



Uniwersytet
Wrocławski

Alternatywne sposoby rozstrzygania sporów w Polsce, w Niemczech i na Ukrainie

redakcja

Józef Koredczuk

Wrocław 2018

**Alternatywne sposoby
rozstrzygania sporów w Polsce,
w Niemczech i na Ukrainie**

Alternatywne sposoby rozstrzygania sporów w Polsce, w Niemczech i na Ukrainie

**redakcja
Józef Koredczuk**

dr hab. nauk prawnych, prof. nadzw. UWr
Uniwersytet Wrocławski
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii

Wrocław 2018

Kolegium Redakcyjne

prof. dr hab. Leonard Górnicki – przewodniczący

dr Julian Jezioro – zastępca przewodniczącego

mgr Aleksandra Dorywała – sekretarz

mgr Ewa Galyga-Michowska – członek

mgr Bożena Górna – członek

mgr Tadeusz Juchniewicz – członek

Recenzent: dr hab. Magdalena Tabernacka

© Copyright by Institut für Ostrecht München

Tłumaczenie z jęz. niemieckiego: *Tomasz Smoczyński*

Korekta: *Joanna Kokocińska*

Projekt i wykonanie okładki: *Andrzej Malenda*

Skład i opracowanie techniczne: *Aleksandra Kumaszką, eBooki.com.pl*

Druk: *Drukarnia Beta-druk, www.betadruk.pl*

Wydawca

E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa.

Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego

ISBN 978-83-65431-82-0 (druk)

ISBN 978-83-65431-83-7 (online)

Spis treści

Przedmowa	9
A. PAŃSTWO PRAWA JAKO PODSTAWA POSTĘPOWANIA ADR	
Herbert Küpper	
Państwo prawa w perspektywie historyczno-kulturowej	15
B. SĄDOWNICTWO ARBITRAŻOWE	
Reinmar Wolff	
Wyzwania stawiane wymiarowi sprawiedliwości przez sądownictwo arbitrażowe	29
Jewhen Berszeda	
Alternatywne załatwianie sporów i Układ o stowarzyszeniu między UE i jej państwami członkowskimi a Ukrainą: refleksje nad punktami orientacyjnymi dla Ukrainy	51
Mykola Fedorowycz Selivon, Tetjana Gennadijewna Sacharczenko	
Prawne regulacje sądownictwa arbitrażowego na Ukrainie jako skuteczny środek zażegnania sporów w handlu zagranicznym	57
Markian Malskyy	
Aktualne kierunki rozwoju praktyki sądów rozjemczych na Ukrainie	71
Witold Jurcewicz, Cezary Wiśniewski	
Arbitrability of corporate disputes	85
C. MEDIACJA	
Tatiana Kyselova	
Mediation Movements in Ukraine: Donor-Sponsored and Grass-Root Level ...	105
Galyna Yeromenko	
Psychologiczne i prawne interesy jednostki a postępowanie mediacyjne	119
Alewtyna Sanczenko	
O mediacji jako alternatywie dla procesu sądowego w sporach: <i>pro et contra</i> (z <i>acquis</i> i doświadczeń Rady Europy)	125
Julia Bürger	
Znaczenie komunikacji interkulturowej w mediacji	133
Andriy Girnyk	
Społeczne i psychologiczne podstawy sterowania konfliktami	147

Rainer Kulms

Mediacja. Zasadnicze problemy, wpływy amerykańskie	155
--	-----

Tina de Vries

Mediacja i prawo	175
------------------------	-----

Oleksandr Kopylenko, Nina Petscherowa

Ustawowa regulacja alternatywnego załatwiania sporów na Ukrainie: <i>de lege lata</i> i <i>de lege ferenda</i>	189
--	-----

Przedmowa

W 2014 r. DAAD, w ramach programu „Wspieranie demokracji na Ukrainie”, sfinansował ze środków Ministerstwa Spraw Zagranicznych projekt: „Stosunek między alternatywnymi metodami załatwiania sporów a sądownictwo powszechne: nowe tendencje na Ukrainie, w Niemczech i w Polsce”, którego opracowanie zawiera niniejsza publikacja. Projekt ten zawierał w sobie dwa wydarzenia: konferencję w Monachium, zorganizowaną wraz z DIS (*German Institution of Arbitration*) i sądem arbitrażowym przy Krajowej Izbie Gospodarczej (KIG) oraz warsztaty w Kijowie. W Monachium podczas konferencji na temat: „ADR – jeden z czynników globalnej konkurencji, Niemcy, Polska, Ukraina” w dniach 18–19 listopada 2014 r. dokonano na szeroką skalę porównań i analiz regulacji prawnych arbitrażu i innych postępowań ADR, a w szczególności mediacji w Polsce, w Niemczech i na Ukrainie. Szczególną uwagę zwracając na to, jaką rolę w nich odgrywała praktyka arbitrażu.

Rozdziały w niniejszym tomie składają się z częściowo przeredagowanych wykładów i referatów seminaryjnych wygłoszonych na tej konferencji. Tom ten pokazuje pozytywny wpływ funkcjonujących postępowań ADR i ich wpływ na umocnienie wymiaru sprawiedliwości w krajach je stosujących. Szeroko dziś dyskutowane jest pytanie o stosunek postępowań ADR do *Rule of Law*¹. Prywatyzacja arbitrażu uważana jest często za problematyczną, ponieważ opracowywanie prawa osiąganego podczas rozpraw publicznych i publikacja ich wyników są konieczne w celu ochrony i wzmacniania praw indywidualnych², argument szczególnie ważny w *Common Law*. Argumentuje się również, że traktowanie sporów jako spraw dotyczących osób indywidualnych i niebędących sprawą publiczną podważa odpowiedzialność sektora publicznego, że odpada ważna wychowawcza funkcja prawa lub nawet że pozycja słabszych członków społeczeństwa ulega w ten sposób dalszemu osłabieniu³.

Sądownictwo arbitrażowe w Niemczech stało się w ostatnich latach przedmiotem krytyki ze względu na mechanizmy zażegnywania sporów przewidziane w negocjowanym obecnie *Transatlantic Trade and Investment Partnership* (TTIP)⁴. Ostro krytykowana jest tu tajność postępowania arbitrażowego, przy czym w publicznej debacie na temat TTIP chodzi także o obawy przed nadmierną liberalizacją rynków, spadek

¹ Por. J.R. Sternlight, *Is Alternative Dispute Resolution consistent with the rule of law? Lessons from abroad*, De Paul Law Review 2006, vol. 56, <http://ssrn.com/abstract=979787> [data dostępu: 10.8.2016]; W.F. Ebke, K.P. Berger, przedmowa do *ZVglRWiss*, 114, 2015, s. 385–386.

² J.R. Sternlight, *op. cit.*, przyp. 1, s. 570.

³ *Ibidem*.

⁴ W.F. Ebke, K.P. Berger, *op. cit.*, przyp. 1, s. 385.

standardów ochrony konsumentów, krytykę tajności negocjowanych dokumentów⁵ i in.⁶ Ogólnie można podsumować tę krytykę tak, że twierdzi się, iż postępowania ADR naruszają zasady państwa prawa lub ewentualnie *Rule of Law*, albo przynajmniej stawiają je przed zupełnie nowymi wyzwaniami⁷.

Z drugiej strony podkreśla się jednak również fakt, że postępowania ADR przyczyniają się do wzmocnienia właśnie *Rule of Law*. Od połowy lat 90. XX w. międzynarodowe organizacje humanitarne wspierają kraje przy implementacji postępowania ADR jako środek modernizacji ich systemów prawnych i dalszego rozwoju akceptacji i wzmocnienia *Rule of Law*⁸. Także celem leżącym u źródła niniejszego tomu projektu DAAD – zgodnie z kryteriami wyznaczonymi przez DAAD – jest dalsze umacnianie państwa prawa na Ukrainie. Postępowania ADR pomagają w uzyskaniu szerszego dostępu do wymiaru sprawiedliwości dla biedniejszych, ponieważ redukują zarówno koszty, jak i nakład czasu potrzebny do uzyskania rozwiązania sporu. Postępowania ADR mogą być także alternatywą dla skorumpowanych lub stronnich systemów sądownictwa, ich obecność w danym kraju jest argumentem sprzyjającym zagranicznym inwestycjom, postępowania ADR mogą zapewnić lepszy dostęp do wymiaru sprawiedliwości dla mniejszości, których interesy w formalnym systemie prawnym nie podlegają dostatecznej ochronie, pomagają w kształtowaniu się poczucia własnej odpowiedzialności i więzi międzyludzkich, a ta obywatelska współpraca może być przyczynkiem dla lepszej ochrony praw podstawowych⁹.

Lepiej pomaga zrozumieć istotę postępowania ADR, kiedy nie są one postrzegane jako alternatywa dla postępowań sądowych, lecz jako ich uzupełnienie i to zarówno w kraju, jak i zagranicą¹⁰.

Ideale państwa prawa realizowane są najlepiej wtedy, kiedy istnieją zarówno niezależne i funkcjonujące sądy jak i splecione z nimi postępowania ADR. Sądownictwo arbitrażowe na przykład potrzebuje wsparcia sądów. Mediacja może być przeprowadzona wewnątrzsądowo lub okołosądowo. Również w przypadku mediacji prawo może też odegrać poważną rolę.

Tom niniejszy omawia wszystkie te zagadnienia. Ze względu na ich tematykę można w nim wyróżnić dwie kategorie rozważań: dotyczące sądownictwa arbitrażowego i mediacji. Na początku w części poświęconej sądownictwu arbitrażowemu jest rozdział wprowadzający (wspólnym dla obydwu części) Herberta Küppera o państwie

⁵ W tym czasie dokumenty te ukazały się w formie nieautoryzowanej; tekst rozdziału o zażegnaniu sporów, stan z czerwca 2015: <https://www.ttip-leaks.org/#docdoc15> [data dostępu: 10.08.2016].

⁶ W.F. Ebke, K.P. Berger, *loc. cit.*

⁷ J.R. Sternlight, *op. cit.*, przyp. 1, s. 571.

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ibidem*, s. 576.

¹⁰ Por. *ibidem*, s. 581.

prawa. Píše on o jego powstaniu i o stosunku do *Rule of Law* w *Common Law*. W następnym rozdziale Reinmar Wolff przedstawia wymogi, jakie stawiane są przed wymiarem sprawiedliwości w Niemczech z punktu widzenia sądownictwa arbitrażowego. Dochodzi on do wniosku, że wymogi te ogólnie są w Niemczech spełnione, a wymiar sprawiedliwości oraz arbitraż w tym kraju mają się dobrze. Pomimo to istnieje jeszcze pole dla potrzebnych reform i poprawek. Następny autor Jewhen Berszeda przedstawia podstawy Umowy Stowarzyszeniowej między UE i Ukrainą dla implementacji arbitrażu i mediacji do prawa ukraińskiego.

W części poświęconej arbitrażowi znajdują się ponadto rozdziały, w których przedstawiono różne jego aspekty w Niemczech, Polsce i na Ukrainie. Między innymi Mykoła Fedorowycz. Selivon i Tatiana Gennadijewna Sacharczenko w swoim wspólnym rozdziale „Prawne regulacje sądownictwa arbitrażowego na Ukrainie jako skuteczny środek rozstrzygania sporów w handlu zagranicznym” przedstawiają rozwój prawa arbitrażowego na Ukrainie. Markian Malskyy zajmuje się stanem arbitrażu na Ukrainie w 2014 r. i możliwościami jego reformy z punktu widzenia praktyka. Natomiast Witold Jurcewicz i Cezary Wiśniewski przedstawiają zdolność arbitrażową sporów społecznych w Polsce na tle polskich regulacji prawnych.

Następna część poświęcona jest mediacji. Tatiana Kyselova opisała wysiłki ukraińskiego ustawodawcy, mające na celu uchwalenie ustawy mediacyjnej, i przedstawia w związku z tym proponowane regulacje rozwiązań prawnych. Galyna Yeromenko natomiast napisała o ukraińskiej praktyce mediacji, a Alewtyna Sanczenko dokonała analizy regulacji Rady Europy w sprawie mediacji, będących dla Ukrainy kolejną ważną podstawą prawną do prawnej regulacji mediacji. Do tematyki zawartej w poprzednim rozdziale nawiązują Oleksandr Kopylenko i Nina Petscherowa, którzy w swoim rozdziale skupili się na ustawowych regulacjach dotyczących alternatywnego załatwiania sporów obowiązujących na Ukrainie, przy okazji formułując wnioski *de lege lata* i *de lege ferenda*.

Interdyscyplinarność mediacji widać wyraźnie w rozdziale o znaczeniu interkulturalnej komunikacji w mediacji. Julia Bürger opisuje w nim nie tylko wpływ tła kulturowego na konkretną mediację, ale też na rozumienie mediacji jako metody rozwiązywania konfliktów. Autorka przedstawia przy tym niektóre przykłady wpływu procesów interkulturalnych na powstanie kulturowych standardów w stosunkach polsko-niemieckich. Rozdział Andrija Girnyka poświęcony jest analizie konfliktów z perspektywy psychologicznej. Pokazuje on różne poziomy konfliktów, nie tylko indywidualne, lecz również konflikty polityczne.

Natomiast Rainer Kulms w swoim rozdziale omawia prawnoteoretyczne uzasadnienie wprowadzenia mediacji z punktu widzenia ekonomicznej analizy prawnej na

przykładzie jej powstania i rozwoju w USA. Oprócz tego przedstawia ustawową regulację mediacji w USA – ojczyźnie dzisiejszej mediacji – przy czym opisane zostają liczne warianty jej wprowadzenia w różnych stanach. Obserwacje te są o tyle ważne dla prawa obowiązującego w krajach będących przedmiotem zainteresowania tego tomu, ponieważ przedstawiają problemy, z którymi mediacja borykała się na przestrzeni jej wieloletniej praktyki stosunków między mediacją i sądownictwem w USA i które to problemy w przyszłości tak samo mogą wystąpić w Niemczech, Polsce czy na Ukrainie. Rozdział Tiny de Vries opisuje rolę prawa w mediacji i sposób traktowania prawa przez mediację, zamykając tym krąg badań poprzez analizę zgodności z prawem różnych metod załatwiania sporów, z włączeniem w to mediacji sądowej i opisem umiejscowienia mediacji w ramach prawnych.

Tina de Vries

A. Państwo prawa jako podstawa postępowania ADR

Państwo prawa w perspektywie historyczno-kulturowej

I. Prawo i kultura prawna w Europie Zachodniej

Państwo prawa odznacza się tym, że prawo jest punktem odniesienia dla wszystkich istotnych społecznie stosunków międzyludzkich. Właśnie to odróżnia państwo prawa od innych systemów, stawiających na czele regulacji ludzkich zachowań inne normy czy też inne źródła norm: np. w teokracji odniesienie dla wszelkich rozstrzygnięć stanowi rozpoznana, autentycznie zinterpretowana i przez kastę ich ziemskich sług egzekwowana wola bogów; w technokracji, w której najwyższym punktem odniesienia jest aktualny stan nauki, tak, jak przedstawiają go i interpretują specjalnie do tego celu powołani eksperci (technokraci); czy też w leninowsko rozumianym socjalizmie/komunizmie, gdzie punktem odniesienia był rozpoznany, autentycznie zinterpretowany i egzekwowany przez „awangardę proletariatu”, czyli partię, pseudonaukowo-obiektywnie rozumiany interes klasowy, mający na celu utrzymanie jej priorytetu przynajmniej do chwili, kiedy zostanie on zastąpiony przez historycznie konieczne, bezklasowe, eschatologiczne końcowe społeczeństwo.

Państwo prawa jest produktem zachodnioeuropejskiej kultury prawnej. Obejmowało ono Europę Zachodnią w znaczeniu najpierw ukształtowanym przez katolicyzm, a później także przez protestantyzm zachodniej części kontynentu, podczas gdy druga jego połowa – Europa Wschodnia – była strefą kulturowych wpływów greckiego Bizancjum i prawosławia, później także, przynajmniej częściowo, islamu¹.

Owa zachodnia kultura prawna ma swe korzenie w Imperium Rzymskim i rzymskiej kulturze prawnej. W prawie rzymskim uderzające jest jego – jak na tamte czasy naprawdę niezwykle – wprowadzenie świeckiego rozumienia prawa, rezygnującego z wszelkiej boskiej legitymacji. Nawet jeśli *jus* w swych początkach posiada jeszcze

* Herbert Küpper, prof. dr, dr h.c., dyrektor zarządzający Instytutu Prawa Wschodniego w Monachium.

¹ O tych obu regionach kulturowych i o zróżnicowanych warunkach ramowych, jakie idea praworządności znajduje w łacińskiej Europie Zachodniej i greckiej Europie Wschodniej, patrz: G. Brunner, *Rechtskultur in Osteuropa: Das Problem der Kulturgrenzen*, [w:] G. Brunner (Hrsg.), *Politische und ökonomische Transformation in Osteuropa*, wyd. 3, Berlin 2000, s. 111–132.

atrybuty pochodzenia religijnego, *lex* od początku jest w swej naturze świeckie, jako stworzone przez ludzi. Pomimo że prawo rzymskie przekazane zostało przyszłym pokoleniom przez pryzmat średniowiecza, które religię postawiło w centrum świata i nie uznawało żadnej innej niż boska legitymacji, jego świecki i racjonalny charakter wraz z Reformacją i Oświeceniem znowu wysuwa się na pierwszy plan. Obok formalnej legitymacji jego treści przez kompetentny do tego organ (monarcha, później w coraz większym stopniu parlament, w przypadkach prawa zwyczajowego także naród lub organy stosowania prawa, takie jak sądy), prawo zachodnioeuropejskiej kultury prawnej swą wewnętrzną, materialną legitymację czerpało i czerpie stąd, że jest „sprawiedliwe”, „rozsądne”, „rzeczowe” i „stosowne”. Ta wewnętrzna legitymacja prawa zarządzana jest przez własny stan zawodowy prawników, którzy dzięki naukowemu wykształceniu zobowiązani są przede wszystkim do przestrzegania samostanowiącego się charakteru prawa, a nie ulegania zewnętrznym wpływom, takim jak: moralność, dogmaty religijne czy światopoglądowe.

II. Prawo i państwo: powstanie monopolu władzy państwowej, państwowego ustawodawstwa i sądownictwa

Nowoczesne państwo ma swe korzenie w absolutyzmie, kiedy to centralna władza państwowa przezwyciężyła średniowieczny pluralizm, tworząc swój monopol na władzę. Wcześniej władza publiczna rozdrobiona była pośród całej rzeszy feudalnych władców, w której państwo centralne i jego instancje były jedynie jednymi z wielu ośrodków władzy. Władzę zwierzchnią stanowiły także np. stany, Kościół i jego rozmaite instytucje, wolne miasta, cechy i najrozmaitsze inne korporacje. Wszystkie te feudalne ośrodki władzy mogły stanowić własne prawa, tak więc system źródeł prawa był jak najbardziej zdecentralizowany i odpowiednio nieprzejrzysty. Także w dziedzinie źródeł prawa państwo scentralizowane było tylko jednym z wielu jego emitentów; dekrety królewskie i ustawy Parlamentu Rzeszy obowiązywały oprócz innych źródeł prawa natury kościelnej i świeckiej. Szczególnie prawodawstwo królewskie przed powstaniem absolutystycznego państwa centralistycznego było mniej generalno-abstrakcyjne, a dużo częściej indywidualno-abstrakcyjne lub nawet konkretnie-indywidualne („przywileje”).

Absolutyzm nastał niesiony wynikającą z doświadczeń feudalizmu, ciągłych wojen i nieustannych roszczeń do władzy, wolą pokonania tego pluralizmu i zastąpienia go przez racjonalnie ustanowiony monopol władzy centralistycznego państwa, w celu zapewnienia wymaganej przez społeczeństwa ochrony od niekontrolowanych wybuchów (przede wszystkim fizycznej) przemocy. Wcieleniem tej jednorodnej władzy państwowej stała się w większości krajów osoba monarchy: *l'état c'est moi*. Odpowiedzią stało się

ideologiczne związanie nowego monopolistycznego państwa swoją legitymacją, którą do sprawowania władzy czerpało ono ze związania z rozumem i z dobrem publicznym – w wyrażeniu z epoki: *gute Policey*². Zadaniem państwa i przede wszystkim jego reprezentanta – monarchy było zapewnienie dobrobytu poddanym, a aktywność państwa miała respektować prawo do zapewnienia dobrobytu społeczeństwa i jednostki oraz jego powiększania.

Po decentralizacyjnej skrajności feudalnego rozdziału władzy państwo absolutystyczne popadło w drugą skrajność, realizując najpierw bardzo scentralizowany monopol władzy instytucji państwa centralnego (absolutnego), tak że prawie wszędzie likwidacji ulegały nawet takie tradycyjne instytucje, jak samorządy lokalne czy autonomia kościelna. Likwidacji ulegały także różnorodne feudalne źródła prawa, zastąpione prawem stanowionym przez państwo. To samo dotyczyło wymiaru sprawiedliwości. Liczne sądownictwa feudalnych podmiotów władzy zostały upaństwowione, a prawo stanowione było jedynie w imieniu państwa centralnego, najczęściej w imieniu monarchy. Państwo przejęło całkowicie i skoncentrowało w swych rękach nie tylko władzę polityczną, lecz również prawo: państwo stało się jedynym (lub przynajmniej najwyższym) źródłem wszelkiego prawa i w ramach państwowego sądownictwa troszczyło się również o jego egzekwowanie. Splatało się to z obowiązkiem państwa: od państwa oczekiwano w znaczeniu *gute Policey* stworzenia rozsądnego prawa i przeforsowania go w sposób rozsądny (zgodny z rozumem). Z powodu monopolu państwa w dziedzinie władzy, prawa i wymiaru sprawiedliwości w absolutyzmie nie było możliwości przeprowadzania korektury nieprawidłowości występujących podczas korzystania przez państwo z jego uprawnień, zwłaszcza że centralistyczne państwo rozumiane było jako stojące ponad prawem: państwo wiązało prawem poddanych, ale nie siebie.

Reakcją politycznej kultury Oświecenia na płynące z tego stanowiska ubezwłasnowolnienie społeczeństwa i jednostki, oraz na nadużycia państwa i jego przedstawicieli, którzy nie zawsze działali w myśl „dobrej” administracji (*Policey*), była tendencja do zgodnego z umiarem ograniczenia władzy państwowej: powstał tzw. absolutyzm oświecony, w którym monarcha rozumiał swą osobę jako „pierwszego sługę państwa”, wzmocnieniu uległo związanie państwa z postulatami rozumu i dobra powszechnego. Podczas kiedy „czysty” absolutyzm utrzymał swe pozycje w krajach, w których najwcześniej się rozwinął, takich jak Francja czy państwach Półwyspu Iberyjskiego, absolutyzm „oświecony” zwyciężył przede wszystkim tam, gdzie państwo stosunkowo późno przełamało siłę stanów, Kościoła i innych feudalnych ośrodków władzy i gdzie

² Ponadto patrz: A. Iseli, *Gute Policey – öffentliche Ordnung in der frühen Neuzeit*, Stuttgart 2009; W. Wüst, *Die „gute“ Policey im Reichskreis. Zur frühmodernen Normensetzung in den Kernregionen des alten Reichs*, t. 6, Berlin 2001–2013.

musiało ono swój monopol władzy dopiero wywalczyć, tzn. w Europie Środkowej: na obszarach niemieckojęzycznych i na wschód od nich.

Inną drogą poszły Wyspy Brytyjskie i Skandynawia, gdzie absolutyzm pozostał jedynie krótszym lub nieco dłuższym eksperymentem i gdzie monarsze stosunkowo wcześniej przeciwstawiono dla przeciwwagi parlamenty, mężów zaufania i inne temu podobne instytucje politycznej partycypacji i kontroli. Historycznych zasług absolutyzmu – stworzenia państwowego monopolu władzy i centralnej władzy państwowej także na Wyspach i w Skandynawii nie podawano w wątpliwość.

III. Prawo, państwo i jednostka: *rule of law*, *légalité* *Rechtsstaat*

Absolutyzm, zarówno w swej pierwotnej formie, jak i w swej formie oświeconej, opierał się na ubezwłasnowolnieniu społeczeństwa i jednostki. Uważano, że państwo wie lepiej niż jednostka, co jest dla niej dobre, stąd państwo mogło w razie potrzeby „uszczęśliwiać” jednostkę także wbrew jej woli. Obok tej, raczej teoretycznej, „nieprzyjemności” z absolutyzmem związane jest inne praktyczne nadużycie i szeroko rozpowszechnione pojęcie: samowola. Jako że państwo stawiało się ponad wszystko inne, wymykając się tym samym jakiegokolwiek kontroli, samowola reprezentantów państwa była na porządku dziennym. Samowola stała się jednym z centralnych doświadczeń poddanych w absolutystycznym państwie, przy czym jedynie niewielką różnicę sprawiało, czy doświadczyło się jej w państwie czysto absolutystycznym czy też oświeconym.

Polityczne kultury zachodnioeuropejskich krajów epoki reagowały na to doświadczenie użyciem podobnych, choć różniących się znacznie w szczegółach środków. Podstawowa idea była ta sama: związanie władzy państwowej i jej wykonania z prawem lub przynajmniej ze środkami prawa. Z teoretycznego związania państwa z rozumem i dobrem powszechnym powstało praktyczne związanie państwa i jego aktorów z obowiązującym prawem. W jego wersji brytyjskiej powstało z tej idei *rule of law*, we Francji przybrało ono formę *légalité*, a w niemieckim obszarze językowym powstało pojęcie *Rechtsstaat*.

Dla wszystkich trzech doktryn wspólny jest jeden problem: „podstawowy paradoks państwa prawa”. Państwo zostaje związane prawem, które samo stanowi, tzn. państwo jest zarówno źródłem, jak i poddanym stanowionego przez siebie prawa. Tym samym stanowi ono prawo, które ma je samo i jego sprawowanie władzy oswoić i zlikwidować jego samowolę.

1. Rule of law

Anglo-brytyjskie *rule of law* jako doktryna polityczno-prawna powstało w XVII w. Czerpało ono co prawda ze starszych tradycji, jednak swoje nowoczesne oblicze uzyskało w nazwanym wyżej okresie w wyniku konfliktu między angielskim absolutyzmem i „chwalebną rewolucją” (*glorious revolution*). Od XVII w. uznaje się wolność jednostki za punkt wyjścia prawa powszechnego (*common law*). Ten punkt wyjścia uzyskuje swój normatywny zapis w *Petition of Rights* (petycji o prawach) z 1628 r., w *Habeas Corpus Act* z 1679 r. i w szczególności w *Bill of Rights* (karta praw) z 1689 r. Jeszcze większe znaczenie wydają się tu mieć niektóre pojedyncze precedensy w sprawach o prawa jednostki, których państwo nie może samowolnie zmieniać, łamać ani uchylić³ oraz pisma teoretyczno-prawne, przede wszystkim autorstwa Williama Blackstone’a⁴ i teoria państwa Johna Locke’a⁵.

Z nich właśnie wypływa ustanowiona w XVIII w. w *common law* zasada prawna, że jednostka może czynić wszystko, co nie jest wyraźnie zabronione, podczas gdy władza państwowa dla swej działalności potrzebuje wyraźnego zezwolenia sformułowanego w ustawie albo w prawie zwyczajowym. Zamachy na wolność i własność dozwolone były zasadniczo jedynie sądom lub sądowo upoważnionej i poddanej kontroli sądów egzekutywie. W praktyce przez długi czas wolność jednostki była wolnością zamożnych przedstawicieli klasy wyższej i wyższych sfer klasy średniej, a wymóg podstawy uprawnienia dla działań państwa relatywizowały długi czas prerogatywy królewskie (*royal prerogatives*), dające państwu wolną rękę w jego działalności i wykluczające jednocześnie wszelką sądową kontrolę. Dopiero w XX w. rozpoczął się proces zawężania prerogatyw królewskich, a w latach 1977–1983 po raz pierwszy wykonywanie władzy państwowej na podstawie *royal prerogative* zostało sprawdzone sądownie⁶.

³ Warte wzmianki są: *Dr. Bonham’s Case* (1610), rozstrzygnięty przez Sir Edward Coke, mający też decydujący wpływ na ukształtowanie doktryny wolnościowej w *common law* oraz *Ashby v. White* (1703), *Entick v. Carrington* (1765) i *R. v. Knowles, ex parte Somerset* (1772). Na ten temat patrz: J.H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, wyd. 3, London 1990, s. 530–543.

⁴ Szczególny wpływ wywarło jego wielkie dzieło *Commentaries on the Laws of England* (1765–1769): „Of great importance to the public is the preservation of this personal liberty; for if once it were left in the power of any the highest magistrate to imprison arbitrarily whomever he or his officers thought proper [...] there would soon be an end of all other rights and immunities”. Powołanie się na *arbitrarily* pokazuje, że u podstaw tej teorii wolnościowej *common law* leżało wspomniane już doświadczenie samowoli panującej w angielskim absolutyzmie.

⁵ Szczególnie godny wzmianki jest *Two Treatises of Government* (1689). Lord Camden cytuje tę książkę niemal dosłownie, kiedy formułuje on w *Entick v. Carrington* (1765) zasadę *common law*, że jednostce wolno wszystko, czego nie zabrania prawo, podczas gdy państwu wolno zaingerować jedynie wtedy, gdy prawo lub prawo zwyczajowe mu na to wyraźnie zezwala.

⁶ Na początku orzecznictwo w ramach *Criminal Injuries Compensation Board, ex parte Lain* (1967) uznawało kontrolę sądową jedynie wobec królewskich praw prerogatywnych „o charakterze sądowym”. Uwolniły się od tego *Laker Airways Case* (*Laker Airways Ltd. v. Department of Trade*, 1977) i przede wszystkim *Leifall Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* (1983, tzw. *GCHQ case*),

Nazwany tu podstawowy paradoks państwa prawa w *rule of law* nie ukazuje się w swej całej ostrości. *Common law* włącznie z *royal prerogatives* jest w szerokim zakresie prawem zwyczajowym, tzn. prawem sędziowskim. Niezależnie od tego, jak wartościuje się „prawo sędziowskie” jako źródło prawa, stanowione przez sądy prawo zwyczajowe nie jest stanowione przez polityczną i stojącą na pierwszym planie jako nośnik władzy państwowej egzekutywę i legislaturę. W zależności od tego, jak udaje się rozdział wymiaru sprawiedliwości od tych dwóch władz, już sam rozdział tej władzy powoduje częściowe rozwiązanie tego paradoksu, ponieważ reguły umożliwiające czynności egzekutywy i legislatury formułowane i kontrolowane są przez niezależną od władzy państwowej judykaturę.

2. *Légalité*

Punktem wyjścia *légalité* była, podobnie jak w przypadku *rule of law*, rewolucja. Jest ona produktem Wielkiej Rewolucji Francuskiej i tym samym także swego rodzaju reakcją na niedomagania przedrewolucyjnej, późnoabsolutystycznej Francji. Podczas jednak, gdy brytyjska *rule of law* widziała w sądach i w stanowionym przez nie i ogłaszanym prawie gwarancję wolności jednostki, we Francji sytuacja przedstawiała się dokładnie odwrotnie. *Légalité* w dużo większym stopniu niż na wyrokach i prawie stanowionym przez sądy opiera się na parlamencie, a jego punktem uwagi jest nie tyle wolność jednostki, ile przede wszystkim wymaganie przeforsowania woli powszechnej, pojęcia cenionego niezwykle od czasów Jeana-Jacques’a Rousseau *volonté générale*⁷, która znajduje swe najwyższe wcielenie i autentyczny wyraz w parlamencie i w jego aktach, czyli ustawach. Parlamentowi i jego ustawom powierzona została także ochrona jednostki, jej wolności i praw do obrony przed samowolą⁸.

Parlament, jako ucieleśnienie narodowej suwerenności – i tym samym rewolucyjnych wartości – jest najwyższym autorytetem w państwie. Co prawda istniejące katalogi praw podstawowych, jak Deklaracje praw człowieka i obywatela z 3 września 1791 r. i z 24 czerwca 1793 r., jak i późniejsze Konstytucje stawiają ustawodawstwu granice, wymagając przestrzegania także przez ustawodawcę gwarantowanych w nich praw człowieka i obywatela. Jednak prawo francuskie jeszcze przez długi czas nie przewidywało żadnej kontroli prawnej tej działalności, tzn. kontrola przestrzegania przez ustawy praw

które zakwestionowały sądowniczą wolność praw prerogatywy jako zasadę i uznawały je odtąd tylko tam, gdzie wynikała ona z natury sprawy, np. w sprawach dotyczących przemocy zewnętrznej lub bezpieczeństwa narodowego.

⁷ W tym powiązaniu centralną rolę gra jego dzieło *Du contrat social ou principes du droit politique* (1762).

⁸ Tak formułuje to już Deklaracja Praw Człowieka i Obywatela z dnia 3 września 1793 r. w swej preambule i w art. 2, 5, 6, jak też Tytuł I Konstytucji z tego samego dnia. Nawiązał do tego art. 4 Deklaracji Praw Człowieka i Obywatela Konstytucji jakobińskiej z dnia 24 czerwca 1793 r.

podstawowych, wolności jednostki od państwowej samowoli, do niedawna podlegała także parlamentowi. Tak więc samokontrola parlamentu staje się tu z konieczności sprawą polityczną. We Francji, inaczej niż w Wielkiej Brytanii, po doświadczeniach z przedrewolucyjnym stanem sędziowskim nie dowierzano kontroli prawnej, tzn. sądowej⁹. Dopiero od 2008 r. *Conseil Constitutionnel*, w ramach konkretnej kontroli normatywnej sprawdzać może ogłoszone ustawy pod względem ich zgodności z prawami podstawowymi i je w razie konieczności uchylać¹⁰.

