




Małgorzata Kożuch

Uniwersytet Jagielloński

 <https://orcid.org/0000-0002-5559-2555>

 <https://doi.org/10.15633/9788374386753.03>

Dobra wiara w procesie mediowania. Czy udział prawnika zmienia percepcję dobrej wiary¹?

Wyłanianie się nowej dyscypliny naukowej o charakterze wybitnie interdyscyplinarnym, jaką jest rozwiązywanie konfliktów, sprzyja stawianiu pytań, które wymagają wstępnej dyskusji przyczynkowej, weryfikacji praktycznej, a wreszcie stabilizacji teoretycznej. W zakresie rozwiązywania sporów droga odwrotna, czyli od teorii do praktyki, jest także kusząca, ale wymagałaby – dla weryfikacji teorii – przeprowadzania operacji na „żywym organizmie” stron w konflikcie, co pozostaje w kolizji z zasadą *primum non nocere*. Nie wielu praktyków pozwoli sobie na takie eksperymenty z własnymi klientami. Teoretycy natomiast z istoty swojej działalności takiego wyzwania nie podejmują i podejmować nie potrzebują. Droga od teorii do praktyki oznaczałaby, że modele teoretyczne rozwiązywania konfliktów tworzone byłyby w celu inspiracji praktyków, bez uzasadnionej podstawy oczekiwania, że ambicje praktyków doprowadzą do ich weryfikacji². Pozostaje więc przyjąć drogę o dwóch splotach – kapitalizowania doświadczeń praktyki i adaptacji przyczynkowych opracowań teoretycznych w nadziei, że tą drogą uda osiągnąć się cel, jaki stawia sobie nauka.

W zakresie elementu dobrej wiary³ w procesie mediowania rzeczywistość, która nas otacza, może zostać podzielona na zwolenników dwóch

-
- 1 W całym artykule uwzględniam, że współcześnie świadomość prawna społeczeństwa sprawia, że strony uwikłane w spór korzystają lub co najmniej mogą korzystać z pomocy prawnika dla wzmocnienia poczucia własnego bezpieczeństwa i wsparcia procesu rozwiązywania sporu. Dotyczy to także postępowań pozasądowych. Odwołując się do mediacji, czynię to w sposób generalny, bez rozróżnienia rodzaju mediacji, przyjmując jednak, że celem mediacji jest rozwiązanie czy zakończenie sporu, a nie tylko polepszenie relacji osób uwikłanych w konflikt.
 - 2 Por. A. Zienkiewicz, *Studium mediacji. Od teorii ku praktyce*, Difin, Warszawa 2007.
 - 3 *Bona fides* – może być rozpatrywana w ujęciu obiektywnym i subiektywnym. Od strony obiektywnej odzwierciedla etyczną miarę uczciwości, rzetelności, obowiązek dotrzymania zobowiązania.

skrajnych stanowisk. Jedno zakłada, że dobra wiara w mediacji jest warunkiem *sine qua non* jej prowadzenia⁴. Strony działają bowiem w celu osiągnięcia porozumienia. Aby porozumienie było możliwe, na każdym etapie niezbędne jest przekonanie, że to, co strony mówią i robią, robią w zaufaniu do uczciwości i lojalności drugiej strony, przy poszanowaniu wzajemnych interesów. Drugie przekonanie jest odmienne i nieco przewrotne. Opiera się ono na założeniu, że wprowadzanie zasady dobrej wiary w mediacji jest fałszywe z założenia⁵ i nie powinno znajdować odzwierciedlenia w regulaminach mediowania. Strony mogą bowiem dążyć do zbieżnego celu, ale wikłanie etyki czy słuszności zasad postępowania w jego osiągnięcie jest niecelowe. Liczy się bowiem wyłącznie wynik w postaci treści osiągniętego porozumienia, na który obie strony się zgodziły. Zgodnie z rzymskim powiedzeniem – chcącemu wszak nie dzieje się krzywda.

Należy opowiedzieć się za pierwszym ze wskazanych stanowisk, jednakże bez równoczesnego kształtowania normatywnego obowiązku działania w dobrej wierze. Innymi słowy, zasada mediowania w dobrej wierze powinna należeć do sfery tak zwanego *soft law*⁶. Argumenty, które przemawiają

W spojrzeniu subiektywnym może oznaczać błędne, ale uzasadnione przekonanie o zgodności z prawem własnego działania. W ujęciu normatywnym dobra wiara podlega weryfikacji dowodowej przez tego, kto kwestionuje jej istnienie. Por. H. Kupiszewski, *Prawo rzymskie a współczesność*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1988, s. 226; W. Dajczak, *Zasady współżycia społecznego czy dobra wiara?*, „Rejent” (2001) nr 1, s. 40; Szeroko na temat prawnego ujęcia dobrej wiary traktują komentarze do § 242 BGB, gdzie z nakazu ustawodawcy dobra wiara służy uzupełnianiu, rozwijaniu, a niekiedy wręcz modyfikowaniu treści prawa – zależnie od potrzeb społecznych i ocen moralnych. Por. J. von Staundinger, J. Weber, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Berlin 1978.

4 Odróżnić należy przy tym dobrą wiarę stron i ich pełnomocników od dobrej wiary mediatora. Układ stosunków, który ma zostać ukształtowany w wyniku porozumienia kończącego konflikt, będzie odnosił się do stron. Z tego względu relewantne są przepisy dotyczące zobowiązań oraz negocjacji, ukształtowane w kodeksie cywilnym lub umowie stron. W przypadku mediatora ocena dobrej wiary z zakresu zobowiązań cywilnych może być odnoszona do umowy o mediację i następnie – do sposobu jej wykonania. Równocześnie podkreślić należy, że odwołanie do dobrej wiary nie jest ujęte wprost w aktach *soft law*, które odnoszą się do działalności mediatorów. Można je jednak wyinterpretować z postanowień, które znajdują się w standardach etyki dla mediatorów. Regulacje odnoszące się do mediatorów nie są jednak relewantne dla zachowania stron. Por. *Standardy prowadzenia mediacji i postępowania mediatora* uchwalone 26.06.2006 roku przez Społeczną Radę do spraw Alternatywnych Metod Rozwiązywania Konfliktów i Sporów przy Ministrze Sprawiedliwości Standard VIII A tiret 2 i 3, standard VIII C. 3; *Kodeks etyczny mediatorów polskich*, zasada II.; *Europejski kodeks postępowania dla mediatorów*, punkt 2.2.

5 Por. Ch. Min Hui, *Good Faith Participation in Mediation*, w: *Contemporary Issues in Mediation*, vol. 1, eds. J. Lee, M. Lim, P. Jun Han, Singapore International Mediation Institute 2016, s. 121; K. Zhen Yang, *Manipulation in Mediation*, w: *Contemporary Issues in Mediation*, vol. 1, dz. cyt., s. 73.

6 *Soft law* oznaczało będzie w tym kontekście taką normę, która ma charakter uzupełniająca dla norm bezwzględnie wiążących, przybierając formę elementu kodeksu dobrych praktyk, utrwalonego

za przyjęciem powyższego stanowiska, wynikają z natury procesu, jakim jest mediacja. Proces mediowania zawiera w sobie element poufności, ograniczający weryfikowalność i transparentność poszczególnych kroków w mediacji, element zaufania, że ostatecznie cel jest istotą podjętych działań oraz element elastyczności proceduralnej, umożliwiającej zarówno mediatorowi, jak i stronom efektywną komunikację. Wydaje się przy tym, że pojemność pojęcia dobrej wiary nie pozbawia stron mediacji prawa do stosowania elementów gry taktycznej, w której niewątpliwym celem jest osiągnięcie porozumienia, jednakże droga, która do niego prowadzi, bynajmniej nie musi być pozbawiona elementów finezji, starannego i precyzyjnego dobierania argumentów, podnoszenia ich w z góry zaplanowanej kolejności, wykorzystania doświadczenia negocjatorów. Innymi słowy, strony mediacji mogą zachować szeroki wachlarz instrumentów taktycznych i scenariuszy działania oraz wykorzystać profesjonalnych pełnomocników dla udzielenia wsparcia w procesie mediowania. Nie oznacza to oczywiście przyzwolenia na manipulację procesem mediacji. Rolą natomiast mediatora będzie takie kształtowanie dialogu między stronami, aby stosowane taktyki czy strategia nie doprowadziły do nadużycia prawa.

