia. Z kolei jeżeli pojęcie tworzy podobieństwa rodzinowe lub jest otwarte aksjologicznie, to można zakładać, że analiza pojęciowa (3) (poszukiwanie istotnych cech pojęcia) prawdopodobnie nie przyniesie konkluzyjnych wyników. Podobne ograniczenia można zidentyfikować dla innych typów analizy oraz innych klas pojęć.

O ile tylko nie jesteśmy zainteresowani tworzeniem czysto arbitralnego ujęcia badanego pojęcia, decyzje dotyczące wyboru typu analizy, doboru celów oraz, w szczególności, branych pod uwagę cech pojęcia, będą dalej ograniczane z uwagi na charakterystykę kontekstu analizy. W dziedzinie prawa kontekst ten jest tworzony po pierwsze – przez treść prawa obowiązującego, po drugie – przez istniejącą kulturę prawną w szerokim sensie, wyrażoną m.in. w orzecznictwie sądowym oraz w doktrynie, oraz po trzecie – poprzez rodzaj pojęcia będącego przedmiotem dociekań.

Dla celów niniejszego opracowania pierwszym ważnym rozróżnieniem odnoszącym się do kontekstu prawnego jest rozróżnienie pomiędzy pojęciami

⁹ Zob. E. Nęcka, J. Orzechowski, B. Szymura, *Psychologia poznawcza*, Warszawa 2012, s. 112–122.

wyrażonymi w języku prawnym (w tekstach prawa obowiązującego) oraz pojęciami wyrażonymi w języku prawniczym (w języku, jakim posługuje się wspólnota komunikacyjna prawników)¹⁰. Należy zauważyć, że analiza deskryptywna pojęć wyrażonych w języku prawnym będzie poważnie ograniczona treścią obowiązujących norm prawnych. Warto przypomnieć w tym kontekście znaną koncepcję Alfa Rossa, który twierdził, że terminy takie jak „własność” lub „uprawnienie” mogą być usunięte z treści przepisów prawnych bez utraty istotnej informacji¹¹. Jakkolwiek pogląd ten jest kontrowersyjny¹², to winien być brany pod uwagę w każdej dyskusji dotyczącej pojęć prawnych. Niektóre pojęcia prawne istotnie są jedynie narzędziami ułatwiającymi redakcję przepisów oraz rozumowania prawnicze, gdyż pełnią funkcję tzw. pojęć pośrednich w łańcuchach rozumowań.

Drugim ważnym kryterium odróżnienia pojęć jest dziedzina argumentacji prawniczej, w której analiza pojęciowa jest prowadzona. Wedle Andrzeja Grabowskiego, który odwołuje się do koncepcji Manuela Atienzy, można rozróżnić następujące dziedziny argumentacji prawniczej:

- 1) proces legislacyjny,
- 2) negocjacje związane z umowami poza sferą prawa prywatnego,
- 3) stosowanie prawa,
- 4) opracowywanie i objaśnianie prawa¹³.

Oczywiste jest, że każda z tych dziedzin (oraz dających się wyróżnić w ich ramach poddziedzin) nakłada pewne ograniczenia na charakter i zakres właściwej dla siebie analizy pojęciowej. Co więcej, niektóre dziedziny wydają się być bardziej dostosowane do prowadzenia analiz pojęciowych (np. dogmatyka prawnicza lub teoria prawa), podczas gdy inne dziedzi-

¹⁰ B. Wróblewski, *Język prawny i prawniczy*, Kraków 1948. W literaturze przedmiotu dyskutowane są bardziej szczegółowe typologie pojęć prawniczych. Np. A. Grabowski, nawiązując do koncepcji K. Opałka i J. Wróblewskiego, przywołuje następujące rodzaje pojęć prawniczych: (A) „powtórzenia” znaczeń wyrazów ustawowych, (B) prawnicze pojęcia tekstowe, (C) prawnicze pojęcia porządkujące oraz (D) pojęcia zapożyczone z innych dyscyplin. Zob. A. Grabowski, *Prawnicze pojęcie obowiązywania prawa stanowionego. Krytyka niepozytywistycznej koncepcji prawa*, Kraków 2009, s. 382 i n.

¹¹ A. Ross, *Tû-Tû*, Harvard Law Review 1957, vol. 70, s. 812–825.

¹² T. Gizbert-Studnicki, M. Klinowski, *Are Legal Concepts Embedded in Legal Norms?*, International Journal for the Semiotics of Law 2012, vol. 25, no. 4, s. 553–562.

¹³ A. Grabowski, *Judicial Argumentation and Pragmatics: A Study on the Extension of the Theory of Legal Argumentation*, Kraków 1999, s. 25–26.

ny pozostawiają analizie pojęciowej węższy margines zastosowań. Jest tak np. w kontekście sądowego stosowania prawa, gdzie zakres pojęciowych analiz jest ograniczony zakresem przedmiotu sprawy, jak również celowością prowadzenia takich analiz dla rozstrzygnięcia danego przypadku.

Kryterium trzecie jest kryterium wewnętrznym w stosunku do dziedziny prawa obowiązującego i dotyczy cech aktu normatywnego (lub innego źródła), w którym pojęcie jest wyrażone, a przede wszystkim pozycji hierarchicznej danego aktu w systemie źródeł prawa. I tak rozróżnić można pomiędzy pojęciami konstytucyjnoprawnymi, pojęciami prawnomiedzynarodowymi, ustawowymi itd. Znamienne jest, że jedno i to samo wyrażenie językowe może wyrażać różne pojęcia, jeżeli stanie się częścią tekstu różnych aktów normatywnych.

Czwarte i ostatnie kryterium rozróżnia pojęcia specyficznie prawne oraz pojęcia inne, w tym przejęte do języka prawnego lub prawniczego z innych dyscyplin. Te pierwsze są tworzone i stosowane jedynie w naukach prawnych lub w systemie prawa, te drugie zaś są stosowane w innych dyscyplinach naukowych, a także występują w języku pozaprofesjonalnym. W szczególności takie terminy jak „prawo” czy „konflikt”, chociaż są przedmiotem specjalistycznych badań, są również stosowane i interpretowane w społeczeństwie. Jeżeli zatem analiza dotycząca takich pojęć ma być zrozumiała dla szerszego audytorium, to nie powinna abstrahować od ich rozumienia funkcjonującego w praktyce społecznej.

Jednym z potencjalnych rezultatów analizy pojęciowej jest definicja pojęcia. Jak wynika z powyższych rozważań, sformułowanie definicji pojęć niektórych typów może nastręczać trudności. Co więcej, tworzenie definicji może być irrelevantne dla pewnych typów analizy pojęciowej. Pamiętać też należy, że samo słowo „definicja” jest stosunkowo wieloznaczne. Warto więc w tym miejscu przypomnieć trzy podstawowe rozróżnienia odnoszące się do pojęcia definicji.

Po pierwsze, można rozróżnić trzy typy definicji w związku z ich relacją do zastanych praktyk językowych dotyczących terminu definiowanego. Są to definicje sprawozdawcze, zdające sprawę z funkcjonowania danego wyrażenia językowego w praktyce, definicje regulujące, doprecyzowujące istniejące

znaczenie *definiendum* (w szczególności usuwające lub ograniczające jego nieostrość) i definicje projektujące, nadające członowi definiowanemu zupełnie nowe znaczenie lub zakres albo tworzące nowe wyrażenie językowe.