Skoro więc parlament uosabia wolę narodu, akty jego woli, ustawy tworzą *volonté générale*. Logiczną tego konsekwencją jest nakaz trzymania się tego prawa przez wszystkie organy państwa. Może to więc być także poddane kontroli prawnej (sądowej); jedynie zachowanie nadrzędnych praw podstawowych przez ustawodawczy parlament było przez długi czas poddane kontroli czysto politycznej. Z suwerenności narodu wynika zatem, że jego reprezentant, czyli parlament może ustanawiać obowiązujące reguły dla całego aparatu państwowego, a aparat państwowy musi tych reguł przestrzegać: to jest istota *légalité*¹¹. *Légalité* zatem nie chroni obywatela przed prawem, lecz poprzez prawo, dlatego termin *légalité*, ściśle biorąc, nie należy do prawa konstytucyjnego lecz do prawa administracyjnego i karnego. Przyjęcie poglądu, że parlament jako ostoja wartości rewolucyjnych nie będzie naruszał wolności jednostki jest jednocześnie oczywistością zarówno polityczną, jak i właśnie prawnie niekontrolowalną, lecz wymaganą w kulturze politycznej.

Paradoks państwa prawa uzasadnia więc *légalité* z całą mocą: państwo jest źródłem prawa i jednocześnie ma ono kanalizować i kontrolować wykonywanie prawa. Dylemat ten rozwiązują na pozór: przypisanie organowi państwowemu stanowiącemu prawo szczególnej politycznej jakości i to, że w sferze politycznej – ale właśnie nie prawnie albo zgoła sądowo kontrolowalnej – oczekuje się, że stanowione przez niego prawo spełni wyznaczoną mu politycznie rolę zapewnienia kontroli i ochrony przez samowolą.

⁹ Lekceważenie sądowej władzy kontrolnej i organizacyjnej ma swe źródło w tradycjach przedrewolucyjnych. I tak już Charles de Montesquieu w swym fundamentalnym dziele *De l'esprit des lois* (1748) opisuje funkcję sędziego jako „en quelque façon nulle”, jako że jego zadaniem jest ślepe wykonywanie woli prawa bez dokonywania żadnej interpretacji.

¹⁰ Art. 61–1, art. 62 ust. 2 Konstytucji z dnia 4 października 1958 r. Z kolei art. 120 holenderskiej konstytucji z dnia 24 sierpnia 1815 r. w wersji z dnia 22 sierpnia 2008 r. pozostał w tradycji francuskiej i w dalszym ciągu zabrania badania ustaw przez sędziów. Odnośnie do tego holenderskiego stanowiska por.: L. Besselink, § 6 *Niederlande*, [w:] A. von Bogdandy, P. Cruz Villalón, P. Huber (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*. T. I: *Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts*, Heidelberg 2007, nb. 146–149; J.M. de Meij, *Inleiding tot het staatsrecht en het bestuursrecht*, wyd. 6, Groningen 1996, s. 235.

¹¹ Związek między rewolucją, deklaracjami praw człowieka i związanie ustawą administracji analizuje J.L. Mestre, § 43 *Frankreich*, [w:] A. von Bogdandy, S. Cassese, P. Huber (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*. t. III: *Verwaltungsrecht in Europa: Grundlagen*, Heidelberg 2010, nb. 18–31.

3. *Rechtsstaat*

Podczas gdy *rule of law* i *légalité* wykształciły się jako efekt rewolucyjnych przemian, zobowiązane do ochrony emancypacji społeczeństwa i jednostki od ubezwłasnowolnienia przez państwo, źródło idei państwa prawa w niemieckim obszarze językowym leżało dokładnie na przeciwnym biegunie. Miała ona w swej początkowej idei za zadanie przeszkodzić w dalszym rozwoju społeczeństwa i państwa, postrzeganymi jako rewolucyjne i tym samym niebezpieczne. Tak samo jak po zwycięstwie nad Napoleonem Bonaparte w 1815 r., także po przegranej Rewolucji 1848/1849 do władzy w Niemczech doszły siły politycznej restauracji, które wydały społeczeństwo i jednostkę na pastwę tej samej samowoli, która rządziła Wielką Rewolucją Francuską. Społeczeństwo niemieckie reagowało na to po 1815 r. częściowo wycofaniem się ze spraw związanych z polityką (*Biedermeier*), częściowo żądaniami partycypacji politycznej oraz demokracji, które wówczas już rządziły we Francji i Wielkiej Brytanii.

Aby stawić czoła tym żądaniom rozbudowy partycypacji i demokracji powstała idea *Rechtsstaats*: państwo nie ma samo siebie ograniczać poprzez trzymanie się stanowionego przez siebie prawa, a zamachy na wolność i własność jednostki mają być dozwolone jedynie wtedy, gdy istnieje na to ustawowe zezwolenie. W ten sposób obywatel miał cieszyć się w spokoju pewnością ochrony własnej wolności i własności przed samowolą – co miało go powstrzymać przed stawianiem dalszych żądań politycznej partycypacji.

Jednak ta kalkulacja okazała się na dłuższą metę nie trafna: pogląd, że prawo – a dokładniej – ustawy miały określać zasięg wolności i własności jednostki skierował tę kwestię na organ ustawodawczy: parlament. Mieszczaństwo mogło być pewne swej własności i wolności jedynie w przypadku, kiedy ono samo, a nie stare siły polityczne mogło określać granice własnej wolności i własności, tzn. wtedy, kiedy miało przeważające przedstawicielstwo w parlamencie. W ten sposób z „tabletki uspokajającej” dla mieszczaństwa rozwinęło się dalsze pole działania dla żądań emancypacyjnych i demokratycznych. Najpóźniej od początku XX w. także w Niemczech nie daje się już dłużej ukrywać związku między *Rechtsstaat* i demokracją.

Niemiecka idea państwa prawa miała wpływ na Włochy i państwa leżące w Europie Środkowo-Wschodniej. Szczególnie często była ona recypowana na Węgrzech; pomiędzy 1902 i 1938 r. istniało tam fachowe czasopismo prawne pod tytułem „Jogállam” („Państwo Prawa”) ¹².

¹² Brunner, *op. cit.* (przyp. 1); H. Küpper, *Einführung in die Rechtsgeschichte Osteuropas, Studien des Instituts für Ostrecht München*, t. 54, Frankfurt n. M. 2005, s. 312–314. Na temat oddziaływania *rule of law*, *légalité* i *Rechtsstaat* na Europę wschodnią przed I wojną światową zob. artykuły: T. Giaro (Hrsg.), *Modernisierung durch Transfer im 19. und frühen 20. Jahrhundert*, Frankfurt n. M. 2006, dla okresu międzywojennego zob. artykuły: T. Giaro (Hrsg.), *Modernisierung durch Transfer zwischen den Weltkriegen*, Frankfurt n. M. 2007.

Rechtsstaat w swych początkach postrzegany był tylko formalnie i wymagał jedynie, żeby państwo przestrzegało stanowionych przez siebie praw, jednak tego stanowiska po doświadczeniach narodowego socjalizmu nie dało się dłużej utrzymać. Niemiecka dyktatura pokazała bowiem, że nawet najwyższej miary niesprawiedliwość i bezprawie mogą przybrać zewnętrzne formy prawidłowo ustanowionego prawa. Zwrot w stronę pozycji czysto formalnej był niemożliwy i *Rechtsstaat* musiało zmierzyć się z problemem, że w państwie prawa prawo musi zawierać określoną jakość minimalną, tzn. urzeczywistniać przynajmniej minimum materialnej sprawiedliwości¹³. Także rozwój i przekształcenie dotychczasowego formalnego państwa prawa w materialne państwo prawa było recypowane za granicami Niemiec.

Paradoks państwa prawa w całej swej jasności ujawnił się w okresie narodowo-socjalistycznej dyktatury: państwo ustanawiało formalnie poprawne ustawy, które jednak nie miały na celu ukrócenia, a umożliwienie samowoli. Niemiecka doktryna zareagowała na to tak zwaną państwowością materialną, uznającą za państwowoprawne tylko takie prawo, które urzeczywistnia pewne minimum sprawiedliwości, tzn. zabezpieczenia przed samowolą.

4. Wzrastająca konwergencja *rule of law*, *légalité*, *Rechtsstaat*

W XX w., wskutek szczególnie silnie postępującego procesu europejskiego zjednoczenia koncepcje *rule of law*, *légalité* i *Rechtsstaat* zbliżyły się do siebie. Najpóźniej po zwycięstwie demokracji w Niemczech w 1918 r. niemieckie państwo prawa straciło swój antydemokratyczny impet i mogło rozwinąć cały swój demokratyczno-emancypacyjny potencjał. Wraz z rozwojem prawa ustawodawczego w Wielkiej Brytanii i wypierania przez nie w związku z tym *common law* i *royal prerogative* oraz z zakotwiczeniem gwarancji dla wolności i własności w umowach międzynarodowych i ustawach¹⁴, pytanie o chroniące wolność oddziaływanie tradycyjnego prawa zwyczajowego musiało zostać postawione na nowo. *Légalité* od lat 60., między innymi przez doświadczenie wzrastającej roli sądów w stosunku do polityki i coraz większych wpływów niemieckiej koncepcji *Rechtsstaat* także terminologicznie we francuskiej literaturze fachowej ustępuje pojęciu *état de droit*, także dlatego że *état de droit* obejmuje dodatkowe obszary

¹³ Tak tzw. Formuła Radbrucha rozwinięta została przez G. Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, „Süddeutsche Juristen-Zeitung“ 1946, s. 105–108. W orzecznictwie Federalnego Trybunału Konstytucyjnego postulat sprawiedliwości jako elementu *Rechtsstaat* pojawia się po raz pierwszy w orzeczeniach BVerfGE 7, 89 und 20, 323. Na temat rozwoju najpierw formalnego, a później materialnego państwa prawa w Niemczech patrz: E. Schmidt-Aßmann, § 24 *Der Rechtsstaat*, [w:] J. Isensee, P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, t. I: *Grundlagen von Staat und Verfassung*, wyd. 2, Heidelberg 1995, s. 987–1043 (992–999).

¹⁴ Przystąpienie Wielkiej Brytanii do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka 1950/1953; Human Rights Act z 9 listopada 1998 r.

pojęciowe bardziej niż przeważająco administracyjno- i karnoprawna *légalité*, i przy tym lepiej tłumaczy wyrafinowaną niemiecką dogmatykę *Rechtsstaat*.

Przy całej swej konwergencji *rule of law*, *légalité* i *Rechtsstaat* są w dalszym ciągu rozróżnialnymi fenomenami mającymi częściowo te same, częściowo jednak różne punkty ciężkości. I tak *rule of law* – odpowiednio do swojego źródła pochodzenia z sądowej ochrony prawnej – tak jak dotąd przywiązuje wagę do sprawiedliwego postępowania i uznaje swój cel – wolność od samowoli i ochronę prawną – za zasadniczo osiągnięty wtedy, kiedy działania państwa poprzedzone są sprawiedliwym postępowaniem, przeprowadzonym i kontrolowanym przez rzeczywiście niezależne instytucje¹⁵. W USA, w amerykańskim prawie konstytucyjnym znajdujemy to jako *due process*¹⁶. Z kolei materialne *Rechtsstaat* rozwinęło się w powojennych Niemczech w stronę postawienia na centralnym miejscu państwowoprawnych obserwacji i kontroli odpowiedniości każdego działania¹⁷. We Francji koncepcje *légalité* i *état de droit*, oparte na doktrynie suwerenności zachowały swój, w porównaniu z *Rechtsstaat* silny, choć słabnący element polityczny¹⁸.

To zbliżenie porządków prawnych i stojących za nimi koncepcji opiera się częściowo na równoległych liniach rozwoju społeczeństw po 1945 r. W całej Europie Zachodniej XIX-wieczne państwo nadzorcze rozwinęło się w państwo dobrobytu i świadczeń socjalnych. Państwo ze wzmożoną siłą zajęło się kierowaniem i kontrolą gospodarki. Zaczęło przekazywać część wytworzonego produktu społecznego (PSB) na potrzeby socjalne, zapewniając społeczeństwu liczne instytucje kształcenia, ochrony zdrowia, socjalnego zabezpieczenia, infrastruktury i bezpieczeństwa bytu. Związane było to z ogromnym wzrostem działalności państwa, przede wszystkim egzekutywy, tzn. administracji na rzecz tej działalności i świadczeń. Jednocześnie jednostka popadła w egzystencjalną zależność od świadczeń państwowych, z tego powodu perspektywa zabezpieczenia wolności i ochrony przed samowolą musiała zostać rozszerzona i objąć nie tylko państwową ingerencję, ale też państwowe świadczeniodawstwo. *Rule of law*, *légalité* i *Rechtsstaat* musiały równolegle stawiać czoła tym problemom i zbliżyły się przez to do siebie. Dodatkowym czynnikiem było i jest jednoczące oddziaływanie członkostwa w UE. Państwa i ich systemy prawne zbliżyły się w niej tak bardzo, że

¹⁵ W perspektywie porównawczej: M. Loughlin, § 4 *Großbritannien*, [w:] A. von Bogdandy, P. Cruz Villalón, P. Huber (Hrsg.), *op. cit.*, t. I (przyp. 10), nb. 80–84.

¹⁶ Piąta Poprawka do Konstytucji Stanów Zjednoczonych z 1791 r.: „No person shall [...] be deprived of life, liberty, or property, without due process of law” (proceduralne rozumienie państwa prawa).

¹⁷ W perspektywie porównawczej H. Dreier, § 1 *Deutschland*, [w:] A. von Bogdandy, P. Cruz Villalón, P. Huber (Hrsg.), *op. cit.*, t. I (przyp. 10), nb. 130–132. Także [w:] M. Sachs, *Grundgesetz. Kommentar*, wyd. 4, München 2007, art. 20, nb. 145–157.

¹⁸ W perspektywie porównawczej O. Jouanjan, § 2 *Frankreich*, [w:] A. von Bogdandy, P. Cruz Villalón, P. Huber (Hrsg.), *op. cit.*, t. I (przyp. 10), nb. 104–108.

wzajemnie oddziałują na siebie i się rozwijają. Jednocześnie w wielu sprawach powstaje zasadniczy konsens, także w dziedzinie ochrony jednostki i jej praw przed samowolą transgranicznej państwowości, wpływając jednocześnie na narodowe koncepcje, z których się rozwinął.

Rule of law, *légalité* i *Rechtsstaat* znaczą dziś w Europie mniej lub więcej to samo; różnice między nimi leżą najwyżej w rozłożeniu akcentów na różne kwestie¹⁹. Uwidacznia się to w terminologii europejskiego prawa podstawowego, powołującego się w art. 2 Traktatu o Unii Europejskiej na „państwowość prawną”: w niektórych wersjach językowych znajduje się to jako „Rechtsstaat(lichkeit)”²⁰, w innych jako „rządy prawa”²¹.

Z pierwotnie podobnych, a jednak mimo tak różnych tradycji narodowych, historycznych doświadczeń i wybranych rodzajów powstałych rozwiązań, stosunkowo jasno różniących się koncepcji, jak *rule of law*, *légalité* i *Rechtsstaat*, powstał, przede wszystkim od drugiej połowy XX w. produkt ich stopienia, zawierający w sobie i ulepszający ciągle najlepsze fragmenty tych koncepcji, mogący liczyć na akceptację nie tylko w politycznych kulturach Europy, ale i poza nią, jak widać na przykładzie historii transformacji i recepcji *rule of law* i *Rechtsstaat* na całym świecie, bez usuwania narodowych tradycji i pojęć. W tej wspólnoeuropejskiej państwowości opartej na prawie z jej korzeniami w *rule of law*, *légalité* i *Rechtsstaat* uwidacznia się imponująca „jedność w różnorodności” nowej Europy.

¹⁹ P. Cruz Villalón, § 13 *Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Vergleich*, [w:] A. von Bogdandy, P. Cruz Villalón, P. Huber (Hrsg.), *op. cit.*, t. I (przyp. 10), zwłaszcza nb. 73; L. Heuschling, § 54 *Verwaltungsrecht und Verfassungsrecht*, [w:] A. von Bogdandy, S. Cassese, P. Huber (Hrsg.), *op. cit.*, t. III (przyp. 11).

²⁰ Bułgarski: pravova dăržava; duński: retsstaten; niemiecki: Rechtsstaatlichkeit; estoński: õigusriik; fiński: oikeusvaltio; francuski: État de droit; grecki: krátos dikaíou; włoski: Stato di diritto; łotewski: tiesiskuma; litewski: teisinė valstybė; maltański: istat tad-dritt; holenderski: rechtsstaat; polski: państwo prawne; portugalski: Estado de direito; rumuński: statul de drept; szwedzki: rättsstaten; słowacki: právny štát; słoweński: pravna država; hiszpański: Estado de Derecho; czeski: právní stát; węgierski: jogállamiság.

²¹ Angielski: rule of law; gaelicki: smacht reachta; chorwacki: vladavina prava (to pojęcie znajduje się również w art. 3 chorwackiej Konstytucji z dnia 22 grudnia 1990 r., zmienione ostatnio ustawą z dnia 1 grudnia 2013 r.).

B. Sądownictwo arbitrażowe

Wyzwania stawiane wymiarowi sprawiedliwości przez sądownictwo arbitrażowe

I. Centralne znaczenie wymiaru sprawiedliwości w systemie sądownictwa arbitrażowego

Czego arbitraż oczekuje od wymiaru sprawiedliwości? Tylko na pierwszy rzut oka pytanie to wydaje się trywialne. Faktycznie jego znaczenie jest o wiele głębsze i wychodzi daleko poza formuły politycznych życzeń. Niemcy bowiem są konkurencyjne w stosunku do innych lokalizacji międzynarodowych postępowań arbitrażowych. W arbitrażu, o wiele łatwiej niż w innych dziedzinach prawa międzynarodowego, podmiotom gospodarczym łatwo jest urządzić arbitraż tam, gdzie znajdą po temu najdogodniejsze dla siebie ramy prawne. Atrakcyjność zagranicznych postępowań arbitrażowych nie jest dla państwa jedynie celem samym w sobie, lecz ze względu na udział wysoko kwalifikowanych fachowców mają one jednak znaczenie dla gospodarki narodowej¹. Ponadto lokalizacja międzynarodowych arbitraży umacnia pozycję Niemiec jako miejsca rozpatrywanych przez nie sporów prawnych.

W rywalizacji o atrakcyjność danej lokalizacji dla międzynarodowego arbitrażu rolę odgrywa wiele czynników, między innymi: bezpieczeństwo ogólne, brak kłopotów z dojazdem, odpowiednia infrastruktura, w tym sale konferencyjne i usługi, takie jak Court Reporter, czy tłumacze. Szczególną rolę jednak odgrywa wymiar sprawiedliwości, albowiem o wiele ważniejsze od materialnej infrastruktury są godne zaufania ramy prawne, a dla ich zapewnienia najważniejsze są sądy. W ten sposób wymiar sprawiedliwości, wraz ze stosowanym w nim prawem, okazuje się centralnym czynnikiem decydującym o lokalizacji wspomnianych podmiotów².

* Autor jest adwokatem i habilitantem na Uniwersytecie Philippsa w Marburgu.

¹ Patrz M. Illmer, *ZRP 2011*, s. 170; S. Wilske, T.J. Fox, „Austrian Yearbook on International Arbitration” 2009, s. 383, 385 i n., dla każdego z dalszymi wskazówkami.

² Patrz także: UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings (1996), 22: „law on arbitral procedure”, internet: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1996Notes_proceedings.html [dostęp 7.04.2016] i 2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration, s. 17: „The most important factor is the ‘formal legal infrastructure’ at the seat (62 %), which includes the national arbitration law and also the track record in enforcing agreements to arbitrate and arbitral awards in that

II. Wymogi w obowiązujących ramach prawnych

Przy analizie wymogów stawianych wymiarowi sprawiedliwości przez arbitraż należy odróżnić takie, które zakładają zmianę prawa (niżej III) i takie, które są w stanie spełnić w ramach obowiązującego prawa. Dotyczy to zarówno postępowania (niżej 1), jak i treści orzeczeń (niżej 2).

1. Wymagania dotyczące organizacji postępowania

Postępowania arbitrażowe muszą w swej istocie spełniać ogólne oczekiwania stawiane cywilnemu wymiarowi sprawiedliwości, które niemiecki cywilny wymiar sprawiedliwości spełnia w bardzo szerokim zakresie (niżej a). Nie ma w nim prawie żadnych szczególnych wymagań dotyczących organizacji postępowania; najważniejszy jest sposób obchodzenia się z zagranicznymi dokumentami (niżej b).

a. Wymagania ogólne

Ponieważ państwo, powołując się na monopol swojej władzy, zabrania obywatelowi dochodzenia praw na własną rękę, musi zapewnić mu w zamian funkcjonujące sądownictwo jako gwaranta dochodzenia praw. Sądownictwo cywilne musi gwarantować dostęp do prawa za rozsądną cenę i w rozsądnym terminie, musi być neutralne, czyli w swym orzecznictwie wolne od dyskryminacji, korupcji i wpływu rządu i administracji, a jego orzeczenia – skutecznie wykonywane³.

W międzynarodowym zestawieniu niemieckie sądownictwo cywilne wypada bardzo dobrze; *Rule of Law Index* sporządzony przez World Justice Project plasuje Niemcy na miejscu 5 światowego rankingu obejmującego 102 zbadane kraje⁴. Szczególnie, w porównaniu z zagranicą, niemieckie opłaty sądowe można uznać za umiarkowane⁵.

Długość trwania postępowań przed niemieckimi sądami znajduje się w środku europejskiego rankingu⁶ i w ten sposób nie jest może powodem specjalnej troski, w porównaniu do państw sąsiednich, jednak nie wyróżnia niemieckiej lokalizacji szczególnie korzystnie. I tak postępowanie o uchylenie orzeczenia rozjemczego trwa przed

jurisdiction and its neutrality and impartiality”, internet: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2010/index.html> [dostęp 7.04.2016].

³ Do tych czynników *WJP Rule of Law Index 2015*, s. 30, internet: <http://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index> [dostęp 7.04.2016].

⁴ *Ibidem*, przyp. 3, s. 92.

⁵ Nawet w porównaniu z najbliższymi sąsiadami; i tak np. w Austrii opłata za pozew o uchylenie orzeczenia rozjemczego wynosi 5 % wartości sporu, i to bez granic maksymalnych, za to co najmniej 5000 EUR (P. Oberhammer, C. Koller, *ZZPInt* 17 (2012), 75, 86).

⁶ *The 2016 EU Justice Scoreboard, Quantitative*. Data, kwiecień 2016, s. 4 (fig. 5), internet: <http://ec.europa.eu/justice/effective-justice/> [dostęp 7.04.2016].

szwajcarskim Sądem Najwyższym ok. 5 miesięcy⁷, jeszcze lepszy jest tu austriacki Trybunał Najwyższy ze swoim przeciętnym czasem trwania postępowania wynoszącym 3,5 miesiąca (dla wszystkich postępowań)⁸. Dla Trybunału Federalnego (BGH) brak jest danych statystycznych o przeciętnym czasie trwania postępowania (takie szczegółowe statystyki byłyby niezwykle przydatne); orzeczenia na zażalenia prawne według § 1062 ust. 1 nr 4, § 1065 ZPO (k.p.c.) publikowane są przeciętnie po mniej więcej 12 miesiącach od wpłynięcia⁹. Lepsza sytuacja w obsadzie personalnej sądów niemieckich mogłaby przyczynić się do szybszych postępowań i zwiększenia atrakcyjności niemieckiej lokalizacji prawnej.

b. Tłumaczenia

Obowiązujący język sądu jest określony w § 184 Ustawy o konstytucji sądów (GVG). Obowiązujące prawo pozostawia jednak sądom swobodę akceptacji obcojęzycznych dokumentów bez tłumaczenia lub do przedłożenia ich tłumaczeń, dokonanych przez upoważnionego lub przysięgłego tłumacza (§ 142 ust. 3 ZPO). Dotyczy to zwłaszcza orzeczeń arbitrażowych, co do których wpływają wnioski o uchylenie lub wystawienie tytułu wykonawczego, a w których nierzadko chodzi o dłuższe dokumenty angielskojęzyczne.

Niektóre wyższe sądy krajowe zarządzają w takich wypadkach zawsze przedłożenie uwierzytelnionego tłumaczenia. Inne ufają własnej znajomości języka, zwłaszcza że – co się zdarza dość często – nie chodzi o dokładne zrozumienie pojedynczych fragmentów tekstu. Taki sposób obchodzenia się z obcojęzycznymi dokumentami leży w interesie arbitrażu, jako że unika się w ten sposób długich i kosztownych przerw na tłumaczenia, z których w końcu i tak nie ma pożytku.

2. Wymagania stawiane orzeczeniu

W centrum uwagi, bardziej jeszcze niż organizacja postępowania, znajduje się treść sądowych orzeczeń arbitrażowych.

⁷ F. Dasser, D. Roth, *Challenges of Swiss Arbitral Awards – Selected Statistical Data as of 2013*, s. 6, internet: <http://www.arbitration-ch.org/pages/en/arbitration-in-switzerland/index.html>, „Facts and figures“ [dostęp 7.04.2016].

⁸ OGH, Tätigkeitsbericht 2014, s. 8, internet: <http://ogh.gv.at/de/tatigkeitsberichte> [dostęp 7.04.2016].

⁹ Źródłem obliczeń są orzeczenia Trybunału Federalnego wydane i opublikowane na www.bundesgerichtshof.de w latach 2005 – 2014. Między pozwanym postanowieniem wyższego sądu okręgowego (OLG) i orzeczeniem Trybunału Federalnego (BGH) mijało średnio 12,71 miesiąca. Od tego odjąć należy czas między postanowieniem OLG i wpływem skargi prawnej do BGH, który to czas można przeciętnie zdefiniować miesięcznym terminem z § 575 ust. 1 zdanie 1 ZPO.

a. Przewidywalność, bezsprzeczność i znajomość spraw arbitrażowych

Dla sądownictwa arbitrażowego istotne są dobre jakościowo orzeczenia sądów państwowych, które są przy tym w szerokim zakresie przewidywalne i wydawane przez sędziów zaznajomionych z arbitrażem. Zwłaszcza z powodu ich ogólnie niewielkiej liczby sprawom arbitrażowym pomaga, że § 1062 ZPO dla prawie wszystkich postępowań uzasadnia kompetencje wyższych sądów krajowych (OLG) na podstawie księgi dziesiątej ZPO. Poza tym do podniesienia jakości orzecznictwa przyczynił się w znacznym stopniu fakt, że w międzyczasie z powodu rozdziału kompetencji w wyższych sądach krajowych, kompetencje spraw arbitrażowych skupione zostały w gestii jednego trybunału¹⁰. Przy wcześniej stosowanym podziale według daty wpłynięcia wniosku, sędzia w wyższym sądzie krajowym w przeciągu swojej kariery miał do czynienia niewiele z kilkoma sprawami z zakresu arbitrażu. Uzyskanie w takich warunkach tak wysoko wyrobionych kompetencji w sprawach arbitrażowych, jakie dziś posiadają trybunały dużych wyższych sądów krajowych, było niemożliwe.

Z tego samego powodu byłoby pożądane, by kraje federalne bardziej zdecydowanie robiły użytek z upoważnień do koncentracji spraw wynikających z § 1062 ust. 5 ZPO¹¹. W chwili obecnej jedynie Bawaria i Nadrenia-Palatynat zarządziły koncentrację w jednym z ich wyższych sądów krajowych (§ 1062 ust. 5 zd. 1 ZPO); z możliwości koncentracji ponad granicami krajów przewidzianej w § 1062 ust. 5 zd. 2 ZPO, jak do tej pory, jeszcze nikt nie skorzystał. Jaki potencjał tkwi w dalszej koncentracji pokazuje porównanie liczby spraw: w ciągu dziesięciu lat między 2005 i 2014 r. OLG Monachium, który przejął kompetencje także okręgów OLG Bamberg i Norymberga, zajął się 536 sprawami z arbitrażu według § 1062 ust. 1 ZPO (z czego 365 sprawdeń orzeczeń arbitrażowych według § 1062 ust. 1 nr 4 ZPO, według sygnatury akt tzw. Sch-Sachen), OLG Frankfurt, którego kompetencje nie wykraczają poza własny okręg, rozpatrywał 430 spraw arbitrażowych (z czego 336 Sch-Sachen), a OLG Hamburg 361 arbitraży (z czego 291 Sch-Sachen). Na dole skali znalazły się OLG Brandenburg z 36 sprawami (22 Sch-Sachen), OLG Bremen z 33 sprawami (z tego 21 Sch-Sachen) i OLG Saarbrücken z 15 sprawami (14 Sch-Sachen) na przestrzeni dziesięciu lat¹². Koncentracja arbitrażu w kilku wyższych sądach krajowych mogłaby, ze względu na tak

¹⁰ Zarys [w:] P. Kraft, *SchiedsVZ*, 2008, s. 144.

¹¹ Patrz także: *Legal Instruments and Practice of Arbitration in the EU – Study*, 2014, s. 102, internet: <http://www.europarl.europa.eu/studies> [dostęp 7.04.2016]. Jako powód nieznacznie poniżej średniej odbieranej przyjazności dla arbitrażu sądów niemieckich podawano ten argument, przy jednocześnie ponadprzeciętnie odbieranej przychylności dla prawa postępowania arbitrażowego („diversity amongst German courts regarding their levels of exposure to arbitration”).

¹² Źródłem tych danych jest: Statistisches Bundesamt, Fachserie 10 (Rechtspflege), Reihe 2.1 (Zivilgerichte), internet: https://www.destatis.de/GPStatistik/receive/DESerie_serie_00000101 [dostęp 7.04.2016].

wielkie ilościowe zróżnicowanie spraw, znacznie podnieść kompetencje sądów w sprawach z arbitrażu.

b. Proarbitrażowość

Przewidywalna i spójna praktyka orzeczeniowa jest jednym czynnikiem – aby jednak lokalizację uczynić naprawdę atrakcyjną, konieczna jest dodatkowo jej proarbitrażowość. Pojęcie proarbitrażowości jest trudne do zdefiniowania. Najprędzej można by ją uchwycić poprzez podstawowe zrozumienie, że – odwołując się do słów ustawodawcy, który w 1998 r. dokonał wspomnianej reformy – „sądownictwo arbitrażowe daje ochronę prawną zasadniczo równoważną z tą udzielaną przez sądownictwo państwowe”¹³. Rodzi się jednak pytanie, jakie wynikają z tego konsekwencje. Przykładem anty-arbitrażowości niech będzie z kolei obraz arbitrażu w inwestycjach, jak ukazuje go toczona w ostatnich latach publiczna dyskusja: wymiar sprawiedliwości na zapleczu, gdzie w ukryciu załatwiane są sprawy, które właściwie powinny trafić na wokandę sądów publicznych.

Wymiar sprawiedliwości można uznać za proarbitrażowy, kiedy instytucje takie jak zdolność arbitrażowa i *ordre public* nie są przez niego wykorzystywane do kontroli i ograniczania sądownictwa arbitrażowego, kiedy przy zachodzącej konieczności wymiany sędziego ma on do dyspozycji większy krąg osób niż tylko sędziów przewodniczących danego wyższego sądu krajowego i – w najlepszym wypadku – perspektywicznie buduje bazę możliwych sędziów arbitrażowych, lub kiedy potrzebne sądowe wsparcie udzielane jest szybko i nieskomplikowanie¹⁴.

Naturalnie przy okazji tego czy innego orzeczenia OLG albo Trybunału Federalnego (BGH) można dyskutować, czy jest ono w tym znaczeniu proarbitrażowe. Ogólnie jednak większość zajmujących się arbitrażem sądów jest do sądownictwa arbitrażowego nastawiona pozytywnie. Z tego powodu w istniejących ramach prawnych do wymiaru sprawiedliwości formułowanych jest praktycznie niewiele zastrzeżeń.

III. Wyzwania wymagające zmian prawnych

Tym bardziej nasuwa się więc pytanie, czy działalność ustawodawcy może przyczynić się do zwiększenia atrakcyjności Niemiec jako lokalizacji międzynarodowego arbitrażu. Zmiany ustawowe muszą być mierzone miarą celów regulacyjnych.

¹³ Pojęcie: RegE, BT-Drucks. 13/5274, s. 34, także s. 46, 66.

¹⁴ Sprawozdanie z praktyki [w:] M. Wirth, U. Hoffmann-Nowotny, *SchiedsVZ*, 2005, s. 66.

1. Regulacyjne cele zmian w ustawie

W rachubę wchodzi tu różne cele.

a. Regulacja sprawiedliwsza dla interesów i lepsza technika regulacji

Dwa pierwsze cele są wspólne dla wszystkich zmian ustawodawczych: zmiany ustawodawcze tym bardziej są wymagane, im większa jest z nich korzyść w postaci regulacyjnych „pozytywnych” zmian, czyli takich, które są sprawiedliwsze dla interesów, praktyczne i spójne. Niezależnie od treści regulacji zmiany w ustawie mogą być związane z większą jasnością prawną, wtedy, gdy na przykład następuje kodyfikacja orzecznictwa, a rozrzucone po wielu ustawach regulacje zebrane zostaną razem albo kiedy niejasne regulacje zostaną ujęte jaśniej¹⁵.

b. Międzynarodowe ujednolicenie

Do prawa postępowania arbitrażowego dochodzi jedna cecha szczególna: niemieckie prawo postępowania arbitrażowego opiera się od 1998 r. na ustawie modelowej dla międzynarodowego arbitrażu handlowego ONZ (UNCITRAL). Jej regulacje odpowiadają przez to w szerokim zakresie ujednoliconym standardom międzynarodowym. W tym ujednoliceniu znajduje się samodzielny i niezwiązany z jakością regulacji (wyżej a) cel ustawodawczy, ponieważ ujednolicone ramy prawne ułatwiają stronom zagranicznym wybór niemieckiej lokalizacji¹⁶.

c. Ciągłość prawa

Przy wszystkich dyskusjach o zmianach w prawie należy uwzględnić ciągłość prawa, jako wartość samą w sobie¹⁷. Ustawa powinna być zmieniana tylko wtedy, kiedy zamierzony cel uzyskania zysku w postaci prawa bardziej sprawiedliwego dla interesów i/lub ujednolicenia prawa przewyższa pewną określoną minimalną granicę. Same zmiany regulacji na inne albo tylko trochę lepsze, źle wpływają na zaufanie do prawa i na jego ciągłość.