Wychodząc więc z pozycji praktyka mediacji, a nie teoretyka, należy postawić pytanie: Czy zasadne jest stawianie przed stronami mediacji wymagania normatywnego zawartego w ustawie lub wymagania obligacyjnego zawartego w umowie o mediację, że proces mediowania będzie prowadzony się w dobrej wierze? Jeżeli natomiast takie wymaganie jest postawione, to należy rozważyć, jaką można mu przypisać treść wobec niedookreśloności samego pojęcia dobrej wiary. Kontekstowo rozważyć należy, czy wymóg udziału w mediacji w dobrej wierze może być ograniczony i odniesiony wyłącznie do stron mediacji/klientów, czy także do prawników. *Prima face* wydaje się, że poprawne jest przyjęcie założenia, że zasada udziału w mediacji w dobrej wierze powinna mieć tożsamą treść w stosunku do stron/klientów mediacji oraz do prawników reprezentujących każdą ze stron. Zgłębienie jednak zagadnienia może prowadzić do odmiennego wniosku, a mianowicie, że pojęcie dobrej ma inny ciężar gatunkowy w przypadku stron mediacji, a inny w przypadku prawników ich reprezentujących.

zwyczaju oraz taką, która nie nadaje się do egzekucji z uwagi na jej „miękką” charakter. Normy *soft law* w tym kontekście pozbawione są elementu sankcji.

Poniższe rozważania podzielone zostały na trzy części. Pierwsza dotyczy procesu komunikacji stron w mediacji z udziałem mediatora jako podstawowego elementu w procesie mediowania. Druga odnosi się do zobowiązań stron w mediacji oraz zasad ich reprezentacji przez prawników, znajdujących oparcie zarówno w umowie (zwykle nieujawnianej drugiej stronie i mediatorowi), jak i zobowiązaniach ogólnych prawników, wynikających z ogólnych zasad reprezentacji oraz etyki zawodowej. Trzecia odnosi powyższe kwestie do narzędzi czy też technik, którymi może posługiwać się mediator, by doprowadzić strony do porozumienia – bez względu na to, czy zachowanie stron i ich przedstawicieli realizowało znamiona dobrej wiary.

Dobra wiara i komunikacja⁷

Pojęcie dobrej wiary (*bona fides*) – ujmując zagadnienie historycznie i patrząc przez pryzmat dorobku kultury prawnej Europy, a zwłaszcza prawa rzymskiego – łączone było początkowo ze stosunkami handlowymi pomiędzy obywatelami rzymskimi a peregrynami (cudzoziemcami), którym nie przysługiwały prawa obywateli Rzymu. *Bona fides* kształtowała reguły postępowania dla tych, którzy nie byli objęci prawem obywateli Rzymu (*stricte ius civile*). Co więcej, dla potrzeb obrotu z cudzoziemcami stworzono urząd pretora dla peregrynów (*pretor peregrinus*) oraz sądy rekuperatorskie. Działalności prawodawcza pretora oraz jego orzecznictwo dały początek nowemu systemowi prawa, zwanego *ius gentium*. Z biegiem czasu prawo to, pozbawione formalizmu towarzyszącego *ius civile*, upowszechniło się, tworząc samodzielny gałąź. *Bona fides* rozumiana była jako wiążący każdego obowiązek dotrzymywania słowa. Biorąc pod uwagę historyczną perspektywę, należałoby przyjąć, że zasada dobrej wiary miała odzwierciedlać swoistą uczciwość kupiecką względem osoby, która prawa nie zna lub nawet nie ma. *Bona fides*

7 Pojęcie dobrej wiary ujmuję przez pryzmat jego funkcji, jaką pełniło w prawie. Por. I. C. Kamiński, *Słuszność i prawo. Szkic porównawczy*, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2003; J. Rawls, *Teoria sprawiedliwości*, tłum. M. Panufnik, J. Pasek, A. Romaniuk, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1994, s. 542 i nast.; S. J. Karolak, *Sprawiedliwość. Sens Prawa*, Wydawnictwo Pertus, Kraków 2015; Termin komunikacja ma bardzo bogatą literaturę. Z uwagi na przedmiot rozważań odsyłam w tym miejscu do reprezentatywnej pozycji: *Mosty zamiast murów*, red. J. Steward, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2014, a także do literatury w niej podanej. Uzupełnieniem może być pozycja z obszaru kognitywistyki: J. Bremer, *Przewodnik po kognitywistyce*, Wydawnictwo WAM, Kraków 2016.

wyrażała także wzajemne zaufanie (*fides*) stron, a także jako zasady słuszności i sprawiedliwości (*aequitas*).

Przenosząc zasadę dobrej wiary na proces mediowania, należałoby zapytać, kto ma stać się jej adresatem współcześnie. Czy wszyscy uczestnicy procesu, czy tylko mediator? Strony, przystępując do mediacji, zawierają umowę z mediatorem, w której podkreślone są zasady neutralności i bezstronności tego ostatniego. Standard taki dotyczy też czynności mediatora podejmowanych na zlecenie sądu. Pozornie i na pierwszy rzut oka może to oznaczać, że mediator „zmuszony” jest do tolerowania „nierówności” stron, błędów percepcji ich sytuacji faktycznej czy prawnej, a nawet powinien powstrzymać się od ujawnienia nadużycia w procesie mediacji. Od strony podmiotowej każdy ma bowiem dostęp do prawa za pośrednictwem Internetu. Porady prawne można nabywać w nieograniczonym zakresie i za niewygórowane stawki, można też weryfikować je dowolnie głęboko i intensywnie. Utrzymywanie teorii „słabszej strony kontraktu” i przyznania jej szczególnej ochrony także w procesie mediowania nie wydaje się celowe. Zasadne jest raczej badanie kroków i staranności wykazanej przy zawieraniu umowy dla zabezpieczenia interesu lub badanie okoliczności faktycznych dotyczących węzła konfliktu, wynikającego z relacji personalnych czy deliktów. Jeżeli przyjmiemy, że dominantą dobrej wiary są zasady uczciwości i słuszności, a nie rygoryzm formalny, to zrozumiałe staje się wychodzenie w procesie mediowania poza czysto prawniczy kontekst sporu. Niejednokrotnie mówi się o wyjściu w procesie mediacji poza mury prawa, co jest parafrazą angielskiego *thinking outside legal box*.