Po drugie, definicje można dzielić ze względu na ich budowę. W znacznym uproszczeniu można tu wyróżnić definicje klasyczne (*per genus proximum et differentiam specificam*) oraz definicje nieklasyczne. Wśród tych ostatnich wyróżniamy np. definicje przez wyliczenie – **precyzujące** listę obiektów podpadających pod dane pojęcie, ale **niepodające** kryteriów dla przyjęcia takiego właśnie zakresu wyrażenia definiowanego.

Po trzecie, definicje mogą się od siebie różnić ze względu na ich normatywny charakter. Definicje legalne odgrywają ważną rolę w niektórych typach analizy pojęciowej w obrębie prawa, podczas gdy definicje niemające waloru normatywnego mogą mieć mniejszą doniosłość w tym kontekście. Jeżeli zatem np. specjalista z zakresu prawa karnego rozważa różne możliwe definicje wyrażenia „młodociany”, to z punktu widzenia rozumienia tego wyrażenia w kontekście obowiązującego prawa podstawowe znaczenie będzie miała definicja legalna tego wyrażenia – jeżeli tylko istnieje w danym systemie prawa.

Wszelkie wskazane wyżej rozróżnienia umożliwiają nam dokonanie klasyfikacji rodzajów analizy pojęciowej w prawoznawstwie. Przypomnijmy, że podążając za B. Bixem, rozróżniliśmy cztery typy analizy pojęciowej, trzy różne podejścia metodologiczne (deskrypcjonizm oraz dwa rodzaje rekonstrukcjonizmu) oraz cztery poziomy argumentacji prawniczej, co daje nam w zasadzie $4 \times 3 \times 4 = 48$ możliwych typów analizy pojęciowej. W praktyce liczba ta będzie mniejsza, albowiem niektóre kombinacje tych elementów nie są sensowne – np. formułowanie arbitralnych definicji pojęć (analiza pojęciowa (1)) nie idzie w parze z nastawieniem deskrypcjonistycznym. Z drugiej strony należy pamiętać, że poszczególne typy analizy oraz poziomy argumentacji podlegają dalszym rozróżnieniom, co znowu zwiększa liczbę typów możliwej analizy pojęciowej. Ta konstatacja może wydawać się nieco zniechęcająca, gdyż sugeruje możliwość prowadzenia analizy pojęcia alternatywnego rozwiązywania sporów w ramach kilkudziesięciu różnych od siebie kategorii. W obrębie samej teorii prawa liczba typów analizy byłaby oczywiście mniejsza, ale pozostaje pytanie o ewentualny wpływ na analizy teoretyczne analiz prowadzonych na innych poziomach argumentacji

prawniczej. Co więcej, należy wziąć pod uwagę komplikacje wynikające z nieostrości oraz otwartości analizowanego pojęcia.

Poniższe rozważania nie zawierają oczywiście systematycznego omówienia pojęcia alternatywnego rozwiązywania sporów w świetle każdej z kilkudziesięciu możliwych do wyróżnienia klas analizy pojęciowej. Takie ujęcie należałoby ocenić jako dosyć sztuczne i w konsekwencji mało użyteczne dla dalszego rozwoju badań. Stoimy na stanowisku, że w punkcie wyjścia należy prześledzić relewantne użycia pojęcia w literaturze przedmiotu, dokonując analizy pojęciowej (2) w rozumieniu B. Bixa. Tym rozważaniom poświęcony jest kolejny podrozdział opracowania.

3. Pojęcie alternatywnych metod rozwiązywania sporów w literaturze przedmiotu

Tytuł tej części opracowania wprost wskazuje zagadnienie, jakie zamierzamy poruszyć – jej przedmiotem ma być omówienie stanu dyskusji toczącej się w literaturze nad pojęciem alternatywnych metod rozwiązywania sporów. Pierwsza kwestia, jaka się nasuwa, to problem określenia tego, co będziemy rozumieli przez literaturę przedmiotu. Odpowiedź, która wydaje się najbardziej oczywista, a jednocześnie zakresowo najszersza, polega na wskazaniu na każdy rodzaj piśmiennictwa, w którym choć nieco uwagi poświęcono zagadnieniom natury pojęciowej i terminologicznej. Problem jednak w tym, że literatura poświęcona ADR nie jest jednorodna, jeśli weźmiemy pod uwagę stopień zainteresowania analizą pojęciową. Próba charakterystyki literatury przedmiotu z punktu widzenia tego kryterium pokazuje, że w piśmiennictwie dotyczącym ADR możemy wyróżnić dwie tendencje: z jednej strony trend pragmatyczny, nastawiony na praktyczne zastosowanie innych niż sądowe sposobów rozwiązywania sporów, ich możliwości, warunki i ograniczenia; z drugiej strony trend analityczny, wykazujący przynajmniej w początkowych stadiach analizy stosowanych form alternatywnych zainteresowanie klarownością terminów oraz używanych pojęć. Z uwagi na zadanie, jakie postawiliśmy przed sobą, przedmiotem naszego zainteresowania są wszystkie te publikacje, które wyrażają tendencję analityczną. Jednakże przypisanie wielu pozycji literatury do określonej tendencji napotyka i będzie napotykało różne przeszkody, często bowiem jest tak, że wątek pragmatyczny i analityczny przeplatają się ze sobą. Co więcej, opracowania o analitycznym cha-

rakterze są rzadziej spotykane. Niemal zupełnie brakuje prac z założenia analitycznych, natomiast periodyki i opracowania książkowe poświęcone są przede wszystkim zagadnieniom praktycznym, niekiedy referują wyniki badań empirycznych, ale głównie mają charakter podręcznikowy. Z tego też względu wybór nasz jest w dużej mierze arbitralny i subiektywny.

Warte podkreślenia jest, że wyróżnienie wspomnianych dwóch trendów, czy też nastawień badawczych, nie jest związane z różnicami pomiędzy kulturami prawnymi *common law* oraz *civil law*, lecz raczej krzyżuje się z odróżnieniem wspomnianych kultur. Silniej przekonujący wydaje się pogląd, że istotny wpływ na kształtowanie się nastawień badawczych miały czynniki genetyczne, związane z powstaniem samego ruchu ADR. Mamy tu na myśli historię powstawania i kształtowania się ruchu na rzecz wprowadzenia ADR w różnych krajach. Mimo że historia innych niż sądowe sposobów rozwiązywania sporów sięga wedle niektórych autorów czasów przed Chrystusem, to współczesne przyczyny wprowadzenia tych sposobów do wymiaru sprawiedliwości związane są głównie z rozwojem kultury prawnej w Stanach Zjednoczonych Ameryki Północnej¹⁴. Nie ulega wątpliwości, że przyczyny, jakie towarzyszyły wprowadzeniu metod alternatywnych w USA, miały charakter pragmatyczny. W piśmiennictwie silnie akcentuje się spontaniczny charakter powstania ruchu na rzecz metod alternatywnych (*alternative dispute resolution movement*) jako reakcji na przedłużający się czas oczekiwania na rozstrzygnięcie sporów przez sądy oraz wzrastające koszty funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości¹⁵. Wprawdzie alternatywne sposoby rozwiązywania sporów były praktycznie stosowane w Stanach

¹⁴ J.T. Barrett, J.P. Barrett *A History of Alternative Dispute Resolution: The Story of a Political, Cultural and Social Movement*, San Francisco 2004, s. XXV-XXX; L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2005, s. 230: „Wyrazem rosnącego niezadowolenia z sądowego wymiaru sprawiedliwości było zainicjowanie pod koniec lat sześćdziesiątych ubiegłego stulecia alternatywnych wobec procesu sądowego form wymiaru sprawiedliwości. Ośrodkiem tego ruchu były i nadal pozostają Stany Zjednoczone, co często wiąże się z daleko posuniętą formalizacją procedur sądowych w tym kraju”. Odmienny punkt widzenia na genezę ADR przedstawiają A. Kalisz i A. Zienkiewicz, podkreślając brytyjskie pochodzenie tej formy rozwiązywania sporów, przeniesione następnie na terytorium USA: A. Kalisz, A. Zienkiewicz *Mediacja sądowa i pozasądowa. Zarys wykładu*, Warszawa 2009, s. 26.