¹⁵ Na temat jasności prawa, jako elementu bezpieczeństwa prawnego: M. Sachs, [w:] M. Sachs, GG, wyd. 7, 2014, art. 20 nb. 123 i n.

¹⁶ Uzasadnienie [w:] RegE, BT-Drucks. 13/5274, s. 1: „W projekcie UNCITRAL opracowanym i przyjętym przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych w 1985 r. zobowiązano państwa członkowskie do przyjęcia zalecanej ustawy modelowej UNCITRAL o międzynarodowym arbitrażu handlowym i proponuje się jej przyjęcie do prawa niemieckiego. Gwarantuje to, że arbitraż stanie się dla obu stron bardziej przejrzysty. Sprawdzone w świecie i znane powszechnie prawodawstwo może w szczególności sprzyjać temu, że arbitraż międzynarodowy będzie bardziej powszechnie niż dotychczas praktykowany w Republice Federalnej Niemiec”.

¹⁷ Por.: *Handbuch der Rechtsförmlichkeit*, nb. 493, internet: http://hdr.bmj.de/page_d.1.html [dostęp 7.04.2016]; dla ciągłości prawa jako elementu bezpieczeństwa prawnego M. Sachs, [w:] M. Sachs (g. przyp. 15), art. 20 nb. 131.

W sumie otrzymujemy w ten sposób ruchomy system¹⁸, składający się ze wzrostu jakości regulacji i/albo ujednolicenia i stałości prawa, wewnątrz którego każdą propozycję zmiany należy zrównoważyć.

2. Zmiany w celu ujednolicenia prawa postępowania arbitrażowego

Niemieckie prawo postępowania arbitrażowego odpowiada w przeważającej mierze ustawie modelowej UNCITRAL 1985. Dlatego nasuwa się sugestia, aby najpierw przyjrzeć się różnicom między nim a ustawą modelową i to zarówno początkowym odstępstwom od ustawy modelowej 1985 r., jak i późniejszym odstępstwom od niej, które miały miejsce po zmianach w ustawie modelowej w 2006 r.

a. Niemieckie odstępstwa od ustawy modelowej 1985 r.

Niemieckie prawo postępowania arbitrażowego wykazuje większą liczbę zazwyczaj niewielkich odstępstw od ustawy modelowej 1985 r.¹⁹ Podczas gdy odstępstwa w swej istocie przeszkadzają w ujednoliceniu prawa, większość z nich są to regulacje co najmniej równie sensowne i proarbitrażowe, jak te zawarte w ustawie modelowej²⁰. I tak rozszerzenie zakresu stosowania księgi dziesiątej także na arbitraż krajowy i pozagospodarczy (§ 1025 ZPO), stawia trudne pytania dotyczące ograniczeń²¹. Otwarcie sądowych działań wspomagających postępowania arbitrażowe odbywające się poza granicami kraju (§ 1025 ust. 2 ZPO) i rozszerzenie tych środków poza postępowanie dowodowe (§ 1050 ZPO), udowadniają proarbitrażowość nawet tam, gdzie uprzywilejowana jest zagraniczna lokalizacja arbitrażu. Sądowe ustanowienie arbitrażu przy nierównoważnych umowach (§ 1034 ust. 2 ZPO) służy idei ustawy modelowej zatrzymania stron przy ich umowie²² i zezwala jednocześnie na rozwiązanie problemu wielostronnego arbitrażu²³. Wykonanie środków tymczasowych sądu arbitrażowego (§ 1041 ust. 2 – 4 ZPO) umacnia arbitrażową kompetencję ustawy modelowej 1985 r.²⁴

Z dawnego prawa zachował się § 1032 ust. 2 ZPO, który aż do powołania sądu arbitrażowego umożliwia wniesienie skargi do OLG o ustalenie (nie)dopuszczalności postępowania arbitrażowego. Ten pomocniczy środek prawny traktowany jest krytycznie, jako że podważa on kompetencje sądu arbitrażowego. Podczas gdy zazwyczaj do sądu arbitrażowego należy pierwsze (§ 1040 ust. 1 ZPO), a do sądu państwowego

¹⁸ W znaczeniu: W. Wilburg, *Die Elemente des Schadensrechts*, Marburg 1941, s. 28 i n. oraz *Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht*, 1950, zwłaszcza s. 12 i n.

¹⁹ Podsumowując, Begr. RegE, BT-Drucks. 13/5274, s. 26 i n.

²⁰ I tak również *Legal Instruments and Practice of Arbitration in the EU – Study* (g. przyp. 11), s. 102.

²¹ Pojęcie: RegE, BT-Drucks. 13/5274, s. 25.

²² Pojęcie: RegE, BT-Drucks. 13/5274, s. 34.

²³ KG NJW 2008, 2719, 2720; W. Voit, [w:] H.-J. Musielak, W. Voit, *ZPO*, wyd. 13, 2016, § 1034 nb. 3, za każdym razem z dalszą dokumentacją.

²⁴ Uzasadnienie: RegE, BT-Drucks. 13/5274, s. 45.

ostatnie słowo (§ 1040 ust. 3 ZPO lub ew. § 1059 ust. 2 nr 1 lit. a ZPO), w tym przypadku sądowi państwowemu przypada zarówno pierwsze jak i ostatnie słowo. § 1032 ust. 2 ZPO nie wywołuje w praktyce żadnych innych następstw, oszczędza jednak stronom wnoszenia całego sporu, włącznie z ponoszeniem koniecznych kosztów, do sądu arbitrażowego albo do sądu państwowego, aby uzyskać rozstrzygnięcie – praktycznie nie rzadko wątpliwe – pytania o kompetencje²⁵.

Nieznany rozwiązaniem w niemieckim prawie postępowania arbitrażowego jest § 1031 ust. 5 ZPO, stawiający prohibicyjnie wysokie wymagania formalne dla arbitrażowych ugód z zakresu ochrony praw konsumenckich. Regulacja ta nie ma wzoru w ustawie modelowej, ponieważ ogranicza się ona do sporów gospodarczych²⁶. Z powodu tych przepisów sądownictwo arbitrażowe w zakresie praw konsumenckich nie uzyskało w Niemczech żadnego praktycznego znaczenia, co, jak do tej pory, nie było powodem skarg. Sprzeczny w swym wartościowaniu jest jednak cel ostrzegawczy, kategorycznie wynikający z § 1031 ust. 5 ZPO (własnoręcznie podpisany dokument, który może zawierać jedynie umowy z postępowania arbitrażowego), nie pasuje do ideału arbitrażu jako równowartościowej możliwości prawnej. Przed czymś równowartościowym konsument nie potrzebuje być specjalnie ostrzegany. To wartościowanie stoi również u źródła współczesnych orzeczeń Trybunału Federalnego²⁸, według których ogólne warunki handlowe nawet przy ich użyciu w sporze z konsumentem mogą zawierać klauzule arbitrażowe, których treść, wbrew zaleceniom zasady dobrej wiary, nie stanowi niestosownej dyskryminacji strony umowy (§ 307 ust. 1 zd. 1 BGB – KC). Z powodu współbieżności wartościowania, pierwszeństwo należałoby przyznać regulacji jedynie ostrzegającej przed niekorzystnymi dla konsumenta zasadami ugody rozjemczej. Czy jednak rzeczywiście istnieje potrzeba tworzenia specjalnego arbitrażu w sprawach konsumenckich, jest to w obliczu rosnącej liczby „miękkich” mechanizmów zażegnania sporów konsumenckich co najmniej wątpliwe²⁹. W dziedzinie załatwiania sporów *online* należałoby przy tym dodatkowo zalecić wstrzymanie się z nowelizacją ustawy do

²⁵ Uzasadnienie: RegE, BT-Drucks. 13/5274, s. 38; patrz także: *Legal Instruments and Practice of Arbitration in the EU – Study* (g. przyp. 11), s. 105 („significant improvement over the provisions of the Model Law”).

²⁶ Uzasadnienie: RegE, BT-Drucks. 13/5274, s. 26.

²⁷ Uzasadnienie: RegE, BT-Drucks. 13/5274, s. 37 („tylko w ten sposób można kręgowi dotyczącym tego osób wyraźnie uświadomić, że rezygnują one z orzekania przez sądy państwowe ew. sporu prawnego”).

²⁸ BGHZ 162, s. 9, 15 i n.; BGH *SchiedsVZ* 2007, 163, 164 nr cz. 15.

²⁹ Patrz np. Ustawa o alternatywnym załatwianiu sporów w sprawach konsumenckich (Gesetz über die alternative Streitbeilegung in Verbrauchersachen (Verbraucherstreitbeilegungsgesetz – VSBG) z dn. 19.02.2016, BGBl. I 254.

czasu aż poznamy wyniki UNCITRAL Working Group III, która od dawna już zajmuje się tym tematem³⁰.

Wątpliwa jest też decyzja niemieckiego ustawodawcy o zastąpieniu samoistnej do tej pory regulacji warunków uzyskania krajowego tytułu wykonawczego dla zagranicznych umów rozjemczych przewidzianego w art. 35 f. ModellG (Ustawy modelowej) prostym odsyłaczem w § 1061 ust.1 zd. 1 ZPO do Konwencji nowojorskiej o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych (Konwencja nowojorska). W ten sposób niemiecki ustawodawca (niechący?) zrezygnował ze stworzenia własnego regulaminu uznawania i wystawiania tytułu wykonawczego dla zagranicznych orzeczeń arbitrażowych, który mógłby znaleźć legitymację w art. VII ust. 1 Konwencji nowojorskiej. Trybunał Federalny wspomaga się w tym zakresie – dogmatycznie niezbyt przekonującym – przyjęciem możliwości³¹, że dla korzystniejszego krajowego regulaminu zastosowanie znalazłyby przepisy o krajowych umowach arbitrażowych³². § 1061 ZPO (k.p.c.) nie jest w ten sposób korzystniejszy od wzoru regulacyjnego zawartego w ustawie modelowej. Z drugiej strony powstała w ten sposób szkoda nie jest wielka, tak, że sam § 1061 ZPO nie powinien być powodem dla przeprowadzania reformy postępowania arbitrażowego.

b. Zmiany w ustawie modelowej z 2006 r.

W 2006 r. UNCITRAL zmienił ustawę modelową w wielu punktach: włączona została do niej regulacja o spójnej wykładni i zamykaniu luk prawnych (art. 2A), ułatwienie przepisów dotyczących formy umów arbitrażowych (art. 7) w dwóch wariantach, kompleks regulacyjny dla środków tymczasowych (art. 17A – J), jak też nowa regulacja dla przedkładanych wraz z wnioskiem o wydanie tytułu wykonawczego dokumentów (art. 35 ust. 2).

aa) Spójna wykładnia art. 2A ModellG 2006

Art. 2A ModellG przy wykładni krajowego prawa postępowania arbitrażowego wskazuje na jego międzynarodowe pochodzenie, jak i na konieczność spójnego stosowania oraz zawiera wytyczne dla usunięcia luk regulacyjnych. Przepis nie służy zasadniczemu przekazaniu rozstrzygnięcia kwestii funkcjonalnej (nie)zdolności sądów zagranicznych do wykładni §§ 1025 i n. ZPO³³. Znacznie bardziej chodzi w nim

³⁰ Na temat stanu pertraktacji patrz: http://www.uncitral.org/uncitral/commission/working_groups/3Online_Dispute_Resolution.html [dostęp 7.04.2016].

³¹ W. Voit, [w:] H.-J. Musielak, W. Voit (g. przyp. 23), § 1031 nb. 18.

³² BGH NJW-RR 2011, 569, 571 nr cz. 11; NJW 2011, 1290, 1292 nr cz.15.

³³ Tak H. Raeschke-Kessler, *FS Elsing*, 2015, s. 433, 435 i stanowisko 10/2015 Niemieckiej Izby Adwokackiej (*des Deutschen Anwaltvereins*), Komisja prawa postępowania cywilnego na temat niezbędnych zmian w §§ 1025 i n. ZPO, marzec 2015, s. 4.

o zachowanie w ramach poszczególnych metod wykładni, także po przyjęciu ustawy modelowej, spojrzenia z punktu widzenia ujednolicania prawa³⁴. Art. 2A ModellG ma dla obowiązujących w niemieckim prawie zasad wykładni charakter jedynie objaśniający³⁵, zważywszy raczej ze względu na niewielką gotowość orzecznictwa do prawnopównawczych wykładni, jego przejście uznać można za równie sensowne³⁶.

bb) Forma ugody arbitrażowej art. 7 ModellG 2006

W prawie niemieckim do 1998 r. zawieranie umowy arbitrażowej między kupcami pełnymi nie było uwarunkowane zachowaniem specjalnej formy tej umowy (§ 1027 ust. 2 ZPO stara wersja). Od czasu przejścia do niemieckiego prawa art. 7 ModellG 1985, umowa arbitrażowa musi być redagowana w formie przekazania wiadomości, będącej zabezpieczeniem dowodu porozumienia (§ 1031 ust. 1 ZPO). § 1031 ust. 2 ZPO zawiera ponadto formalne ułatwienia dla kupieckich pism potwierdzających, w § 1031 ust. 4 ZPO znalazły się (w międzyczasie uchylone) ułatwienia dla konosamentów.

Forma umowy arbitrażowej stała w centrum uwagi nowego opracowania ustawy modelowej w 2006 r., która znalazła swe ujęcie w podwójnym art. 7: Opcja I (Option I) utrzymuje dla umów arbitrażowych wymóg pisemności, rozwija go jednak dalej. Pisemnej formy wymaga jedynie treść umowy arbitrażowej i to niezależnie od tego, czy umowa zawarta zostanie ustnie, za milczącą zgodą czy w inny sposób (Option I Art. 7 ust. 3 ModellG 2006). Opcja II (Option II) z kolei rezygnuje z jakiegokolwiek pisemnej formy umowy arbitrażowej.

Opcja I daje powód do *bon mot*, jako że „pisemnie” według ustawy może być również „ustnie”³⁷. Nadzwyczajne rozciągnięcie pojęcia pisemności ma swój sens, jako pomocne przy wykładni art. II Konwencji nowojorskiej, ponieważ ta Konwencja ONZ wraz ze swoim podstarzałym obowiązkiem pisemności jest zbyt stateczna, aby można było w sensowny sposób dokonywać zmian w jej tekście. Art. II Konwencji nowojorskiej można więc dopasować do wymogów nowoczesnego obrotu prawnego jedynie na drodze autonomicznej wykładni i tu właśnie pomaga szerokie ujęcie pojęcia w Opcji I art. 7³⁸. W jego zasadniczym zakresie obowiązywania należy na ten przepis spojrzeć o wiele krytyczniej. Przesuwa on punkt odniesienia pisemności, jako że zapisania wy-

³⁴ Bliżej na ten temat: R. Wolff, „Austrian Yearbook on International Arbitration” 2014, s. 51, 69 i n.

³⁵ Patrz dokładniej [w:] R. Wolff, „Austrian Yearbook on International Arbitration” 2014, s. 51, 56 i n.

³⁶ Tak samo H. Raeschke-Kessler, *FS Elsing*, 2015, s. 433, 434 i n. i stanowisko 10/2015 Niemieckiej Izby Adwokackiej, komisja prawa postępowania cywilnego na temat niezbędnych zmian §§ 1025 i n. ZPO, marzec 2015, s. 4 i n.

³⁷ Por. tytuł [w:] T. Landau, *The Requirement of a Written Form for an Arbitration Agreement: When “Written” Means “Oral”*, [w:] van den Berg, *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions*, ICCA Congress Series No. 11, 2002, s. 19.

³⁸ R. Wolff, [w:] R. Wolff, *New York Convention*, München 2012, art. II nb. 114 i n.

maga nie tyle umowa arbitrażowa (czyli prowadzące do jej zawarcia deklaracje woli), ile jedynie jej treść. Taka interpretacja jednak prowadziłaby do bezsensownego przedstawiania na przykład tylko czystej wzmianki w aktach o ustnie zawartej umowie arbitrażowej. Tak samo nie może wystarczyć pisemne oddanie zawartej ustnie umowy arbitrażowej we wniosku o arbitraż (patrz § 1044 zd. 2 ZPO), mimo że w ten sposób jej treść też zostanie zapisana. Opcja I wymaga bowiem w takim przypadku dodatkowo w art. 7 ust. 5 ModellG 2006, żeby umowa arbitrażowa nie została zanegowana przez przeciwnika³⁹.

Te pytania i wątpliwości nie pojawiają się, kiedy w Opcji II zezwala się na całkowitą formalną swobodę. Nie grożą tu niezgodności z prawem niemieckim, jako że Opcja II po prostu powraca do niemieckiego stanu prawnego sprzed 1998 r. Poza tym wolność formy umów arbitrażowych wpisuje się harmonijnie w prawo niemieckie, a także § 38 ust. 1 ZPO nie przewiduje żadnej specjalnej formy dla strukturalnie spokrewnionej umowy o jurysdykcji między kupcami. Umowy arbitrażowe konsumenckie, nie objęte umową modelową, tworzą tak czy owak przypadek specjalny, który wymaga dalszej uwagi (wyżej a).

W obowiązującym § 1031 ust. 1–4 ZPO trudno dopatrzeć się spotykanych w praktyce przeszkód prawnych dla umów arbitrażowych, dlatego też nie pojawia się tu pilna potrzeba przeprowadzania zmian. Niemniej jednak te same powody, które przemawiają za przyznaniem Opcji II priorytetu przed Opcją I, przemawiają także za przejściem Opcji II do niemieckiego prawa⁴⁰.

cc) Środki tymczasowe, art. 17 – 17J ModellG 2006

Największe zmiany w objętości ustawy modelowej dokonanej w 2006 r. przyniosło dodanie nowego Rozdziału IV A – o środkach tymczasowych i tymczasowych zarządzeniach. Całościowe w wielu kwestiach szczegółowych uregulowanie nowych art. 17 – 17J różni się w trzech punktach od wcześniejszego art. 17, który ograniczał się w dwóch zdaniach raczej do spraw kompetencji prawnych: po pierwsze wraz z tymczasowymi zarządzeniami (*preliminary orders*) stworzona została odrębna kategoria środków tymczasowych, które mogą zostać zarządzone bez wcześniejszego wysłuchania drugiej strony (art. 17B ust. 1), co prawda są one wiążące, ale nie wykonywalne (art. 17C ust. 5) i po 20 dniach zostają uchylone (art. 17C ust. 4). Po drugie, art. 17H – I przewiduje sformalizowane postępowanie uznawania i wydawania tytułu wykonawczego dla środków tymczasowych, które, po trzecie, nie stanowią różnicy między środkami tymczasowymi zarządzonymi przez sądy arbitrażowe zagraniczne i krajowe.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Tak też: H. Raeschke-Kessler, *FS Elsing*, 2015, s. 433, 436.

Prawo niemieckie zajęło się już w znacznym stopniu realizacją tych celów: przeważająca interpretacja dopuszcza środki tymczasowe sądu arbitrażowego bez wcześniejszego wysłuchania drugiej strony⁴¹. Do tego bowiem uprawnione są już niemieckie sądy państwowe, a sądów arbitrażowych nie obowiązują wyższe standardy wysłuchania prawnego⁴². Postępowanie dla wykonania zarządzonego przez sąd arbitrażowy środków tymczasowych niemiecki ustawodawca stworzył już w 1998 r. w § 1041 ust. 2, 3 ZPO. Wątpliwa jest jedynie przydatność tych reguł wykonawczych dla środków tymczasowych zarządzonego przez zagraniczne sądy arbitrażowe. § 1025 ZPO bowiem nie otwiera zakresu stosowania § 1041 ZPO w tej materii, nawet jeśli § 1062 ust. 2 z ust. 1 nr 3 ZPO to sugeruje. Ogólnie rzecz biorąc, możliwe jest zastosowanie § 1041 ust. 2–4 ZPO do środków tymczasowych zagranicznych sądów arbitrażowych⁴³, jednak jest to wątpliwe.

Jeżeli główne cele regulacyjne według niemieckiego prawa są już osiągnięte, pozostaje pytanie, jaką dodatkową wartość przyniosłoby ze sobą przejęcie art. 17 – 17J ModellG 2006. Za przejęciem przemawia głównie połączone z nim lepsze ujednolicenie prawa, które ułatwia zwłaszcza zagranicznym stronom wybór niemieckiej lokalizacji dla przeprowadzania arbitrażu. Poza tym szczegółowe regulacje służą bezpieczeństwu prawnemu. Jego cena jest jednak wysoka: art. 17 – 17J ModellG 2006 są sformułowane rozległe i stoją tym samym w rzucającej się w oczy sprzeczności do reszty, w sumie zwięźle sformułowanej ustawy modelowej, gdyż prawie jedna czwarta całej objętości ustawy modelowej 2006 przypada na środki tymczasowe. Konstrukcja tymczasowego zarządzenia, która pojawiła się w niemieckim prawie, któremu środki tymczasowe bez wysłuchania drugiej strony nie są obce, wydaje się być jednak niepotrzebnie skomplikowana⁴⁴. Lepszym rozwiązaniem byłoby przejęcie § 1041 ust. 2–4 ZPO do katalogu przepisów znajdujących zastosowanie niezależnie od lokalizacji arbitrażu i pozostawienie reszty regulacji bez zmian⁴⁵.

dd) Dokumenty potrzebne do uzyskania tytułu wykonawczego, art. 35 ust. 2 ModellG 2006

Do wniosku o wystawienie tytułu wykonawczego należy dołączyć określone dokumenty. Dość ściśle wytyczne sformułowane w art. 35 ust. 2 ModellG 1985 w oparciu

⁴¹ P. Schlosser, [w:] F. Stein, M. Jonas, *ZPO*, 23. wyd. 2014, § 1041 nb. 21; W. Voit, [w:] H.-J. Musielak, W. Voit (g. przyp. 23), § 1041 nb. 3; inny punkt widzenia: J. Münch, [w:] *MünchKommZPO*, t. 3, 4. wyd. 2013, § 1041 nb. 25, zawsze z dalszymi dokumentami.

⁴² W. Voit, [w:] H.-J. Musielak, W. Voit (g. przyp. 23), § 1041 nb. 3.

⁴³ R. Wolff, [w:] R. Kreindler, R. Wolff, M.S. Rieder, *Commercial Arbitration in Germany*, 2016, nb. 5.68 i n.

⁴⁴ Krytyka także S. Barona Vilar, *FS Leipold*, 2009, s. 853, 864; J. Zekoll, P. Giessen, *SchiedsVZ*, 2010, s. 137, 142.

⁴⁵ Przeciwno każdemu przejęciu art. 17 i n. ModellG 2006; H. Raeschke-Kessler, *FS Elsing*, 2015, s. 433, 438.

o art. IV Konwencji nowojorskiej, zostały zliberalizowane wraz ze zmianami w ustawie modelowej dokonanyymi w 2006 r.

Jako że niemiecki ustawodawca wraz z § 1064 ust. 1 ZPO wyraźnie złagodził wytyczne art. 35 ust. 2 ModellG 1985, zreformowana ustawa modelowa i prawo niemieckie różnią się już tylko nieznacznie. Inaczej niż w ustawie modelowej 1985, rezygnują one z konieczności przedkładania za każdym razem umowy arbitrażowej i tłumaczeń obcojęzycznych orzeczeń arbitrażowych (i – w konsekwencji – umów arbitrażowych). Jediną różnicą pozostało, że art. 35 ust. 2 ModellG 2006 przy przedkładaniu odpisu orzeczenia arbitrażowego całkowicie rezygnuje z jego uwierzytelnienia, podczas gdy § 1064 ust. 1 ZPO wymaga, co prawda, jeszcze uwierzytelnienia, jednak w postępowaniu sądowym kontentuje się jego przedłożeniem przez pełnomocnego adwokata.

Uwierzytelnienie przez adwokata pełnomocnego w postępowaniu w celu uzyskania tytułu wykonawczego nie oznacza znacznego dodatkowego obciążenia, nie przynosi też żadnych wyraźnych korzyści. W ramach reformy Księgi dziesiątej ZPO regulacja ustawy modelowej 2006 powinna zatem zostać przyjęta, a z uwierzytelniania powinno się całkowicie zrezygnować.

3. Inne zmiany

Ustawa modelowa nie jest jedynym źródłem inspiracji zmian w prawie postępowania arbitrażowego. Przydatne jest również spojrzenie na dyskusję i najnowsze trendy rozwojowe w ustawodawstwie innych krajów.

a. Postępowanie przed sądem arbitrażowym

Propozycje co do postępowania przed sądem arbitrażowym dotyczą w pierwszej kolejności organizacji postępowań z udziałem większej liczby stron (niżej aa) i bb) i wieloma postępowaniami arbitrażowymi (niżej cc). Warte zastanowienia jest przy tym stworzenie regulacji dla sporów o braki w postanowieniach (niżej dd). Wreszcie, w toku aktualnej dyskusji o TTIP, powstaje pytanie, czy nie powinny zostać ustanowione specjalne reguły dla postępowań arbitrażowych z udziałem sektora publicznego (niżej ee).

aa) Postępowania arbitrażowe z udziałem wielu stron

Jak należy powoływać sąd, kiedy w arbitrażu bierze udział wiele stron pozywających albo pozwanych i gdy nie mogą się one porozumieć co do osoby sędziego arbitrażowego, jest jednym z klasycznych problemów arbitrażu⁴⁶. Ustawa modelowa milczy na ten temat i również niemiecki ustawodawca pozostawił w 1998 r. ten problem

⁴⁶ Najpóźniej po orzeczeniu francuskiego Cour de Cassation w sprawie *BKMI i Siemens v. Dutco*, Rev. arb. 1992, 470 = BB 1992, zał. 15, s. 27.

orzecznictwu⁴⁷. Jednak jest to niebezpieczne, ponieważ przy braku porozumienia w tej sprawie umowie arbitrażowej grozi niewykonalność⁴⁸.

Rozwiązanie tej sprawy jest proste: zapewnienie wszystkim zaangażowanym jednakowego wpływu na powołanie sędziego arbitrażowego możliwe jest jedynie wtedy, kiedy wszyscy sędziowie (lub przynajmniej wszyscy nazwani przez strony) powoływani byłiby przez neutralną instancję⁴⁹. Należy tylko jeszcze odpowiedzieć na pytanie, jaka droga ma prowadzić do tego rozwiązania. Instytucje arbitrażowe zazwyczaj zabezpieczyły się przed tym w swych regulaminach (patrz tylko art. 12 ust. 8 ICC-SchO 2012, § 13.2 DIS-SchO 1998), tak że umowa o arbitraż zagrożona jest jedynie w postępowaniach *ad hoc*. Tu w międzyczasie słusznie preforsowano, że § 1034 ust. 2 ZPO, w związku z czym także w postępowaniach z udziałem wielu stron zabezpieczono umowę o arbitraż przed nieprzeprowadzalnością⁵⁰. Z tego powodu w tej sprawie niepotrzebna jest specjalna regulacja na wzór przepisów instytucjonalnych⁵¹; przemawiałaby za nią jedynie ewentualna lepsza czytelność Księgi dziesiątej.

bb) Udział osób trzecich

Do często przytaczanych wad sądownictwa arbitrażowego należą znaczne przeszkody stawiane przy wniosku o włączenie do postępowania osób trzecich. Włączenie się z interwencją uboczną i przypozwanie wymagają z reguły zgody wszystkich stron, osób trzecich i sędziego arbitrażowego⁵². Podczas gdy na przykład art. 1045 holenderskiego k.p.c. przewiduje tu ułatwienia, zezwalając na włączenie osoby trzeciej także wbrew woli jednej ze stron, dopóki tylko strony i włączającego obowiązuje ta sama umowa o arbitraż. Odpowiednio art. 1045a holenderskiego k.p.c. zezwala także na przypozwanie.

Regulacja ta jednakże nie wydaje się odpowiednią do przejęcia do Księgi dziesiątej ZPO. Istnieją bowiem uzasadnione powody dla wymogu wyrażenia zgody stron i sędziego arbitrażowego na takie włączenie: od kogoś, kto jako strona wybiera arbitraż, nie powinno się wymagać, aby w postępowaniu natrafiał na osoby trzecie⁵³. Również sędziom

⁴⁷ Uzasadnienie: RegE, BT-Drucks. 13/5274, s. 26.

⁴⁸ W. Voit, [w:] H.-J. Musielak, W. Voit (g. przyp. 23), § 1034 nb. 3.

⁴⁹ § 587 ust. 5 öZPO z kolei nie załatwia problemu arbitrażu z udziałem wielu stron i z tego powodu nie nadaje się do przejęcia (H. Raeschke-Kessler, *FS Elsing*, 2015, s. 433, 438 i n.). Zakłada on, że wiele stron musi wspólnie powołać sędziego arbitrażowego, czego brak w przypadkach (przy tym trudnych do odgraniczenia) sytuacji różnych interesów tych stron (S. Riegler, A. Petsche, [w:] C. Liebscher, P. Oberhammer, W.H. Rechberger, *Schiedsverfahrensrecht*, t. 1, Wien-New York 2012, nb. 5/77).

⁵⁰ Por. wyżej przyp. 23.

⁵¹ Prawdopodobnie inne zdanie H. Raeschke-Kessler, *FS Elsing*, 2015, s. 433, 439.

⁵² W. Voit, [w:] H.-J. Musielak, W. Voit (g. przyp. 23), § 1042 nb. 11 z dalszymi dokumentami (przy przypozwaniu przynajmniej wtedy, kiedy mają one skutek interwencji ubocznej).

⁵³ H. Hamann, T. Lennarz, *SchiedsVZ*, 2006, s. 289, 290 i n.; K.-H. Schwab, G. Walter, *Schiedsgerichtsbarkeit*, wyd. 7, Basel 2005, r. 16 nb. 18.

arbitrażowym, którzy z racji zawartej umowy o sędziowaniu arbitrażowym odpowiadają przed wszystkimi stronami, nie powinno się wbrew ich woli wmuszać dodatkowych partnerów umowy⁵⁴.

O ile istnieje praktyczna potrzeba ułatwienia dostępu osób trzecich do arbitrażu, zasady arbitrażu są właściwym po temu miejscem (przykład: art. 7 ust. 1, art. 6 ust. 4 ICC-SchO⁵⁵). Wtedy bowiem strony i sędzia arbitrażowy mają wybór, czy chcą przyjąć takie możliwości rozszerzenia bez ich późniejszej zgody. Ten wybór nie powinien być im odbierany przez ustawową regulację.

cc) Łączenie postępowań arbitrażowych

Podobnie rzecz ma się z łączeniem postępowań arbitrażowych, jak umożliwia to art. 1046 holenderskiego k.p.c.: z powodu niejawności postępowania arbitrażowego, z powodu ważnego prawa do wolnego wyboru sędziego arbitrażowego dla danego postępowania i z powodu ograniczonego kręgu stron umowy o arbitraż, łączenie postępowań zależy od zgody stron i sędziów arbitrażowych⁵⁶. Regulaminy arbitrażu mogą ułatwiać łączenie postępowań według wzoru art. 10 ICC-SchO. Strony mają wówczas wolny wybór podporządkowania się takiemu regulaminowi, tak samo jak sędzia arbitrażowy może rozstrzygać, czy obejmie on ten urząd w takim postępowaniu. Ze strony ustawodawstwa wybór ten powinien być pozostawiony stronom.

dd) Spory o braki w postanowieniu

Orzeczenie „*Schiedsfähigkeit II*”⁵⁷ uznało w 2009 r., że spory o braki w postanowieniu wspólników spółki z o.o. mogą być rozstrzygane również przed sądami arbitrażowymi. Orzeczenie to sformułowało katalog składający się z czterech prostych kryteriów, których technicznoprawne wdrożenie jest jednak wyjątkowo obszerne – tak bardzo, że nakład pracy indywidualnej organizacji prawnej zazwyczaj przewyższa oczekiwany zysk. Strony, które muszą opłacać swoich doradców już z tego powodu będą zwracały się raczej do obecnie bezkonkurencyjnych reguł uzupełniających dla sporów z dziedziny spółek handlowych niemieckiego Instytutu Sądownictwa Arbitrażowego (DIS-ERGeS).

Można wyobrazić sobie wprowadzenie odpowiednich regulacji DIS-ERGeS do §§ 1025 i n. ZPO. Umożliwiłoby to nieinstytucjonalne zaskarżanie braków

⁵⁴ W. Voit, [w:] H.-J. Musielak, W. Voit (g. przyp. 23), § 1042 nb. 11; H. Hamann, T. Lennarz, *SchiedsVZ*, 2006, s. 289, 291.

⁵⁵ Patrz także: regulacje dla interwencji ubocznej w § 6 SOBau (konieczna zgoda odbiorcy przypozwania i także sędziego arbitrażowego) i § 45 ust. 1 SL Bau (interwencja uboczna bez zgody drugiej strony i odbiorcy przypozwania, dopóki pozostaje to w zgodzie SL Bau).

⁵⁶ Zob. H. Hamann, T. Lennarz, *SchiedsVZ*, 2006, s. 289, 293 i n.; W. Voit, [w:] H.-J. Musielak, W. Voit (g. przyp. 23), § 1042 nb. 13.

⁵⁷ BGHZ 180, 221.

w postanowieniach końcowych przed sądy arbitrażowe i – co jeszcze ważniejsze – uratowanie licznych starych klauzul: klauzule arbitrażowe powstałe przed „zdolnością arbitrażową II” w większości nie spełniają wymogów orzeczenia i w myśl orzecznictwa Trybunału Federalnego dotknięte są z tego powodu nieważnością. Regulacja ustawowa, na mocy której ustawodawca reformator przekazałby je odpowiedzialnemu orzecznictwu⁵⁸, mogłaby utrzymać także takie klauzule arbitrażowe również w przypadku skarg na braki w postanowieniach.