Należy podkreślić, że zasada dobrej wiary w mediacji nie jest pojęciem, którego rozumienie nie jest normatywne dookreślone. W prawie polskim w kodeksie cywilnym istnieje przepis, który stanowi: art. 7 „Jeżeli ustawa uzależnia skutki prawne od dobrej lub złej wiary domniemywa się istnienie dobrej wiary”⁸. Przepis ten nie wskazuje, czy chodzi o skutki prawne działania bądź zaniechania, skutki prawne czynności strony lub prawnika, czy skutki prawne stanu rzeczy, z jakim strony się mierzą, np. deliktu. Wydaje się więc, że adresatem zasady mówiącej o dobrej wierze jest każdy uczestnik procesu prowadzącego do osiągnięcia konsensusu nazywanego ugodą. Artykuł 7 Kodeksu cywilnego nie zawiera jednak definicji dobrej lub złej wiary *per se*. Uгода określona jest normatywnie w art. 917 Kodeksu cywilnego,

8 Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. 2019.0.1145).

który stanowi: „Przez ugodę strony czynią sobie wzajemne ustępstwa w zakresie istniejącego między nimi stosunku prawnego w tym celu, aby uchylić niepewność co do roszczeń wynikających z tego stosunku lub zapewnić ich wykonanie albo by uchylić spór istniejący lub mogący powstać”. Doprecyzowanie konsekwencji prawnych braku dobrej wiary, a wręcz istnienia złej wiary, znajduje się w art. 918 Kodeksu cywilnego: „§ 1. Uchylenie się od skutków prawnych ugody zawartej pod wpływem błędu jest dopuszczalne tylko wtedy, gdy błąd dotyczy stanu faktycznego, który według treści ugody obie strony uważały za niewątpliwy, a spór albo niepewność nie byłyby powstały, gdyby w chwili zawarcia ugody strony wiedziały o prawdziwym stanie rzeczy. § 2. Nie można uchylić się od skutków prawnych ugody z powodu odnalezienia dowodów co do roszczeń, których ugoda dotyczy, chyba że została zawarta w złej wierze”.

Badanie istnienia dobrej wiary w mediacji nie jest zadaniem prostym. Wymaga uważności, niejednokrotnie poprzedzonej opanowaniem wiedzy, a także ćwiczeniami praktycznymi. Przybranie przez mediatora roli demaskatora rzeczywistych motywów działań lub intencji stron kończy się zwykle katastrofą dla procesu mediacji i pogłębia konflikt stron. Niecelowość jawnej demaskacji nie przeszkadza jednak w prowadzeniu przez mediatora dialogu z użyciem narzędzi poznawczych, dzięki którym podczas spotkań indywidualnych zostanie wypracowany obszar możliwych kompromisów, a równocześnie ukształtowana zostanie moralnie akceptowana sytuacja. Ważne w tym zakresie jest zrozumienie roli mediatora i odróżnienie jej od roli eksperta, który rozstrzyga problem (sędziego czy arbitra). Mediator jest nawigatorem, gdyż cały czas ma możliwość oceny sytuacji z zewnątrz i pokazania stronom, gdzie leży horyzont wartości, dla których w ogóle prowadzą proces mediowania. Balans, który mediator utrzymuje w dyskusji o szczegółach, w konfrontacji z celem procesu jest niezbędną osią dialogu. Mediator nie tylko nie traci z oczu punktu, w którym strony chciałyby się znaleźć, ale może dodatkowo sterować ich dialogiem w taki sposób, by unikać konfrontacji bez przygotowania podłoża dla porozumienia. Wachlarz opcji, które strony być może będą w stanie wygenerować, wynika nade wszystko z wyedukowania stron w zakresie ich własnych potrzeb, możliwości, źródeł zaspokojenia potrzeb, wreszcie wartości oraz konieczności pokonania przeszkód, które wymagają pokrycia kosztów lub poświęceń. Innymi słowy, mediator prowadzi dialog i edukuje strony z pozycji

neutralnego obserwatora, bez podawania gotowych rozwiązań na tacy. Mediator bada elementy, co do których są strony zgodne. Ustala fakty, które strony postrzegają inaczej. Prowadzi strony od punktu do punktu, budując wspólne mianowniki dla poruszanych tematów. Z powyższego zestawienia kontekstu historycznego i prawnego wywieść należy zasadę, że rolą mediatora jest współpraca ze stronami w takim zakresie, jaki konieczny jest do podjęcia przez każdą ze stron uświadomionej decyzji co do treści zawieranej ugody. Mediator może natomiast ubogacać ten proces spojrzeniem opartym na wartościach, które nie zawsze są dostrzegane przez strony, ale które są istotą ich bycia tu i teraz⁹.

Proces komunikacji międzyludzkiej oparty jest na interakcji wielu elementów¹⁰. Podstawowymi elementami są osoby uczestniczące w procesie¹¹. Obok stron konfliktu są to ich pełnomocnicy oraz mediator. Już teraz warto zauważyć, że pomiędzy każdą z tych osób może dochodzić do interakcji i wtórnych napięć¹², np. prawnicy mogą niezależnie od stron ujawniać swoje ambicje czy uprzedzenia. Mogą „konkurować” o zrozumienie w oczach mediatora. Mediator może oczekiwać nadania mu statusu eksperta, a żadna ze stron może nie być gotowa na takie konteksty. Po wtóre swój niezależny status ma sama informacja, wiadomość, treść przekazu w procesie komunikacji. Należy w jej zakresie odróżnić warstwę faktograficzną od warstwy ocen oraz przekazu emocji, towarzyszącemu wypowiedziom o faktach. W tym obszarze może dochodzić do posługiwania

-
- 9 Odsyłam w tym miejscu do lektury z obszaru filozofii wartości, np. J. Tischner, *Myślenie według wartości*, Wydawnictwo Znak, Kraków 2000; J. Górczyca, *Zarys etyki fundamentalnej*, Wydawnictwo WAM, Kraków 2014; P. Lichacz, *Neuroetyka a Tomasz z Akwinu. O użyteczności myśli średniowiecznej we współczesnych debatach etycznych*, Wydawnictwo IFiS PNA, Warszawa 2018; T. J. Filek, *Etyka reinterpretacja*, Wydawnictwo Benedyktynów, Tyniec 2014; M. Rebes, *Między respondere i imputatio. Martina Heideggera i Józefa Tischnera hermeneutyka odpowiedzialności w horyzoncie ontologii, agatologii i aksjologii*, cz. I–III, Księgarnia Akademicka, Kraków 2018; M. Heller, *Moralność myślenia*, Copernicus Center, Kraków 2015; Odesłanie do psychologii jest także zasadne, ale wyłącznie w celu pokazania metody, a nie sugerowania, że mediator ma wchodzić w rolę terapeuty. Por. J. Hillman, *Uzdrawiające fikcje. Poetyka psychoterapii – Freud, Jung, Adler*, Larum, Warszawa 2016; P. R. Wood, *The Fall of the Priests and the Rise of the Lawyers*, Oxford and Portland, Oregon 2016.
- 10 Por. E. Sujak, *ABC psychologii komunikacji*, Wydawnictwo WAM, Kraków 2006.
- 11 Ciekawych obserwacji dostarcza lektura: R. Mnookin, *Bargaining with the Devil. When to Negotiate, When to Fight*, Simon & Schuster, New York 2010.
- 12 Por. M. Pieniążek, *Etyka sytuacyjna prawnika*, LexisNexis, Warszawa 2008; P. Skuczyński, *Lojalność wobec klienta jako zasada etyki prawniczej i jej granice*, w: *Etyka prawnicza. Stanowiska i perspektywy*, red. H. Izdebski, P. Skuczyński, LexisNexis, Warszawa 2011, s. 87.