¹⁵ S.B. Goldberg, F.E.A. Sander, N.H. Rogers, S.R. Cole, *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation, Arbitration and Other Processes*, New York 2012, s. 4; A. Mól, *Pojęcie i znaczenie alternatywnych metod rozstrzygania sporów*, PPH 2001, nr 12, s. 30; M. Białecki *Mediacja w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2012, s. 21 i n.

Zjednoczonych z różnym natężeniem w całym ubiegłym stuleciu, ale istotnego znaczenia nabrał ich rozwój i praktyczne znaczenie od końca lat 60. Sam zaś ruch przekształcał się stopniowo w latach 70. ze spontanicznego w coraz bardziej zinstytucjonalizowany¹⁶. W tego rodzaju spontanicznym rozwoju trudno wyznaczać cezury czasowe, ale istotne znaczenie odegrała zwołana 1976 r. Konferencja Roscoe Pounda¹⁷. Konferencja, zorganizowana przy udziale American Bar Association, miała zdaniem wielu uczestników dyskusji przełomowy charakter dla wprowadzenia alternatywnych sposobów rozwiązywania sporów do amerykańskiego wymiaru sprawiedliwości, ale nie zmieniła pragmatycznego nastawienia analizujących te metody.

Wyrazem pragmatycznego nastawienia zwolenników metod alternatywnych, a jednocześnie ich stopniowej instytucjonalizacji, było inicjowanie kolejnych programów alternatywnych, przeznaczonych dla społeczności lokalnych. Niemniej już zmierzch lat 70. uzmysłowił zwolennikom metod alternatywnych zarówno konkurujące cele odmiennych sposobów rozwiązywania sporów, jak i niewysoką efektywność czy też skalę zastosowań sposobów alternatywnych. Ten stan rzeczy nieco ostudził oczekiwania realizacji rozległych nadziei związanych z wprowadzeniem metod alternatywnych. W końcu lat 80. koncentrowano się bardziej na wykazaniu i uzasadnieniu wyższości alternatywnych sposobów rozwiązywania sporów nad klasycznym procesem sądowym z uwagi na następujące postulaty, których skutecznej realizacji oczekiwano od metod ADR:

- „– obniżenie liczby spraw oraz kosztów ponoszonych przez sądy,
- zredukowanie wydatków oraz czasu poświęcanego przez strony,
- zapewnienie szybkiego zawarcia ugody w sporach destruktywnych dla wspólnoty lub dezorganizujących życie rodzin stron sporu,

¹⁶ S.B. Goldberg, F.E.A. Sander, N.H. Rogers, S.R. Cole, *Dispute Resolution...*, s. 5; J.M. Lande, *Getting the Faith: Why Business Lawyers and Executives Believe in Mediation*, Harvard Negotiation Law Review 2000, vol. 5, s. 144–151.

¹⁷ Znaczenie tej konferencji jest silnie podkreślane w literaturze przedmiotu: „At the 1976 Pound Conference, leading jurists and lawyers expressed concern about increased expense and delay for parties in a crowded justice system (...). A task force resulting from the conference was intrigued with Professor Frank Sander's vision of a court that was not simply a courthouse but a dispute resolution center where the grievant, with the aid of a screening clerk, would be directed to the process (or sequence of processes) most appropriate to a particular type of case (...)”, S.B. Goldberg, F.E.A. Sander, N.H. Rogers, S.R. Cole *Dispute Resolution...*, s. 5; zob. także E. Gmurzyńska, *Rola prawników w alternatywnych metodach rozwiązywania sporów*, Warszawa 2014, s. 101 oraz przypis 458 na tejże stronie.

- poprawę stanu publicznego zadowolenia z systemu wymiaru sprawiedliwości,
- stworzenie zachęt do podejmowania takich rozwiązań, które byłyby dopasowane do potrzeb stron,
- zapewnienie wzrostu dobrowolnego podporządkowania się proponowanemu rozwiązaniu sporu,
- przywrócenie wpływu wartości wyznawanych przez wspólnotę sąsiedzką oraz pozostałe wspólnoty na spójność społeczności,
- zapewnienie przystępnych miejsc rozwiązywania sporów, oraz
- uświadomienie społeczeństwu możliwości, jakie daje skorzystanie z bardziej efektywnych procedur rozwiązania sporu niż przemoc czy autorytatywne rozstrzygnięcie sądowe¹⁸.

Przedstawione wyliczenie wykazuje dobitnie pragmatyczny czy wręcz praktycystyczny charakter zamierzeń ruchu na rzecz wprowadzenia, a w latach późniejszych – zinstytucjonalizowania ADR w amerykańskim wymiarze sprawiedliwości. Instytucjonalizacja metod alternatywnych postępuje od lat 90. po zakończeniu okresu różnych programowych eksperymentów. Dla czasów współczesnych znamienne jest podejmowanie nowych federalnych inicjatyw legislacyjnych zmierzających do wzmocnienia instytucjonalnego metod alternatywnych, a zwłaszcza mediacji, w systemie wymiaru sprawiedliwości Stanów Zjednoczonych¹⁹. Legislacyjna faza rozwoju metod alternatywnych odcisnęła także swój znak na literaturze przedmiotu. Odnosi się bowiem wrażenie, że współcześnie dominują przede wszystkim pozycje o wyraźnie praktycznym, niemal podręcznikowym charakterze²⁰. Wydaje się, że jak w każdej nowej dziedzinie, która powstaje i rozwija się w sposób spontaniczny w praktyce społecznej, także w ADR obszary zainteresowań naukowych są. Zainteresowania te odpowiadają z grubsza aktualnemu stanowi potrzeb związanych z praktycznym funkcjonowaniem metod alternatywnych. Warto zauważyć, że instytucjonalizacja ADR, z którą mamy do czynienia w USA, oraz legislacyjna instytucjonalizacja europejska prowa-

¹⁸ S.B. Goldberg, F.E.A. Sander, N.H. Rogers, S.R. Cole, *Dispute Resolution...*, s. 6.

¹⁹ Tamże, s. 7: „One prominent initiative produced the Uniform Mediation Act (...), which creates a privilege against disclosure of mediation communications in trials and other legal proceedings – intended to encourage the use of mediation and candor within it”.

²⁰ Por. np. G. Furlong, *The Conflict Resolution Toolbox: Models & Maps for Analyzing, Diagnosing and Resolving Conflict*, Mississauga, Ontario 2005; *Alternative Dispute Resolution: The Litigator's Handbook*, eds. N.F. Atlas, S.K. Huber, E.W. Trachte-Huber, Chicago 2003.

dążą do podobnych konsekwencji w zakresie kierunków badań naukowych – orientują je pragmatycznie. Wydaje się, że będziemy musieli uzbroić się w cierpliwość, oczekując na pogłębione badania teoretyczne i referującą tę badania literaturę. Na tym tle wyjątkiem jest mająca ambicje analityczne praca przedstawiona przez Stephena Goldberga, Franka Sander, Nancy Rogers oraz Sarah Rudolph Cole, w której odróżnione zostają „pierwotne” procedury rozwiązywania sporów, obejmujące proces sądowy, arbitraż, mediację i negocjację, oraz procedury hybrydowe²¹. Do hybrydowych procedur wspomniani autorzy zaliczają: *private judging*, *neutral expert fact-finding*, *mini-trial*, *ombudsman* oraz *summary jury trial*²². Nie jest naszym zamiarem omawianie poszczególnych procedur alternatywnych, które znalazły ważne miejsce w literaturze przedmiotu²³, lecz jedynie wskazanie na daleko posuniętą płynność kryteriów wyróżnienia poszczególnych procedur, odmienną terminów oraz chwiejność stosowanych pojęć²⁴.