Równocześnie taka zmiana w ustawie nie jest godna polecenia. Z jednej strony bowiem gdyby dołączyć do niej szeroką materię specjalną, jak spory o zaskarżanie braków w postanowieniach, rozsądzałoby to zwartą konstrukcję formuły prawa postępowania arbitrażowego. Pogorszyłoby to czytelność zapisu ustawy i dla zagranicznych stron pogorszyłoby rozpoznawalność lokalizacji rozpatrywania sporu⁵⁹. Jako że istnieje już gotowy zbiór reguł w postaci DIS-ERGeSt, który jest łatwy do uzgodnienia, nie ma naglącej potrzeby ustawowej regulacji. A dla starych klauzul pomoc ustawodawcy byłaby tak czy inaczej bardzo późniona.

ee) Specjalne reguły arbitrażu dla postępowań z udziałem sektora publicznego

Przejrzystość stała się magicznym słowem dla arbitrażu z dziedziny inwestycji. Prawdopodobnie podobna przejrzystość leżałaby w interesie publicznym także dla innych postępowań arbitrażowych z udziałem sektora publicznego⁶⁰. Prominentnym przykładem takiego interesu jest arbitraż między Toll Collect i państwem. Jako że wnioski o wgląd do akt tego postępowania na podstawie Ustawy o wolności informacji zostały odrzucone⁶¹, opinii publicznej pozostały jedynie skąpe odpowiedzi udzielone na zapytania poselskie⁶². Pomocne mogłyby być tu zasady przejrzystości, takie, jakie znajdują zastosowanie w arbitrażu z dziedziny inwestycji.

Zagadnienie to nie jest wcale tak proste, jak się wydaje na pierwszy rzut oka. Przed sądami państwowymi obowiązuje co prawda zasada publiczności (§ 169 Kodeks Ustawy o ustroju sądów powszechnych GVG), która jednak nie zapewnia ani prawa do obszernego ustnego zrelacjonowania treści akt, ani wglądu do akt⁶³. Sądowa publiczność jest tylko teoretycznym warunkiem funkcjonowania skutecznego wykonywania kontroli publicznej⁶⁴. Także według Ustawy o dostępie do informacji nie ma (dalej

⁵⁸ Uzasadnienie: RegE, BT-Drucks. 13/5274, s. 35.

⁵⁹ Na ten temat uzasadnienie [w:] RegE, BT-Drucks. 13/5274, s. 28.

⁶⁰ Pogląd zaczerpnięty od: G. Wagner, *Vergerichtlichkeit der Schiedsgerichtsbarkeit?* Referat podczas wiosennej konferencji DIS, 7.05.2015 w Dreźnie.

⁶¹ VG Berlin, wyrok z 11.06.2008, VG 2 A 69.07 (niepublikowany).

⁶² Ostatnio BT-Drucks. 18/6831.

⁶³ W. Zimmermann, [w:] *MünchKommZPO* (g. przyp. 41), § 169 GVG nb. 2.

⁶⁴ Tak W. Zimmermann, [w:] *MünchKommZPO* (g. przyp. 41), § 169 GVG nb. 1.

idących) praw do dostępu do informacji, wystarczające jest to, kiedy upublicznienie takiej informacji mogłoby mieć niekorzystny wpływ na przeprowadzenie trwającej rozprawy sądowej (§ 3 nr 1 lit. g IFG). Stąd również sąd państwowy jest znacznie oddalony od przejrzystości, jaką gwarantuje na przykład zasada przejrzystości UNCITRAL⁶⁵. Zasad przejrzystości dla postępowań arbitrażowych z udziałem sektora publicznego nie można zatem w sensowny sposób analizować w oderwaniu od zasad przejrzystości dla postępowań sądowych z udziałem sektora publicznego. Jako że zagadnienie to na obecną chwilę wykracza poza zakres postępowania sądowego, na razie nie jest zalecane wprowadzanie specjalnych reguł dla postępowania arbitrażowego z udziałem sektora publicznego.

b. Postępowania przed sądem państwowym

Ważniejsza od zmian reguł postępowania przed sądem arbitrażowym jest możliwość dopasowania przepisów o postępowaniach sądowych w sprawach z arbitrażu.

aa) Zbędność wniosku o uchylenie

Najważniejszym postępowaniem sądowym w sprawach z arbitrażu jest postępowanie o uchylenie według § 1059 ZPO. W związku z tym nasuwa się pytanie, czy strony przed, czy po wydaniu orzeczenia rozjemczego mogą zrezygnować ze swojego prawa do złożenia wniosku o uchylenie. Art. 192 IPRG (Federalnej Ustawy o międzynarodowym prawie prywatnym w Szwajcarii) zezwala na takiego rodzaju rezygnację, jeżeli w postępowaniu biorą udział jedynie nie-Szwajcarzy, a Konwencja ONZ ma zastosowanie jedynie dla wykonania orzeczenia arbitrażowego w Szwajcarii. Art. 1718 belgijskiego k.p.c. i § 51 szwedzkiego kodeksu postępowania arbitrażowego przejęły te regulacje, a art. 1522 francuskiego k.p.c. otworzył drogę do rezygnacji z prawa do złożenia wniosku o uchylenie także obywatelom własnego kraju. Celem takich regulacji jest zwiększenie skuteczności arbitrażu⁶⁶ i podniesienie tym samym atrakcyjności lokalizacji prawnej dla arbitrażu międzynarodowego⁶⁷.

Te regulacje nie powinny zostać przejęte do niemieckiego prawa, zwłaszcza zaś dotyczy to rezygnacji przed wydaniem orzeczenia arbitrażowego. W przeciwnym wypadku grozi to powstaniem wielkich luk w prawie. Na przykład w przypadkach, gdy sąd arbitrażowy odrzuci pozew o arbitraż ze względu na błędy postępowania (ponieważ w takim przypadku nie ma nic do stwierdzenia wykonania), lub w których orzeczenie arbitrażowe w swej treści i tak nie wymaga wykonania przez organy państwowe (na

⁶⁵ UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration, internet: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency.html [dostęp 7.04.2016].

⁶⁶ Szwajcaria: Ambasada na temat ustawy IPR z dn. 10.11.1982, BBl 1983 I 263, 465.

⁶⁷ Szwajcaria: B. Berger, F. Kellerhals, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, wyd. 3, Bern 2015, nb. 1840.

przykład w przypadku wykluczenia ze sportowej rywalizacji)⁶⁸. Orzeczenie arbitrażowe zostałoby wtedy w obiegu prawnym i nawet wtedy widoczny byłby jego skutek, i to bez jakiejkolwiek możliwości zbadania, choćby naruszało z powodu najcięższych błędów *ordre public*.

Poza tym nie ma prawdziwej praktycznej potrzeby wprowadzania możliwości rezygnacji z wniosku o uchylenie przed wydaniem orzeczenia arbitrażowego. Już nawet abstrakcyjna możliwość postępowania uchylającego zawiera w sobie poważne skutki wstępne, nawet jeśli wniosek o uchylenie nie zostanie postawiony⁶⁹. Ponieważ każdy sędzia arbitrażowy musi liczyć się z tym, że jego orzeczenie nie wytrzyma próby w sądzie, będzie dostosowywał do tego swoje zachowanie już w trakcie trwania arbitrażu. Zwłaszcza, jeśli ktoś miałby w tym interes, aby być ponownie powołany jako sędzia arbitrażowy, będzie się ze wszystkich sił starał uniknąć szkodzącego jego reputacji uchylenia swojego orzeczenia arbitrażowego. Chroni to strony i integralność postępowania arbitrażowego. Dobrze poinformowana strona i tak nie wystawi swojemu sędziemu arbitrażowemu czeku *in blanco* i przez swoją z góry rezygnację z wniosku o uchylenie, nie pozostawi mu całkowicie wolnej ręki w sprawie⁷⁰.

bb) Nietrafne przyjęcie niekompetencji jako powodu uchylenia

W trakcie postępowania uchylającego orzeczenie arbitrażowe badane jest na to, czy dopuszczalne jest jego badanie w sprawie, choć nie przedłożona została skuteczna umowa arbitrażowa (§ 1059 ust. 2 nr 1 lit. a ZPO) lub czy przekroczone zostały jej granice (§ 1059 ust. 2 nr 1 lit. c ZPO). Podczas gdy w przypadku stwierdzenia przez sąd nietrafnego przyjęcia przez sąd arbitrażowy własnej kompetencji orzeczniczej orzeczenie podlega uchyleniu, nietrafne odrzucenie tej kompetencji orzeczniczej (jeśli można ją zaszerzować jako orzeczenie arbitrażowe⁷¹), jako takie nie jest powodem do uchylenia⁷².

Wiele zagranicznych regulacji procesowych dotyczących arbitrażu przyjęło z kolei, że nietrafna negacja kompetencji stanowi samodzielny powód do uchylenia (art. 190 ust. 2 lit. b IPRG, § 611 ust. 2 austriackiego k.p.c. – öZPO; art. 1520 nr 1 francuskiego k.p.c.). Zmiana taka została także zapowiedziana w prawie niemieckim⁷³.

⁶⁸ D. Baizeau, [w:] M. Arroyo, *Arbitration in Switzerland*, 2013, art. 192 nb. 52; B. Berger, F. Kellerhals (g. przyp. 67), nb. 1843, 1846; do umówienia rezygnacji z art. 6 ust. 1 EMRK s. EGMR, *Tabbane v. Schweiz*, orzeczenie z dn. 1.03.2016.

⁶⁹ R. Wolff, [w:] R. Kreindler, R. Wolff, M.S. Rieder (g. przyp. 43), nb. 6.158.

⁷⁰ Zob. D. Baizeau, [w:] M. Arroyo (g. przyp. 68), art. 192, nb. 53.

⁷¹ Tak: BGHZ 151, s. 79, 80 i n.; z dobrymi powodami W. Voit, [w:] H.-J. Musielak, W. Voit (g. przyp. 23), § 1040 nb. 8, za każdym razem z innymi dokumentami.

⁷² BGHZ 151, s. 79, 82 i n.

⁷³ R. Geimer, *FS Elsing*, 2015, s. 147 i n., zwłaszcza s. 149; S. Kröll, *FS Horn*, Berlin 2006, s. 989, 1000; H. Raeschke-Kessler, *FS Elsing*, 2015, s. 433, 440 i n.

§ 1059 ZPO odpowiada w przeważającej części art. 34 ModellG. Posiadając dodatkowy powód uchylenia, prawo niemieckie różniłoby się od ustawy modelowej w centralnym punkcie i w ten sposób wchodziło w konflikt z zasadą ujednolicenia prawa. Dlatego takie uzupełnienie musi mieć bardzo ważne podstawy.

Na razie te podstawy nie istnieją, dlatego też katalog § 1059 ust. 2 ZPO powinien pozostać niezmieniony. Zwolennicy wprowadzenia dodatkowych podstaw uchylenia uzasadniają to, powołując się na argument ochrony prywatnej woli, szczególnie ze względu na pojawiające się w innym wypadku kompetencje zagranicznych sądów państwowych, z których strony właśnie miały zamiar zrezygnować⁷⁴. Argument ten jest co najmniej ambiwalentny, jako że strony właśnie wolność decyzji w sporze prawnym złożyły w ręce sądu arbitrażowego i to bez możliwości szczegółowego zbadania treści. Dlaczego zatem sąd arbitrażowy nie mógłby rozstrzygać o swojej kompetencji? Jest to niejasne. Dla przyjęcia kompetencji musi obowiązywać wyjątek, ponieważ sądy arbitrażowe muszą mieć legitymację z umowy, a w innym wypadku mogłyby stworzyć sobie własną kompetencję. Przy odrzuceniu kompetencji nie ma więc powodu do przełamania końcowej decyzji kompetencyjnej sądu arbitrażowego. Również zgodnie z faktami nie może tu chodzić o naglące problemy, jako że sądy arbitrażowe rzadko pretendują do odrzucenia własnej kompetencji⁷⁵.

Oprócz ujednolicenia prawa i braku potrzeby dodatkowego powodu uchylenia także współbieżność z postępowaniem dla uzyskania tytułu wykonawczego jest argumentem przeciwko uzupełnianiu § 1059 ust. 2 ZPO. Szczególny charakter obecnej regulacji leży przede wszystkim w prawnej możliwości jej sprawdzenia zgodnie z zasadami § 1059, § 1060 i § 1061 ZPO. Właśnie w celu zachowania tej współbieżności ustawa modelowa oparła się na podstawach odmowy uznawania przewidzianych w art. V Konwencji nowojorskiej⁷⁶. Przynajmniej dla tytułu wykonawczego i uznawania zagranicznych orzeczeń arbitrażowych niemiecki ustawodawca nie może tworzyć dalszych podstaw odmowy uznawania bez naruszenia swojej odpowiedzialności na gruncie prawa międzynarodowego, przewidzianej w art. V Konwencji nowojorskiej. Nie jest wskazane (i nie byłoby też proarbitrażowe) zezwalanie na szerokie sprawdzanie niemieckich orzeczeń arbitrażowych.

cc) Skrócenie łańcucha instancji

Podstawową instancją, do której wpływają wnioski o uchylenie i o wystawienie tytułów wykonawczych jest Wyższy Sąd Krajowy – Oberlandesgericht OLG (§ 1062

⁷⁴ Por. wyżej, przyp. 73.

⁷⁵ Zob. U.G. Schroeter, *SchiedsVZ*, 2004, s. 288 przyp. 3.

⁷⁶ Analytical Commentary on Draft Text of a Model Law on International Commercial Arbitration, A/CN.9/264, art. 34 nb. 6 (s. 72).

ust. 1 ZPO), przeciwko jego postanowieniom przysługuje skarga prawna do Trybunału Federalnego – Bundesgerichtshof, BGH (§ 1065 ZPO). Szwajcaria (art. 191 IPRG) i podążająca w jej ślady Austria (§ 615 öZPO) skróciły łańcuch instancji i uczyniły Najwyższy Sąd Cywilny pierwszą i ostatnią instancją w postępowaniach o uchylenie⁷⁷. Takie skrócenie instancji ma dwa cele: z jednej strony podniesienie jakości orzecznictwa poprzez koncentrację w jednym sądzie, iż drugiej zaś skrócenie czasu trwania całego postępowania.

Pomimo że oba te cele ważne są również w przypadku Niemiec, regulacja ta nie powinna być przejęta zbyt pochopnie. W Niemczech bowiem mamy do czynienia z zupełnie inną skalą liczbową: szwajcarskiemu Sądowi Najwyższemu przedłożono w 2013 r. 34 wnioski o uchylenie⁷⁸, w austriackim Trybunale Najwyższym w pierwszym roku, po przejściu przez niego kompetencji instancji wpływu (2014), były to zaledwie trzy wnioski⁷⁹. W tym samym roku w Niemczech wniesiono do OLG 214 Sch-Sachen 21 spraw, czyli postępowań o uchylenie lub o wystawienie tytułów wykonawczych według § 1062 ust. 1 nr 4 ZPO⁸⁰; ile było między nimi postępowań uchylających nie jest w statystyce ujęte.

Jeśli chodzi o poprawienie jakości przez koncentrację okazuje się, że OLG Frankfurt sprawdza rocznie mniej więcej tyle samo orzeczeń, co szwajcarski Sąd Najwyższy, a OLG Monachium (na skutek koncentracji w Bawarii) nawet o wiele więcej⁸¹. A zatem przeniesienie kompetencji wpływu do BGH niewiele przyniosłoby tu korzyści. Problematyczne są tu jedynie OLG z niewielką ilością spraw, ale i w ich przypadku takie przeniesienie raczej przedłużyłoby postępowanie zamiast je skrócić, ponieważ postępowania przed OLG trwają z reguły krócej (średnia dla OLG Frankfurt: prawie cztery miesiące⁸²) niż przed BGH (średnia: prawie dwanaście miesięcy⁸³). Nie wydaje się, by BGH w pierwszej instancji rozstrzygał szybciej niż o skargach prawnych. Tak więc podsumowując, przeniesienie ponad 200 postępowań rocznie do BGH nie dałoby się w żaden sposób zharmonizować ze stałym wysiłkiem na rzecz zmniejszenia obciążenia pracą tego sądu⁸⁴.

⁷⁷ Odnośnie do postępowań mających na celu wydanie tytułów wykonawczych nie posiada on ani w Szwajcarii (M. Bühler, M. Cartier, [w:] M. Arroyo [g. przyp. 68], rozdz. 12, nb. 142), ani w Austrii (M. Heider, M. Nueber, H. Schumacher, A. Siwy, G. Zeiler, *Dispute Resolution in Austria*, 2015, s. 79) żadnych specjalnych kompetencji.

⁷⁸ F. Dasser, D. Roth (g. przyp. 7), s. 6.

⁷⁹ OGH, Tätigkeitsbericht 2014 (g. przyp. 8), s. 8 („OCg-Sachen“).

⁸⁰ Statistisches Bundesamt (g. przyp. 12), 2014, s. 89.

⁸¹ OLG Frankfurt: 24 Sch-Sachen w roku 2014, OLG München: 50 Sch-Sachen w roku 2014 (Statistisches Bundesamt [g. przyp. 12], 2014, s. 91).

⁸² Liczby z: R. Wolff, B.R. Falk, *SchiedsVZ*, 2006, s. 280 przyp. 5 i 6 (3,88 miesiąca, jako średni czas trwania wszystkich postępowań o wydanie tytułu wykonawczego w 2005 r., przy średnim czasie trwania 6,5 miesiąca przy spornych wnioskach o wystawienie tytułu wykonawczego).

⁸³ Wyżej przyp. 9.

⁸⁴ Przedstawione przez H. Raeschke-Kessler, *FS Elsing*, 2015, s. 433, 441 i n. obligatoryjne postępowanie ustne w sprawach o uchylenie i wystawienie tytułu wykonawczego byłoby z kolei niekorzystne dla przyspieszenia postępowania.

dd) Angielski jako język w sądzie

Już od dłuższego czasu proponuje się wzmocnić prawną lokalizację Niemiec, jako miejsca rozpatrywania sporów arbitrażowych, przez wprowadzenie do niemieckich sądów postępowań prowadzonych w języku angielskim. W międzyczasie zapanała cisza na temat projektu ustawy przedłożonego przez Bundesrat w 2014 r. o utworzeniu izb do rozpatrywania spraw z zakresu międzynarodowego prawa handlowego (KfHG)⁸⁵. Taką samą sytuację mamy, jeśli chodzi o *praeter legem*, które już przez niektóre sądy krajowe i wyższe sądy krajowe wprowadzone zostało w przypadku ustnych rozpraw rozpatrywanych w języku angielskim.

Dla arbitrażowej lokalizacji Niemiec nie ma znaczenia, czy postępowania przed sądami krajowymi odbywają się po angielsku. Ma natomiast znaczenie, czy postępowania na podstawie § 1062 ZPO przed senatami arbitrażowymi wyższych sądów krajowych także mogą być prowadzone w języku angielskim. W ten sposób bowiem państwowe postępowania aneksacyjne mogłyby być kontynuowane bez językowego rozłamu postępowania arbitrażowego (w postępowaniach międzynarodowych najczęściej po angielsku)⁸⁶. Z tego powodu rozważa się właśnie w Szwajcarii, po raz pierwszy w tym kraju w dziejach *civil-law*, możliwość przeprowadzenia anglojęzycznego postępowania uchylającego.

Przeciwnicy anglojęzycznych postępowań sądowych w Niemczech powołują się na zasadę publiczności, gdzie nie każdy musi znać język angielski, i identyfikacji językowej kraju⁸⁷. Nawet przy odrzuceniu tych wątpliwości wprowadzenie czysto anglojęzycznych postępowań według § 1062 ZPO nie jest godne polecenia. Niewątpliwie wielu sędziów w Niemczech doskonale mówi po angielsku, włącznie z językiem fachowym⁸⁸. Ze względu jednak na to, że senaty arbitrażowe polecają przedkładać sobie uwierzytelnione tłumaczenia anglojęzycznych dokumentów (wyżej II. 1. b) nie należy oczekiwać, że ich członkowie należą do tego kręgu. Świadczy to bowiem o czymś zupełnie odwrotnym. Znajomość języków obcych przez sędziów nie może być priorytetem, stojącym ponad gruntowną znajomością spraw arbitrażowych. Poza tym BGH także nie będzie mógł zabezpieczyć bez przygotowania anglojęzycznego prowadzenia postępowania, a znajomość języka obcego, która nie rozciąga się na kompletny łańcuch instancji nie jest zbyt pomocna⁸⁹.

Lepiej prowadziłyby do celu pozostawienie senatom wolnej ręki w dopuszczeniu w postępowaniach z § 1062 ZPO dokumentów w języku angielskim. Odpowiadałoby to

⁸⁵ BT-Drucks. 18/1287.

⁸⁶ Stanowisko BReg. KfHG-E, BT-Drucks. 18/1287, s. 19; M. Illmer, ZRP 2011, s. 170, 172.

⁸⁷ A. Flessner, NJOZ 2011, 1913; W. Zimmermann, [w:] *MünchKommZPO* (g. przyp. 41), § 184 GVG, nb. 12.

⁸⁸ Tak uzasadnia BR-Entw. KfHG, BT-Drucks. 18/1287, s. 9.

⁸⁹ Tak trafnie: VRiBGH Ball podczas posiedzenia komisji prawnej do KfHG w dn. 9.11.2011, internet: https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2011/36400205_kw45_pa_recht/206810 [dostęp 7.04.2016].

okoliczności, że sędziowie często posiadają wystarczające kompetencje językowe do czytania anglojęzycznych tekstów, podczas gdy nie odważyliby się na aktywne prowadzenie w tym języku postępowania albo na formułowanie orzeczenia. Dla stron i ich przedstawicieli jest już znacznym ułatwieniem, gdy mogą one zrezygnować z tłumaczeń dokumentów na angielski (dla klientów) i orzeczenia oraz innych dokumentów z postępowania arbitrażowego na niemiecki (dla sądu). Czy postępowanie ustne, z reguły ograniczające się według § 1063 ust. 2 ZPO do jednej rozmowy prawnej odbędzie się po niemiecku, czy po angielsku ma w porównaniu z tym o wiele mniejsze znaczenie. Postanowienie sądu może być przecież przetłumaczone na język angielski⁹⁰.

IV. Podsumowanie

Wymiar sprawiedliwości jest centralnym czynnikiem decydującym w rywalizacji o przeprowadzanie międzynarodowych postępowań arbitrażowych. Niemiecki wymiar sprawiedliwości jest ogólnie w dobrej sytuacji, nawet jeśli wewnątrz ram prawnych życzyłoby się ulepszeń w dziedzinie czasu trwania postępowania (wyżej II. 1. a), przy obchodzeniu się z anglojęzycznymi dokumentami (wyżej II. 1. b) i przy koncentracji spraw arbitrażowych (wyżej II. 2. a).

Także obowiązujące ramy prawne zdają na ogół egzamin. Reformy obowiązującego prawa postępowania arbitrażowego powinny odbywać się przezornie i być nakierowane zwłaszcza na międzynarodowe ujednolicenie i stałość prawa postępowania arbitrażowego (wyżej III. 1). Jeżeli ustawodawca zdecydowałby się na reformę, powinien wziąć pod uwagę możliwość przejścia do niemieckiego prawa regulacji art. 2A (wyżej III. 2. b) aa), Opcja II art. 7 (wyżej III. 2. b) bb) i art. 35 ModellG 2006 (wyżej III. 2. b) dd). Zamiast przejścia art. 17 – 17J ModellG 2006 powinien § 1041 ust. 2–4 ZPO zostać przyjęty do katalogu § 1025 ust. 2 ZPO (wyżej III. 2. b) cc). § 1061 ZPO powinien zostać zrehabilitowany na nowo (wyżej III. 2. a), a sądom powinno zostać się prawo decydowania o dopuszczeniu do postępowań według § 1062 ZPO anglojęzycznych dokumentów (wyżej III. 3. b) dd).

Można również rozważyć jasną regulację postępowania arbitrażowego z udziałem wielu stron (wyżej III. 3. a) aa). Nowa regulacja sądownictwa arbitrażowego do spraw konsumenckich włącznie z arbitrażem *online* (wyżej III. 2. a) i reguły przejrzystości dla postępowań arbitrażowych z udziałem sektora publicznego (wyżej III. 3. a) ee), powinny zostać wprowadzone dopiero w późniejszym okresie.

⁹⁰ Patrz uzasadnienie: BR-Entw. KfiHG, BT-Drucks. 18/1287, s. 16 („Sąd ma jednakże wolny wybór sporządzenia orzeczenia najpierw w języku niemieckim i następnie przetłumaczenia go na język angielski. Powstałe w związku z tym koszty są kosztami sporu prawnego w znaczeniu §§ 91 i n. ZPO”).

Alternatywne załatwianie sporów i Układ o stowarzyszeniu między UE i jej państwami członkowskimi a Ukrainą: refleksje nad punktami orientacyjnymi dla Ukrainy

Rozszerzenie UE i pogłębianie integracji europejskiej, przede wszystkim po wejściu w życie Traktatu lizbońskiego, w dramatyczny sposób zmieniły warunki zewnętrzne i jeszcze bardziej umocniły europejską orientację Ukrainy.

Po raz pierwszy najsilniejszy gospodarczo i najbardziej wpływowy politycznie i cywilizacyjnie sąsiad Ukrainy graniczy z nią na zachodzie. W obliczu tej sytuacji trudno jest przecenić znaczenie Układu o stowarzyszeniu między UE a Ukrainą [dalej: umowa stowarzyszeniowa, przyp. tłumacza] i umowy o strefie wolnego handlu pomiędzy Ukrainą a UE, także w związku z tworzeniem nowych ram prawnych dla stosunków gospodarczych i kontynuacją przeformowania ukraińskiego społeczeństwa na bazie demokracji i socjalnej gospodarki rynkowej. W ten sposób umowa stowarzyszeniowa stała się systemową podstawą reform, zawierającą konkretne zadania implementacji przepisów prawnych o polityce ochrony konkurencji wraz z terminami wykonania tych zadań.

Przedłużenie terminu wdrożenia Tytułu 4 umowy „Handel i zagadnienia związane z handlem” nie dotyczy wdrożenia w tym znaczeniu, jako że nie dotyczy on bezpośrednio strefy wolnego handlu. W ten sposób zdobyto ponadto więcej czasu i lepsze możliwości dla efektywnego instytucjonalnego wsparcia implementacji tej części umowy od 1 stycznia 2016 r.

W związku z tematem konferencji szczególną rolę odgrywa ta część umowy stowarzyszeniowej między Ukrainą a UE, która dotyczy zaęgywania sporów jako takich i alternatywnych metod załatwiania sporów w szczególności.

Na początku trzeba wskazać, że z powodu braku narodowych regulacji prawnych w dziedzinie mediacji strona ukraińska, wraz z ratyfikacją umowy stowarzyszeniowej, po raz pierwszy zdefiniowała na poziomie państwowym mechanizm rozstrzygania sporów w tak ważnej dziedzinie, jaką są stosunki z UE.

* Jewhen Berszeda, prof. dr ekon, Instytut Legislacji Rady Najwyższej Ukrainy, Kijów.

Pozycja Ukrainy odpowiada tu nie tylko europejskim i globalnym trendom, lecz także precyzuje konkretny i bardzo ważny punkt orientacyjny dla dalszych reform narodowego systemu prawnego w kierunku większej liberalizacji stosunków prawnych i gospodarczych. Jednocześnie ukazane w umowie stowarzyszeniowej cywilnospołeczne założenia na obszarze zażegnywania sporów, przez swą atrakcyjność, wysyłają ważny sygnał do aktywnych lub potencjalnych podmiotów gospodarczych na ukraińskim rynku, wspierając w ten sposób ich dalszą obecność na rynku.

Fakt zawarcia w umowie stowarzyszeniowej całego szeregu przepisów na temat alternatywnego załatwiania sporów pokazuje zarówno uznanie przez UE szczególnych zasług Ukrainy na tym polu, jak i ogólny rozwój gospodarki rynkowej i demokratycznych instytucji na Ukrainie.

Ze względu na to, że proces ratyfikacji umowy stowarzyszeniowej przez wszystkich jej członków jeszcze się nie zakończył (a w świetle doświadczeń innych krajów można przewidzieć, że zajmie on jeszcze od 2 do 3 lat), w dokumencie tym zdefiniowane są mechanizmy dla jego prowizorycznego (do momentu ukończenia procesu ratyfikacyjnego) wdrożenia. W związku z tym faktem wydaje nam się ważne przygotowanie się do stosowania zawartego w umowie stowarzyszeniowej systemu rozstrzygania sporów, włącznie z postępowaniem ADR.

Tytuł 4 „Handel i zagadnienia związane z handlem” umowy stowarzyszeniowej zawiera dwa mechanizmy zażegnywania sporów: w rozdziale 14 „Zażegnywanie sporów”¹ i w rozdziale 15 „Mechanizm mediacji”². Oba te mechanizmy mają ten sam cel, mianowicie rozwiązanie konfliktu między stronami powstałego w związku ze stosowaniem przepisów umowy stowarzyszeniowej. Rozdział 14 uwzględnia jednocześnie zobowiązania stron w związku z członkostwem w Światowej Organizacji Handlu i dotyczy zażegnywania sporów z udziałem grup rozjemczo-sędziowskich, tzn. działalności podmiotów przypominających typowy sąd rozjemczy. Rozdział 15 zawiera szczegółowo zdefiniowany model zażegnywania sporów za pomocą mediacji. W ten sposób przewidziany jest demokratyczny model dwóch alternatywnych postępowań rozstrzygania sporów – pierwszego, rozjemczo-sędziowskiego, i drugiego, bazującego na mediacji, które stanowią integralną część składową fundamentu skutecznego funkcjonowania gospodarki rynkowej w krajach UE.

Należy zwrócić uwagę na to, że w porównaniu do zawartego w rozdziale 14 mechanizmu rozjemczo-sędziowskiego mechanizm z rozdziału 15 zawiera wiele środków umożliwiających oszczędzające czas i tańsze rozstrzygnięcie sporów. Ponadto, postępowanie mediacyjne spełnia warunki zażegnywania sporu oparte na kompromisie i zachowaniu

¹ W jęz. ang.: *dispute settlement*.

² W jęz. ang.: *mediation mechanism*.

równowagi uwzględniania interesów stron sporu. Umowa stowarzyszeniowa zawiera tym samym realne mechanizmy dla zażegnania sporów publicznoprawnych, mogących potencjalnie powstawać między stronami. Mechanizmy te są przy tym podobne do mechanizmów zażegnania sporów prywatnoprawnych.

Tytuł 4 umowy stowarzyszeniowej „Handel i zagadnienia związane z handlem” zawiera szereg przepisów dotyczących zażegnania sporów, które mogą powstać w określonych dziedzinach współpracy. I tak, rozdział 6 tego tytułu „Zakładanie przedsiębiorstw, handel usługami i handel elektroniczny” zawiera art. 123 „Spory między usługodawcami”. W zgodzie z nim zdefiniowana jest rola urzędu regulacyjnego w zażegnaniu sporów między usługodawcami w dziedzinie komunikacji elektronicznej. Wyżej wspomniany artykuł ustala między innymi czteromiesięczny termin dla wydania wiążącego rozstrzygnięcia przez urząd regulacyjny sporów powstających w wyżej nazwanej dziedzinie. Ustanawia się postulat przejrzystości takich rozstrzygnięć (przy jednoczesnej ochronie poufnych informacji). W celu skutecznego zażegnania sporów między podmiotami oferującymi transgraniczne usługi w dziedzinie komunikacji elektronicznej, proponuje się zobowiązać urzędy regulacyjne stron do koordynacji i wspólnych wysiłków. To założenie wymaga od Ukrainy stworzenia ram prawnych do kompleksowego wdrożenia obowiązujących przepisów tego artykułu.

W tym samym Tytule 4 jest ponadto wiele regulacji mających na celu aktywizację współpracy na obszarze ochrony praw do własności intelektualnej i ochrony wolnej konkurencji. Pomimo że w ramach umowy stowarzyszeniowej nie znajdziemy żadnych konkretnych propozycji definicji zażegnania sporów w tej dziedzinie, poszczególne przepisy służą polepszeniu mechanizmów współpracy prawnej i egzekwowania prawa: w art. 251 „Kodeksy postępowania oraz współpraca w zakresie kryminalistyki”, w art. 252 „Współpraca”, w art. 259 „Wymiana informacji i współpraca w zakresie egzekwowania prawa” i w art. 260 „Konsultacje”. Implementacja wspomnianej części umowy wymaga od Ukrainy przeprowadzenia reform ram prawnych na poziomie przepisów wykonawczych.

Jednym ze spodziewanych efektów podpisania umowy stowarzyszeniowej między Ukrainą i UE jest intensyfikacja stosunków gospodarczych, a w szczególności dalszy rozwój inwestycji. W związku z tym można spodziewać się wzmożonego obciążenia wymiaru sprawiedliwości i instytucji *quasi-sądowych*, które mają za zadanie zażegnanie sporów prawnych.

Niektóre przepisy umowy stowarzyszeniowej dają powody do przypuszczeń, że rozstrzyganie większości sporów w dziedzinie inwestycji nie będzie możliwe przy zastosowaniu zawartych w tej umowie mechanizmów, jeżeli będą one miały związek z opodatkowaniem w kraju odbiorcy. Takie spory mają być bowiem rozwiązywane na

podstawie bilateralnych umów o unikaniu podwójnego opodatkowania (jeżeli odpowiednie umowy między krajami pochodzenia stron sporu istnieją).

Umowa stowarzyszeniowa zawiera również regulacje na temat sporów, mogących ujawnić się w wyniku podjętych przez strony środków administracyjnych. Dlatego przepisy art. 285 „Postępowanie administracyjne” i art. 286 „Przegląd i odwołanie” zawierają najważniejsze wymagania oraz podstawowe pryncypia dla działania środków administracyjnych tworzonych przez sądy, przez niezależne *quasi*-sądy i trybunały administracyjne, powoływane w celu rozpatrywania rewizji i korektur podejmowanych przez strony w ramach umowy stowarzyszeniowej.