się przemilczeniem, podawania półprawd lub celowej manipulacji¹³. Czułość mediatora i jego zwrotne raportowanie obserwowanego zachowania podczas spotkania indywidualnego ze stroną dopuszczająca się nadużycia są w takich przypadkach bezcenne. Nie mniej ważnym elementem jest percepcja wypowiedzi i zwrotny przekaz wysyłany do nadawcy komunikatu. Tu także mediator pełni istotną rolę, wspierając strony nie tylko w rozumieniu przekazu, ale nierzadko w doborze słów, które mogą mieć znaczenie dla odbiorcy. Ilustracją tego węzła zagadnień jest zdanie niekiedy powtarzane w gronie tłumaczy: nie jest ważne, co powiedziałeś, ważne jest, co inni zrozumieli. Kodowanie i dekodowanie informacji zawartych w pozornie prostych wypowiedziach jest sztuką. Mediator nie tylko przekazuje informacje, ale na ich bazie może wytwarzać znaczenia lub nadawać sens istniejącym sygnałom. Zagadnienie to rozpracowywane jest przez psychologię, nauki kognitywne i nauki ekonomiczne, ma już dość pokaźną literaturę przedmiotu¹⁴. Odrębnym elementem procesu komunikacji jest metoda pracy mediatora i komunikator techniczny, co w okresie pandemii otworzyło nowe obszary badań. Strony mogą bowiem rozmawiać w ramach sesji wspólnych lub komunikować się wyłącznie za pośrednictwem pośredników (np. pełnomocników). Mogą to robić przez mediatora w ramach sesji indywidualnych. Komunikatorem technicznym mogą być łącza elektroniczne z wizją lub bez, które do pewnego stopnia redukują napięcie, ale z uwagi na osiągnięty dzięki nim dystans przestrzenny – stwarzają idealne warunki do zerwania dialogu.

Zachowania stron i pełnomocników

Istotne wyzwanie, jakie powinien postawić sobie każdy, kto uczestniczy w mediacji – dobrze, by uczynił to każdy prawnik – to odpowiedź na pytanie, czy termin działania w dobrej wierze i „w najlepszym interesie” objęty jest tą samą percepcją z punktu widzenia prawnika i punktu widzenia osoby

13 Por. M. Koszowy, K. Budzyńska, *Strategie retoryczne, techniki komunikacyjno-poznawcze, błędy i sofizmaty*, Wydawnictwo IFiS PAN, Warszawa 2015; J. Stelmach, *Sztuka manipulacji*, Wolters Kluwer, Warszawa 2018; J. Jabłońska-Bonca, K. Zeidler, *Prawnik a sztuka retoryki i negocjacji*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016; T. Piekot, *Mediacje semiotyczne. Słowo i obraz na usługach ideologii*, Wydawnictwo Akademickie Sedno, Warszawa 2016.

14 Por. D. Bohm, *Wholeness and the Implicate Order*, Rutledge Classic, Londyn 2020; M. Hetmański, *Przetwarzanie informacji*, w: *Przewodnik po kognitywistyce*, red. J. Bremer, Wydawnictwo WAM, Kraków 2016, s. 321.

reprezentowanej¹⁵. Prawnik może bowiem postrzegać interes klienta przez pryzmat potencjalnego sporu sądowego, który co prawda będzie rujnował mandanta emocjonalnie i finansowo, ale ostatecznie może doprowadzić do satysfakcjonującego finału. Dla osoby reprezentowanej istotne może być natomiast szybkie zakończenie sporu, uniknięcie utraty dobrego imienia przez nagłośnienie konfliktu bądź przywrócenie sytuacji do poziomu neutralnego współdziałania stron. Dodatkowo, satysfakcja z wygranej nie jest równoznaczna z rozwiązaniem konfliktu¹⁶. Niejednokrotnie treść wyroku pogłębia wzajemną niechęć stron, czyniąc jednych wygranymi, a drugich przegranymi. Egzekucja rozstrzygnięcia sądowego staje się kolejnym, bolesnym, a niekiedy wręcz traumatycznym przeżyciem. W tym kontekście działania „w dobrej wierze” i działania „w najlepszym interesie” powinny być ocenione przez pryzmat wartości, które przyjmuje klient, np. prymat utrzymania relacji przed sukcesem sądowym. Wyzwanie, przed którym staje prawnik, to dostrzeżenie, że pewne elementy wartości ważnych dla klienta mogą nie być przez system prawny chronione. Co więcej, pewne wyabstrahowane wartości normatywne mogą być przeszkodą dla osiągnięcia porozumienia.

Podstawowym zobowiązaniem prawnika podejmującego się reprezentowania strony w procesie mediacji jest lojalność względem osoby i jej interesów. Oczekiwania klientów koncentrują się na uczciwości wynagrodzenia (najlepiej niewygórowanego) i podejmowaniu skutecznych działań. Klienci z reguły pomijają prawnicze obowiązki dotyczące lojalnego stosunku do kolegów zawodowych oraz potencjalnej niezależności i uwzględniania w działaniach dobra wymiaru sprawiedliwości *per se*. W praktyce oczekiwana lojalność w stosunku klient–prawnik odnosi się np. do przekonania, że prawnik wykorzysta każdą sytuację, by jak najlepiej ukształtować sytuację klienta, np. poprzez przedłużanie postępowania w celu zyskania czasu dla przesunięć majątkowych. Oczekiwanie to może być jednak sprzeczne z istotą mediacji, która zakłada uwzględnienie interesów obu stron, oraz relatywną szybkością postępowania w stosunku do sporu sądowego. Co więcej, klienci nie zawsze uzewnętrzniają swoje najgłębsze potrzeby, kierując się zasadą, że zatrudniają prawnika, by wygrać. Warto w tym obszarze postulować

15 Por. *Dispute Resolution Ethics. A Comprehensive Guide*, eds. P. Bernard, B. Garth, American Bar Association Section of Dispute Resolution, Washington DC 2005.

16 Por. H. I. Abramson, *Mediation representation. Advocating as a Problem Solver in any Country and Culture*, National Institute for Trial Advocacy 2010.

pogłębioną edukację studentów prawa, by uwrażliwiać ich nie tylko na wartości prawne¹⁷, ale przede wszystkim humanitarne¹⁸.

Dla prawnika horyzont interesu klienta to przede wszystkim takie przedstawienie argumentów w sporze, by uzyskać korzystne dla klienta rozstrzygnięcie, które będzie zgodne z prawem i równocześnie nie naruży interesu publicznego. Prawnik przedstawia więc argumentację opartą o zasadę konfrontacji i walki¹⁹. Takie zresztą jest najczęściej podkorowe oczekiwanie klienta, że w pełnomocniku znajdzie nade wszystko walecznego obrońcę. Nie zwalnia to jednak prawnika z obowiązku posiadania tzw. niezależnej ewaluacji faktów i prawa oraz obowiązku rozważenia – alternatywnych dla drogi sądowej – dróg zaspokojenia interesu klienta. W procesie mediacji nie chodzi jednak o rozstrzygnięcie, którego dokonana osoba trzecia. W procesie mediacji chodzi o ukształtowanie dla klienta autonomii decyzyjnej. To zadanie zarówno dla prawnika, jak i mediatora. Aby autonomia decyzyjna mogła znaleźć pełną realizację, niezbędne wydaje się uprzednie zaspokojenie piramidy potrzeb Masłowa²⁰. Dopiero na szczycie tej piramidy znajdujemy potrzeby dyktowane poczuciem tożsamości i sprawczości w środowisku życiowym, np. potrzeby uznania autorytetu, relacji personalnych, interesu ekonomicznego, poszanowania wartości pozaprawnych. Daniel Shapiro, analizując w książce *Negocjuj nienegocjowalne. Jak rozwiązywać konflikty podszyte emocjami* poszczególne „składowe” mogące wpływać na możliwość rzeczywistego rozwiązania konfliktu tylko w ramach tożsamości, rozróżnia aż 5 jej filarów, dzieląc je przy tym na tożsamości rdzenne i relacyjne. Na te pierwsze składają się przekonania, obyczaje, przynależności, wartości, emocjonalnie ważne doświadczenia. Na te drugie poczucie docenienia, ograniczenie w prawie do działania lub wyrażania woli, odrzucenie lub inne formy alienacji (w tym poczucie wrogości innych), brak szacunku, obsadzenie w roli