Odminną drogę w implementacji alternatywnych rozwiązań do wymiaru sprawiedliwości odnaleziono w Europie. Odmienności upatrywać raczej należy w fazie instytucjonalnej wprowadzania ADR do rzeczywistości wymiaru sprawiedliwości. Jak to zazwyczaj bywa w krajach *civil law*, faza

²¹ S.B. Goldberg, F.E.A. Sander, N.H. Rogers, S.R. Cole, *Dispute Resolution...*, s. 2–3. Szczegółowe omówienie poszczególnych odmian procedur alternatywnych, zob. rozdział 8, s. 417–503.

²² Tamże, s. 1: „Elements of these three primary processes – negotiation, mediation and adjudication – have been combined in a number of ways in a rich variety of «hybrid» dispute resolution processes. For example, an adjudication-like presentation of proofs and arguments is combined with negotiation in the minitrial; arbitration is combined with court adjudication in a procedure known as rent-a-judge or private judging; and mediation is combined with arbitration in med-arb.”

²³ W literaturze, poza omówieniem charakterystycznych cech poszczególnych procedur, nieco miejsca poświęca się na dyskusję kryteriów pozwalających na wyodrębnienie poszczególnych sposobów rozwiązywania sporów i odróżnienie ich od pozostałych, zob. np.: E. Gmurczyńska, *Mediacja w sprawach cywilnych w amerykańskim systemie prawnym – zastosowanie w Europie i w Polsce*, Warszawa 2007, s. 8–30; A. Kalisz, A. Zienkiewicz *Mediacja sądowa...*, s. 29–39; R. Morek, *ADR – Alternatywne metody rozwiązywania sporów w sprawach gospodarczych*, Warszawa 2004, s. 2 oraz 75–99.

²⁴ Wspomniani S.B. Goldberg, F.E.A. Sander, N.H. Rogers i S.R. Cole w przedstawionej typologii odwołują się do następujących kryteriów wyróżnienia typów ADR: *voluntary/involuntary*, *binding/nonbinding*, *third party*, *degree of formality*, *nature of proceeding*, *outcome*, *private/public* (*Dispute Resolution...*, s. 2). Także w polskiej literaturze odnotować należy próby sformułowania katalogu kryteriów odróżnienia np. procedur mediacyjnych, sądowych i arbitrażowych: koszty, czas, kto wydaje decyzję, zasady postępowania dowodowego, poufność, komunikacja stron, problemy z jurysdykcją, rezultat, czynnik napięcia (A. Kalisz, A. Zienkiewicz, *Mediacja sądowa...*, s. 36).

instytucjonalizacji ADR rozpoczęła się nie od lokalnych inicjatyw programowych, lecz od wprowadzenia wybranych rozwiązań alternatywnych do systemów prawa niektórych krajów Unii Europejskiej. Ten stan rzeczy sprzyjał w latach 80. i 90. opracowaniom o pragmatycznym pochodzeniu, ale analitycznej naturze. I właśnie te opracowania stanowią ważne źródło teoretycznych ujęć rozwiązań alternatywnych wobec klasycznego, sądowego sposobu rozstrzygania sporów. Warto odnotować podejmowane próby klasyfikowania rozwiązań alternatywnych, a właściwie – z uwagi na stały, żywiołowy ich rozwój oraz tendencję do łączenia i/lub wzajemnego przenikania się różnych rozwiązań – próby tworzenia typologii metod alternatywnych.

Znamiennym przykładem takiej drogi rozwojowej są początki dyskusji i późniejsze próby coraz bardziej pogłębionych badań podejmowane w niemieckiej jurysprudencji. Charakterystyczne jest to, że dyskusja pierwotnie podjęta została w drugiej połowie lat 70. w kręgach socjologów prawa, zainteresowanych relacją roli prawa w konfliktach²⁵. Ale już kilka lat później z początkiem lat 80. (w 1981 oraz 1982 r.) miały miejsce dwie konferencje naukowe, silnie wsparte instytucjonalnie przez władze publiczne (przede wszystkim przez Ministra Sprawiedliwości). Istotnym rezultatem tych wydarzeń naukowych są dwie ważne prace zbiorowe, odzwierciedlające ówczesny stan badań²⁶. Prace te są zresztą znane i cytowane także w Polsce²⁷. Jak to zazwyczaj bywa przy tego rodzaju opracowaniach zbiorowych, zawierają one teksty o różnej charakterystyce, poziomie szczegółowości, poświęcone różnorodnym problemom oraz różnym formom alternatywnym, które

²⁵ Jak podkreśla Klaus Röhl w interesującym artykule wstępnym, poświęconym polityczno-prawnym oraz ideologicznym podstawom dyskusji o alternatywach dla cywilnego wymiaru sprawiedliwości: „In Europa und hier vor allem in der Bundesrepublik Deutschland wurde die Alternativendiskussion zunächst von der Rechtssoziologie aufgenommen, die seit einiger Zeit begonnen hatte, sich ganz allgemein mit dem Thema «Recht und Konflikt» zu befassen” – K.F. Röhl, *Rechtspolitische und ideologische Hintergründe der Diskussion über Alternativen zur Justiz* (w:) *Alternativen in der Ziviljustiz – Berichte, Analysen, Perspektiven*, hrsg. E. Blankenburg, W. Gottwald, D. Strempel, Köln 1982, s. 16.

²⁶ Rezultatem pierwszej z nich jest praca zbiorowa cytowana w przypisie powyżej, natomiast efektem drugiej praca zbiorowa *Der Prozeßvergleich. Möglichkeiten, Grenzen, Forschungsperspektiven*, hrsg. W. Gottwald, W. Huttmacher, K.F. Röhl, D. Strempel, Köln 1983. Warto podkreślić, że obie prace zostały wydane przez Federalne Ministerstwo Sprawiedliwości.

²⁷ Zob. L. Morawski, *Główne problemy...*, s. 225 i n.; tenże, *Podstawy filozofii prawa*, Toruń 2014, s. 271 i n.

mogłyby zostać zastosowane w niektórych dziedzinach konfliktogennych, choć objętych regulacją prawną. Używając terminu „charakterystyka”, mamy na myśli zarówno nastawienie empiryczne, instytucjonalno-podmiotowe, praktyczne, jak i (aktualne współcześnie) opracowania analityczne. To właśnie w tych tekstach odnajdujemy ważne teoretyczne wątki pojęciowe oraz próby typologizowania rozwiązań²⁸. Wydaje się, że ta tendencja pozostawiła trwały ślad w literaturze, chociaż z uwagi na głęboką, praktyczną implementację rozmaitych form alternatywnych w rozwiązywaniu sporów, analityczny sposób ujmowania zagadnień ADR uległ istotnemu uszczegółowieniu, przyjmując niemal dogmatyczny charakter. Przykładem takiego sposobu ujęcia są niektóre opracowania porównawcze, w których zestawia się implementowane do porządku prawnego różnych krajów alternatywne formy rozwiązywania sporów²⁹.