Należy też zwrócić uwagę, że Tytuł 4 umowy stowarzyszeniowej zawiera załączniki, związane bezpośrednio z zaęgniowaniem sporów mogących powstawać przy stosowaniu przepisów tego tytułu. Chodzi tu m.in. o Załącznik XIV do rozdziału 14 „Regulamin rozstrzygania sporów” i Załącznik XV do rozdziału 15 „Kodeks postępowania członków organów arbitrażowych i mediatorów”. W obliczu faktu, że wszystkie załączniki stanowią integralną część dokumentu, można wnioskować, iż umowa stowarzyszeniowa zawiera listę wymagań stawianych sędziom rozjemczym i mediatorom oraz system regulacji procesowych.

Jednocześnie jednak wyżej wymienione regulacje odnoszą się tylko do sporów powstających w ramach zastosowania przepisów Tytułu 4. Dlatego mechanizmy te uregulowane są szczegółowo w samym tytule i w należących do niego załącznikach. Jednocześnie tytuł ten zawiera szereg przepisów i postanowień bezpośrednio lub pośrednio dotyczących sądowego lub pozasądowego rozstrzygania sporów poza zakresem stosowania Tytułu 4. W szczególności art. 14 „Praworządność oraz przestrzeganie praw człowieka i podstawowych wolności”. Zaś w Tytule 3 „Sprawiedliwość, wolność i bezpieczeństwo” zawarte są przepisy dotyczące państwa prawa, skuteczności wymiaru sprawiedliwości i koordynacji działalności organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości. Pomimo że tytuł ten nie zawiera żadnych konkretnych priorytetów dla reformy wymiaru sprawiedliwości, użyte w nim sformułowania dają powód do przypuszczenia, iż umowa wyznacza podstawowe zasady dla przeprowadzanych reform. Przepisy nazwanego wyżej art. 14 są szczegółowo uregulowane w art. 24 „Współpraca prawna”, w którym zawarte są podstawowe zasady współpracy prawnej między stronami w sprawach cywilnych i karnych. Warty zauważenia jest też fakt, że ogólne postępowanie dla rozwiązywania sporów uregulowane jest w art. 477 umowy stowarzyszeniowej. Jednocześnie ustala się, że mechanizm ten nie może być zastosowany przy rozwiązywaniu sporów powstałych na gruncie użycia przepisów z Tytułu 4 „Handel i zagadnienia związane z handlem”. Wobec faktu, że Tytuł 4 stanowi podstawę części gospodarczej umowy, a większość jego przepisów wejdzie w życie

dopiero 1 stycznia 2016 r.³, szczególnego znaczenia nabiera mechanizm rozstrzygania sporów zawarty w art. 477 „Rozstrzyganie sporów”, ponieważ artykuł ten jest już, w ramach tymczasowego zastosowania od 1 listopada 2014 r., prawnie obowiązujący. W istniejących warunkach mechanizmy rozstrzygania sporów między stronami są szczególnie aktualne dla Ukrainy i innych stron umowy stowarzyszeniowej, a dokładna analiza doświadczeń związanych z rozwiązywaniem sporów prywatnoprawnych za pomocą alternatywnych (pozasądowych) metod w Niemczech i Polsce może pomóc uniknąć sporów publicznoprawnych mogących powstawać podczas stosowania przepisów umowy.

Naszym zdaniem ratyfikacja umowy stowarzyszeniowej między Ukrainą a UE, oprócz innych pozytywnych efektów, powinna dać impuls do polepszenia regulacji prawnych dotyczących alternatywnych postępowań rozstrzygania sporów na Ukrainie i przyspieszenia wdrożenia przez nowo wybrany parlament inicjatyw legislacyjnych, w celu bezpośredniego dostosowania prawa ukraińskiego do standardów europejskich. Konkretnie zadania w dziedzinie reform ukraińskiego prawa były już wielokrotnie i są nadal tematem spotkań ukraińskich i zagranicznych ekspertów, m.in. na forach międzynarodowych poświęconych tematyce alternatywnego rozstrzygania sporów. Radzie Najwyższej Ukrainy ostatniej kadencji przedłożony został pod obrady projekt ustawy „O nowelizacji niektórych przepisów prawnych Ukrainy (w związku z podjęciem środków do zabezpieczenia pozwu o udzielenie wsparcia zagranicznemu sądowi rozjemczemu)” z 7 października 2013 r., którego przyjęcie umożliwiłoby rozwiązanie problemu skutecznej egzekucji orzeczeń rozjemczych.

Parlamentowi przedłożone zostały także pod obrady projekty ustaw „O mediacji”, celem tej ustawy jest implementacja mediacji na poziomie ustawodawczym i stworzenie ram prawnych dla mediacji na Ukrainie. Niestety żaden z projektów tej ustawy nie został jak do tej pory poddany pod głosowanie.

Należy podkreślić, że celem reformy ukraińskiego wymiaru sprawiedliwości jest dążenie do ustanowienia europejskich standardów, jest ona ściśle związana z europejskimi dążeniami Ukrainy i trendami rozwoju alternatywnych metod zażegnania sporów w Europie i na świecie. Przeprowadzenie tego projektu i konkretne *know-how* alternatywnego zażegnania sporów w umowie stowarzyszeniowej między UE a Ukrainą ukierunkowane jest na reformę ukraińskiego wymiaru sprawiedliwości i ma swe źródło bezpośrednio w bolesnych dla krajów byłego ZSRR problemach walki z wszechobecną korupcją i biurokracją.

Ukraina jest świadoma tego, że nie tylko przedsiębiorstwa, lecz również państwa stosujące na dużą skalę alternatywne metody zażegnania sporów, dzięki swemu doświadczeniu w tej dziedzinie, są atrakcyjnymi partnerami gospodarczymi. Tak więc

³ Artykuł był pisany w 2014 r. (uwaga red.).

szerokie zastosowanie tego projektu ma znaczenie nie tylko w skali kraju, lecz również na polu międzynarodowym.

Treść umowy stowarzyszeniowej i jej stopniowe wchodzenie w życie stworzyły konkretne punkty orientacyjne dla ukraińskich twórców prawa i wyznaczają wspólny dla Ukrainy i jej europejskich partnerów plan demokratycznej transformacji i reform rynkowych.

Już sam fakt stworzenia i obustronnej akceptacji tego jedyne w swojej naturze planu jest indykatorem określonych gwarancji dla zagranicznych partnerów handlowych Ukrainy w UE i poza nią. Przy czym wzajemne zbliżenie między Ukrainą a UE na fundamencie umowy stowarzyszeniowej służy naszym zdaniem dalszej poprawie konkurencyjności nie tylko Ukrainy, lecz i UE, która pozyskuje dzięki temu duży, nowy, *de facto* mało jeszcze otwarty i położony tuż przy granicy Unii rynek ukraiński.

Prawne regulacje sądownictwa arbitrażowego na Ukrainie jako skuteczny środek zażegnania sporów w handlu zagranicznym

Od zarania dziejów społeczeństwu ludzkiemu towarzyszą spory dotyczące wszystkich dziedzin życia – od prywatnych stosunków międzyludzkich aż do stosunków między państwami. Ludzkość na przestrzeni dziejów swojego rozwoju poszukuje najbardziej skutecznych metod zażegnania sporów. Historia zażegnania sporów ukazuje nam się dzisiaj jako historia wzajemnych stosunków między jej trzema formami: nieuniknioną (nielegalną), sądową i alternatywną.

Nie ulega wątpliwości, że najważniejszym środkiem ochrony praw osób prywatnych i prawnych jest sąd. Prawo do sądowej ochrony działa bezpośrednio i jest uznawane za fundament demokratycznego państwa prawa. Większość z powstających w społeczeństwie sporów załatwiana jest w dzisiejszych czasach przed sądem. Jednak sądy nie dadzą rady załatwić wszystkich sporów, brakuje im na to czasu i personelu. Przeciężenie organów sądownictwa niezalatwionymi sprawami jest tak ogromne, że sądy pilnie poszukują nowych, szerszych i bardziej zróżnicowanych form i postępowań dla załatdzania konfliktów. W swoich zaleceniach Komitet Rady Europy wielokrotnie podkreślał, że nadmierne przeciążenie sądów prowadzi do naruszeń praw stron konfliktu, wynikających z ram art. 6 ust. 1 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, gwarantującego rozpatrzenie sprawy przez sąd w rozsądnym terminie.

W innym kontekście rozwój alternatywnych metod zażegnania sporów traktować można jak papierek lakmusowy stanu rozwoju społeczeństwa obywatelskiego, państwa prawa i demokracji. Polityka państwa w tej dziedzinie zależy od wielu czynników.

* Mykola Fedorowycz Selivon, profesor doktor nauk prawnych, członek Narodowej Akademii Nauk Prawnych Ukrainy, prezes Międzynarodowego Sądu Gospodarczego i Komisji Arbitrażowej do spraw morskich przy Izbie Przemysłowo-Handlowej Ukrainy.

** Tetjana Gennadijewna Sacharczenko, Zasłużony Prawnik Ukrainy, zastępca prezesa Międzynarodowego Sądu Gospodarczego i Komisji Arbitrażowej do spraw morskich przy Izbie Przemysłowo-Handlowej Ukrainy.

Należy wziąć pod uwagę poziom rozwoju gospodarki rynkowej, międzynarodowego przepływu towarów i usług, stopień ucywilizowania działalności gospodarczej, stan kultury prawnej i świadomości prawnej w społeczeństwie, zaufanie przedsiębiorców do siebie nawzajem i do osób trzecich, do których zwracają się w celu zażegnania konfliktów. Dlatego alternatywne (pozasądowe) metody załatwiania sporów, takie jak pertraktacje, mediacja i sądownictwo arbitrażowe, znajdują coraz więcej zwolenników.

Funkcjonowanie międzynarodowego sądownictwa arbitrażowego w sprawach gospodarczych i postępowania arbitrażowego jako instytucji prywatnego załatwiania sporów nie jest możliwe bez udziału państwa. Państwo musi przede wszystkim zalegitymizować działalność na swoim terytorium jurysdykcji, która jest alternatywą dla jurysdykcji państwowej. Literatura fachowa trafnie podkreśla tu, że postępowanie w sprawie odbywa się na terytorium jakiegoś państwa: akt zastosowania prawa postanowiony w wyniku postępowania musi być wprowadzony do porządku prawnego tego państwa i często również do porządku prawnego miejsca egzekucji tego postanowienia¹.

Na Ukrainie prawo do stosowania alternatywnych (pozasądowych) metod zażegnania sporów opiera się na art. 55 ukraińskiej konstytucji, w którego myśl każdy jest uprawniony do obrony swoich praw i wolności za pomocą dowolnych środków niezabronionych ustawowo. Wskazany wyżej przepis ukraińskiej konstytucji w swej systematyce pozostaje w związku z prawem do działalności przedsiębiorczej i prawem do użycia do niej własnych umiejętności i własności (art. 41 i 42 konstytucji) oraz i tworzy konstytucyjny fundament funkcjonowania postępowania arbitrażowego w sporach cywilnoprawnych i gospodarczych, którego podstawą jest wolność zawierania umów i autonomia woli stron umowy.

Trybunał Konstytucyjny Ukrainy opracował konstytucyjne podstawy sądownictwa arbitrażowego i w swoich orzeczeniach z 24 lutego 2004 r. nr 3-pp/2004 i z 10 stycznia 2008 r. nr 1-pp/2008 sprecyzował kilka pozycji prawnych, mających znaczenie doktrynalne dla dalszego rozwoju sądownictwa arbitrażowego w naszym kraju.

Po pierwsze, potwierdzono, że prawo stron sporu cywilnoprawnego lub gospodarczego do przekazania sprawy sądowi arbitrażowemu opiera się na cytowanych wyżej przepisach konstytucyjnych.

Po drugie, sądy arbitrażowe są instytucjami społeczeństwa obywatelskiego i spełniają ważną funkcję społeczną, są twórcami cywilnoprawnymi, nie orzekają i nie należą do systemu organów judykatury Ukrainy.

¹ С.А. Курочкин, Государственные суды в третейском разбирательстве и международном коммерческом арбитраже. – М., 2008. – С. 1.

Po trzecie, przyznanie stronom prawa do wyboru alternatywnej formy dla ochrony własnych praw i zwrócenie się do sądu arbitrażowego nie jest złamaniem konstytucyjnego prawa do obrony przez sąd.

Po czwarte, po zwróceniu się do sądu arbitrażowego prawo do ochrony sądowej zabezpieczone jest przez możliwość oddania w przewidzianych w ustawie przypadkach sprawy w ręce sądów państwowych przez doręczenie prośby o uchylenie wyroku sądu arbitrażowego lub wystawienie tytułu wykonawczego dla przeprowadzenia egzekucji orzeczenia sądu arbitrażowego.

Po piąte, możliwość do przekazania przez państwo sprawy z zakresu prawa cywilnego i gospodarczego do rozpatrzenia przed sądem arbitrażowym bazuje nie tylko na prawie krajowym, lecz ma także oparcie w prawie międzynarodowym, m.in. w ratyfikowanych przez Ukrainę umowach międzynarodowych.

Europejski Trybunał Praw Człowieka, stosując odpowiednie przepisy art. 6 EKPC w wielu orzeczeniach uznaje zwrócenie się do sądu arbitrażowego za zgodne z prawem, jeżeli rezygnacja z usług sądów krajowych następuje na drodze deklaracji woli stron.

Obecnie na Ukrainie zgodnie z prawem skutecznie funkcjonują dwa niezależne od siebie systemy sądownictwa arbitrażowego: IWSG, który prowadzi postępowania tylko w sprawach z handlu zagranicznego i sądów arbitrażowych dla załatwiania sporów wewnętrznych (sądy arbitrażowe wewnętrzne). Mimo iż opierają się one na tym samym prawie, oba systemy uregulowane są przez dwie oddzielne ustawy: Ustawę Ukrainy „O sądownictwie IWSG” (dalej: IWSGG) i Ustawę Ukrainy „O sądach arbitrażowych” (dalej: SGG), której art. 1 bezpośrednio wskazuje, że zakres działania tej ustawy nie obejmuje sądownictwa IWSG.

Każdy z tych podsystemów, uwzględniając kompetencje sądów specjalizuje się w określonych kategoriach spraw i posiada sędziów dysponujących odpowiednimi kwalifikacjami. Zebrano już pewne doświadczenia. Niestety – sądy wewnętrzne na Ukrainie od czasu uchwalenia ustaw nie mają o nich najlepszej opinii i w pewnym sensie zdyskredytowały tę skuteczną formę zażegnania sporów. Przyczyna tego nie leży jednak w braku tych ustaw, które są dość postępowe, lecz w niskim poziomie kultury prawnej, braku kryteriów doboru sędziów arbitrażowych oraz braku kontroli podczas tworzenia wewnętrznych sądów arbitrażowych i innych okolicznościach, które uwarunkowały wielokrotne przypadki naruszenia praworządności podczas działalności tych sądów. Wywodzi się to m.in. ze złamania ważnej zasady postępowania arbitrażowego – dobrowolności przy zawieraniu klauzuli arbitrażowej. Inne przyczyny to fakt, że sądy arbitrażowe rozpatrywały sprawy o stwierdzenie faktów o znaczeniu prawnym: o uznaniu prawa własności nieruchomości. Po rozpatrzeniu tych spraw potrzebna byłaby

egzekucja orzeczenia arbitrażowego, podjęta przez organy państwowe lub organy administracji samorządowej. Z tych względów państwo musiało znacznie ograniczyć kompetencje wewnętrznych sądów arbitrażowych.

Z tego powodu jesteśmy zdania, że w obecnej fazie społecznego rozwoju na Ukrainie, poziomie kultury prawnej *etc.*, istnienie tych dwóch systemów ma swoją rację bytu: zmiana prawa i orzecznictwa nie tylko nie ma sensu, ale jest też niedopuszczalna, przynajmniej tak długo, dopóki system sądownictwa arbitrażowego wewnętrznego nie zostanie zreformowany i ulepszony. W tym celu należy przede wszystkim rozwinąć mechanizm skutecznej kontroli państwowej nad tworzeniem i działalnością sądów arbitrażowych poprzez redukcję liczby sądów arbitrażowych (na Ukrainie istnieje już ponad 400 takich sądów) i ustalenie, że sądy arbitrażowe tworzone będą jedynie przy IHK i innych ogólnoukraińskich NGOs i tylko tam będą mogły działać. Po drugie, istnieje wiele rozmaitych powodów do dyskusji na temat wprowadzenia ostrzejszych kryteriów wyboru sędziów arbitrażowych.

Podczas gdy wewnętrzne sądy arbitrażowe dyskredytują się przez cały czas, od swego powstania, sądownictwo IWSG, reprezentowane przez IWSG przy IHK Ukrainy, zajęło godne miejsce w gronie europejskich instytucji arbitrażowych.

Wstępnym warunkiem stworzenia międzynarodowego sądownictwa arbitrażowego do spraw gospodarczych był fakt, że Ukraina jako członek ONZ już na początku lat 60. podpisała i ratyfikowała dwa podstawowe traktaty międzynarodowe w dziedzinie międzynarodowego arbitrażu gospodarczego: 22 sierpnia 1960 r. – Traktat ONZ o uznaniu i egzekucji zagranicznych orzeczeń arbitrażowych i 25 stycznia 1963 r. – Konwencję europejską o międzynarodowym arbitrażu handlowym. Jednak przez ponad 30 lat nie stworzono na Ukrainie żadnych międzynarodowych sądów arbitrażowych i patrząc obiektywnie, nie mogły one powstać. Przyczyną tego był monopol w handlu zagranicznym posiadany przez ZSRR. Sprawami takimi mogły zająć się jedynie specjalnie stworzone zrzeszenia i inne organizacje handlu zagranicznego. Prowadziło to do tego, że sądy arbitrażowe tworzone były dopiero i wyłącznie na poziomie federacyjnym (ZSRR).

Utworzenie międzynarodowego sądownictwa gospodarczego na Ukrainie było bezpośrednio związane z uchwaleniem ustawy Ukraińskiej SRR „O działalności handlu zagranicznego” z 16 kwietnia 1991 r. Ustawa ta opierała się na przepisach Deklaracji o suwerenności państwowej Ukrainy, na ustawie Ukraińskiej SRR „O gospodarczej niezależności Ukraińskiej SRR”. Przyznaje ona wszystkim podmiotom handlu zagranicznego (zarówno osobom fizycznym, jak i prawnym), niezależnie od formy własności i innych cech prawo do działalności w handlu zagranicznym. Działalność na rynku handlu zagranicznego jest niemożliwa bez gwarancji skutecznej ochrony praw i obowiązków

uczestników handlu zagranicznego w przypadku złamania przez jednego z partnerów gospodarczych powziętych przez siebie zobowiązań. W tym celu uchwałą Rady Najwyższej Ukrainy „O wejściu w życie ustawy Ukraińskiej SRR o działalności w handlu zagranicznym” zalecono IHK Ukrainy stworzenie sądu arbitrażowego do spraw handlu zagranicznego.

Prezydium IHK Ukrainy zastosowało się do tego zalecenia i uchwałą z 10 czerwca 1992 r. utworzono sąd IWSG przy IHK Ukrainy i przyjęto jego regulamin. Faktyczne prace nad organizacją jego działalności rozpoczęły się 11 sierpnia 1992 r., kiedy prezesem IWSG został członek Narodowej Akademii Nauk Prawnych Ukrainy, prof. Ihor Hawrylowytsch Pobirtschenko. Dwa lata później, decyzją prezydium IHK Ukrainy, utworzona została Komisja Rozjemcza dla spraw morskich, 25 sierpnia 1994 r. przyjęty został jej regulamin i lista poleconych sędziów arbitrażowych. Prezesem Komisji Arbitrażowej do spraw morskich został również I. H. Pobirtschenko.

Pierwsze postępowania przed IWSG przy IHK Ukrainy pokazały, że dla owocnego funkcjonowania międzynarodowego sądownictwa gospodarczego potrzebny jest mocny fundament prawny². Z tego powodu IHK Ukrainy, na podstawie ustawy wzorcowej UNCITRAL, stworzyło projekt ustawy Ukrainy „O sądownictwie IWSG”, przyjęty przez Radę Najwyższą Ukrainy 24 lutego 1994 r.

Szczególną cechą Ustawy o IWSG są jej dwa załączniki: przepisy o IWSG przy IHK Ukrainy i zarządzenie o utworzeniu Komisji Arbitrażowej do spraw morskich przy IHK Ukrainy. Umożliwia to tym instytucjom rozjemczym funkcjonowanie zgodnie z międzynarodowymi standardami i umocnienie demokratycznych zasad arbitrażu: prawa stron do stanowienia ciała orzekającego w sądzie, prawa do wyznaczenia rodzaju postępowania w sprawie, stosowanego w nim prawa, obowiązującej zasady postępowania i równości stron, zachowania poufności informacji o sporze, *etc.*

Według tych przepisów IWSG i Komisja Rozjemcza do spraw morskich przy IHK Ukrainy są niezależnymi, stale działającymi instytucjami arbitrażowymi. IHK Ukrainy zatwierdza jedynie regulaminy IWSG i Komisji Arbitrażowej do spraw morskich przy IHK Ukrainy, postępowanie mające na celu ustalenie opłat procesowych i wysokość innych wydatków sądu oraz wspomaga jego działalność.

Dzięki „staraniom, podjętym działaniom, odwadze i intelektowi prof. I.H. Pobirtschenki faza budowy międzynarodowego sądownictwa arbitrażowego na Ukrainie i jej ustawowych regulacji przebiegła bardzo szybko, prowadzone przez niego instytucje rozjemcze w krótkim czasie osiągnęły poważanie i rozpoznawalność w świecie. Za te zasługi, 3 sierpnia 2003 r. prezydium IHK Ukrainy przyznało I.H. Pobirtschenko tytuł

² I. Г. Побіртченко, Діяльність міжнародного арбітражу в Україні та його міжнародні зв'язки, Ж-л „Право України” 2011, №1, с. 10.

honorowego prezesa IWSG przy IHK Ukrainy i jednocześnie wyraziło zgodę na jego prośbę o zwolnienie z urzędu prezesa IWSG i Komisji Arbitrażowej do spraw morskich z powodu stanu zdrowia. Był on i jest nadal bez przesady guru naszego sądownictwa arbitrażowego i cieszył się niewątpliwym szacunkiem.

I.H. Pobirtschenko był wyrozumiałym, inteligentnym, mądrym człowiekiem, oddanym patriotą. Zakończył swoją ziemską drogę 6 kwietnia 2012 r. w wieku 88 lat. Do ostatniej chwili brał udział w działalności instytucji sądownictwa arbitrażowego i rozstrzygał spory. I.H. Pobirtschenko był pomysłodawcą i organizatorem międzynarodowej konferencji naukowo-praktycznej „Sądownictwo IWSG na Ukrainie i na świecie: wczoraj, dziś, jutro”, która odbyła się 24 – 25 maja 2012 r. i poświęcona była obchodom 20. rocznicy utworzenia IWSG przy IHK Ukrainy. Sam niestety nie dożył tej konferencji. W zaplanowanej przez niego konferencji wzięło udział ok. 190 przedstawicieli z 21 krajów świata, wśród nich prezesi 14 instytucji arbitrażowych z Europy i Azji, światowej sławy fachowcy z dziedziny sądownictwa arbitrażowego, znani naukowcy, przedstawiciele judykatury Ukrainy (sędziowie Sądu Najwyższego Ukrainy, Najwyższego Sądu Specjalistycznego Ukrainy do rozpatrywania spraw cywilnych i karnych, Najwyższego Sądu Gospodarczego Ukrainy), adwokaci i prawnicy.

W listopadzie ubiegłego roku, z okazji 90. urodzin I.H. Pobirtschenki postanowiono zorganizować coroczną międzynarodową konferencję jego imienia. W 2015 r. konferencja ta odbędzie się w dniu 13 listopada. Jednak najlepszym sposobem na zachowanie pamięci o I.H. Pobirtschenko będzie urzeczywistnienie działalności IWSG i Komisji Arbitrażowej w myśl zasad, które przyświecały jego życiu: profesjonalizmu, nieskazitelnej uczciwości, bezstronności, obiektywizmu i walki o sprawiedliwość.

Jak już wspomniano, ustawa o IWSG opiera się na międzynarodowych umowach ratyfikowanych przez Ukrainę (Konwencji o uznawaniu i wykonywaniu orzeczeń arbitrażowych z 1958 r., Nowy Jork; Europejskiej konwencji o międzynarodowym arbitrażu handlowym z 1961 r.) i odpowiada tekstowi ustawy wzorcowej UNCITRAL o międzynarodowym arbitrażu handlowym w wersji z 1985 r.

Jak wiadomo, Komisja ONZ przeprowadziła w ostatnich latach obszerną analizę międzynarodowego prawa handlowego: dokonano podsumowania doświadczeń handlu międzynarodowego i orzecznictwa w sporach, przeprowadzono analizę problemów i rozmowy na temat porozumienia w celu stworzenia uzgodnionych ram prawnych dla sprawiedliwego i skutecznego rozwiązywania międzynarodowych sporów handlowych. Wynikiem tych prac stało się przyjęcie w 2006 r. zmian w ustawie wzorcowej UNCITRAL o sądownictwie IWSG i nowa wersja regulaminu arbitrażu UNCITRAL 2010, dotycząca arbitrażu *ad hoc*, tzn. sądownictwa arbitrażowego dla zażegnywania konkretnych sporów. Dlatego do priorytetowych zadań należy implementacja tych

nowelizacji do prawa ukraińskiego i regulaminów IWSG i Komisji Arbitrażowej do spraw morskich przy IHK Ukrainy.

Jeśli chodzi o regulamin arbitrażu UNCITRAL 2010, należy zauważyć, że IWSG, jako stale działająca organizacja arbitrażowa reprezentuje funkcje kompetentnego organu wspomagającego organizację arbitrażu *ad hoc*. Przy uwzględnieniu nowego regulaminu arbitrażu UNCITRAL z 27 października 2011 r. przez prezydium IHK Ukrainy przyjęta została nowa wersja „Reguł wspomagania sądownictwa arbitrażowego odpowiednio do regulaminu arbitrażu UNCITRAL przez ustawę o IWSG przy IHK Ukrainy”.

Nowelizacje w ustawie wzorcowej UNCITRAL dotyczą dwóch ważnych punktów: rozszerzenia pojęcia i formy umowy rozjemczej (art. 7) i wprowadzenia przepisów zabezpieczających uznanie i wykonanie takich umów (art. IVA).

W tym kontekście w naszych instytucjach arbitrażowych pracuje grupa robocza dla sformułowania propozycji zmian w Ustawie o IWSG i innych aktach prawnych, przede wszystkim k.p.c. Ukrainy, jako że zawiera on przepisy regulujące kompetencje sądów przy sprawdzaniu wniosków o uchylenie decyzji IWSG i Komisji Arbitrażowej do spraw morskich przy IHK Ukrainy, wniosków o uznanie i wykonanie orzeczeń arbitrażowych na Ukrainie oraz postępowanie sprawdzające te wnioski.

Zmiany te są w pierwszej kolejności związane są z implementacją przytoczonych nowelizacji do prawa krajowego. Jednak, kiedy patrzymy na prawo regulujące dziś międzynarodowe gospodarcze sądownictwo arbitrażowe, można dojść do wniosku, że posiadamy rozwiniętą bazę normatywną, zasadniczo odpowiadającą współczesnemu zapotrzebowaniu.

Wraz z ustawami Ukrainy z 3 lutego 2011 r. wprowadzono także znaczne zmiany i uzupełnienia do kodeksów postępowania cywilnego i gospodarczego, poprzez które uregulowane zostały postępowania dotyczące zaskarżania i egzekucji orzeczeń rozjemczych, także w dziedzinie arbitrażu międzynarodowego. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że poprzez te ustawy zostały nareszcie odgraniczone kompetencje sądów gospodarczych i sądów powszechnych przy wykonywaniu decyzji IWSG i Komisji Arbitrażowej do spraw morskich przy IHK Ukrainy i innych międzynarodowych sądów gospodarczych. Zgodnie z tymi zmianami sądy gospodarcze rozpatrują tylko sprawy o zaskarżanie i wystawianie tytułów wykonawczych dla egzekucji decyzji sądów arbitrażowych, rozpatrujących jedynie spory wewnętrzne. Zaskarżanie i egzekucja decyzji IWSG i Komisji rozjemczej do spraw morskich przy IHK Ukrainy, jak również egzekucja decyzji innych międzynarodowych sądów gospodarczych rozpatrywane są przez miejscowe sądy powszechne zgodnie z regulacją Tytułu VIII, rozdział I k.p.c. Ukrainy.

Jeżeli już mówimy o poprawianiu prawa, to z satysfakcją możemy stwierdzić, że 19 maja 2011 r. (na mocy Dekretu prezydenta Ukrainy nr 589/2011) uchylony został Dekret prezydenta Ukrainy z 1 lipca 1995 r. nr 505/95, według którego reguły INCOTERMS po ich opublikowaniu w języku urzędowym mają zastosowanie w oficjalnym postępowaniu. Dekret ten sprawiał do niedawna spore problemy przy stosowaniu INCOTERMS-2010.

Przy uwzględnieniu wyżej wspomnianych aspektów jesteśmy zdania, że głównym zadaniem instytucji arbitrażowych nie jest rozwój zupełnie nowego prawa na Ukrainie, lecz jego ulepszenie i poprawienie praktyki stosowania prawa w tej dziedzinie. Chodzi o dopracowanie istniejących przepisów prawnych odpowiednio do nowych trendów międzynarodowych oraz o zlikwidowanie problemów w praktyce stosowania prawa. Dotyczy to przede wszystkim polepszenia współdziałania sądów państwowych i arbitrażowych, jako że wniosek końcowy jest ogólnie znany i ugruntowany – skuteczność sądów arbitrażowych i postępowań arbitrażowych w wielu – nawet jeśli nie we wszystkich krajach – zależy bezpośrednio od sądów państwowych, od tego, w jaki sposób wspomagają one sądy arbitrażowe, tworząc odpowiednio sprzyjające warunki dla spełniania ich funkcji³.

Poprzez ustawę o IWSG sądy państwowe otrzymały nie tylko funkcję kontrolną, lecz i wspomagającą sądownictwo arbitrażowe, m.in. poprzez:

- środki dla zabezpieczenia pozwu wniesionego przed zagraniczny sąd arbitrażowy;
- wspomaganie przy zbieraniu, przechowywaniu i zabezpieczeniu dowodów;
- wykształcenie praktyki stosowania prawa w kontekście ogólnie uznanych koncepcji sądownictwa arbitrażowego i jego orzecznictwa oraz postępowania arbitrażowego;
- wspieranie wśród prawników i biznesmenów postrzegania międzynarodowego sądownictwa arbitrażowego i sądów wewnętrznych jako skutecznego środka ochrony prawnej.

Jednocześnie wyżej nazwane funkcje są prawie nieużywane, ponieważ brakuje dla nich regulacji prawnych. Przede wszystkim dotyczy to środków zabezpieczenia. Ten problem jest obecnie szeroko dyskutowany.

Jak w wielu innych krajach świata, prawo na Ukrainie przewiduje możliwość zarządzenia środków zabezpieczenia zarówno przez sądy arbitrażowe, jak i przez sądy państwowe. W tym miejscu warto zwrócić uwagę na pewną osobliwość naszych instytucji arbitrażowych. Jest to fakt, że według przepisów ustawy o IWSG i Komisji

³ С. Кристер, Государственные суды и международный коммерческий арбитраж, „Международный Коммерческий Арбитраж”. – 2008. - № 3. – С.31-34.

Arbitrażowej do spraw morskich przy IHK Ukrainy prezes tych instytucji ma prawo do samodzielnego zarządzenia środków zabezpieczenia przed powołaniem członków sądu arbitrażowego. W ten sposób odpada konieczność powoływania sędziego nadzwyczajnego. Jednocześnie środki zabezpieczenia zarządzone przez sąd arbitrażowy (przez prezesa IWSG i Komisji Arbitrażowej lub przez członków składu sędziowskiego) nie podlegają egzekucji, są one wiążące jedynie dla stron. Wystąpienie do sądów państwowych w celu uzyskania egzekucji środków zabezpieczenia zarządzonych przez sąd arbitrażowy nie może osiągnąć celu, ponieważ brakuje przepisów procesowych regulujących postępowanie sprawdzające te wnioski i nie ma przepisów określających kompetentny dla tego postępowania sąd. Jedną z dróg rozwiązania tego problemu byłoby przyjęcie do ukraińskiego k.p.c. przepisu, że nazwany konkretny sąd mógłby udzielać na wniosek strony zezwoleń na egzekucję środków zabezpieczenia zarządzonych przez międzynarodowy gospodarczy sąd arbitrażowy.

Art. 9 Ustawy o IWSG zapewnia stronie prawo zwrócenia się do sądu państwowego lub do złożenia podczas postępowania arbitrażowego wniosku o zarządzenie środków zabezpieczenia i o uzyskanie sądowego tytułu dla tego zarządzenia. W prawie ukraińskim brakuje jednak przepisów o tym, który sąd miałby posiadać kompetencje do rozpatrywania takiego wniosku i jak takie postępowanie rozpoznawcze miałyby wyglądać. Z tego powodu niemożliwe jest wdrożenie na Ukrainie art. 9 Ustawy o IWSG, ponieważ brakuje dla niego odpowiedniej regulacji prawnej. Przynajmniej pierwsze kroki w tym kierunku zostały już jednak uczynione: w 2012 r. wniesiono bowiem poprawki do k.p.c., zezwalające sądom na podejmowanie decyzji zarządzania środków zabezpieczenia w fazie sprawdzania w sprawach o egzekucję orzeczeń sądów zagranicznych, wśród nich również sądów arbitrażowych. Na wniosek osoby wnioskującej sąd może zarządzić zastosowanie dla zabezpieczenia pozwu środków przewidzianych w k.p.c., jeżeli niezarządzenie takich środków mogłoby poważnie zakłócić lub uniemożliwić egzekucję orzeczenia zagranicznego sądu arbitrażowego.