- 17 Por. E. Gmurzyńska, R. Morek, *Mediacje. Teoria i praktyka*, Wolters Kluwer, Warszawa 2018; S. Walker, *Mediation Advocacy. Representing and Advising Clients in Mediation*, Bloomsbury Professional 2018; S. Walker, D. Smith, *Advising and Representing Clients at Mediation*, Wildy, Simmonds & Hill Publishing 2019.
- 18 Por. R. H. Mnookin, D. R. Peppet, A. S. Tulumello, *Beyond Winning. Negotiating to Create Value in Deals and Disputes*, The Belknap Press of Harvard University Press 2000.
- 19 Por. J. Holland, J. Webb, *Learning Legal Rules*, Oxford University Press 2010; A. Scalia, B. A. Garner, *Making Your Case. The Art. Of Persuading Judges*, Library Congress 2008.
- 20 Por. A. Maslow, *Motywacja i osobowość (1954)*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2021; Do elementów wymienionych przez Masłowa należą: fizjologia, bezpieczeństwo, przynależność, miłość, szacunek, samorealizacja.

agresora²¹. Tak więc „najlepszy interes klienta” nie zwalnia prawnika zaangażowanego w spór od rozważenia konsensualnych dróg alternatywnych dla postępowania sądowego z uwagi na zasadność nie tylko mitygowania kosztów czy zasadność swoistej „ucieczki” od narzuconego przez sędziego rozwiązania, opartego wyłącznie o kryterium normatywne, ale także z uwagi na konieczność uwzględnienia tego, co sam klient w danych okolicznościach powinien dostrzec jako uczynione „w najlepszym interesie”. Oznacza to, że skłonienie klienta do wyrażenia zgody na mediację powinno być połączone ze zmianą sposobu postrzegania roli i funkcji prawnika jako reprezentanta interesów, także pozaprawnych. W przypadku podjęcia kroku mediacyjnego już nie poszukiwanie argumentów konfrontacyjnych, ale przeciwnie – argumentów zbliżających, zmiękczejących, uwzględniających potrzeby obu stron konfliktu, które wysuwają się na pierwsze miejsce. Wyzwanie więc dla prawnika jest ogromne. Kontrolę nad tym procesem ma do pewnego stopnia mediator. Dynamika procesu mediacyjnego wymaga także, by prawnik zaadoptował nowe „reguły gry” mediacyjnej, a nie tkwił wyłącznie w argumentacji prawnej. Co więcej, nie chodzi tylko o zakończenie sporu z przeszłości, ale także konieczność dostrzeżenia i aktualizacji interesów, spojrzenie w przyszłość oraz osiągnięcie ugody, która w optymalny sposób zaspokaja nie tylko interes jednego klienta, ale obu stron. Innymi słowy, nawet jeżeli negocjacje i mediacja postrzegane są jako bliskie sobie modele polubownego rozstrzygnięcia sporów, to istnieje między nimi pryncypialna różnica. Negocjacje zakładają i dopuszczają etyczne zwycięstwo kosztem interesów drugiej strony. To właśnie najlepiej przygotowany negocjator, stosując różne techniki, może doprowadzić do takiego ukształtowania porozumienia końcowego, że będzie ono korzystne dla jednej ze stron²². Takie działanie jest jednak sprzeczne z dobrą wiarą, której nie sposób sprowdzić do autonomii woli i zgody każdej ze stron na końcową/zamykającą ofertę negocjacji. W mediacji taka opcja nie jest przyjmowana. Z istoty bowiem mediacji i przywołanej na początku zasady uczciwości kupieckiej wynika konieczność uwzględnienia interesu drugiej

21 Por. D. Shapiro, *Negocjuj nienegocjowalne. Jak rozwiązywać konflikty podszyte emocjami*, Harvard Business Review Polska 2019, s. 146.

22 Por. L. Oppenheimer, *How to Master Negotiations*, Bloomsbury Professional 2015; R.J. Lewicki, B. Barry, D. M. Saunders, *Zasady negocjacji*, Rebis, Poznań 2016; K. Kałucki, *Techniki negocjacyjne*, Difin, Warszawa 2018; L. Graciz, K. Słupińska, *Negocjacje i komunikacja. Wybrane aspekty*, EDU-Libri, Warszawa-Lublin 2018.

strony, swoistego dobra bliźniego. Może natomiast powstać wątpliwość, czy obowiązek „balansowania” interesów stron *implicitie* mieści się w obowiązkach mediatora, czy też pozostaje on poza horyzontem zainteresowania mediatora, zwłaszcza wtedy, gdy strony w mediacji są reprezentowane przez profesjonalnych pełnomocników. Niektóre jurysdykcje nie zezwalają wręcz na złożenie propozycji „od mediatora”, podczas gdy inne przewidują, że mediator za zgodą stron może takie propozycje składać. Tak jest np. w przypadku polskiej procedury cywilnej, która przewiduje, że mediator za zgodą stron może przedstawić propozycję od mediatora²³, która nie jest dla stron wiążąca.

Prawnik podejmujący się roli uczestnika w mediacji w charakterze pełnomocnika powinien mieć nade wszystko wiedzę i umiejętność korzystania z szerokiego zakresu kompetencji miękkich, niezbędnych w procesie mediowania. Ten element zawarty jest w przekonaniu wszystkich uczestników o profesjonalizmie pełnomocnika. Otwarte pozostaje jednak pytanie, czy prawnik w mediacji ma prawo do „indywidualnego osądu” i przejęcia ciężaru moralnej odpowiedzialności, czy też związany jest instrukcjami klienta, właśnie z uwagi na pozaprocesową naturę postępowania mediacyjnego. Czy prawnik w mediacji powinien przyjąć na siebie rolę peacemakera? W ocenie autorki prawnik w żadnych warunkach nie powinien uchylać się od kierowania się wartościami, nawet wtedy, gdy nie są one tożsame z wartościami, które uznaje klient. Transparentność postawy względem klienta należy do stosunku wewnętrznego, łączącego stronę i jej pełnomocnika. W procesie mediacji ważne jest, by nieobecny przy stole klient nie zaprzepaścił szansy, zdając się wyłącznie na osąd moralny swego reprezentanta. Rolą mediatora jest natomiast takie poprowadzenie procesu mediowania, aby ta szansa dla klienta mogła zostać wykorzystana.

Czy jednak dobra wiara w mediacji po stronie mediatora ma polegać na zaspokajaniu interesów strony sporu, jeżeli sama strona nie dołoży należytych starań, by o te interesy zadbać? Wydaje się, że taka interpretacja byłaby zbyt daleko idąca. Mimo to pozostaje problem udziału pełnomocnika w sytuacji, gdy tylko jedna ze stron jest reprezentowana przez profesjonalnego pełnomocnika. Przywołana już wcześniej rzymska zasada głosi *voluntas non*

23 Por. Art. 183 (3a) kpc: „Mediator prowadzi mediację, wykorzystując różne metody zmierzające do polubownego rozwiązania sporu, w tym także poprzez wspieranie stron w formułowaniu przez nie propozycji ugodowych, lub na zgodny wniosek stron może wskazać sposoby rozwiązania sporu, które nie są dla stron wiążące”.