Analizując niejednorodność rozumienia sposobów rozwiązywania sporów, można pokusić się o refleksję natury ogólnej. Otóż wydaje się, że zwłaszcza w literaturze amerykańskiej niektóre ujęcia analityczne procedur rozwiązywania sporów kładą mniejszy akcent na ich alternatywność wobec procedur adjudykacyjnych, a większy na swoiste *continuum* czy też kompatybilność procedur sądowych z jednej strony i innych ze strony drugiej. Zapewne jedną z przesłanek uzasadniających takie ujęcia jest coraz częstsze odwoływanie się do instytucji i rozwiązań zaczerpniętych z nieautorytatywnych sposobów rozwiązywania sporów w prawodawstwie na poziomie ustawowym. Odmienne nastawienie daje się zaobserwować w literaturze europejskiej, a w szczególności polskiej, w której podkreśla się przede wszystkim alternatywność, odmienność od rozwiązywania sporów w procesie sądowym, a w konsekwencji istotny akcent jest położony na poszukiwanie cech dowodzących tej odmienności. W aspekcie pojęciowym takie nastawienie

²⁸ Zob. H. Rottleuthner, *Alternativen im gerichtlichen Verfahren* (w:) *Alternativen in der Ziviljustiz...*, hrsg. E. Blankenburg, W. Gottwald, D. Strempel, s. 145–151; J. Falke, V. Gessner, *Konfliktnähe als Maßstab für gerichtliche und außergerichtliche Streitbehandlung* (w:) *Alternativen in der Ziviljustiz...*, hrsg. E. Blankenburg, W. Gottwald, D. Strempel, s. 289–315; G. Bierbrauer, *Gerechtigkeit und Fairneß im Verfahren – Ein sozialpsychologischer Ansatz zur Beilegung von Konflikten* (w:) *Alternativen in der Ziviljustiz...*, hrsg. E. Blankenburg, W. Gottwald, D. Strempel, s. 317–327; D.M. Trubek, *Gerichte in ihrem Kontext – Der Konfliktansatz in der Forschung zur Ziviljustiz* (w:) *Alternativen in der Ziviljustiz...*, hrsg. E. Blankenburg, W. Gottwald, D. Strempel, s. 329–339.

²⁹ D. von Hoyningen-Huene, *Außergerichtliche Konfliktbehandlung in den Niederlanden und Deutschland*, Köln 2000.

badawcze prowadzi do odróżniania pojęć rozwiązywania (odwołującego się do cech o charakterze koncyliacyjnym) oraz rozstrzygania (odwołującego się do cech o charakterze władczym).

Spróbujmy zatem podjąć próbę określenia, jak głęboko sięga wspomniana niejednorodność rozumienia interesującego nas pojęcia. Jak to zazwyczaj w prawoznawstwie bywa, wypadłoby rozpocząć od stwierdzenia, że pojęcie ADR jest pojęciem notorycznie wieloznacznym³⁰. Już na poziomie terminologicznym daje się zaobserwować istotne zamieszanie. Nawet w sprawie pierwszorzędnej, dotyczącej mianowicie odpowiedzi na pytanie, jakim terminem określić aktywność polegającą na rozwiązywaniu/rozstrzyganiu sporów, nie ma jednolitości poglądów. Ten brak jednolitości daje się odczuć także na stronach tego opracowania. Wymienić można przynajmniej następujące terminy, zazwyczaj formułowane w liczbie mnogiej, zapewne z uwagi na wiele typów aktywności:

- 1) sposoby,
- 2) metody,
- 3) formy,
- 4) procedury,
- 5) postępowania.

Nie ulega wątpliwości, że żaden z wymienionych terminów nie jest pojęciem jednoznacznym.

Podobnie przedstawia się kwestia określenia, jaka to ma być aktywność: także i w tym zakresie mamy do czynienia z całym spektrum terminów, począwszy od:

- 1) rezygnacji z bliższego określenia wspomnianej aktywności, poprzestając na terminie „rozwiązywanie sporów” (*dispute resolution*), poprzez
- 2) alternatywna,
- 3) odmienna,
- 4) inna,
- 5) odpowiednia (*appropriate*),
- 6) efektywna (*effective*), aż do
- 7) przyjazna (*amicable*).

³⁰ L. Morawski *Główne problemy...*, s. 230: „Termin «alternatywna forma wymiaru sprawiedliwości» jest pojęciem wieloznacznym”.

Ale i w tym przypadku przedstawione wyliczenie nie rości sobie prawa do bycia wyczerpującym. Warto jednak odnotować, że pomijając nawet mnogość terminów, to wymaganie jednoznaczności pojęciowej jest także i tu niespełnione. Przekonującym przykładem jest analiza pojęcia alternatywności. L. Morawski wskazuje na przynajmniej trzy różne znaczenia terminu „alternatywne formy rozwiązywania sporów”³¹:

- 1) inne niż klasyczne postępowanie procesowe formy postępowania sądowego, np. postępowania nieprocesowe czy odrębne;
- 2) „wszelkie formy postępowania, które nie opierają się na trybie adjudykacyjnym podejmowania decyzji”, czyli sądowe postępowania rozjemcze, ugodowe itd.³²;
- 3) wszelkie postępowania zmierzające do rozwiązania sporu, podejmowane nie tylko poza sądem, lecz także poza wszelkimi innymi instytucjami państwa.

Dwie pierwsze formy możemy rozumieć jako tzw. alternatywy wewnętrzne, zaś trzeci typ alternatywy został opatrzony mianem alternatywy zewnętrznej. Zatem jeśli mówimy o alternatywnej aktywności, to możemy mieć na uwadze jedną z alternatyw wewnętrznych albo alternatywę zewnętrzną. Dla wielu uczestników dyskusji o pojęciowej stronie problemu jedynie alternatywa zewnętrzna stanowi właściwe postawienie zagadnienia.

Problematiczne jest także użycie odpowiedniego terminu określającego pojęcie aktywności. W terminologii anglosaskiej korzysta się na ogół z wieloznacznego terminu *resolution*. Jest to termin na tyle obszerny znaczeniowo, że pozwala na objęcie swoim zakresem różnych pojęciowo form owego działania, w tym także form władczych, czyli rozstrzygnięć sądowych. W pracach pisanych w języku polskim nie poprzestaje się na skorzystaniu z wieloznacznego terminu „rozwiązywanie”, który wydaje się najbliższy terminowi *resolution* (choć nie tak obszerny znaczenio-

³¹ L. Morawski, tamże, wprawdzie posługuje się terminem „alternatywne formy wymiaru sprawiedliwości”, ale ponieważ pojmuje wymiar sprawiedliwości szeroko, jako obejmujący wszelkie instytucje zajmujące się rozwiązywaniem sporów, to taka zmiana brzmienia terminu wydaje się usprawiedliwiona. Podobny zabieg został zastosowany w pracy Ł. Błaszczaka, M. Ludwik, *Sądownictwo polubowne (arbitraż)*, Warszawa 2007, s. 24 i n.

³² L. Morawski, *Główne problemy...*, s. 230.

wo), lecz ujmuje się ten termin w opozycji do terminu „rozstrzyganie”³³. Termin „rozstrzyganie” uznaje się zazwyczaj za adekwatny dla pojęcia władczej aktywności organów państwa, a w szczególności sądów³⁴. Ujęcie polegające na konstruowaniu przeciwstawnych pojęć, takich np. jak „rozwiązywanie” i „rozstrzyganie”, jest w naszym przekonaniu znamienne dla takiego właśnie nastawienia istotnej części literatury europejskiej, co podkreślaliśmy powyżej.