Należy również poprawić funkcje kontrolne sądów państwowych w stosunku do sądownictwa arbitrażowego. Jeżeli weźmiemy pod uwagę, że w chwili obecnej za sprawdzanie wniosków o uznanie i o uchylenie orzeczenia rozjemczego oraz jego wykonanie odpowiedzialne są sądy pierwszej instancji, byłoby sensowne przekazanie tych kompetencji sądom apelacyjnym. Przed wejściem w życie k.p.c. z 1 stycznia 2005 r. kompetencje zarówno w sprawach o sprawdzanie wniosków o uchylenie orzeczeń IWSG i Komisji Rozjemczej do spraw morskich przy IHK Ukrainy, jak i o uznawanie i wykonanie orzeczeń IWSG i Komisji Rozjemczej znajdowały się w rękach sądów apelacyjnych. Sądy te nabyły w ten sposób duże doświadczenie orzecznicze, dzięki któremu uchylenia orzeczeń lub odrzucenie ich uznania czy też wykonania zdarzały się stosunkowo rzadko.

Jednak wraz z wejściem w życie k.p.c. sprawdzanie tych wniosków zostało przesunięte do sądów pierwszej instancji, m.in. Schewtschenkiwskij – sądu dzielnicowego w Kijowie. Analiza orzecznictwa takich wniosków przez te sądy pokazuje, że sądy popełniają wiele błędów podczas sprawdzania wniosków, dokonując w trakcie postępowań naruszeń obowiązujących Ukrainę umów międzynarodowych i błędnie interpretując prawo ukraińskie. Ponadto takie postępowanie może ciągnąć się latami, jeśli uwzględnimy wszystkie możliwości apelacji i rewizji. Stąd uzasadnione jest pytanie o zasadność przywrócenia poprzednio obowiązującej regulacji i przekazanie funkcji kontroli i wsparcia z powrotem sądom apelacyjnym (art. 6 ust. 2 ustawy), a w przypadku sądownictwa IWSG i orzeczeń Komisji Rozjemczej do spraw morskich przy IHK Ukrainy – sądowi apelacyjnemu w Kijowie, co odpowiadałoby praktyce międzynarodowej, podnosiło jakość pełnienia tych funkcji przez organy państwa i skracало czas potrzebny do uzyskania ostatecznego orzeczenia w tych sprawach.

Chcielibyśmy również zwrócić uwagę na niektóre trudności podczas ustalania zdolności arbitrażowej sporów. Trudności te mają przede wszystkim związek z brakami w prawie ukraińskim dotyczącymi kompetencji w sporach międzynarodowego arbitrażu gospodarczego i sądów państwowych (powszechnych i gospodarczych).

Jak wiadomo, kompetencja międzynarodowego arbitrażu gospodarczego zawarta została w wymienionej ustawie i uzależniona od spełnienia dwóch kryteriów: elementu zagranicznego i przedmiotu sporu. W art. 1 ustawy ustawodawca ogólnie wytycza kryteria kategorii sporów, dla których kompetencja przechodzi w ręce zagranicznych sądów arbitrażowych: m.in. są to spory między przedsiębiorstwami z udziałem zagranicznych inwestorów i międzynarodowymi korporacjami i organizacjami, które zostały utworzone na terytorium Ukrainy – między sobą, między swymi poszczególnymi członkami oraz spory z innymi podmiotami prawnymi na Ukrainie. W nr 4 tego samego artykułu ustawodawca ustanowił regułę, że inne ustawy mogą określać spory, które nie podlegają kompetencjom sądów arbitrażowych lub ewentualnie mogą zostać mu przekazane jedynie na mocy określonych przepisów różniących się od przepisów tej ustawy. W art. 12 Kodeksu Prawa Gospodarczego Ukrainy znajdujemy m.in. przepis, że z kompetencji sądów arbitrażowych wyłączone są spory powstające podczas dokonywania transakcji, zmian, wypowiedzenia i wypełniania warunków umów gospodarczych zawieranych dla zaspokojenia potrzeb państwa. Orzecznictwo jednak nie interpretuje tych przepisów jednoznacznie. Niektóre sądy są zdania, że oddziaływanie tego artykułu nie ogranicza się jedynie do wewnętrznych sądów arbitrażowych, lecz rozciąga się również na międzynarodowy arbitraż gospodarczy, z tego powodu sprawy te nie posiadają zdolności arbitrażowej. Inne sądy uważają, że sprawy te posiadają zdolność arbitrażową i uzasadniają to tym, że wspomniany artykuł Kodeksu Postępowania Gospodarczego

ogranicza kompetencje jedynie wewnętrznych sądów arbitrażowych, jednakże nie dotyczy on międzynarodowego arbitrażu gospodarczego. Skłaniamy się do przyjęcia drugiej z tych tez, ponieważ jest absolutnie zrozumiałe, dlaczego państwo ograniczyło kompetencję wewnętrznego arbitrażu dla tych kategorii spraw. Wyłączenie tych spraw bez powodu z kompetencji arbitrażu międzynarodowego ogranicza środki ochrony przed naruszeniami prawa w stosunkach międzynarodowych i utrudnia jego przywrócenie, szczególnie dla przedsiębiorstw ukraińskich. Jeśli dojdzie do naruszeń ich praw, mogą one jedynie zwrócić się do sądów zagranicznych i są przy tym zmuszone do stosowania zagranicznego prawa procesowego. Podobne komplikacje mają miejsce podczas sporów między korporacjami.

Państwo reprezentowane przez judykaturę bierze, obok podjętej przez parlament reformy bazy prawnej, udział w relacjach związanych z postępowaniem w sporach w handlu zagranicznym. Z tego powodu byłoby dobrze stworzyć warunki do podniesienia jakości wydawanych przez właściwe sądy orzeczeń. O ważności tego problemu świadczy fakt, że pytanie o współpracę sądów państwowych i arbitrażowych na większości konferencji i innych międzynarodowych mitingów pojawia się stale na porządku dziennym, a orzeczenia sądów dotyczące arbitrażu spotykają się z ostrą krytyką.

Dnia 4 września 2014 r. odbyło się naukowo-praktyczne spotkanie okrągłego stołu na temat „Granice ingerencji sądu a międzynarodowy arbitraż gospodarczy”, którego organizatorami byli IWSG i Komisja Rozjemcza do spraw morskich przy IHK Ukrainy, Naukowy Instytut Badawczy Prawa Prywatnego i Przedsiębiorczości Narodowej Akademii Nauk Prawnych Ukrainy oraz Zrzeszenie Prawników – specjalistów z prawa cywilnego. Podczas obrad przedyskutowano najważniejsze problemy, dotyczące funkcji kontrolnej i wspomagającej sądów państwowych dla arbitrażu. W obradach okrągłego stołu wzięło udział 72 uczestników, byli między nimi sędziny i sędziowie Sądu Najwyższego Ukrainy, Najwyższego Specjalistycznego Sądu do spraw cywilnych i karnych, Najwyższego Sądu Gospodarczego Ukrainy, sądów okręgowych i miejskich, prawnicy i adwokaci.

Statystyczny obraz sądownictwa arbitrażowego na Ukrainie, w oparciu o analizę orzecznictwa według wyników sprawdzania wniosków o uchylenie orzeczeń arbitrażowych IWSG przy IHK Ukrainy, przedstawia się następująco.

W 2012 r. IWSG osądził i orzekł w 299 sprawach, 22 orzeczenia rozjemcze były przedmiotem sprawdzenia przez Schewtschenkiwskij sąd dzielnicowy w Kijowie, ponieważ wniesiono wnioski o ich uchylenie. Według wyników sprawdzenia sądowego (wraz z instancjami apelacyjnymi i rewizyjnymi) 4 orzeczenia zostały uchylone (z rozmaitych powodów, m.in. przedłożenia porozumienia rozjemczego przez sąd arbitrażowy).

W 2013 r. IWSG rozpatrzył i rozstrzygnął w 297 sprawach, 12 z nich były przedmiotem sprawdzenia przez Schewtschenkiwskijskyj sąd dzielnicowy w Kijowie, ponieważ wniesiono o ich uchylenie. Według wyników sądowego sprawdzenia (wraz z instancjami apelacyjnymi i rewizyjnymi) 2 orzeczenia rozjemcze zostały uchylone (powody uchylenia – brak zdolności arbitrażowej sporów między korporacjami i sporów powstających podczas wypełniania warunków umów gospodarczych dotyczących spełniania potrzeb państwa, naruszenia postępowania sprawdzającego spory).

Do września 2014 r. Schewtschenkiwskijskyj sąd dzielnicowy w Kijowie wziął na wokandę trzy sprawy rozpatrywane przez IWSG w 2014 r., w których wpłynęły wnioski o uchylenie orzeczeń rozjemczych. Do chwili obecnej wszystkie trzy wnioski rozpatrywane są przez Schewtschenkiwskijskyj sąd dzielnicowy w Kijowie.

W zestawieniu sporządzonym przez firmę prawniczą Cai & Lenard, które jest interesujące i przydatne zarówno dla praktyki sądowej, jak i arbitrażowej⁴, znalazły się następujące informacje: stosunek między przypadkami uchylenia orzeczeń arbitrażowych IWSG przy IHK Ukrainy i zezwoleń na egzekucję naszych orzeczeń w latach 2011 – 2012 wyniósł 1: 49, tzn. na jedno uchylone orzeczenie przypada 49 orzeczeń IWSG, które przyjęte zostały przez sąd do wykonania. Nie jest to zły wynik. Przy tym w sprawozdaniu podkreślono, że postanowienia uchylające zostały przez sąd apelacyjny bardzo dokładnie zbadane i w wielu wypadkach uchylone.

Interesujące są również statystyki dotyczące wykonywania orzeczeń IWSG za granicą. I tak z 15 orzeczeń IWSG przy IHK Ukrainy, które miały zostać wykonane w Niemczech, 14 zostało przez niemieckie sądy przyjęte do wykonania.

Pomimo ogólnie pozytywnego obrazu orzecznictwa arbitrażowego na Ukrainie, niektóre orzeczenia prawne sądów państwowych wydają się wątpliwe, m.in. uchylenia orzeczeń rozjemczych z powodu „wykładni klauzuli rozjemczej ustanowionej przez sąd arbitrażowy”. Stosownie do ustawy o IWSG członkowie sądu arbitrażowego przy badaniu pytania o ich kompetencje muszą analizować umowę rozjemczą, poznać jej treść, tzn. wyłożyć normę. Bez wykładni sąd arbitrażowy nie może sformułować uzasadnionego postanowienia o swojej kompetencji. Sąd miejscowy popierał dotąd jednak formalny punkt widzenia, że według art. 213 i 637 k.c. Ukrainy jedynie strony mają prawo do wykładni treści umowy, a sąd może podejmować postanowienia w sprawie wykładni umowy jedynie na podstawie odpowiedniego wniosku strony. Z tego powodu sąd miejscowy doszedł do wniosku, że sąd arbitrażowy, który podczas ustalania swojej kompetencji dokonał wykładni klauzuli rozjemczej znajdującej się w spornej umowie, naruszył ramy tej klauzuli, ponieważ żadna ze stron nie zwróciła się do niego o dokonanie

⁴ Україна. Дружня арбітражу юрисдикція: статистичний звіт, 2011-2012, К. Пільков. – К.: Cai & Lenard, 2012. – 29с.

wykładni klauzuli. Szkoda, że wyżej przedstawione stanowisko sądu dzielnicowego Schewtschenkiwskij w Kijowie znalazło poparcie w instytucjach apelacyjnych i rewizyjnych. Uważamy, że to założenie jest błędne, ponieważ nie bierze pod uwagę przepisów ustawy specjalistycznej – ustawy o IWSG, która stanowi, że sąd arbitrażowy ustala swoją kompetencję w sprawie i specyfikę swojej natury prawnej przez wykładnię umowy rozjemczej (art. 16 GIWSG), co m.in. wyraża się w jego autonomii dotyczącej innych warunków umowy.

Mimo tych detali na Ukrainie stworzona została odpowiednia przestrzeń prawna, warunki polityczne i organizacyjne dla normalnego funkcjonowania międzynarodowych instytucji arbitrażu i spełnienia jej międzynarodowych zobowiązań. Potwierdzeniem tego niech będą 22 lata działalności IWSG przy IHK Ukrainy. W tym czasie stał się on znany w świecie biznesu i wśród prawników. Należy zauważyć, że zostały poprawione zarówno struktura organizacyjna IWSG i Komisji Rozjemczej, jak i postępowanie arbitrażowe, w pierwszej kolejności poprzez zmiany w regulaminach dotyczące przepisów o kosztach i opłatach arbitrażowych. Na przestrzeni 22 lat historii ustawy o IWSG opracowano i przyjęto trzy wersje regulaminu: 1992, 1994 i obecnie obowiązującą, przyjętą postanowieniem prezydium IHK Ukrainy z 17 kwietnia 2007 r. nr 18(1) ze zmianami przyjętymi postanowieniami prezydium IHK Ukrainy z 25 października 2012 r. i 24 kwietnia 2014 r. Istnieją również dwie wersje regulaminu Komisji Rozjemczej do spraw morskich: z 1994 r. i obowiązująca, przyjęta postanowieniem prezydium IHK Ukrainy z 17 kwietnia 2007 r. nr 18(1) ze zmianami dokonanymi postanowieniami prezydium IHK Ukrainy z 25 października 2012 r. i 24 kwietnia 2014 r. Uwzględniając najnowsze trendy rozwoju międzynarodowego arbitrażu handlowego i praktyczne doświadczenia IWSG i Komisji Rozjemczej, prezydium IHK Ukrainy opracowuje projekty nowych regulaminów tych instytucji, które według najnowszej prognozy przedłożone miały być zatwierdzone w listopadzie i grudniu 2014 r.

Najważniejsze jest, że w tym czasie powstało grono wysoko kwalifikowanych sędziów arbitrażowych, którzy zawodowo i osobiście zdolni są do podejmowania decyzji niezależnie, obiektywnie i odpowiednio do okoliczności sprawy i stosowanego prawa. Na liście znajduje się 85 nazwisk wysoko wykwalifikowanych fachowców – naukowców, wykładowców, doświadczonych praktyków; większość z nich (41) to doświadczeni zagraniczni sędziowie arbitrażowi z 25 krajów świata, m.in. z Austrii, Białorusi, Bułgarii, Wielkiej Brytanii, Kazachstanu, Niemiec, Macedonii, Holandii, Norwegii, Polski, Rosji, Serbii, Słowacji, Słowenii, USA, Węgier, Francji, Chorwacji, Szwecji.

Jednym z kryteriów sukcesu IWSG jest liczba wniosków. Rocznie przyjmowanych jest od 300 do 450 spraw; w całej swej historii wniesiono do rozpatrzenia przez

IWSG ponad 7500 spraw, których strony pochodziły ze 110 krajów świata. W 2013 r. IWSG przyjął do rozpatrzenia 428 spraw, do września 2014 r. złożono ponad 350 spraw.

Sekretariat i sędziowie arbitrażowi przykładają dużą wagę do szybkości załatwiania spraw. W 2013 r., w 80 % spraw, orzeczenia wydano w ciągu pół roku od daty przyjęcia sprawy do rozpatrzenia w postępowaniu przez IWSG. To bardzo dobry rezultat, zwłaszcza w warunkach negatywnej tendencji, wyrażającej się w ostatnich latach tym, że pozwani starają się wzmocnić swój sprzeciw wobec postępowania w sprawie, np. przez zmianę miejsca pobytu, odmowę przyjęcia dokumentów, nadużywanie praw procesowych itp.

W IWSG powstał specjalny program elektronicznego przepływu dokumentów. Obok rejestracji wpływających i wychodzących dokumentów, stanu postępowania arbitrażowego danego dnia i kontroli terminów postępowania program ten w dalszej perspektywie umożliwi wymianę elektronicznych akt arbitrażu, dokumentów i innych informacji między sekretariatem IWSG, sędziami arbitrażowymi i stronami.

IWSG przy IHK Ukrainy aktywnie współpracuje z międzynarodowymi instytucjami arbitrażu. Jest członkiem praktycznie wszystkich międzynarodowych stowarzyszeń: Międzynarodowej Federacji Komercyjnych Instytucji Arbitrażowych w Nowym Jorku (IFCAI), Europejskiej Grupy Arbitrażu przy IHK w Paryżu, jak też organu doradczego Dyrektora IHK krajów WNP. Na poziomie bilateralnym IWSG podpisał umowy z instytucjami arbitrażu z 16 krajów świata. Przedstawiciele ukraińskich instytucji arbitrażowych aktywnie uczestniczą we wszystkich międzynarodowych konferencjach. Skuteczne funkcjonowanie międzynarodowego arbitrażu jest bowiem niemożliwe bez stałych kontaktów, bez wymiany doświadczeń i idei.

Reasumując, należy podkreślić, że przyszłość międzynarodowego arbitrażu handlowego na Ukrainie leży w poprawie regulacji prawnych poszczególnych instytucji i faz arbitrażu, w poprawie jakości orzeczeń, szybkości postępowania i w stworzeniu pozywającym warunków dla przeprowadzenia arbitrażu, które umożliwią wydawanie obiektywnych, zgodnych z prawem i okolicznościami orzeczeń, które będą również wykonywane. To prowadzi bowiem do spełnienia głównego zadania arbitrażu – przywrócenia naruszonych praw i interesów osób fizycznych i prawnych.

Aktualne kierunki rozwoju praktyki sądów rozjemczych na Ukrainie

I. Wprowadzenie

Prawnym wdrożeniem przemian dokonujących się na kanwie najnowszych wydarzeń na Ukrainie: ratyfikacji Umowy stowarzyszeniowej między Ukrainą a Unią Europejską i z Europejską Wspólnotą Energii Atomowej i jej państwami członkowskimi, jest Rozporządzenie nr 5/2015 prezydenta Ukrainy z dnia 12 stycznia 2015 r. Umowy te zawierają w swej treści długofalową strategię rozwoju „Ukraina – 2020”. Strategia ta wyznacza cel, kierunek, *roadmap*, najważniejsze priorytety i strategiczne indykatory obronności oraz gospodarczych, społecznych, organizacyjnych, politycznych i prawnych warunków odbudowy i rozwoju Ukrainy. Za najpilniejszą z wszystkich reform uznano reformę wymiaru sprawiedliwości, jej celem ma być rzeczywiste poszanowanie prawa każdego do sprawiedliwej rozprawy sądowej przed niezależnym, profesjonalnym i bezstronnym sądem oraz zabezpieczenie standardów społecznej kultury prawnej, gwarantujących na Ukrainie zasady prawa.

Reforma sądownictwa na Ukrainie rozpoczęła się wraz z uchwaleniem ustawy „O zabezpieczeniu prawa do sprawiedliwego sądu”, podpisanej przez prezydenta Ukrainy 24 lutego 2015 r. Dalszymi krokami były: zmiany w prawie procesowym, reforma ustawodawstwa o adwokaturze i prokuraturze, o pomocy prawnej dla osób pozbawionych środków materialnych i ustawa o egzekucji wyroków sądowych.

Podstawowe zasady reformy sądownictwa określone zostały w „Strategii reformy ustroju sądów, prawodawstwa i związanych z nimi instytucji prawnych na lata 2015/2020”. Strategia ta została potwierdzona Rozporządzeniem nr 276/2015 prezydenta Ukrainy z 20 maja 2015 r. W strategii tej ustalono, że w chwili obecnej wymiar sprawiedliwości nie spełnia w satysfakcjonującym stopniu wyznaczonych zadań. Najważniejsze tego przyczyny to, m.in.: rozszerzenie kompetencji sądów na wszystkie stosunki prawne, brak instrumentów procesowych umożliwiających przestrzeganie praw i interesów osób,

* Markian Malskyy, dr prawa, adwokat przy Arzinger Law Firm, Lwów.

wliczając w to słabo rozwinięty system alternatywnych metod załatwiania sporów. Z tego powodu wspomniana strategia za jeden z najważniejszych celów reformy wymiaru sprawiedliwości uznała zwiększenie zakresu możliwości alternatywnego (pozasądowego) załatwiania sporów, m.in. przez praktyczne wprowadzenie mediacji i rozjemstwa, rozszerzenie katalogu przypadków leżących w zakresie orzeczniczych kompetencji sędziego rozjemczego lub w których sądy mogą skorzystać z uproszczonych procedur postępowania; sprawdzenie celowości wprowadzenia instytucji sędziego pokoju.

Na Ukrainie wciąż na nowo dyskutowane są możliwości zmian w celu ulepszenia prawa na obszarze narodowego i międzynarodowego sądownictwa rozjemczego. Dyskutowane one są podczas spotkań przy okrągłym stole, na fachowych spotkaniach sędziów rozjemczych, na konferencjach naukowych i podczas innych wydarzeń.

II. Stan ukraińskiego sądownictwa rozjemczego

Międzynarodowe sądownictwo rozjemcze zyskuje z każdym rokiem na znaczeniu jako środek do rozstrzygania sporów podmiotów krajowych z kontrahentami zagranicznymi. Można to wyjaśnić wszechobecną w ukraińskich sądach korupcją, brakiem zaufania zwłaszcza wśród zagranicznych inwestorów, świadomością braków w ukraińskim prawie procesowym, a zwłaszcza licznymi możliwościami sabotowania procesu przez strony, m.in. przez odwlekanie momentu wszczęcia postępowania w sprawie. Do rosnącej popularności międzynarodowego sądownictwa rozjemczego przyczyniają się również zalety postępowania przed sądem rozjemczym; możliwość dokonywania wyboru przez strony: sędziego rozjemczego, miejsca postępowania i zastosowanego prawa oraz możliwość uzyskania uznania orzeczeń sądów rozjemczych o różnych kompetencjach, ostateczność orzeczenia sądu arbitrażowego, elastyczność samego procesu, szybkie tempo postępowania w sprawie; z drugiej zaś strony też oczywiście fakt ratyfikacji przez Ukrainę ważnych porozumień międzynarodowych, m.in. Konwencji o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych z 1958 r., Konwencji europejskiej o międzynarodowym arbitrażu handlowym z 1961 r. oraz licznych bilateralnych umów inwestycyjnych i innych.

Rosnącą popularność międzynarodowego sądownictwa arbitrażowego potwierdza m.in. sprawozdanie z działalności Międzynarodowego Sądu Arbitrażowego do spraw gospodarczych przy IHK (Izbie Przemysłowo Handlowej) Ukrainy z 2014 r. Według tego sprawozdania w okresie od 1 stycznia do 31 grudnia 2014 r. Międzynarodowy Sąd Arbitrażowy do spraw gospodarczych przy IHK Ukrainy przyjął do rozpatrzenia 696 spraw, co oznacza wzrost o 268 postępowań w porównaniu z 2013 r. Sąd rozpoznał i rozstrzygnął 356 spraw. Czas trwania postępowań wyniósł:

- dla 160 spraw – od 3 do 4 miesięcy,
- dla 128 spraw – od 5 do 6 miesięcy,
- dla 56 spraw – od 7 do 9 miesięcy,
- dla 9 spraw – od 10 do 12 miesięcy,
- dla 3 spraw – ponad 12 miesięcy.

Sprawozdanie to konstatuje poza tym, że w 2014 r. strony postępowań arbitrażowych pochodziły z 49 krajów, z których 40 należało do tzw. „dalekiej zagranicy”, a 9 do krajów WNP i Ukrainy. Przeważająca liczba sporów dotyczyła umów o dostawę i międzynarodowych umów handlowych oraz łamania wynikających z umów obowiązków płatniczych lub dostawy towarów. Pewna określona liczba sporów dotyczyła jakości dostarczonych towarów, usług i transportu oraz spedycji. Niewiele sporów dotyczyło umów o dzieło, umów poręczyielskich i kredytów.

W związku z tym, że Ukrainę coraz częściej postrzega się jako kraj jurysdykcji proarbitrażowej, warto może dodać, że również ukraińskie sądy państwowe coraz lepiej rozumieją specyfikę postępowań w sprawach o uznawanie i uchylanie międzynarodowych orzeczeń sądów arbitrażowych.

Według przeprowadzonego przez firmę prawniczą Cai & Lenard badania „Ukraina – jurysdykcja sprzyjająca sądownictwu arbitrażowemu: zarys statystyczny i analityczny 2013–2014” poziom odrzuconych orzeczeń, przy zachowaniu zezwoleń na egzekucję orzeczeń sądów arbitrażowych na Ukrainie dla lat 2013 i 2014, wyniósł odpowiednio 10% i 18% wszystkich zbadanych orzeczeń. Najczęściej przy tym zwracano się do państwowych sądów ukraińskich i składano wnioski o uznanie orzeczeń Międzynarodowego Sądu Arbitrażowego do spraw gospodarczych przy IHK Ukrainy (ok. 46–47% wszystkich wniosków). Statystyka uchyleń orzeczeń sądów arbitrażowych ukazuje, że w ostatnich latach Ukraina zbliża się do poziomu krajów pozytywnie nastawionych do sądownictwa arbitrażowego. I tak sądy krajowe na Ukrainie uchylały około 20–30% wszystkich podważonych orzeczeń sądów arbitrażowych.

Odpowiednio do wspomnianych badań w latach 2013–2014 najczęstszymi powodami odrzuceń egzekucji orzeczeń sądów arbitrażowych były:

- brak przekazania zainteresowanym stronom zgodnie z prawem wymaganej informacji o ustanowieniu sędziego arbitrażowego lub o zamknięciu postępowania arbitrażowego już w momencie stawiania wniosku o egzekucję;
- postępowanie arbitrażowe nie odpowiadało umowie stron.

W ramach tych badań ustalono, że w porównaniu do lat 2011 i 2012 – w latach 2013 i 2014 mniej było przypadków nieudzielenia zezwolenia z powodu nieprzeprowadzenia przez strony postępowania mającego na celu zażegnanie sporu, które było warunkiem przeprowadzenia postępowania rozjemczego. Większość sądów akceptowała

założenia sformułowane w orzeczeniu Trybunału Konstytucyjnego Ukrainy nr 15-пп/2002 z dnia 9 lipca 2002 r. w sposób następujący: „nieprzeprowadzanie rozpraw, w związku z postanowieniami umowy o obligatoryjne przeprowadzanie negocjacji w przypadku zaistnienia różnic zdań spowodowanych niespełnieniem lub nieprzepisowym wywiązaniem się z obowiązków nałożonych umową nie stanowi przeszkody do odwołania się do sądu w sprawie ochrony prawnej. Dotyczy to również prawa odwołania się do sądu rozjemczego”.

W związku z tym bardzo ważną rolę odgrywa postanowienie Sądu Najwyższego Ukrainy z 23 kwietnia 2015 r. Postanowienie to, zgodnie z art. 360-367 k.p.c. Ukrainy, reguluje stosowanie normy prawnej dotyczącej wszystkich obdarzonych kompetencjami podmiotów, stosujących w ramach swej działalności zawierający tę normę przepis prawny albo porządkowy; w myśl tego artykułu norma taka musi być uwzględniana podczas rozstrzygania spraw przez inne sądy powszechne.

Sąd Najwyższy w tym postanowieniu potwierdził pierwszeństwo postanowień umów międzynarodowych podczas orzekania o odrzuceniu egzekucji wyroku sądowego. W ten sposób, w sprawie tej, wniosek o udzielenie zezwolenia na egzekucję wyroku sądowego poprzez postanowienia wszystkich instancji został odrzucony. Sądy wyszły z założenia, że wbrew art. 396, ust. 2, cyfra 2 k.p.c. nie zostały przedłożone żadne dowody na przepisowe zawiadomienie oskarżonego o miejscu i czasie rozprawy w sprawie i z tego powodu nie mógł on przedstawić swoich wyjaśnień. Sąd Najwyższy Ukrainy ze swej strony podkreślił, że sąd nie wziął pod uwagę faktu, że przepisy k.p.c. znajdują swe zastosowanie tylko wtedy, gdy odpowiednie stany faktyczne nie są uregulowane przez umowy międzynarodowe oraz że sąd pominął to, że wspomniane umowy międzynarodowe regulują sprawy, które były obiektem rozprawy. Na podstawie tych rozważań Sąd Ukrainy doszedł do następującej konkluzji: „Jako że do spornych stosunków prawnych znajdują zastosowanie przepisy prawa międzynarodowego, fakt niezawiadomienia dłużnika o rozprawie rozjemczo-sądowej w sposób odpowiadający międzynarodowym regulacjom musi zostać udowodniony przez dłużnika jako tę osobę, która sprzeciwia się uznaniu zagranicznego orzeczenia na terytorium Ukrainy”.

W innej sprawie Najwyższy Sąd Ukrainy, w swoich postanowieniach z 15 lutego 2012 r. i z 23 stycznia 2013 r., podczas rozprawy w sprawach cywilnych i karnych (jako sąd rewizyjny) stwierdził, że odroczenie wydania postanowienia o zezwolenie na wykonanie wyroku sądowego jest niemożliwe. Sąd rewizyjny uchylił wyroki sądu pierwszej instancji i sądu apelacyjnego i wniosek odrzucił. Zdaniem sądu, w art. 373 k.p.c. zawarte jest sprawdzenie pytania o odroczenie wykonania decyzji sądu, jednak nie dotyczy to rozjemczej decyzji sędziowskiej, która w przeciwieństwie do decyzji sędziowskiej jest ostateczna, przez co jej wydanie oznacza zakończenie postępowania rozjemczego. Sąd

rewizyjny zwrócił także uwagę na to, że narodowy sąd Ukrainy rozstrzygnął już sprawę praktycznego zabezpieczenia wykonania wyroku zagranicznego sądu, kiedy zezwolił na wykonanie decyzji rozjemczej. Ponadto sąd rewizyjny w uzasadnieniu wyroku kierował się stanowiskiem prawnym zawartym w art. 5 Ustawy Ukrainy „O międzynarodowym sądownictwie rozjemczym w sprawach gospodarczych”, według którego w sprawach uregulowanych przez tę ustawę ingerencja sądownicza jest niedopuszczalna, chyba że jest to przewidziane w ustawie.

Za inny przykład pozytywnego orzecznictwa sądów ukraińskich niech posłuży tu przypadek rozpatrzenia pytania, czy możliwa jest egzekucja odsetków naliczanych na bazie orzeczenia rozjemczego, naliczonych po uprawomocnieniu się wyroku sądu rozjemczego. Osoba naliczająca takie odsetki zwróciła się do sądu dzielnicowego dzielnicy peczerskiej w Kijowie, składając wniosek o uznanie i wykonanie na terytorium Ukrainy ostatecznego orzeczenia rozjemczego koreańskiego sądu gospodarczego o konfiskatę aktywów jednego z ukraińskich przedsiębiorstw. Odpowiedni wyrok sądu rozjemczego skonstatował, że dłużnikowi naliczone zostaną: dług główny, odsetki od długu głównego za różne okresy do momentu wydania wyroku rozjemczego oraz odsetki od niezapłaconej sumy dłużnej, naliczane od momentu wydania orzeczenia rozjemczego. Zgodnie z postanowieniem peczerskiego sądu dzielnicowego w Kijowie z 3 września 2014 r. wniosek powoda został uznany w całości, wydano zezwolenie na egzekucję wyroku sądu rozjemczego. Postanowienie to podtrzymały postanowienia sądu apelacyjnego z 15 października 2014 r. oraz Trybunału do spraw cywilnych i karnych Ukrainy z 30 października 2014 r.

III. Problemy do rozwiązania

Mimo wyżej podanych pozytywnych trendów istnieją na Ukrainie do dziś ważne luki w ustawodawstwie, szczególnie poprawić się muszą normy procesowe. Problemy pojawiają się zarówno przy sądowej kontroli sądownictwa rozjemczego (uznawanie i odrzucanie wyroków rozjemczego sądownictwa międzynarodowego), jak i w związku z sądowym wspieraniem postępowań przed sądami rozjemczymi. Wielkie trudności napotykamy przy egzekucji umów rozjemczych. Zmniejsza to atrakcyjność całego międzynarodowego sądownictwa rozjemczego.

Jednym z najważniejszych problemów prawa ukraińskiego w dziedzinie międzynarodowego sądownictwa rozjemczego, którego rozwiązanie konieczne jest przede wszystkim, jest problem środków zabezpieczenia. Aktualność i znaczenie tego problemu dają się wytłumaczyć obecną sytuacją na Ukrainie: orzeczenia sędziowskie często

nie są wykonywane dobrowolnie, a aktywa dłużnika, jeszcze zanim podjęta zostanie decyzja w sprawie, wyprowadzane są za granicę.

Jak pokazuje to praktyka międzynarodowa i prawo międzynarodowe, kwestia zabezpieczenia pozwu w sprawie przed sądem rozjemczym może zostać rozwiązana zarówno przez sądy narodowe, jak i przez sam sąd rozjemczy podczas rozprawy albo w fazie uznawania wyroku rozjemczego.

W myśl obowiązującego prawa ukraińskiego środki zabezpieczenia przewidziane są do chwili, kiedy toczy się rozprawa; regulują to odpowiednie artykuły 9 i 17 ustawy Ukrainy „O międzynarodowym sądownictwie rozjemczym w sprawach gospodarczych”, artykuł 5 regulaminu Międzynarodowego Sądu Rozjemczego w sprawach gospodarczych przy IHK Ukrainy i cyfra 5 Postanowienia o międzynarodowym sądownictwie rozjemczym w sprawach gospodarczych przy IHK Ukrainy. I tak art. 4 wyżej wspomnianego regulaminu stanowi, że: „Przewodniczący międzynarodowego sądu rozjemczego w sprawach gospodarczych – a po ustaleniu składu sędziowskiego – członkowie sądu mogą na wniosek strony, jeżeli uznają ten wniosek za uzasadniony, ustalić wysokość i formę zabezpieczenia na poczet pozwu. Postanowienie międzynarodowego sądu rozjemczego w sprawach gospodarczych o ustaleniu wysokości i formy zabezpieczenia ma dla stron charakter obowiązujący i pozostaje w mocy do momentu ogłoszenia ostatecznego wyroku w sprawie”.