fit iniuria – chcącemu nie dzieje się krzywda. Jeżeli więc strona chce występować w mediacji sama, to może. Nie jest rolą mediatora zastępowanie pełnomocnika strony, gdyż przeciwdziała temu zasada neutralności. Z drugiej jednak strony mediator jest także edukatorem w procesie mediowania, a nawet ma obowiązek dokonać takiej reinterpretacji interesów strony mediacji, by zawarta została ugoda kończąca spór. Gdzie jest granica działania pełnomocnika drugiej strony, który w najlepszym interesie swojego klienta, ale także zgodnie z zasadami mediacji, dążył będzie do ograniczenia aktywności mediatora w zakresie jego „doksztalcania” strony niereprezentowanej? Dodatkowym wyzwaniem jest także poufność mediacji, która w znacznym zakresie utrudnia, o ile nawet nie uniemożliwia, prowadzenia dowodów w kierunku wykazania nadużycia pozycji po stronie mediatora na korzyść jednej ze stron. W tym kontekście postanowienia Konwencji Singapurskiej²⁴, mimo szeregu wątpliwości, w sposób prawidłowy adresują możliwe bolączki i wprost zezwalają na podnoszenie zarzutów przeciwko mediatorowi. Chodzi tu przede wszystkim o szczególnie przypadki odmowy wykonania ugody przez sąd z uwagi na podniesienie zarzutu dotyczącego zachowania mediatora, a opisanego w art. 5 ust. 1 e, f. Chodzi w tym wypadku o naruszenie standardu mediacji lub takie zachowanie mediatora, które miało wpływ na podjęcie decyzji w zakresie jej merytorycznej treści, a bez którego to wpływu mediatora strony nie podjęłyby decyzji o określonej treści (*material impact or undue influence*).

Przyjmując, że mediacja jest metodą rozwiązywania, a nie rozstrzygnięcia sporów, to wszelkie zasady, które się do niej odnoszą, przyjmują kształt metody. Oznacza to, że dobra wiara w mediacji powinna być oceniana jako metoda działania „z zamiarem osiągnięcia porozumienia”. Jednakże w pojęciu dobrej wiary nie jest sam w sobie zawarty wynik/outcome porozumienia, ale jedynie metoda, która do niego prowadzi. „A more accurate of characterisation of mediation would be <principled negotiation> – mediation is premised on the method of discovering parties’ interests and generating options to create appropriate settlements”²⁵. Rozważenia wymaga, jak postąpić w sytuacji, gdy prawnik w najlepszym interesie klienta

24 United Nations Convention on International Agreement Resulting from Mediation, została przyjęta w Nowym Jorku w dniu 25 czerwca 2018 roku, a została otwarta do podpisu 7 sierpnia 2019 roku.

25 V. Soh, Y. Xian, *Mediation Advocacy: Doing Good, Doing Right and Doing Well*, w: *Contemporary Issues in Mediation*, vol. 1, eds. J. Lee, M. Lim, P. Jun Han, Singapore International Mediation Institute 2016, s. 17 i nast.

podejmuje krok mediacyjny, a podczas mediacji pozyskuje wiedzę, która uzasadnia powrót do procesu sądowego. Czy pozyskanie wiedzy, argumentów, a niekiedy wręcz dowodów było wynikiem stosowania techniki „fishing for arguments”, czy też nieuchronnym następstwem wymuszonego podjęcia mediacji na skutek skierowania przez sąd do takiego postępowania, będzie niekiedy bardzo trudno ocenić? Innym wyzwaniem jest odpowiedź na pytanie o zezwolenie na stosowanie technik negocjacyjnych przez prawników, zwłaszcza wtedy, kiedy po drugiej stronie nie ma profesjonalnego pełnomocnika. Czy należy sformalizować zasady mediacji usztywniające jej reguły, by korygować potencjalne patologie, czy też prymat przyznać zasadzie elastyczności i racjonalności działań podejmowanych przez stronę? Uzasadnionym oczekiwaniem prawnika wydaje się być przekonanie, że przeciwnik da opór argumentom lub rozpozna i zdemaskuje technikę negocjacyjną. Jeżeli tak się jednak nie dzieje, to czy dopuszczalne jest wykorzystanie wypracowanej pozycji kosztem interesów drugiej strony? Czy powstrzymanie się od ujawnienia niekorzystnych informacji jest etycznie dopuszczalne? Nikt przecież nie ma obowiązku dostarczać argumentów przeciwko sobie. Jeżeli jednak posiadanie danej informacji przez drugą stronę mogło mieć istotny wpływ na treść podjętej decyzji, to czy zachodzi tu przypadek wprowadzenia w błąd lub wyzyskania błędu? Odpowiedź na pytanie, kto powinien być strażnikiem dobrej wiary i jak ją powinien egzekwować, nie wydaje się prosta. Przeregulowanie jednak procesu mediacji pozbawi go jego największej siły, jaką jest dobrowolność udziału, elastyczność procesu i poufność.

Powrócić należy do pytania, czy w przypadku profesjonalnej reprezentacji stron w mediacji na prawników nałożony jest obowiązek „uwzględniania” interesów strony przeciwnej. Wydaje się, że podstawą wystarczającą jest prowadzenie dialogu mediacyjnego, który stwarza ramy porozumienia i uwzględniania interesów strony przeciwnej. Szczytem profesjonalizmu byłoby wówczas tworzenie konstrukcji *empathy loop* oraz parafrazowanie wypowiedzi i interesów, bez jakiegokolwiek kroku naprzód w zakresie substancji sporu. Ilość mediacji kończących się niepowodzeniem z uwagi na niemożność oderwania się prawników od ich procesowego i konfrontacyjnego „powołania” jest ciągle znaczącą. Do zmiany roli i funkcji pełnomocnika w mediacji prawnicy nie zawsze są przygotowani. Szerokie spektrum artykułów i książek napisanych z punktu widzenia teoretyków mediacji jest imponujące.

Nadal jednak brakuje refleksji praktycznej i krytycznego spojrzenia na zasady w mediacji w kontekście oczekiwań systemowych względem prawników. Na marginesie można tylko zauważyć, że także sędziowie mają niekiedy trudność w kierowaniu spraw do mediacji, argumentując, że przecież ich powołaniem i misją jest rozstrzyganie sporów sądowych, a skoro strona skierowała już swoje roszczenie do sądu, to obowiązkiem sędziego jest sprawę rozpoznać, a nie przesunąć do innego trybu rozwiązania, jakim niewątpliwie jest mediacja.

Narzędzia i techniki mediatora

Rolą mediatora jest przedstawienie pamięciowej reprezentacji problemu (zidentyfikowanie konfliktu), stanu początkowego, stanu docelowego, składowych problemu oraz zidentyfikowanych przeszkód. Transparentność i dobra wiara w kompletność obrazowania konfliktu na konstruowanej przez mediatora mapie pozwala stronom na aktywne kreowanie rozwiązania²⁶. Zastosowanie zbyt wielu uproszczeń powoduje, że strony powracają do swoistej sztywności myślenia, działań bezrefleksyjnych, fiksacji prawnej czy przywiązania do symboli²⁷. Jeżeli istnieje możliwość zbudowania mapy drogowej postępowania, to powinna być ona tworzona wspólnie i rozbijana na małe części/kroki. Strony – zachęczone sukcesem pracy nad metodą rozwiązywania problemu – niejednokrotnie proponują bezpieczne przejścia nad tematami, które początkowo stwarzały najwięcej problemów (np. skupieniu się na mało konstruktywnym dyskusowaniu o honorze).

Podstawowe w tym zakresie znaczenie ma zadawanie pytań wyjaśniających w stylu „pomóż mi zrozumieć”, np. w sytuacji sprzeciwu w kwestii uzyskania opinii eksperta na dany temat: „Obstajesz przy ograniczeniu konsultacji z osobami spoza korporacji. Musisz mieć ku temu ważne powody. Czy mogę je poznać?”. Gdy mediator dostrzega sprzeczność między tezą a podawanymi założeniami, może zadać kolejne pytanie: „Nie do końca zrozumiałem przekaz. Czy możesz mi wytłumaczyć, jak to koresponduje z tym co powiedziałeś na początku?”. Taka metoda pozwala stronie zachować twarz, a równocześnie zweryfikować przesłanki jej własnego zachowania. Często

26 Cenną publikacją w edukacji jest książka: P. Tkaczyk, *Narratologia*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2017.