Ostatnim obszarem, na którym ponownie występuje niejednoznaczność terminów prowadząca do stanu zamieszania pojęciowego, jest zagadnienie dotyczące tego, co podlega rozwiązaniu lub rozstrzygnięciu. Odwołując się do dyskusji pojęciowej, jaka toczy się w literaturze polskiej, zwracaliśmy uwagę na kojarzenie pojęcia rozwiązywania z pojęciem konfliktu, zaś pojęcia rozstrzygania z pojęciem sporu. Jak się wydaje, te dwa terminy – „konflikt oraz „spór” – wyznaczają podstawowe pojęcia w dyskusji nad stanem rzeczy, który wymaga rozwiązania/rozstrzygnięcia. W prawniczej literaturze anglosaskiej wszystko to, co wymaga rozwiązania, powierzone zostaje wieloznacznemu terminowi *dispute*, zapewne celowo, bo umożliwia to uwzględnienie licznych form zmierzających do eliminacji problematycznej sytuacji³⁵. W literaturze europejskiej widoczna jest tendencja do przynajmniej częściowej eliminacji wieloznaczności. Podążając za tym nastawieniem badawczym, w dalszej części tekstu podejmiemy próbę rekonstrukcji pojęcia ADR.

³³ Chociaż nie zawsze decyzja taka jest w pełni konsekwentna. Np. L. Morawski, *Główne problemy...*, s. 237, pisząc o przełamaniu monopolu sądów na rozstrzyganie indywidualnych spraw, posługuje się tym samym terminem w odniesieniu do instytucji alternatywnych.

³⁴ Nie zawsze odróżnienie „rozwiązywania” i „rozstrzygania” stosowane jest konsekwentnie, niekiedy autorzy posługują się tymi terminami zamiennie, co wzmacnia poczucie zamieszania pojęciowego. Wydaje się, że wzmiankowana chwiejność pojęciowa wiąże się z następnym polem dyskusji pojęciowej, a mianowicie odróżnieniem sporu i konfliktu. W dyskusji tej daje się zaobserwować kojarzenie pojęcia rozwiązywania z pojęciem konfliktu, natomiast pojęcia rozstrzygania z pojęciem sporu. Zob. np. A. Jakubiak-Mironczuk, *Alternatywne a sądowe rozstrzyganie sporów sądowych*, Warszawa 2008, s. 19.

³⁵ Należy dodać, że w literaturze interdyscyplinarnej, a także w opracowaniach psychologicznych, ekonomicznych czy socjologicznych znacznie częściej dyskutowane jest pojęcie konfliktu. Zjawisko konfliktu jest również przedmiotem rozbudowanych charakteryzacji oraz typologii. Por. *The Handbook of Conflict Resolution: Theory and Practice*, eds. M. Deutsch, P. Coleman, E. Marcus, San Francisco 2006.

4. Rekonstrukcja pojęcia alternatywnego rozwiązywania sporów

Analiza literatury przedmiotu przedstawiona w poprzedniej części potwierdziła i doprecyzowała intuicyjną diagnozę dotyczącą znacznego stopnia terminologicznej niejednorodności w badaniach dotyczących ADR. Podkreślenia wymaga, że analizowaliśmy jedynie prawniczą literaturę przedmiotu, i to mającą charakter opracowań ogólnych; gdyby wziąć pod uwagę także prace dogmatycznoprawne oraz opracowania z zakresu psychologii, ekonomii i inne, odnotowalibyśmy zapewne jeszcze większą rozbieżność poglądów oraz stosowanych wyrażen językowych. Złożoność tych rozważań byłaby dodatkowo spotęgowana, gdyby wziąć pod uwagę również terminologię zawartą w aktach normatywnych, zarówno obowiązujących, jak i dawniejszych, a także w innych oficjalnych dokumentach. Nasuwa się pytanie, w jaki sposób teoria prawa winna odnieść się do tak zdiagnozowanej sytuacji, a także w jaki sposób należałoby uzasadnić przyjęte podejście.

W nawiązaniu do typologii analiz pojęciowych zaproponowanej przez B. Bixa rozważania zawarte w części poprzedzającej mogą zostać zaklasyfikowane jako rodzaj analizy pojęciowej (2). Śledziliśmy tam bowiem, w perspektywie opisowej, sposoby użycia wyrażen związanych z metodami alternatywnego rozwiązywania sporów w literaturze. Skoro podstawową konkluzją wynikającą z tych analiz jest teza o braku terminologicznej spójności oraz o płynności kryteriów stosowanych do wyróżniania pojęć, to w toku dalszych analiz możliwe jest przyjęcie któregoś z czterech następujących stanowisk.

Deskryptywizm. Podstawowym zadaniem analizy tego rodzaju byłaby systematyzacja użyc językowych dotyczących interesującego nas wyrażenia, oraz terminów im podporządkowanych, takich jak mediacja, koncyliacja, arbitraż czy negocjacje. Podkreślana byłaby notoryjna wieloznaczność pojęcia ADR – tak jak wstępnie czyniliśmy to w poprzedniej części opracowania. W ujęciu deskryptywistycznym zazwyczaj rezygnuje się więc z prób formułowania precyzyjnych definicji pojęć (tu: pojęcia ADR oraz pojęć z nim spokrewnionych lub mu podporządkowanych). Deskryptywista, zajmując się zagadnieniami z zakresu ADR, byłby zatem skłonny prezentować negocjacje, mediacje oraz, z pewnymi zastrzeżeniami, arbitraż, jako pewne

prototypowe formy rozwiązywania sporów, alternatywne wobec postępowania sądowego. Rezultaty rozważań tego rodzaju obejmowałyby zapewne sformułowanie dobrze znanego *continuum* form ADR, prawdopodobnie w rozszerzonej wersji obejmującej także nowo utworzone formy rozwiązywania sporów oraz ich kombinacje (formy hybrydowe). Deskrytywista oceniłby jako niezasadne sformułowanie precyzyjnej definicji pojęcia alternatywnego rozwiązywania sporów, natomiast akcentowałby fenomen podobieństwa rodzinnego pomiędzy poszczególnymi formami. Ewentualnie byłby skłonny sformułować definicję, posługując się wyrażeniami o wysokim stopniu ogólności lub nieostryimi – tak aby zachowała ona w najwyższym możliwym stopniu adekwatność oraz charakter sprawozdawczy. Należy dodać, że wiele opracowań szczegółowych z zakresu ADR przyjmuje stanowisko deskrytywistyczne w najbardziej trywialnym wydaniu – autorzy tych prac przytaczają po prostu definicje pojęć funkcjonujące na gruncie wybranych pozycji literaturowych, nie podejmując żadnych prób systematyzacji tych pojęć oraz posługując się terminami, takimi jak np. „spór” czy „konflikt”, dość bezrefleksyjnie, często traktując je jako ścisłe synonimy oraz nie biorąc pod uwagę kontekstu ich użycia. Praktykę tego rodzaju należy ocenić jako naganną, niespełniającą wymogów naukowej rzetelności.