Na dzień dzisiejszy nie istnieje jednak jeszcze możliwość zwrócenia się o zabezpieczenie na mocy postanowienia sądu rozjemczego bezpośrednio do organów wykonawczych, przewidziana bowiem w prawie procesowym współpraca sądów narodowych z sądami rozjemczymi w tej sprawie praktycznie nie istnieje. Z tego powodu zarządzenie obecnie takich środków podczas rozprawy przed sądem rozjemczym jest niestety niemożliwe. Obowiązująca wersja ustawy Ukrainy „O postępowaniu wykonawczym” zawiera katalog dokumentów, na podstawie których urzędy państwowej służby wykonawczej upoważnione są do wszczęcia i przeprowadzenia postępowania wykonawczego. Katalog ten nie zawiera decyzji ani postanowień sądów rozjemczych. Jeśli więc strona obciążona takimi środkami lub zakazami nie wykonuje tego zarządzenia, nie ma to dla niej praktycznie żadnych negatywnych skutków prawnych.

Podczas analizy prawa międzynarodowego, regulującego uznawanie i wykonanie orzeczeń sądów rozjemczych, dochodzi się do wniosku, że postanowienie o zabezpieczeniu pozwu, wydane przez sąd rozjemczy, wykonywane jest tak samo, jak każde inne postanowienie wydane w sprawie. I tak art. 1, ust. 4 nowojorskiej umowy o uznawaniu i wykonaniu zagranicznych orzeczeń sądów rozjemczych (1958) przewiduje, że: pod pojęciem „orzeczenia sądu rozjemczego” rozumiane są nie tylko orzeczenia sędziów rozjemczych, wydane w konkretnej sprawie, lecz również te stałych sądów rozjemczych,

uznanych przez strony. Odpowiednio ust. 5, nr 9 postanowienia Plenum Sądu Najwyższego Ukrainy nr 12 z dnia 24 grudnia 1999 r. stanowi, że: „pod pojęciem orzeczeń rozumie się postanowienia sądu albo sądu rozjemczego, określające obowiązujące dla stron prawa i obowiązki. Mogą być to zarówno wyroki w sprawie, jak i potwierdzona sądowo umowa (lub inny akt godzący), postanowienie (tu także o ściąganiu alimentów) sądu (sędziego) oraz nakaz sądowy”.

Ponadto nowa wersja ustawy wzorcowej UNCITRAL z 2006 r. przewiduje rozszerzenie przepisów o zarządzaniu i przeprowadzaniu środków zabezpieczenia. Ustawa ta przewiduje, że uznawanie i egzekucja środków zabezpieczenia przebiega analogicznie do uznawania i egzekucji środków zabezpieczenia orzeczeń sądów rozjemczych.

Pomimo to na Ukrainie nie wprowadzono odpowiednich zmian w prawie narodowym. Prawo procesowe nie przewiduje żadnych możliwości uznania postanowień o zabezpieczeniu pozwów wydawanych przez sądy rozjemcze, a orzecznictwo ukraińskie stosuje się do ukraińskich przepisów procesowych. Samo przyjęcie określonych norm ustawy wzorcowej UNCITRAL o międzynarodowym sądownictwie rozjemczym nie rozwiąże problemów zabezpieczenia pozwów; pozytywne wyniki można osiągnąć jedynie przez dokonanie obszernych zmian w prawie procesowym Ukrainy. Nawet w świetle istnienia odpowiednich norm procesowych tryb uznawania postanowienia o zabezpieczeniu pozwu, wydanego przez sąd rozjemczy będzie długi i skomplikowany, co w naturalny sposób przyczynia się do zmniejszania efektywności takich środków.

Zabezpieczenie pozwu przez sąd krajowy w fazie rozprawy przed sądem rozjemczym wydaje się niemożliwe do realizacji także w świetle przepisów prawa procesowego. I tak art. 153 ust. 1 k.p.c. Ukrainy stanowi, że: „Wniosek o zabezpieczenie pozwu sprawdzany jest przez właściwy dla sprawy sąd w dniu jego doręczenia, bez informowania pozwanego i innych osób biorących udział w rozprawie”. Artykuł 66 Kodeksu postępowania w sprawach z prawa gospodarczego podkreśla, że: „Sąd gospodarczy jest upoważniony do wszczęcia na wniosek strony, prokuratora lub z własnej inicjatywy przewidzianych w art. 67 tego kodeksu odpowiednich środków dla zabezpieczenia pozwu. Zabezpieczenie pozwu dozwolone jest na każdym etapie postępowania w sprawie, jeśli niezarządzenie tego środka może utrudnić lub uniemożliwić wykonanie orzeczenia sądu gospodarczego”. Wszystko to sprawia, że konieczne staje się równoległe do postępowania rozjemczego przeprowadzenie rozprawy przed sądem krajowym, w której ramach pozw otrzymałby możliwość uzyskania dla siebie odpowiedniego zabezpieczenia.

Rozwiązanie problemu zabezpieczenia pozwu przez sąd krajowy w fazie procesowej zaproponowane zostało w ramach projektu ustawy Ukrainy nr 3366 z dnia 7 października 2013 r. „O środkach zabezpieczania pozwu w celu wsparcia międzynarodowego sądownictwa rozjemczego”. W projekcie tym zaproponowano zmiany w k.p.c.

i przekazanie właściwym sądom krajowym (których powołanie byłoby możliwe po wszczęciu postępowania przed sądem rozjemczym) kompetencji do orzecznictwa w tych sprawach. Sąd właściwy dla sprawy, orzekając o zabezpieczeniu pozwu, miałby opierać się na tych samych przesłankach, według których zabezpieczenie pozwu odbywa się podczas rozpraw przed sądami krajowymi. Mimo że zaproponowany w projekcie ustawy mechanizm zabezpieczania pozwu jest wystarczający i mógłby rozwiązać problemy zarządzania środków zabezpieczenia w szerszym zakresie, projekt ustawy nie został przyjęty.

Nieco inną sytuację obserwujemy podczas uznawania orzeczeń rozjemczych przez sąd krajowy w sprawie głównej. Dnia 22 września 2011 r., art. 394, ust. 1 k.p.c. Ukrainy został uzupełniony o następujące zdanie: „Na wniosek osoby, która wniosła o zezwolenie na wykonanie orzeczenia sądu zagranicznego sąd może podjąć przewidziane w tym kodeksie środki w celu zabezpieczenia pozwu. Zabezpieczenie pozwu jest dozwolone w każdej fazie sprawdzania wniosku, jeżeli nieprzyjęcie zabezpieczenia mogłoby utrudnić lub uniemożliwić wykonanie orzeczenia sądu”.

Możliwość zarządzania środków zabezpieczenia jest więc na Ukrainie dopuszczalna jedynie w fazie uznawania orzeczenia sędziowskiego przez sąd krajowy, co zmniejsza atrakcyjność sądownictwa rozjemczego, a w niektórych przypadkach prowadzi ten rodzaj orzecznictwa niestety *ad absurdum*. Możliwe byłoby rozwiązanie tego problemu poprzez dostosowanie ustawy Ukrainy „O międzynarodowym sądownictwie rozjemczym w sprawach gospodarczych” do ustawy wzorcowej UNCITRAL w brzmieniu z 2006 r. i po dokonaniu odpowiednich zmian w kodeksach postępowania cywilnego i postępowania w sprawach gospodarczych, i przy zacieśnieniu współpracy pomiędzy sądami rozjemczymi i krajowymi oraz organami państwowych służb wykonawczych.

Innym problemem związanym z sądowym wspieraniem międzynarodowego sądownictwa rozjemczego jest postępowanie pomocnicze w postępowaniu dowodowym. W myśl art. 27 ustawy Ukrainy „O międzynarodowym sądownictwie rozjemczym w sprawach gospodarczych” przewiduje się, co następuje: „Sąd rozjemczy lub strona mogą za zgodą sądu rozjemczego wnioskować do właściwego państwowego sądu krajowego o pomoc w zebraniu dowodów”. Do tego wniosku sąd może przychylić się w ramach swoich kompetencji i według obowiązujących go w tym zakresie reguł”. Ponieważ jednak k.p.c. Ukrainy nie zawiera żadnych reguł w tej materii oraz nie zawiera żadnego wiążącego zarządzenia w sprawie wniosku o pomoc w uzyskaniu dowodów, udzielanie przez sądy pomocy w uzyskiwaniu dowodów wydaje się mało realne. Rozstrzygające jest przy tym, że obowiązujący k.p.c. nie odpowiada nawet na pytanie, który z krajowych sądów miałby udzielać pomocy w uzyskaniu dowodów sądom międzynarodowym.

Równie ważnym problemem w sądownictwie rozjemczym na Ukrainie jest sprawa terminów wniosków o uznanie orzeczeń zagranicznych sądów rozjemczych. I tak każda z tych spraw musi przechodzić przez wszystkie trzy instancje. Jeżeli weźmiemy pod uwagę przewidziane procesowo możliwości umorzenia postępowania w sprawie, m.in. przed rozprawą w sprawach związanych ze sprawą, przed informacją zagranicznej strony procesu (odpowiednio do przepisów prawa międzynarodowego), jak również możliwość odroczenia postępowania w sprawie, rozprawa może potrwać wiele miesięcy, a czasem nawet rok albo dwa.

Luki w prawie procesowym istnieją poza tym w wielu przepisach o uchylenie orzeczeń zagranicznych sądów rozjemczych. Odpowiedni artykuł k.p.c. Ukrainy, który reguluje postępowanie o uchylenie orzeczeń rozjemczych, nie uwzględnia bowiem specyfiki międzynarodowego sądownictwa rozjemczego.

Luki prawne znajdujemy też dla przypadków, w których dłużnik pragnie dobrowolnie poddać się orzeczeniu zagranicznego sądu rozjemczego. Dłużnik, aby móc dokonać przelewu odpowiedniej sumy, musi w tym celu obowiązkowo przedłożyć swojemu bankowi tytuł egzekucyjny. Obecnie jednak dla otrzymania tytułu egzekucyjnego niezbędna jest zgoda na egzekucję wydana przez sąd krajowy. Oznacza to, że „dobrowolne” poddanie się orzeczeniu sądu rozjemczego jest możliwe tylko po spełnieniu tych samych warunków, jakie należy wypełnić w przypadku przymusowej egzekucji orzeczenia.

Braki w kodeksie wykonawczym dotyczące orzeczeń sądów rozjemczych generowane są w znacznym stopniu przez przepisy regulujące obrót walutami obcymi. W art. 395 ust. 8 k.p.c. Ukrainy czytamy: „Jeżeli w orzeczeniu zagranicznego sądu suma dłużna podana zostaje w obcej walucie, sąd rozstrzygający wniosek o egzekucję tej sumy podaje jej wartość w walucie krajowej według kursu Narodowego Banku Ukrainy w dniu podjęcia postanowienia”. W myśl tego artykułu egzekucja przez państwowe organy egzekucyjne orzeczenia zagranicznego sądu rozjemczego odbywa się w krajowej walucie. Sytuacja ta prowadzi do co najmniej dwóch znacznych problemów: pierwszy to egzekucja w hrywnie, ponieważ wiele zagranicznych przedsiębiorstw nie posiada kont bankowych w walucie Ukrainy; drugi problem związany jest z ryzykiem, z jakim wiąże się konwersja zagranicznej waluty do krajowej waluty Ukrainy po kursie z dnia postanowienia o uznaniu zagranicznego orzeczenia rozjemczego.

Oprócz wspomnianych luk w prawie nieuregulowana pozostaje także problematyka spraw o uznanie i egzekucję orzeczeń rozjemczych dotyczących grupy pozwanych, zgodnie z orzeczeniem solidarnie odpowiadających za zobowiązania. Obowiązujące prawo nie udziela odpowiedzi na pytania dotyczące postępowania egzekucyjnego przy tego rodzaju zobowiązaniach. Odpowiednio, w myśl art. 392 ust. 2 k.p.c. Ukrainy,

pytanie o zezwolenie na przymusową egzekucję orzeczenia zagranicznego sądu rozpatrywane jest przez sąd krajowy właściwy dla miejsca zameldowania albo pobytu dłużnika. W myśl obowiązującego prawa osoby występujące z wnioskiem o egzekucję muszą wystawić osobne wnioski dla każdego z dłużników, który zobowiązany jest do uiszczenia określonej sumy, i to w miejscu pobytu każdego z nich. Poza tym odpowiedni wniosek musi zawierać prośbę o zezwolenie na egzekucję tylko w tej części, która dotyczy poszczególnego dłużnika.

IV. Propozycje zmian

Korekta odpowiednich braków możliwa jest przede wszystkim na poziomie ustawodawczym. Dlatego, w celu sformułowania odpowiednich przepisów, powołana została grupa ukraińskich specjalistów z dziedziny sądownictwa rozjemczego, która 10 października 2014 r. przedstawiła projekt ustawy „O zmianach w niektórych aktach prawnych Ukrainy (w związku z pytaniami o sądową kontrolę i wsparcie międzynarodowego sądownictwa rozjemczego w sprawach gospodarczych)”.

Projekt ten stanowi jedynie pierwszą fazę rozwoju odpowiednich zmian w przepisach prawa, konsultacje w sprawie następnych kroków prowadzone są dalej, w szczególności w sprawach regulacji środków zabezpieczenia dla wsparcia międzynarodowego sądownictwa rozjemczego. Wskazany tu projekt ustawy w znacznym stopniu reguluje już wiele z wyżej wspomnianych spraw.

Chodzi o ujednolicenie na Ukrainie przepisów prawa i dokładniejszą regulację postępowania dla uznania i egzekucji lub uchylenia decyzji międzynarodowych sądów rozjemczych dla spraw gospodarczych, niezależnie od siedziby sądu rozjemczego, także gdy znajduje się ona poza terytorium Ukrainy. Zaproponowano w tym celu uzupełnienie k.p.c. Ukrainy o nowy rozdział: „O sprawowaniu przez sądy funkcji wspierania i kontroli międzynarodowego sądownictwa rozjemczego”.

Najważniejsze propozycje zawarte w projekcie ustawy to:

- 1) Dla stron umowa rozjemcza gwarantująca możliwość rezygnacji z prawa do podważania decyzji międzynarodowego sądu rozjemczego do spraw gospodarczych w dowolnie wybranym momencie. Zmiany te zaproponowano dlatego, że powody uznania i uchylania orzeczeń międzynarodowego sądu rozjemczego są praktycznie te same. Zmiany umożliwiają zredukowanie liczby postępowań sądowych, przy czym kontrola sądowa międzynarodowego sądownictwa rozjemczego odbywa się podczas rozstrzygania o uznaniu orzeczenia rozjemczego.

- 2) Prawo stron procesu do wnioskowania przed sądem krajowym o połączenie w ramach jednego postępowania wniosku o uznanie lub uchylenie decyzji sądu rozjemczego.
- 3) Zredukowanie liczby instancji sądowych w sprawach dotyczących uznawania i anulowania międzynarodowych orzeczeń sędziowskich do dwóch i wyznaczenia konkretnych sądów: sądu apelacyjnego miasta Kijowa i Najwyższego Specjalistycznego Sądu Ukrainy do orzekania w sprawach cywilnych i karnych. Wprowadzenie odpowiednich zmian proponowane jest przede wszystkim po to, aby ujednolicić orzecznictwo, poprawić jakość kontroli sądowej, udzielić odpowiedzi na pytania dotyczące kompetencji i żeby skrócić czas trwania niezbędnych procedur.
- 4) Ustalenie dwumiesięcznego terminu zarówno dla uchylenia, jak i dla uznania orzeczeń sędziowskich.
- 5) Ustalenie ogólnych wymogów dla powodów zezwalających na zwolnienie z postępowań dowodowych w dziedzinie rozstrzygania sporu przez zagraniczny sąd rozjemczy. Projekt ustawy proponuje, by orzeczenia sądów krajowych obowiązywało następujące postanowienie: „Fakty stwierdzone w sentencji orzeczenia rozjemczego lub orzeczenia międzynarodowego sądu rozjemczego do spraw gospodarczych, na podstawie których na Ukrainie podejmowana zostaje decyzja o egzekucji orzeczeń sądów rozjemczych, o uznaniu i egzekucji orzeczenia międzynarodowego sądu rozjemczego do spraw gospodarczych lub o odrzuceniu uchylenia takiej decyzji nie będą udawadniane w postępowaniach dotyczących innych spraw, w których biorą udział te same strony”.
- 6) Wprowadzenie na wniosek dłużnika uproszczonego postępowania w celu wystawiania tytułu egzekucyjnego dla egzekucji orzeczeń zagranicznych sądów rozjemczych. Wyżej wymienione zmiany zostały zaproponowane po to, aby zlikwidować problemy wynikające z niemożności dobrowolnego poddania się egzekucji bez konieczności uzyskania tytułu egzekucyjnego, by konieczność ta nie wiązała się z obowiązkiem przeprowadzenia kompletnego postępowania przed sądem krajowym tylko w celu uzyskania tytułu egzekucyjnego dla orzeczenia zagranicznego sądu rozjemczego. W myśl projektu, kontrola sądowa podczas wystawiania tytułu egzekucyjnego na wniosek dłużnika ograniczałaby się jedynie do spraw związanych z publicznym charakterem i zdolnością do sądownictwa rozjemczego.
- 7) Ustalone miałyby zostać, że przy uznawaniu orzeczeń rozjemczych, przewidujących zapłatę odsetek i/lub sankcje karne, sąd krajowy miałby obliczać sumę tych odsetek i/lub wysokość sankcji karnej i podawać ją w swoim postanowieniu o uznaniu zagranicznych orzeczeń rozjemczych w dniu wydania odpowiedniego postanowienia.

- 8) Poza tym, w ramach postanowienia o uznaniu zagranicznego orzeczenia rozjemczego przeliczenie sumy podanej w tym orzeczeniu na walutę Ukrainy lub inną następuje wyłącznie na wniosek osoby ściągającej. Wyżej wskazane zmiany umożliwiają zlikwidowanie zarówno ryzyka związanego z walutą obcą, jak i problemów związanych ze ściąganiem tych sum w walucie ukraińskiej na rzecz cudzoziemców.
- 9) Dla ujednolicenia przepisów ustawy Ukrainy „O międzynarodowym sądownictwie rozjemczym w sprawach gospodarczych” do k.p.c. Ukrainy miałyby być włączone następujące uregulowanie: jeżeli przed sąd wniesiony zostaje pozew w sprawie będącej przedmiotem orzeczenia rozjemczego, sąd nie uwzględnia tego pozwu, jeżeli pozwany jednocześnie ze złożeniem odpowiedzi na pozew wnosi sprzeciw przeciwko podejmowaniu rozstrzygnięcia przez sąd, chyba że sąd uznałby, że umowa ta była nieważna, nie jest już ważna lub ewentualnie nie może zostać wykonana.
- 10) Dla ujednolicenia przepisów ustawy Ukrainy „O międzynarodowym sądownictwie rozjemczym w sprawach gospodarczych” w k.p.c. Ukrainy ma powstać rozdział o sądzie krajowym, w którego kompetencjach leżałoby prowadzenie postępowań w sprawach o zaskarżenie międzynarodowych orzeczeń rozjemczych w przewidzianym dla tego celu terminie, tak by umożliwić międzynarodowym sądom rozjemczym podjęcie na nowo postępowania rozjemczego lub innych środków, otwierających według opinii międzynarodowego sądu rozjemczego możliwość zlikwidowania powodów zaskarżenia orzeczenia międzynarodowego sądu rozjemczego.
- 11) Wniesienie poprawek do ustawy Ukrainy „O opłatach sądowych”. Projekt ustawy przewiduje znaczne podniesienie opłat sądowych za sprawdzanie wniosków o anulowanie zagranicznych orzeczeń rozjemczych. Mają one wynosić 2% wartości przedmiotu sporu postępowań rozjemczych, minimalnie jednak 12-krotność minimalnego uposażenia (UAH 14 616,00) i najwyżej 120-krotność minimalnego uposażenia (UAH 146 160,00). Przy tym proponuje się ustalenie kosztów sądowych sprawdzenia wniosku o uznanie i egzekucję międzynarodowych orzeczeń rozjemczych w wysokości płacy minimalnej (UAH 1218,00).

V. Podsumowanie

Na Ukrainie daje się w ostatnich latach zauważyć liczne pozytywne trendy w sądownictwie rozjemczym, na które składa się w pierwszej kolejności lepsze zrozumienie przez sądy krajowe specyfiki postępowania w sprawach związanych z sądową kontrolą

sądownictwa rozjemczego. Ważnym sygnałem jest fakt systematycznego wzrostu popularności sądownictwa rozjemczego na Ukrainie. Jednocześnie istnieją w naszym kraju spore luki prawne, zwłaszcza w dziedzinie wsparcia międzynarodowego sądownictwa rozjemczego. Znaczna część koniecznych zmian ustawodawczych została już dokonana, a prace nad poszczególnymi problemami są kontynuowane. Z tego powodu czekamy na odpowiedź ukraińskiego ustawodawcy i mamy nadzieję, że podąży on śladami praktyki międzynarodowej, a odpowiednie zmiany (jeśli zostałyby wprowadzone) zwiększą atrakcyjność Ukrainy na polu międzynarodowym jako kraju, którego wymiar sprawiedliwości nastawiony jest pozytywnie do sądownictwa rozjemczego.

Arbitrability of corporate disputes

I. Introduction

The legal grounds for the applicability of the jurisdiction of an arbitration court to review a dispute between the parties are provided by an arbitration clause executed by them. In the Polish legal system it is expressly provided for by art. 1161 of the Code of Civil Procedure¹, which refers to the fundamental regulations included in the model law and in international conventions².

Significant complications appear when a dispute between the parties involves third party interests, which are not encompassed by an arbitration clause. The problem is being faced in the legal practice and theory, in particular in the context of operation of legal persons of the corporate type, where the interests of shareholders, members of the governing bodies and the corporation itself having a separate legal capacity meet. Thus, no wonder that the so-called arbitrability of corporate disputes, or at least a certain category thereof, has for a long time evoked concerns and controversies among the representatives of the science and the legal practice in Poland. On the one hand, the supporters of arbitration argued that it is convenient in resolving the disputes in question. On the other hand, certain hazards have been indicated, arising from the fact that firstly it may sometimes lead to the situation in which an entity which is not a party to an arbitration clause will be bound by such arbitration clause and secondly it may lead to the situation in which an entity to which the dispute pertains may be completely deprived

* Witold Jurcewicz, PhD is an of Counsel of the law firm Noerr Bieddecki sp. k. Warsaw.

** Cezary Wiśniewski, PhD is a partner of Linklaters, Warsaw.

¹ Act dated 17 November 1964, Code of Civil Procedure, consolidated text: Journal of Laws of 2016 Item 1822, as amended (hereinafter: the Code of Civil Procedure). Art. 1161 § 1 of the Code of Civil Procedure states as follows: *Submission of the dispute to be resolved by arbitration requires the agreement of the parties, in which the subject-matter of the dispute or the legal relationship from which the dispute may arise or has arisen should be mentioned (arbitration agreement).*

² *Ibidem*. UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 with amendments as adopted in 2006 and art. 5 of the New York Convention of 1958 on the recognition and enforcement of foreign arbitral awards.

of the possibility of participating in the proceedings in which the issue affecting its interests is to be resolved.

The two basic reservations cause that in respect of some kinds of corporate disputes the possibility of submitting them to the jurisdiction of an arbitration court is being challenged in the context of an objection based on the lack of arbitrability.

To begin with, it should however be pointed out that the term “corporate disputes” constitutes a relatively broad category. Therefore, it should be above all ascertained to which categories of corporate disputes such concerns pertain, in the context of the Polish legislation. It is hardly surprising that irrespective of the actual intent of the legislative bodies at the time of adopting the regulation, it was met with divergent opinions of commentators regarding its actual content and effects. Such issues are presented in the further part of this article, which will end with the presentation of the view of such authors who, being aware of the imperfection of the present legal system, postulate a change thereof to regulate this issue clearly and in a manner not evoking any concerns, and the conclusions of the authors of this article.

II. The notion of the corporate dispute and its scope

Some authors try to define the term in question in a simple manner by stating that “corporate disputes are disputes arising from relationships of corporations”³. G. Suliński precisely captures the issue by assuming that: “the concept of a dispute arising from a company relationship encompasses conflicts between particular shareholders, between the shareholders and the company, between the company and its governing bodies or their particular members and between the company and persons who caused harm to it, arising in the context of membership in a company”⁴.

It is beyond any doubt that the category of “corporate disputes” is highly differentiated⁵. As a matter of fact, we are dealing with very different types of factual and legal circumstances. On the one hand, these are disputes of an undoubtedly financial nature and pertaining to a bilateral relationship (e.g. a dispute between the transferor and the transferee concerning the transfer of shares), the resolution of which usually does not affect directly any third parties. At the other extreme, there are disputes arising in the context of multilateral relationships, with at least equivocal financial nature, involving

³ [sic] R. Uliasz, *Resolution of disputes by an arbitral tribunal – selected issues*, ADR 3/2008.

⁴ G. Suliński, *Resolution of disputes arising from corporation’s relationships by an arbitral tribunal*, Warsaw 2008, p. 37, Lex.

⁵ List of various categories of corporate disputes was presented for example by A.W. Wiśniewski in the following monograph: *International commercial arbitration in Poland, legal status of arbitration and arbitrators*, Warsaw 2011, p. 241.

inevitably and directly third party interests (it happens e.g. in the case of disputes concerning the validity and effectiveness of resolutions of corporate meetings). Accordingly, certain concerns are expressed whether it is possible to give a uniform answer to the question regarding arbitrability of such disputes. In this respect, the legal literature presented a view⁶ that it is not controversial to consider that the following disputes between a company and a shareholder are arbitrable: related to contributions, concerning the shareholders' obligation to make additional contributions, related to a shareholder giving recurring non-monetary considerations to the company, concerning payments of dividends, concerning the determination of the value of shares or stock being redeemed, as well as disputes concerning the exercise of pre-emption rights or put or call options⁷. There are also no doubts as to the arbitrability of disputes related to trading in shares (stock) which may occur between shareholders (stockholders) on the one hand and various kinds of entities on the other (other shareholders (stockholders), third parties and the company itself).

However, there is a principal controversy as to whether disputes related to lodging appeals against the company's resolutions may be subject to the jurisdiction of an arbitral tribunal⁸. The main source of the dispute is a specific range of entities involved. Namely, a resolution is passed by shareholders (stockholders) realizing their interests by exercising their rights arising from shares (stock). Similarly, the shareholders' (stockholders') interests are realized most often at the time of lodging an appeal against the resolution⁹. However, the entity defending the resolution in the proceedings is usually

⁶ R. Sikorski, [in:] *Analysis of arbitration. Operation of arbitration law and directions of postulated changes*, ed. B. Gessel-Kalinowska vel Kalisz, p. 75-77.

⁷ R. Sikorski, *ibidem*, p. 76. A similar view is represented by A. Szumański, *Subjective scope of the arbitration clause in a dispute arising from a relationship of a corporation with particular emphasis on a dispute arising in the context of disposal of equity interests*, [in:] *International and domestic arbitration at the turn of the 20th century. Commemorative book dedicated to Tadeusz Szurski, PhD*, ed. P. Nowaczyk, S. Pieckowski, J. Poczobut, A. Szumański, A. Tynel, Warsaw 2008, p. 229-230.

⁸ It should be noted that the Polish Commercial Code provides two possibilities for attacking a resolution of shareholders. It is possible to seek to have an unlawful resolution of shareholders pronounced invalid by a court or to request a court to revoke the resolution even if it is not unlawful but is contrary to the company deed and good practice and prejudicial to the interests of the company or intended to wrong a shareholder. See art. 249 and 253 of the Polish Commercial Code with respect to resolutions of limited liability companies and art. 422 and 424 with respect to resolutions of joint stock companies.

⁹ Pursuant to art. 250 of the Polish Commercial Code *the right to bring an action for the revocation of a resolution of shareholders of a limited liability company shall be vested in: 1/ the management board, supervisory board, audit commission and individual members of the said bodies; 2/ a shareholder who voted against the resolution and, upon the resolution's being adopted, demanded that this objection be put on record; 3/ a shareholder who was unduly prevented from participating in a meeting of shareholders; 4/ a shareholder who was absent from a meeting of shareholders, exclusively in the event that the meeting of shareholders had been improperly summoned or a resolution was adopted on a matter not included in the agenda; 5/ in respect of voting in writing, a shareholder who voted against the resolution and, upon being informed of the resolution, lodged an objection within two weeks. The same persons are authorized to seek*

not the other shareholders (stockholders), who voted in favor of its adoption, but the company itself represented usually by its management board¹⁰. Moreover, a resolution which was passed by the majority of shareholders (stockholders) may be challenged by one shareholder (stockholder). However, one cannot imagine the situation in which the result of arbitration proceedings between one shareholder and the company consisting of the revocation of the resolution will only be binding upon the participants of the proceedings, and in relationships of the company with other shareholders the resolution will remain in force. The provisions of the Commercial Companies Code provide for a general rule (in art. 254 in respect of a limited liability company and in art. 427 of the Commercial Companies Code¹¹ in respect of a joint stock company, respectively), according to which a legally valid judgment revoking a resolution is binding in relations between the company and all shareholders (stockholders) and between the company and the members of its governing bodies. Further, it may happen that the management board (or particular members thereof) and the supervisory board (or particular members thereof) will challenge, pursuant to the Commercial Companies Code, a resolution passed by the shareholders meeting (general meeting). In any such case, the structure of interests realized by particular persons participating in the adoption of a resolution and – subsequently – in the proceedings intended to challenge it becomes even more complicated¹². Although all such complications do not evoke any reservations since the common court is the body resolving the dispute, there are certain concerns as to the possibility of their resolution in arbitral proceedings since in such a case, there is space for far reaching abuses¹³.

The issue of the arbitrability of corporate disputes can be observed in a worldwide context. Taking into consideration other jurisdictions, various perceptions of the problem are visible¹⁴. According to Ch. Borris, in most common-law countries the issue

that a resolution of a liability company be pronounced unlawful. Pursuant to art. 422 and 424 of the Polish Commercial Code similar rules are established in respect of joint stock companies.

¹⁰ See art. 253 § 1 of the Polish Commercial Code pursuant to which *in a dispute over revoking or pronouncing invalid a resolution of shareholders, the defendant company shall be represented by the management board, unless an attorney has been appointed for this purpose under a resolution of shareholders*. The same rule applies to joint stock companies under art. 426 of the Polish Commercial Code.

¹¹ Act dated 15 September 2000 Commercial Companies Code, Journal of Laws No. 94, Item 1037, as amended (hereinafter: the Commercial Companies Code).

¹² In such a case, the challenging person should promote the company's interests.

¹³ It is indicated e.g. by M. Tomaszewski, *Challenging corporate resolutions in an arbitral tribunal – de lege ferenda*, "Przegląd Sądowy" 2012/4, p. 30-33.

¹⁴ Perales Viscasillas in her comparative research observed that there is a general presumption in favour of using arbitration as a method of resolving intra-corporate disputes. The countries in which such approach is used are, among others, Spain, Switzerland, and the United States. The element that may restrain such practice is the exclusivity of the jurisdiction of national courts or where public policy is involved. (M. del Pilar Perales Viscasillas, *Arbitrability of (Intra-) Corporate Disputes*, [in:] L.A. Mistelis & S.L. Brekoulakis, *Arbitrability, International & Comparative Perspectives*, Wolters Kluwer, 2009, p. 285-6).

of the arbitrability of corporate disputes is a problem of a smaller scale and is not widely discussed. In England and Wales the possibility of using arbitration as a method of resolving intra-corporate disputes was confirmed by the Court of Appeal decision in the *Fulham Football Club [1987] Ltd v. Richards and Another*¹⁵ case. Meanwhile, in the United States the approach towards arbitrability mainly arises in the context of the “arbitrability of (internal) trust disputes”¹⁶. Kennett notes growing judicial support for arbitration in relation to such disputes, however it is limited to private companies only¹⁷.

In Italy the concept of arbitrability, which has been previously debated¹⁸, has been changed by Legislative Decree 5 of 17 January 2003 on Company and Commercial Proceedings, where in Articles 35(5) and 36 of the Decree, the arbitration procedure includes the possibility to determine the validity of resolutions of shareholders meetings enacted at that time¹⁹. Spain has provided a model arbitration clause for intra-corporate disputes that can be incorporated into the by-laws of any kind of corporation²⁰. Swiss law can be characterized as one that enables intra-corporate disputes to be solved by arbitration, including resolutions. In regard to the latter example, A.W. Wiśniewski stresses the fact that in order for such solution to be effective, it needs to be included in the statute of the company.

III. *Travaux préparatoires* regarding arbitrability in the Polish Code of Civil Procedure

Reservations as to the possibility of challenging resolutions of companies in arbitration proceedings were expressed in the Polish legal literature as early as in the inter-war period²¹. After the Second World War the issue was for a long time insignificant due to the fact that in the Polish economy a company structure was almost not used at all. The discussion was only resumed after the market economy was reinstated in Poland and concurrently to the broad use of the company structure in commercial dealings.

¹⁵ [2011] EWCA Civ 855; [2012] Ch. 333.

¹⁶ Ch. Borris, *Arbitrability of Corporate Law Disputes in Germany*, “International Arbitration Law Review” 2012, p. 161.

¹⁷ W. Kennett, *Arbitration of intra-corporate disputes*, “International Journal of Law & Management” 2013, p. 346.

¹⁸ A.-M. Gaillet, *Arbitration procedures under the new Italian company law*, “International Business Law Journal” 2005, p. 743, 747.

¹⁹ A.W. Wiśniewski, *International Commercial Arbitration*, Warsaw 2011, p. 251.

²⁰ See M. del Pilar Perales Viscasillas, *Arbitrability of (Intra-) Corporate Disputes*, [in:] L.A. Mistelis & S.L. Brekoulakis, *Arbitrability, International & Comparative Perspectives*, Wolters Kluwer, 2009, p. 281-282.

²¹ *Ibidem*. A. Jackowski, *Actions for annulment of resolutions of shareholders meetings in corporations and an arbitral tribunal*, “Polski Proces Cywilny” 1937, p. 353 at seq.