27 Por. J. Orzechowski, P. Maciaszek, *Rozwiązywanie problemów*, w: *Przewodnik po kognitywistyce*, red. J. Bremer, Wydawnictwo WAM, Kraków 2016, s. 639.

mistyfikacja strony polega na przypisywaniu kompetencji nieistniejącym tworum, w tym kompetencji decyzyjnych, lub odwoływania się do niezidentyfikowanych wartości. W takim wypadku mediator może delikatnie obnażyć sytuację, zadając pytania w stylu: „Czy sądzisz, że organ/osoba XY miałyby takie samo zdanie?” „Czy chciałbyś wykonać telefon do przyjaciela?” „Czy prawidłowo zakładam, że chciałbyś uzyskać dodatkowy czas na przemyślenie propozycji?”.

Technik, które może zastosować mediator, jest niezwykle dużo²⁸. Jedną z cenniejszych jest *go to balcony*, czyli „poprowadzenie strony na galerię”, umożliwienie jej spojrzenia na problem z dystansu, niejako w oderwaniu od niej samej. Pokazanie perspektywy, że świat się nie kończy na punkcie konfliktowym, że jest jeszcze coś więcej, coś poza, coś wokół. Cenne jest także pokazanie drogi bardzo chrześcijańskiej: „Patrz, nie ty pierwszy przez tę bramę przechodzisz. Wokoło są tacy jak ty”. Nikt o tym nie mówi, ale jest płaszczyna do zrozumienia. Kolejną techniką może być ryzowanie „pól odniesienia” – w ekonomii nazywanych rynkiem relewantnym. Strona uwikłana w konflikt zatracza bowiem spojrzenie skali. Wyolbrzymia lub marginalizuje rzeczy, które w horyzoncie wartości mają inną miarę. Przenikliwość i wrażliwość oparta na dobrej wierze i poznaniu natury ludzkiej może otwierać drzwi do niejednego kreatywnego rozwiązania.

Można założyć, że zależnie od kręgu kulturowego podjęcie lub niepodjęcie aktywnej roli w mediacji może być oceniane przez pryzmat dobrej wiary²⁹. W Singapurze udział w mediacji wymaga respektowania podstawowego jej założenia, tj. konstruktywnej komunikacji i współpracy, negocjacji i rozwiązywania problemów. W Indiach podjęcie aktywnej roli w obszarze uwypuklenia moralnego aspektu konfliktu będzie naruszeniem standardu neutralności i kontrowersyjnym elementem działań mediatora. W kulturze europejskiej podkreślenie gatunkowego ciężaru etycznej słuszności podejmowanego kroku będzie zawsze dobrze widziane, w przeciwieństwie do tendencji podkreślania wyłącznie normatywnej wartości działania, bez uwzględnienia jego konsekwencji. Zadanie mediatora w procesie mediacji sprowadza się więc niekiedy do zabiegów polegających na

28 Por. L. Boulle, M. Nestic, *Mediator Skills and Techniques: Triangle of Influence*, Bloomsbury Professional 2010; Ch. W. Moore, *The Mediation Process. Practical Strategies for Resolving Conflict*, Jossey-Bass A Wiley Imprint 2003.

29 Por. E. Carroll, QC (Hon), K. Mackie, *International Mediation: Breaking Business Deadlock*, Bloomsbury Professional 2016.

przeformułowaniu oczekiwań czy żądań stron, przeprowadzenia testu konfrontacji z rzeczywistością (realnością rynkową), nadania nowych znaczeń słowom i działaniom strony. Działania takie mogą być postrzegane jako sposoby manipulacji³⁰. Nie wydaje się jednak, by była to słuszna opinia. Warto jednak dostrzec, że proces redefiniowania sporu może „otworzyć oczy strony”, zdjąć bielmo własnych stereotypów strony, uprzedzeń, ograniczeń, a w efekcie wykreować dla strony nową rzeczywistość poznawczą. We wskazanym kontekście pojawia się kolejna seria pytań: Czy obowiązkiem prawnika powinno być zapobieganie takiej sytuacji, czy raczej obowiązkiem prawnika powinno być współdziałanie w dobrej wierze, aby pomóc mediatorowi odkryć, co kryje się za zachowaniem strony i ukrywanymi kwestiami? Czy prawnik powinien skorygować samoocenę i ograniczyć autonomię strony w celu zakończenia polubownie sporu? Takie twierdzenie wypacza pierwotne założenie, że to strona/klient jest decydentem i beneficjentem rozwiązania. Poza tym nadmierne oczekiwania mogą zniechęcić prawników do uczestnictwa w mediacji i promowania konsensualnych metod rozwiązywania sporów.

Wobec poczynionych uwag wydaje się, że zasada udziału w mediacji w dobrej wierze powinna obowiązywać w jej miękkiej formie, a jej adresatami powinny być zarówno strony, jak i prawnicy. Poufność mediacji oraz związane z nią ograniczenia dowodowe (zakaz normatywny przeprowadzenia dowodu z przesłuchania mediatora bez zgody obu stron) powodują, że zasadne jest kształtowanie przede wszystkim kręgosłupa moralnego mediatorów i wybierania do tej funkcji osób, którym można ufać. Stanowisko przeciwne – skłaniające się za normatywnym obowiązkiem działania w dobrej wierze w mediacji – wydaje się niecelowe. Neutralność mediatora i poufność procesu mediowania są gwarantami elastycznego i nieformalnego procesu kształtowania porozumienia. Wprowadzenie normatywnych przesłanek – chociażby tak istotnych jak nakaz dobrej wiary – musiałyby zostać powiązane ze środkami dowodowymi, zmierzającymi do zbadania istnienia i realizacji tej przesłanki. Takie sformalizowanie i wtórne badanie drogi dochodzenia do konsensusu niweczyłoby zasadę poufności i elastyczności. Lepsze stałoby się wrogiem dobrego. Przepisy prawa nie powinny zastępować wolności i autonomii jednostki w podejmowaniu

30 Cenne uwagi o złej narracji, odnosząc je do sieci WWW, jednakże o znaczeniu ogólnym: A. Applebaum, P. Potoryczyn, *Matka Polka*, Wydawnictwo OsnoVa, Warszawa 2020, s. 270.

decyzji. Prawo tylko w wyjątkowych okolicznościach powinno zdejmować z jednostki ciężar odpowiedzialności za etykę działania. Dotyczy to zarówno działań klienta, jak i prawnika. Treścią dobrej wiary w mediacji jest kierowanie się domniemaną drogą, której przejście prowadzi do porozumienia. Nie wyklucza to stosowania technik unikania wejścia na mieliznę ani zadawania pytań o mierniki efektywności „dobrego” rozwiązania. Mieści się w nim także pytanie o alternatywę w horyzoncie wartości, które deklaruje człowiek uwikłany w spór. Jeżeli istnieje konflikt, to neutralny i zaufany człowiek – mediator, który staje między stronami, może stać się depozytariuszem i gwarantem, że dobra wiara pokładana w procesie polubownego rozwiązania sporu nie stanie się okazją do nadużycia, sprzeniewierzenia intencjom czy oszukańczego wykorzystania. Jeżeli za cechy niezawodnego negocjatora przyjmuje się dobrą intuicję, naturalną skłonność do rywalizacji, reputację, umiejętność stawiania celów i analizy szczegółów (balans przejścia ważne – nieważne, ważne – pilne, ważne – niepilne, nieważne i niepilne) oraz olbrzymią wiedzę, to za cechę idealnego mediatora należy uznać intuicję, dyskrecję, wiedzę oraz kręgosłup wartości, w którym ma miejsce dobro oraz dobra wiara w wyższość rozwiązań konsensualnych.