Jakkolwiek analizy opisowe mogą dostarczać ważnych informacji, w szczególności dla czytelnika nie zaznajomionego z problematyką ADR lub praktyka nie zainteresowanego pogłębioną analizą tego zjawiska, sądzimy, że teoria prawa, z kilku powodów, nie powinna na takim ujęciu poprzestać. Po pierwsze, wyniki analizy deskryptywnej wydają się w zbyt dużym stopniu zależeć od istniejących oraz potencjalnych regulacji czy też praktyk społecznych. Z punktu widzenia teorii prawa zależy nam na wypracowaniu wniosków, które nie abstrahując od rzeczywistości społecznej, cieszyłyby się przymiotami trwałości oraz uniwersalności. Po drugie, analiza deskryptywna wydaje się być mało przydatna w kontekście aktualnych dyskusji dotyczących implementacji elementów alternatywnego rozwiązywania sporów do obowiązujących regulacji proceduralnych, które to spory stanowią najbardziej istotną motywację dla naszych rozważań. Ze swojej istoty analiza deskryptywna nie może przynieść wniosków co do właściwego posługiwania się pojęciami w zupełnie nowych kontekstach oraz w zakresie tworzenia pojęć odpowiadających nowym formom rozwiązywania sporów.

Silny rekonstrukcjonizm. W tym ujęciu diagnoza dotycząca wieloznaczności stosowanych wyrażen oraz niejasności pojęciowych stanowiłaby jedynie punkt wyjścia do dalszych rozważań. Zwolennicy tego podejścia optowaliby za ścisłym wyznaczeniem granic dalszych dociekań, starając się sformułować precyzyjną, być może nawet projektującą, definicję interesującego nas wyrażenia. Wszelkie zjawiska znajdujące się poza zakresem tak sformułowanej definicji traktowane byłyby jako nieistotne. Jakkolwiek analiza tego rodzaju (będąca rodzajem analizy pojęciowej (1) w rozumieniu B. Bixa) przyniosłaby zapewne ściśle i jasne rezultaty, jest również wielce prawdopodobne, że pozostawiłaby ona poza swoim zakresem wiele istotnych zjawisk. Co więcej, przydatność analizy tego rodzaju mogłaby być kwestionowana w obrębie nauk prawnych, gdyby ustawodawca zdecydował się posłużyć inną definicją alternatywnych metod rozwiązywania sporów lub pojęć pokrewnych.

Deskryptywizm oraz silny rekonstrukcjonizm stanowią ekstrema metodologicznego *continuum*, na którym możemy rozmieszczać różne typy analizy pojęciowej. Sądzymy, że z uwagi na wskazane wyżej ograniczenia te skrajne stanowiska nie mogą dostarczyć narzędzi analizy pojęcia ADR przydatnego ze względu na cele, które tutaj sobie stawiamy. Należy zatem odnieść się do dwóch pozostałych opcji.

Podejście wartościujące. Przypomnijmy, że zgodnie z typem analizy pojęciowej (4) w rozumieniu B. Bixa, aby dane zjawisko zostało zaklasyfikowane jako obiekt podpadający pod pojęcie (tutaj chodzi nam oczywiście o pojęcie ADR), powinno ono spełniać pewne kryteria o charakterze wartościującym, a w szczególności kryteria moralne. Zatem możliwe jest przyjęcie, że dana forma rozwiązywania sporów może być uznana za prawdziwie „alternatywną” tylko wówczas, jeżeli w jej ramach bierze się pod uwagę cele i przekonania stron sporu albo jeżeli jest ona bardziej efektywna ekonomicznie niż tradycyjne postępowanie sądowe. Można dostrzec, że opracowania na temat ADR często nie tylko stanowią próby opisu form alternatywnych, lecz także zawierają liczne postulaty dotyczące szerszego ich promowania i stosowania. W ramach tej pracy rezygnujemy jednak z podejścia wartościującego, starając się analizować pojęcie ADR z możliwie neutralnej perspektywy.

Analiza ważnych (istotnych) cech. Z kolei analiza pojęciowa (3), starając się pozostać wierna wobec istniejącej praktyki posługiwania się pojęciem, jest

nakierowana na identyfikację tych cech badanych obiektów, które można uznać za konieczne (w przeciwieństwie do przygodnych) lub wyróżnione z innego powodu. Jakkolwiek analizy tego rodzaju mogą przynieść nową wiedzę i ważne rezultaty, generują one również wysokie ryzyko trudności w ich ocenie. Jest to widoczne także w kontekście dyskusji o alternatywnych formach rozwiązywania sporów. Jakie cechy formy rozwiązywania sporów przesądzą o jej tożsamości oraz o jej „alternatywnym” charakterze? A w szczególności – czy dobrowolność jest definiującą cechą mediacji? Czy należy mówić o mediacji we właściwym sensie tego słowa, gdy jedna ze stron sporu jest wyposażona we władztwo nad drugą? Czy powinno się mówić o „sporach” w kontekście postępowania sądowoadministracyjnego, którego celem jest przecież ocena legalności działania administracji publicznej? Powyższe pytania mają charakter pojęciowy i należy zauważyć, że odwołanie się do analiz dotyczących „znaczenia” wymienionych terminów raczej nie okazałoby się pomocne. Trudność w udzieleniu odpowiedzi na te pytania ma zatem źródło teoretyczne, a nie semantyczne. Nie dysponujemy przy tym żadnym niespornym zbiorem kryteriów pozwalających na ocenę wniosków stanowiących rezultaty analiz tego rodzaju – w szczególności w odniesieniu do pojęcia tak złożonego i generującego różnorodne problemy, jak pojęcie ADR.

Jednakże w naszej opinii prowadzenie analizy pojęciowej (3) pojęcia ADR jest możliwe i celowe, chociaż wymaga ono przyjęcia bardziej ogólnego i złożonego podejścia badawczego, niż się to zazwyczaj czyni. W szczególności z powodów sformułowanych powyżej nie jesteśmy zainteresowani prowadzeniem drobiazgowych rozważań semantycznych w duchu analitycznego prawnoznawstwa sprzed kilku dekad, nakierowanych na doprecyzowanie terminologii występującej w języku prawnym i prawniczym. Tego rodzaju analizy chyba słusznie bywają oceniane przez dogmatyków czy praktyków jako „dzielenie włosa na czworo”. Nie jest też naszym celem sformułowanie definicji pojęcia alternatywnego rozwiązywania sporów ani jego poszczególnych komponentów. Uważamy próby tego rodzaju za niezasadne, gdyż prowadzące do tworzenia – w obrębie analizy pojęciowej (3) – raczej arbitralnych, a w konsekwencji kwestionowanych, definicji regulujących.

Dziedzina przedmiotowa, którą się tu zajmujemy, może w uzasadniony sposób zostać określona jako „niewyraźna” (*ill-defined*). Posługujemy się

tutaj terminem zaczerpniętym z nauk komputerowych, który jest tam aktualnie przedmiotem intensywnej debaty. Przyjmujemy tu ujęcie C. Lyncha i innych, wedle których dziedzina „niewyraźna” to taka, w której: „brak wyróżnionej teorii tej dziedziny, określającej istotne pojęcia, zależności i procedury, a także dostarczającej środków dla rozwiązywania problemów czy przypadków. Osoba zainteresowana rozwiązaniem problemu stoi zatem przed zadaniem strukturyzowania lub przecharakteryzowania dziedziny w toku prowadzonych prac. To przecharakteryzowanie może być przedmiotem dyskusji”³⁶.

Analizy przeprowadzone w części poprzedzającej dają asumpt do stwierdzenia, że dziedzina ADR może być uznana za niewyraźną. Tym samym pytanie o teoretyczną definicję pojęcia alternatywnego rozwiązywania sporów należy uznać za źle postawione. Konkluzja ta wypływa z naszych ustaleń dotyczących płynności schematów pojęciowych oraz niejednorodnej terminologii stosowanych w literaturze przedmiotu.