Bibliografia

1. Abramson H. I., *Mediation representation. Advocating as a Problem Solver in any Country and Culture*, National Institute for Trial Advocacy 2010.
2. Applebaum A., Potoryczyn P., *Matka Polka*, Wydawnictwo OsnoVa, Warszawa 2020.
3. Bohm D., *Wholeness and the Implicate Order*, Rutledge Classic, Londyn 2020.
4. Boulle L., Nestic M., *Mediator Skills and Techniques: Triangle of Influence*, Bloomsbury Professional 2010.
5. Carroll E., QC (Hon), Karl Mackie, *International Mediation: Breaking Business Deadlock*, Bloomsbury Professional 2016.
6. *Contemporary Issues in Mediation*, vol. 1, eds. J. Lee, M. Lim, P. Jun Han, Singapore International Mediation Institute 2016.
7. Dajczak D., *Zasady współżycia społecznego czy dobra wiara?*, „Rejent” (2001) nr 1, s. 40–47.

8. *Dispute Resolution Ethics. A Comprehensive Guide*, eds. P. Bernard, B. Garth, American Bar Association Section of Dispute Resolution, Washington DC 2005.
9. Filek T.J., *Etyka reinterpretacja*, Wydawnictwo Benedyktynów, Tyniec 2014.
10. Gmurzyńska E., Morek R., *Mediacje. Teoria i praktyka*, Wolters Kluwer, Warszawa 2018.
11. Gorczyca J., *Zarys etyki fundamentalnej*, Wydawnictwo WAM. Kraków 2014.
12. Gracz L., Słupińska K., *Negocjacje i komunikacja. Wybrane aspekty*, EDU-Libri, Warszawa Lublin 2018.
13. Heller M., *Moralność myślenia*, Copernicus Center, Kraków 2015.
14. Hetmański M., *Przetwarzanie informacji*, w: *Przewodnik po kognitywistyce*, red. J. Bremer, Wydawnictwo WAM, Kraków 2016, s. 321–344.
15. Hillman J., *Uzdrowiające fikcje. Poetyka psychoterapii – Freud, Jung, Adler*, Larum, Warszawa 2016.
16. Holland J., Webb J., *Learning Legal Rules*, Oxford University Press 2010;
17. Jabłońska-Bonca J., Zeidler K., *Prawnik a sztuka retoryki i negocjacji*, Wolters Kluwer Warszawa 2016.
18. Kałucki K., *Techniki negocjacyjne*, Difin, Warszawa 2018.
19. Kamiński I. C., *Słuszność i prawo. Szkic porównawczy*, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2003.
20. Karolak S.J., *Sprawiedliwość. Sens Prawa*, Wydawnictwo Pertus, Kraków 2015.
21. Koszowy M., Budzyńska K., *Strategie retoryczne, techniki komunikacyjno-poznawcze, błędy i sofizmaty*, Wydawnictwo IFiS PAN, Warszawa 2015;
22. Kupiszewski H., *Prawo rzymskie a współczesność*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1988.
23. Lewicki R.J., Barry B., Saunders D. M., *Zasady negocjacji*, Rebis, Poznań 2016.
24. Lichacz P., *Neuroetyka a Tomasz z Akwinu. O użyteczności myśli średniowiecznej we współczesnych debatach etycznych*, Wydawnictwo IFiS PNA, Warszawa 2018.
25. Maslow A., *Motywacja i osobowość (1954)*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2021.
26. Min Hui Ch., *Good Faith Participation in Mediation*, w: *Contemporary Issues in Mediation*, vol. 1, eds. J. Lee, M. Lim, P. Jun Han, Singapore International Mediation Institute 2016, s. 121–140.
27. Mnookin R. H., Peppet S., R., Tulumello A. S., *Beyond Winning. Negotiating to Create Value in Deals and Disputes*, The Belknap Press of Harvard University Press 2000.
28. Mnookin R., *Bargaining with the Devil. When to Negotiate, When to Fight*, Simon & Schuster, New York 2010.

29. Moore Ch. W., *The Mediation Process. Practical Strategies for Resolving Conflict*, Jossey-Bass A Wiley Imprint 2003.
30. Oppenheimer L., *How to Master Negotiations*, ed. CDRC Contributors, Bloomsbury Professional 2015.
31. Orzechowski J., Maciaszek P., *Rozwiązywanie problemów*, w: *Przewodnik po kognitywistyce*, red. J. Bremer, Wydawnictwo WAM, Kraków 2016, s. 639–680.
32. Piekot T., *Mediacje semiotyczne. Słowo i obraz na usługach ideologii*, Wydawnictwo Akademickie Sedno, Warszawa 2016.
33. Pieniążek M., *Etyka sytuacyjna prawnika*, LexisNexis, Warszawa 2008.
34. *Przewodnik po kognitywistyce*, red. J. Bremer, Wydawnictwo WAM, Kraków 2016.
35. Rawls J., *Teoria sprawiedliwości*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1994.
36. Rebes M., *Między respondere i imputatio. Martina Heideggera i Józefa Tischnera hermeneutyka odpowiedzialności w horyzoncie ontologii, agatologii i aksjologii*, cz. I–III, Księgarnia Akademicka, Kraków 2018.
37. Scalia A., Garnier B. A., *Making Your Case. The Art. Of Persuading Judges*, Library Congress, 2008.
38. Shapiro D., *Negocjuj nienegocjowalne. Jak rozwiązywać konflikty podszyte emocjami*, Harvard Business Review Polska 2019.
39. Skuczyński P., *Lojalność wobec klienta jako zasada etyki prawniczej i jej granice*, w: *Etyka prawnicza. Stanowiska i perspektywy*, red. H. Izdebski, P. Skuczyński, LexisNexis, Warszawa 2011, s. 87–107.
40. Soh V., Xian Y., *Mediation Advocacy: Doing Good, Doing Right and Doing Well*, w: *Contemporary Issues in Mediation*, vol. 1, eds. J. Lee, M. Lim, P. Jun Han, Singapore International Mediation Institute 2016, s. 17–34.
41. Staundinger von J., Weber J., *Kommentar zum Bürgerlichen Gezezbuch*, Berlin 1978.
42. Stelmach J., *Sztuka manipulacji*, Wolters Kluwer, Warszawa 2018.
43. Sujak E., *ABC psychologii komunikacji*, Wydawnictwo WAM, Kraków 2006.
44. Tischner J., *Myślenie według wartości*, Wydawnictwo Znak, Kraków 2000.
45. Tkaczyk P., *Narratologia*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2017.
46. Walker S., *Mediation Advocacy. Representing and Advising Clients in Mediation*, Bloomsbury Professional 2018.
47. Walker S., Smith D., *Advising and Representing Clients at Mediation*, Wildy, Simmonds & Hill Publishing 2019.
48. Wood P. R., *The Fall of the Priests and the Rise of the Lawyers*, Oxford and Portland, Oregon, 2016.



49. Zhen Yang K., *Manipulation in Mediation*, w: *Contemporary Issues in Mediation*, vol. 1, eds. J. Lee, M. Lim, P. Jun Han, Singapore International Mediation Institute 2016, s. 73–84.
50. Zienkiewicz A., *Studium mediacji. Od teorii ku praktyce*, Difin, Warszawa 2007.



Uniwersytet Papieski
Jana Pawła II
w Krakowie