Oczywiste jest więc, że zarówno samo pojęcie ADR, jak i pojęcia oznaczające poszczególne rodzaje ADR, są pojęciami nieostryimi. Są one również otwarte tekstowo z uwagi na ich możliwą „reakcję” na opracowanie nowych form rozwiązywania sporów w przyszłości: nie jest bowiem oczywiste, czy te nowe formy zostałyby zaklasyfikowane jako alternatywne w przyjętym – zaznaczmy, chwiejnym – rozumieniu tego terminu. Być może emergencja takich form doprowadziłaby do zmiany tych definicji ADR, jakimi aktualnie się posługujemy³⁷. Zjawiska, jakie łącznie określamy nazwą alternatywnych form rozwiązywania sporów, niewątpliwie przejawiają podobieństwa rodzinowe. Jest bowiem zadaniem trudnym sformułowanie zbioru warunków koniecznych i wystarczających dla uznania danego obiektu za przykład ADR, z wyjątkiem trywialnego stwierdzenia, że te formy rozwiązywania sporów są inne niż klasyczne postępowania sądowe. Ponieważ terminologia stosowana w literaturze jest tak różnorodna i ponieważ tak wiele różnych schematów pojęciowych jest stosowanych do analizy interesującego nas zjawiska, proponujemy następujący sposób prowadzenia dalszych rozważań,

³⁶ C. Lynch, K. Ashley, N. Pinkwart, V. Alevan, *Concepts, Structures, and Goals: Redefining Ill-Definedness*, International Journal of Artificial Intelligence in Education 2009, vol. 19, no. 3, s. 253–266.

³⁷ O pojęciu emergencji zob. W. Załuski, *Ewolucyjna filozofia prawa*, Warszawa 2009, s. 95 i n.

mający na celu ograniczenie wpływu uwikłań oraz wartościowań związanych z istniejącą terminologią. Jest bowiem naszym celem ułatwienie dyskusji pomiędzy osobami posługującymi się różnymi schematami pojęciowymi dotyczącymi ADR, zarówno pomiędzy przedstawicielami różnych dyscyplin naukowych (nauki prawne, psychologia, socjologia i inne), jak i, przede wszystkim, pomiędzy przedstawicielami różnych dogmatyk prawnych (prawo cywilne, prawo karne, prawo administracyjne).

Wymagania, jakie stawiamy przed analizami tego rodzaju, można skatalogować w następujący sposób:

- 1) analiza winna rozpocząć się od opracowania ogólnego schematu pojęciowego, neutralnego względem istniejących schematów – wywodzących się z opracowań teoretycznych oraz szczegółowych prac dogmatycznych oraz empirycznych³⁸;
- 2) analiza winna być prowadzona w oparciu o możliwie umiarkowane założenia ontologiczne i powinna być tak neutralna aksjologicznie, jak to możliwe;
- 3) analiza winna doprowadzić do ustalenia zależności zakresowych pomiędzy pojęciami wchodzącymi w obręb dziedziny;
- 4) rezultaty analizy nie powinny naruszać ważnych intuicji audytorium, do którego skierowane jest niniejsze opracowanie, a w szczególności nie powinny stać w sprzeczności z ujęciami ADR obecnymi w obowiązującym prawie;
- 5) analiza winna być adaptacyjna, co znaczy, że powinna ona być w stanie objąć swoim zasięgiem także nowe zjawiska bez zmiany podstawowego schematu pojęciowego. Schemat ten obejmie swoim zasięgiem wszelkie możliwe formy rozwiązywania sporów czy konfliktów.

Procedura określona powyżej prowadzić ma do przecharakteryzowania przedmiotowej dziedziny. W naszej opinii rezultaty analizy tego rodzaju są

³⁸ Opracowanie schematu pojęciowego tego rodzaju może być postrzegane jako zaprojektowanie ontologii dla rozważanej dziedziny przedmiotowej, z elementami ontologii wyższego rzędu. Poprzez „ontologię” rozumiemy tutaj reprezentację pojęć i relacji pomiędzy nimi. Takie rozumienie ontologii jest stosowane w naukach komputerowych. Współcześnie tworzy się wiele tak rozumianych ontologii dla prawa, stosowanych m.in. w celu bardziej efektywnego wyszukiwania informacji prawnej. Zainteresowanego tą problematyką Czytelnika odsyłamy do pracy N. Casellas, *Legal Ontology Engineering: Methodologies, Modelling Trends and the Ontology of Professional Judicial Knowledge*, Dordrecht–Heidelberg–London–New York 2011.

wartościowe poznawczo, chociaż nie prowadzą do sformułowania definicji pojęcia ADR. W tym miejscu nasuwa się pytanie: czy celem naszej analizy jest wyznaczenie ekstensji, czy raczej intensji pojęcia ADR³⁹. Zagadnienie relacji pomiędzy intensjonalnymi oraz ekstensjonalnymi aspektami pojęć należy do najszerszej dyskutowanych we współczesnej filozofii analitycznej. Typ analizy, który jest nakierowany na dokładniejsze określenie intensji pojęcia, jest zwany metodą klaryfikacji intensji⁴⁰. Nasze podejście jest z pewnością bliższe metodzie klaryfikacji intensji, podczas gdy posługiwanie się klasycznym *continuum* ADR jest przykładem analizy ekstensjonalnej. W pierwszym rzędzie chcemy zatem zaproponować pewien sposób rozumienia pojęć ogólnych, dopiero na tle których rozważać będziemy pojęcie alternatywnego rozwiązywania sporów. Rezultaty tych rozważań pozwolą nam jednak także na określenie stosunków zakresowych pomiędzy pewnymi pojęciami, a zatem poruszone zostaną wątki analizy ekstensjonalnej. Budowę podstawowego schematu pojęciowego rozpoczynamy od pojęcia podmiotu. Jako „podmiot” będziemy rozumieli każdy taki obiekt, któremu co do zasady przypisujemy, naturalnie lub na podstawie konwencji, możliwość intencjonalnego odnoszenia się do świata zewnętrznego oraz do podejmowania decyzji (jakkolwiek w konkretnych przypadkach te własności mogą podmiotowi nie przysługiwać lub być ograniczone). Oczywiście jest, że istoty ludzkie są prototypowymi – naturalnymi – podmiotami, ale istnieją również inne rodzaje podmiotów, w tym podmioty tworzone na podstawie konwencji. Te ostatnie możemy nazywać podmiotami instytucjonalnymi, których zbiór jest bardzo różnorodny, a obejmuje m.in. państwa, spółki, zrzeszenia, fundacje i inne jednostki organizacyjne. Z oczywistych względów nie możemy w tym miejscu szerzej odnieść się do filozoficznych zagadnień związanych z pojęciem podmiotu. Nie podejmiemy również próby stworzenia katalogu podmiotów różnych rodzajów. Zaprezentujemy natomiast listę kryteriów, które mogą być zastosowane do stworzenia klasyfikacji lub typologii różnorodnych podmiotów. Powyżej wskazaliśmy już na takie podstawowe

³⁹ Przypomnijmy, że ekstensją pojęcia jest zbiór obiektów zwanych jego desygnatami, tj. takich, o których to pojęcie może być zgodnie z prawdą orzeczone. Termin „intensja” jest bardziej kłopotliwy i często kwestionowany w literaturze przedmiotu. W klasycznych ujęciach można go identyfikować z „sensem” danego wyrażenia, tj. z pewnym idealnym obiektem lub zbiorem cech, jaki ma charakteryzować desygnaty wyrażenia.

⁴⁰ Na gruncie teorii prawa metodę tę w sposób wzorcowy stosuje A. Grabowski, *Prawnicze pojęcie...*, dokonując klaryfikacji intensji pojęcia obowiązywania prawa stanowionego (rozdział 7, a zwłaszcza s. 441 i 468–480).