A broader discussion concerning this subject was conducted during the work on the new regulation of arbitration proceedings in the Code of Civil Procedure, finally promulgated in 2005²². The history of work on this legislative act seems to deserve a little more attention, since it illustrates quite well the evolution of the views of the authors of this regulation on the issue being discussed here. A particular attention should be paid to the regulation of the arbitrability of disputes, since it is a certain kind of criterion used by the legislative bodies to permit the possibility of referring some categories of disputes for resolution of arbitral tribunals or exclude such a possibility and leave such disputes subject to the exclusive jurisdiction of common courts.

The initial draft of art. 1157 defining the arbitrability in the new legal regulation was as follows²³:

Unless a special provision states otherwise, the parties may refer for resolution of an arbitral tribunal disputes concerning monetary value rights, except any disputes concerning alimonies, and any disputes concerning non-monetary value rights to the extent they may be the subject to settlement.

In the draft, the factor deciding about the arbitrability was in principle the fact whether the dispute is monetary value related or not. All monetary value related disputes, except disputes regarding alimonies, were arbitrable (unless otherwise stipulated by special regulations). However, as regards disputes of a non-monetary value nature, the possibility of referring them to an arbitral tribunal existed as long as such a dispute could be the subject of a settlement agreement (again, subject to the general reservation that certain far reaching limitations could arise from special regulations).

The general regulation concerning arbitrability, included in the subsequent versions of art. 1157, was accompanied by a special regulation included in art. 1163 whereby:

An arbitration clause included in the articles of association (statute) of a commercial company, concerning disputes arising from the company's relationships, is binding upon the company and all shareholders²⁴.

The two provisions triggered a discussion about the arbitrability, and in particular the settleability, of corporate disputes. Due to the hazards which may arise from the expanded effectiveness of judgments concerning revocation of resolutions in the

²² As the fifth part of the Code of Civil Procedure added by the Act dated 28 July 2005 (Journal of Laws No. 178, Item 1478), which took effect on 17 October 2005.

²³ Such evolution is presented on the basis of the publications of A.W. Wiśniewski, *Resolution of corporate disputes by arbitral tribunals in the context of the new regulation of the arbitrability of disputes*, [in:] *International and domestic arbitration at the turn of the 20th century. Commemorative book dedicated to Tadeusz Szurski, PhD*, Warsaw 2008, p. 267 et seq.

²⁴ This provision was slightly modified in the next bills, but such modifications were not very significant for the issue being analyzed here.

situation in which all parties interested in such decision may be deprived of the possibility of participating in the proceedings concerning the challenged resolution, it was decided to expressly exclude the arbitrability of such disputes. Consequently, the second paragraph was added to art. 1157 which reads as follows:

It is not possible to refer for resolution of an arbitral tribunal any request to revoke or invalidate resolutions of the governing bodies of legal entities and organizational units other than legal entities who are assigned legal capacity by the law.

During the further discussion between the supporters and the opponents of the idea of submitting disputes related to challenging resolutions to the jurisdiction of arbitration courts, art. 1157 evolved further to the extent that the previously added paragraph 2 expressly excluding such a possibility was deleted and the provisions of paragraph 1 were changed as follows (and have not been further amended):

Unless otherwise provided by special provisions, the parties may refer for resolution of an arbitral tribunal any disputes concerning monetary value rights or disputes concerning non-monetary value rights which may be subject to a court settlement, except for disputes concerning alimonies.

IV. Different interpretations of the new regulation regarding arbitrability in the Polish Code of Civil Procedure

Despite the fact that during the work on the new legal regulation concerning arbitration, the arbitrability of corporate disputes was intensely discussed, as a result of which art. 1157 of the Code of Civil Procedure was repeatedly amended and art. 1163 of the Code of Civil Procedure was introduced; the final result of such work does not unfortunately give a clear answer to the question regarding the scope of arbitrability of corporate disputes *de lege lata*. Consequently, many arguments leading to different conclusions in this respect appear in the legal doctrine concerning the regulation being analyzed²⁵.

In the discussion regarding arbitrability of corporate disputes, several views can be distinguished but each of them has certain weaknesses.

1. Firstly, the most radical view, whereby disputes related to challenging resolutions do not have the required settleability and therefore are also not arbitrable. The reason is a specific range of entities involved in such disputes which justifies the exclusion of arbitrability in respect of this category of disputes. Namely, a resolution

²⁵ Detailed presentation of views and their nuances, vide e.g. A.W. Wiśniewski, *International commercial arbitration ...*, p. 278 et seq.

passed by the shareholders meeting may be challenged by each shareholder who is not satisfied therewith²⁶ and by the members of the management board or the supervisory board of the company, and the defendant in any such action is always the company represented by the management board. Thus, the parties to the proceedings are different than the persons who passed the resolution (the shareholders present at the shareholders meeting); therefore, during the proceedings it is not possible to enter into a settlement agreement concerning the resolution but only to eliminate such resolution from legal transactions. This view principally ends any further research intended to find a way to make disputes related to challenging resolutions arbitrable. Presently, we may probably say that this is the prevailing view in the legal doctrine²⁷.

2. The view whereby art. 1157 of the Code of Civil Procedure may be interpreted in such a way that the settleability constitutes a test of arbitrability only in the case of disputes concerning non-monetary value rights, and disputes regarding monetary value rights are arbitrable, unless otherwise stipulated by special regulations. Since in respect of disputes related to challenging resolutions there is no express statutory exclusion, it should be considered that as a matter of principle they are arbitrable, but to the extent that they may be treated as disputes concerning monetary value rights. However, this view has two weak points. Firstly, the very interpretation of art. 1157 of the Code of Civil Procedure according to which the settleability test applies only to disputes of a non-monetary value nature is not fully convincing. The legal literature presents a different interpretation of this provision, according to which it should rather be considered that the wording thereof means that the settleability test relates to all kinds of disputes. Secondly, under the laws of Poland it is not obvious that all disputes related to challenging resolutions are monetary value related disputes. Although this view is expressed quite strongly in the legal doctrine²⁸, judicial decisions of the Supreme Court represent a prevailing view that it is the content of the challenged resolution that determines the nature of the dispute, i.e. whether the dispute is monetary value related or not²⁹. However, there are certain discrepancies in this respect; therefore, the adoption of this concept causes that a certain duality will be possible, consisting in the fact

²⁶ After the fulfillment of certain additional conditions such as voting against the resolution and expressing an objection for the record during the shareholders meeting or the situation in which a shareholder was not unreasonably admitted to the shareholders meeting.

²⁷ Vide T. Ereciński, K. Weitz, *Arbitration court*, Warsaw 2008, p. 121 and other authors indicated in footnote 212.

²⁸ Vide e.g. S. Sołtysiński w S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Commercial Companies Code*, V. III, *Commentary to articles 301-458*, ed. C.H.Beck, Warsaw, p. 244-245.

²⁹ Vide T. Ereciński, K. Weitz, *Arbitration court*, p. 118-119 and the jurisprudence referred to therein.

that some resolutions (which are undoubtedly monetary value related) will be challenged in arbitration proceedings and other (non-monetary value related resolutions) will be challenged in arbitration proceedings only if it is possible to ascertain that they are settleable. Finally, this concept also goes back to the settleability test and depending on the adopted interpretation it may be justifiable to conclude that either all disputes are arbitrable (since they constitute disputes concerning monetary value rights or disputes concerning non-monetary value rights but in the case of such disputes each of them is settleable, in an abstract sense) or alternatively a dual method of challenging resolutions will be justified, whereby some of them will be challenged in arbitration proceedings and others in court proceedings.

3. The concept whereby art. 1157 of the Code of Civil Procedure does not apply at all to disputes arising from the company relationships since such disputes were comprehensively regulated in art. 1163 of the Code of Civil Procedure³⁰. However, there are serious doubts whether art. 1163 of the Code of Civil Procedure may be treated as *lex specialis* in respect of art. 1157 of the Code of Civil Procedure. The legal literature pointed out that art. 1163 is only limited to the ascertainment of expanded effectiveness of arbitration clauses for persons who did not participate in the execution thereof. However, this provision does not apply to arbitrability, which is generally regulated by art. 1157 of the Code of Civil Procedure. Also, the Supreme Court shared this view by upholding that “art. 1163 § 1 of the Code of Civil Procedure does not contain a special provision in respect of art. 1157 of the Code of Civil Procedure regarding the requirement that disputes referred for resolution of an arbitral tribunal must be settleable”³¹. An additional shortcoming of this solution consists in the fact that art. 1163 of the Code of Civil Procedure pertains only to shareholders and companies and it does not extend onto other persons who, under the provisions of the Commercial Companies Code, have the title to challenge resolutions, such as the company’s governing bodies and members of such bodies. Accordingly, if an arbitration clause is included in the articles of association/statute of a company, we will deal with a dual method of challenging resolutions: by the shareholders – through arbitration proceedings and by the management board or supervisory board or by particular members of such bodies – through a court action. However, please note that the Supreme Court did not approve of this concept.

³⁰ [sic] in concreto: A. Szumański, *Scope of entities* ..., p. 227 et seq. and G. Suliński, *Resolution of disputes arising* ..., p. 103

³¹ Vide Resolution of the Supreme Court of 7.05.2009 (III CZP 13/09) OSNC 2010/1, item 9.

4. Finally, the concept whereby art. 1157 of the Code of Civil Procedure, and in particular the settleability test provided for therein, applies to disputes related to challenging resolutions; however, the test should be applied in a special manner, by evaluating the category of the dispute *in abstracto*, through examining whether the persons authorized to pass a resolution are at the same time able to achieve the result similar to the one which may be achieved through lodging an effective appeal against the resolution³². In this approach, the expanded validity of a judgment invalidating or revoking a resolution should be treated as an element that is significant but not deciding about arbitrability of disputes (more precisely: deciding about the necessity to exclude arbitrability). It is rather an element of evaluation whether the arbitration clause is properly formulated and the arbitration proceedings are conducted in such manner as necessary to ensure that all persons who may be affected by the judgment will be able to participate in the proceedings and properly express their standpoint. However, this issue is subject to assessment at a different stage than the decision about the arbitrability of a dispute.

Due to significant differences in views represented in the context of the applicable laws, in practice the number of instances in which shareholders exercise their rights to challenge resolutions by way of arbitration proceedings is insignificant. It is hardly surprising since due to the fact that the deadlines prescribed by the Commercial Companies Code for lodging an appeal against a resolution are very short, the risk involved in choosing arbitration proceedings to challenge a resolution is too high given that an arbitration court may consider that it has no jurisdiction to resolve the dispute due to the fact that it is not arbitrable, or worse still, there is a risk that such decision may be issued in post-arbitration proceedings revoking the judgment of the arbitration court which has recognized its jurisdiction and resolved the dispute.

V. Proposals for the amendment of the Polish Code of Civil Procedure with the purpose of clarifying the issue of the arbitrability of corporate disputes

In connection with that, the supporters of the possibility of resolving disputes related to challenging resolutions in arbitration proceedings also present radical proposals consisting of clear and unequivocal regulation of this issue in the Polish law. Generally speaking, such proposals are based on the assumption that disputes related

³² [sic] in concreto A.W. Wiśniewski in many publications, most recently in the monograph: *International commercial arbitration ...*, p. and R. Kos, *Arbitrability of disputes concerning the validity of resolutions in corporations*, "Przegląd Prawa Handlowego" 2014, no. 3, p. 32.

to challenging resolutions are not immanently deprived of arbitrability. And that the imposition of a filter in the form of settleability, to which certain concerns may exist, but at least according to the majority of commentators it presently eliminates arbitrability of such disputes, is as a matter of fact only an instrument intended to exclude the possibility of abuses which may occur in resolution of such disputes in connection with a very specific range of entities involved in such proceedings. However, the possibility of eliminating the risk of such abuses exists through proper formulation of an arbitration clause and its realization during the pending arbitration proceedings. If such conditions are met, then there is no problem with submitting disputes related to challenging resolutions to the jurisdiction of an arbitration court; just the opposite, it is possible to use many advantages of arbitration proceedings in resolving such disputes.

As part of this trend, concrete proposals how to amend the laws regulating arbitration proceedings were developed. One of them was presented by M. Tomaszewski, in the above-referenced article: *About challenging of corporate resolutions in an arbitral tribunal – de lege ferenda*. Simultaneously with this proposal, a proposed amendment to the provisions of the Code of Civil Procedure concerning arbitration proceedings was prepared and presented during a meeting of the Civil Law Codification Commission in 2010³³.

Although the proposals are different, they principally represent the same approach to solutions.

Firstly, they expressly state that disputes related to revocation or invalidation of resolutions are arbitrable. It arises from the very fact that the statute expressly provides for the possibility of executing an arbitration clause submitting such disputes to the jurisdiction of an arbitration court. A. Szumański's bill further provides for modification of art. 1157 of the Code of Civil Procedure by clearly stating that the settleability, as a condition of arbitrability, refers only to disputes relating to non-monetary value rights and does not apply to disputes concerning monetary value rights.

Secondly, a requirement is introduced to announce the commencement of such proceedings in such manner as necessary to ensure that all interested parties (shareholders /stockholders) become aware thereof, in order to allow them to join the proceedings on the side of one of the parties. It is worth noting that both proposals provide for the introduction of such obligation in different ways. A. Szumański's bill states that the introduction of the relevant requirements to the arbitration clause constitutes a condition of its effectiveness, and according to M. Tomaszewski's proposal this obligation arises directly from the law.

³³ The proposal, hereinafter referred as A. Szumański's bill was prepared by a team composed of the following individuals: A. Szumański, M. Furtek, S. Pieckowski, A.W. Wiśniewski, W. Jurcewicz, M. Tomaszewski.

Thirdly, both proposals state that in the situation where there is more than one person on the side of the claimant or defendant, all persons acting on the same side appoint an arbiter or arbiters unanimously (although A. Szumański's bill provides for a possibility of regulating this issue differently in the arbitration clause).

Further, both proposals provide for modification of art. 1163 of the Code of Civil Procedure whereby an arbitration clause included in the articles of association (statute) would be binding not only upon the company and all shareholders (stockholders) but the company's governing bodies and their members.

VI. Comparison of the Polish and German approaches to the arbitrability of corporate disputes

The possibility of referring corporate disputes, and in particular disputes related to challenging corporate resolutions, to resolution of arbitral tribunals is problematic both in Poland and in Germany, although the German legal doctrine and jurisprudence is slightly more advanced in resolving this problem.

Nevertheless, the conclusion which does not evoke any doubts is that in both legal systems there seems to be space for arbitration in corporate disputes. The justification of this argument has strong axiological and constitutional grounds. In Germany, arbitration as a method of resolving disputes is treated equally with litigation and it is only a matter of decision of autonomous parties which path to choose in a concrete case³⁴. In Poland the opinion about constitutional grounds of arbitration in the dispute resolution system is not so expressly established. However, it seems that there are no axiological or dogmatic reasons why the opinion in this respect should differ from the one prevailing in Germany.

Certain differences arise from the legal regulation adopted in the German law where since 1998 a very clear rule has applied that all disputes concerning monetary value rights are arbitrable and the settleability constitutes an additional filter for arbitrability only in respect of disputes concerning non-monetary value rights³⁵.

³⁴ In relation to arbitration as a method of resolving disputes, in the past, Austrian law was similar to that in Germany. Following the changes to the Austrian Arbitration Act as amended by SchiedsRÄG 2013 it is suggested by A.W. Wiśniewski that Austria, in terms of lodging appeals against corporate resolutions, would follow in the footsteps of Germany (A.W. Wiśniewski, *International Commercial Arbitration*, Warsaw 2011, p. 250).

³⁵ It arises from the Act on New Regulation of Arbitration Proceedings in force since 1 January 1998 (Schiedsverfahren-Neuregelungsgesetzes). Bearing in mind the legislative bodies aim at this direction, the German Federal Tribunal upheld, still prior to the enforcement of this amendment, that corporate disputes are settleable since they have a dispositive nature in a sense that they may be revoked by all shareholders acting jointly (the judgment known as Schiedsfähigkeit I (Arbitrability I) BGH, Urteil vom 29. März 1996, Az. II ZR 124/95, NJW 1996,1753). The judgment constituted a principal change in the

However, it does not change the fact that the German legal doctrine and jurisprudence felt very strongly that there was a need to treat corporate disputes in a special way due to the fact that the judgment which is issued for the parties to the proceedings may affect the rights and interests of persons who do not participate in the proceedings. In the above-referenced judgment *Arbitrability I* the Federal Tribunal pointed that out and expressed the view that the issue should be regulated in a special way by the German legislative bodies.

However, it appeared that the substantial amendment of the arbitration law in Germany taking effect soon after the date of the above judgment did not resolve that issue; just the opposite, the justification thereof demonstrated that the legislative bodies, due to the difficulties they perceived they would face to clearly regulate this issue, left it deliberately to the discretion of courts³⁶.

Only after 10 years was that issue substantially addressed by another judgment of the Federal Tribunal known as “*Arbitrability II*”³⁷. The judgment sets out four conditions which should be met by an arbitration clause to validly submit corporate disputes to the jurisdiction of an arbitral tribunal. In simple terms, such conditions are as follows:

- a. All shareholders must consent to the arbitration clause,
- b. All shareholders and all governing bodies of the company should be informed about the commencement and progress of arbitration proceedings, so that they should be able to join the proceedings at least as a side intervener,
- c. All interested parties who may be potentially affected by the judgment of the arbitral tribunal should be given the possibility of participating in the selection and appointment of an arbiter (unless the appointment is made by an impartial institution),
- d. The arbitration clause should guarantee that all disputes related to challenging resolutions, pertaining to the same resolution, will be resolved by the same arbitration court.

The above-referenced judgment known as *Arbitrability II*³⁸ set out certain general rules to be met by an arbitration clause submitting corporate disputes to the jurisdiction of an arbitration court in order to be valid. In the German legal practice it is quite

hitherto jurisprudence, according to which disputes regarding resolutions were not settleable and accordingly were not arbitrable.

³⁶ Reference to Karl’s article or to the justification cited by Karl.

³⁷ *Schiedsfähigkeit II* of 6 April 2009, BGH, Urteil vom 6. April 2009, Az. II ZR 255/08, NJW 2009, 1962.

³⁸ For further analysis of the judgment see: R. Kos, *The „Arbitrability II” Decision on the German Supreme Court (BGH) – The German Benchmark for Arbitrating Corporate Disputes in Poland?* [in:] J. Rajski, B. Gessel-Kalinowska vel Kalisz, *The Challenges and the Future of Commercial and Investment Arbitration*, Court of Arbitration Lewiatan, Warsaw 2015, p. 75-91.

commonly considered that the level of complexity of such clauses is so great that the most advisable solution is to comprehensively regulate this issue in the regulations of a permanent arbitration court, to which the parties may refer in a relatively simple arbitration clause included in the articles of association. In order to promote such an approach DIS prepared special rules of procedure regarding corporate matters³⁹.

The recognition of the jurisdiction of arbitration courts to resolve corporate disputes does not eliminate concerns as to the practical risks which may arise from the choice of this method of dispute resolution for the interests and rights of persons who may be affected by judgments of arbitral tribunals. The discussion demonstrates that the source of the problem is not the theoretical definition of settleability, or even arbitrability of certain kind of disputes, *in abstracto*, but the practical protection of the interests in question in the course of and after the arbitration proceedings.

When we analyze the issue from the Polish perspective, it seems that the opinion that becomes increasingly popular is the one according to which the actual problem we face in the case of corporate disputes, in particular disputes concerning corporate resolutions, does not consist of the lack of settleability of such disputes but – similarly to Germany – the need to ensure protection of rights and interests of persons who do not participate in arbitration proceedings, but may be affected by a judgment issued in such proceedings. The settleability test introduced by the Polish legislative bodies as the prerequisite for arbitrability is rather only an instrument which makes it possible to completely exclude the possibility of submitting disputes concerning resolutions to the jurisdiction of an arbitral tribunal. However, the instrument was used not because it was objectively necessary but because at the time when the final text of the amendment of the Code of Civil Procedure was adopted in 2005 the legislative bodies were not able to use more subtle instruments which, on the one hand, would ensure protection of all persons whom a judgment may affect, and, on the other hand, would not completely block the possibility of referring such disputes to arbitration courts, and by the same using certain advantages of arbitration proceedings in resolving such disputes.

The German example demonstrates that looking for such a solution is possible and purposeful. The way chosen by the German practitioners is very interesting, but looking at it from the historical perspective one can have certain doubts whether it is an optimal solution. It should be pointed out that in Germany the legislative bodies and jurisprudence mutually indicated the right place to resolve this issue, and to determine the conditions of arbitrability of corporate disputes. The final effect is the result of decisions taken at both levels. Namely, on the one hand, at the statutory level the

³⁹ Vide *Ergänzende Regeln für gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten (DIS-ERGeS)*, which took effect on 15 September 2009.

criterion of settleability as the condition for arbitrability of disputes concerning monetary value rights was expressly eliminated, and on the other hand the jurisprudence independently developed the conditions of validity of an arbitration clause, concerning corporate disputes, which significantly differ from the general conditions of validity of an arbitration clause.

In Poland, the starting point is even more complicated since additionally there is no agreement as to the nature of corporate disputes (in particular, disputes concerning resolutions), in particular whether they should be treated as disputes concerning monetary value rights or non-monetary value rights, or whether the classification of a dispute to one of such categories depends on the subject of the resolution itself or not. It seems that we can assume that legislative bodies (although it has not been expressly indicated in the justification of the bill introducing new solutions in the arbitration law) clearly had doubts as to the method of regulating the arbitrability of corporate disputes, and – therefore – decided to leave this issue open hoping that the relevant opinion will be developed by jurisprudence. Almost 10 years have passed since the date of enforcement of the new arbitration law, but there are still no grounds to believe that we can expect the Supreme Court to issue a judgment which in Poland would play a similar role as the judgment known as “Arbitrability II” in Germany. Therefore, it seems that in Poland the only way to confirm the permissibility of submitting corporate disputes to the jurisdiction of arbitration tribunals is to clearly regulate this issue in the law.

It seems that the discussions about an appropriate solution should be conducted at several levels. Firstly, with respect to the very arbitrability of corporate disputes it seems necessary to eliminate the criterion of settleability as the condition for arbitrability of such disputes, and to state that all such disputes constitute disputes concerning monetary value rights (or to make them arbitrable even if we permit various opinions regarding that – as a special case). Secondly, in respect of an arbitration clause whereby jurisdiction of arbitration courts is chosen for such disputes, the criteria such clause should meet and the consequences of the failure to meet them (invalidity, ineffectiveness or the possibility of validation through ensuring certain factual circumstances even if they do not directly arise from the clause) should be indicated. Thirdly, in respect of proceedings conducted on the basis of the clause, the conditions for correctness of such proceedings should be determined, in particular the level of protection of the rights of persons who may be affected by a judgment issued in arbitration proceedings⁴⁰.

⁴⁰ In particular, it needs to be ascertained e.g. whether proper protection of persons which may be affected by an arbitral judgment requires their participation in the appointment of an arbiter and in the proceedings, or whether it is sufficient that all such persons are given the possibility of participating in such actions, provided that any failure to use such possibilities within a reasonable period of time does not prevent the proceedings from being continued.

Finally, one should also consider the consequences of the failure to meet the requirements so imposed, and – accordingly – the method of monitoring compliance with the requirements and the consequences of non-compliance, both discovered during the proceedings and after the completion thereof.

German experiences also demonstrate that, in looking for practical solutions, one may place them at various levels. The discussion conducted for years as part of the legal doctrine and jurisprudence in both countries demonstrates that there are three possibilities in this respect: firstly, to leave this issue only to contractual regulations; secondly, to rely on court decisions; and thirdly, to regulate them in a legislative act.

The above-mentioned experiences also demonstrate that it is extremely difficult to find a satisfactory solution at the first of the indicated levels because bearing in mind a usually multilateral nature of corporate disputes, appropriate contractual regulations would have to be extremely complicated and expanded. Their negotiation at the stage when the dispute between the parties has not yet arisen is usually considered too burdensome and useless, and often evokes suspicions as to the intentions of the party opting for such a regulation and is rejected even for this very reason.

The solution based on jurisprudence which now exists in Germany on the basis of the judgment of the Federal Tribunal called Arbitrability II is from this perspective a much better solution, but is not free from certain defects. In particular, it is about the precision of criteria which condition an effective choice of arbitration as the dispute resolution method by the parties of a corporate relationship. One should bear in mind the possibility that the court jurisprudence may change, which has been repeatedly seen in the Polish judicial decisions. From this perspective, in Poland a statutory interference in the matter being analyzed is strongly recommended.

The attempts made thus far to resolve the issue *de lege lata* in line with a pro-arbitration spirit, in our opinion, cannot assumedly bring the anticipated effect. Not to take anything away from the legal craft and the sophistication of the presented views, they are based on an axiological choice of the author who tries to subsequently demonstrate that the existing legislation in force may be reconciled with the choice so made. However, it does not guarantee sufficient safety for the parties submitting to an arbitration clause, since they are fully aware that there is no guarantee that the common court assessing the effectiveness of the clause will also adopt such a pro-arbitration approach. We are deeply convinced that only a solution which will ensure the greatest safety of the choice made by the parties will make sense for the legal practice, and this may only be ensured by a solution based on a consensus between the legislative bodies' intent, the standpoint represented by jurisprudence and the approval of the arbitration experts and practitioners.

It seems that the choice of statutory intervention through comprehensible regulation of this issue in the law allows Poland to achieve the goal in a relatively simpler manner than in the German legal system. The proposal presented above as Szumański's bill seems to meet all necessary conditions of a statutory regulation which guarantees proper protection the interests of all entities who may be affected by a judgment in connection with a dispute related to revocation or invalidation of a resolution. Therefore, it seems that it constitutes a good starting point for work on the amendment of the Code of Civil Procedure which would make it possible to review corporate disputes, in particular the disputes regarding resolutions also in arbitration proceedings.

C. Mediacja

Mediation Movements in Ukraine: Donor-Sponsored and Grass-Root Level

Mediation¹ proved to be a highly efficient mechanism for solving disputes in the US, Europe and throughout the world; it was embraced by governments and integrated into judiciaries. In many developing countries, for example in Asia and Africa, mediation is being introduced or supported by the international organizations and donor agencies (such as USAID, EBRD, World Bank, etc) through the programs of democracy and rule of law assistance. Therefore, international donors have a profound impact on the way how mediation programmes are structured and implemented. Yet, the role of international donors in mediation is rarely analysed in academic literature².

This article is aimed to uncover the role played by the international donor agencies and their agendas in mediation development in Ukraine. It does not aim to provide a comprehensive survey of all mediation-related initiatives in Ukraine but rather to outline some general trends. The article demonstrates that donors' agenda have profoundly influenced the way how mediation was being institutionalized and professionalized in Ukraine which in turn caused division of mediation movement into two streams – donor-led and grass-root movements.

To advance this conclusion, the first and second parts of the article will contrast donor-lead and grass-root mediation movements through historical analysis of their

* Dr Tatiana Kyselova works as Associate Professor, School of Law, National University Kyiv-Mohyla Academy, Ukraine.

¹ Mediation is a core method of alternative dispute resolution; it refers to negotiations between the parties of the dispute assisted by a neutral, professional third-party – the mediator. Mediation empowers individuals and allows generating creative, interest-based, and mutually agreeable solutions to problems. The mediator assists the parties in establishing communication through offering a comfortable negotiation environment, guides them in the procedural aspects of negotiations, and helps to frame their settlement agreement. Thus, the main aim of mediation is to assist parties in finding better solutions to their problems through empowering them and improving their relationship. Additionally, if integrated into the justice system, mediation is capable of reducing court congestions and case processing time, thereby increasing savings for individual parties and for the justice system in general, and improving overall access to justice.

² But see Anthony Wanis-St John, *Implementing ADR in Transitioning States: Lessons Learned from Practice*, 5 HARV. NEGOT. L. REV., 339 (2000); Cynthia Alkon, *Lost in Translation: Can Exporting ADR Harm Rule of Law Development?*, 2011 JOURNAL OF DISPUTE RESOLUTION (2011).

actors, long-term and short-term goals, and main challenges. In conclusion, the paper will demonstrate the positive post-2014 dynamics of change in the policies of the main international donors towards bridging the gap between donor-lead and grass-root mediation movements that hopefully will allow mediation to fully realize its potential in Ukraine.

This article presents findings of the qualitative study which was conducted in May-August 2016 and January 2017 in Kyiv, Odesa, Lviv, Kramatorsk and Berlin and consisted of five focus-group discussions with 35 participants and 63 in-depths interviews³. The sample for the interviews was designed to focus on the mediation community but also to include the major stakeholders in mediation development. It was initially based on the information from the database of the National Association of Mediators of Ukraine, and later relied on the snowball sampling technique. The sampling procedure aimed at the highest possible degree of variability of the answers and therefore, proponents and opponents of mediation; the “patriarchs” of the mediation movement and the recent followers; representatives of the Government, local authorities and civil society activists; lawyers and psychologists; Ukrainian and foreign experts were interviewed in this study. Interviews and focus-group discussions have been transcribed and analyzed through NVivo software for qualitative analysis of data.

Empirical data from the fieldwork was supplemented by information from the Internet sources and policy documents of the Ukrainian mediation community and international donors. Finally, a lot of useful information and links for this research derive from the author’s professional experience of advising various actors on mediation development in Ukraine for more than ten years.

I. Donor-sponsored mediation movement

Compared to Russia, mediation in Ukraine unluckily, or perhaps luckily, has not enjoyed the wealth of financial support by international donor organizations. Neither had it become a focus of international aid in as much as the rule of law, justice and legal reforms programs.

In the 1990s it was organizations mostly from the United States and Canada that brought an idea of modern mediation to Ukraine and other former Soviet Union

³ The fieldwork in Ukraine, including interviews and focus-groups, was conducted as a part of the author’s postdoctoral research project “Exporting Mediation as a Part of Rule of Law: Mechanisms and Impediments in post-Soviet Ukraine” at University of Torino, Italy under Marie Curie/COFUND fellowship in 2015-2017. This project has received funding from the European Union’s Seventh Framework programme for research and innovation under the Marie Skłodowska-Curie grant agreement No 609402–2020 researchers: Train to Move (T2M).

countries. Throughout the 1990s and the early 2000s these organizations were the main partners of Ukrainian mediation NGOs in terms of financial support, expertise transfer, and mediation ideologies. Among most active foreign donors at that time were USAID and Eurasia Foundation. George Soros Foundation (Renaissance Foundation) has also supported a number of start-up mediation projects in Ukraine.

After 2008 the European Union emerged as a leading promoter of mediation and other ADR mechanisms among its member states, influencing neighboring countries such as Ukraine. Additionally, geographical proximity of the EU, links to European mediation communities and an appealing success story of mediation incorporation into the legal systems of EU member states inspired voluntary import of mediation into Ukraine. Therefore, by the first decade of the new millennium most of the donors which sponsored mediation projects were European, including the European Commission, Council of Europe, UK Embassy, Swedish International Development Agency, Swiss Agency for Development and Cooperation, Polish Aid and others.

Focus on courts and settled cases

With a few exceptions, mediation did not enjoy an independent status within the donors' agendas and was adjacent to the other larger programs in the areas of rule of law and justice reform. It is therefore not surprising that most donor-sponsored mediation projects centered around the courts. For example, out of eight projects that were implemented by the Ukrainian Center for Common Ground in 2003-2011, six projects operated within broader programs on the rule of law and focused on cooperation with the courts, police and prosecutor's office⁴.

Usually a mediation project sponsored under the rule of law heading included a public relations component, foreign experts conducting trainings and research; mediation awareness training for representatives of the Ukrainian legal system: judges, lawyers, prosecutors, etc.; training and certification of mediators and trainers; study tours abroad for high-rank Ukrainian officials; and often a pilot court mediation scheme. The donors were keen to see mediation in action – the cases settled and the settlement rates reported – promptly by the end of the one- or two-year period of funding⁵.

Given the favourable legal framework in all procedural codes of Ukraine that allowed settlement at any stage of proceedings, it became possible to practice voluntary schemes of court mediation from as early as 1997 when the Donetsk Mediation Group secured a grant from the Eurasia Foundation to set up pilot mediation programs at courts

⁴ Interview on 2nd of June, 2016, Kiev, Ukraine.

⁵ For analysis of court-annexed mediation schemes, see Tatiana Kyselova, *Integration of Mediation into Ukrainian Court System: Policy Paper*, Council of Europe, 2017, available at <http://ssrn.com/abstract=3054519>.

in Donetsk and Odesa. In 1997 mediators from Odesa Regional Mediation Group mediated admittedly the first court-referred case in the former USSR region. The model developed within this project allowed judges to refer cases to mediation with the consent of the parties to a dispute. This scheme resulted in 9 court cases being mediated by external mediators⁶.

In 2009 the Ukrainian Mediation Center (UMC) piloted its referral system within the Dniprovskiy Kyiv Court of general instance. UMC's mediators were present at the court premises during the hearings and attempted to persuade parties to agree to mediate their case. Although mediators conducted more than 100 information sessions with litigants (always only one party) it was possible to conduct only a few mediations. These first experiences strongly suggested that until judges get interested in referring cases to mediation and actively direct litigants to mediation, mediators on their own will not be able to convince parties to take part in mediation.

Therefore, the subsequent court projects focused on judges. A large scale effort to introduce mediation into the Ukrainian court system was been launched by way of two grants from the European Commission and the Council of Europe - 'Judicial Selection and Appointment Procedure, Training, Disciplinary Liability, Case Management and Alternative Dispute Resolution' 2006-2007 and 'Transparency and Efficiency of the Judicial system of Ukraine' 2008-2011. The mediation component of these projects was aimed at promoting a model of judicial mediation suggested by Dutch and German experts⁷. The project trained judges from four Ukrainian courts – from Bila Tserkva, Vinnytsya, Donetsk and Ivano-Frankivsk⁸ who mediated cases in 2010-2011. These efforts resulted in a total of 50 mediations in administrative, family, labour and land disputes with a 72% settlement rate⁹. Apart from judges, the project trained lawyers, advocates, state officials and trainers in mediation; produced an educational film and conducted a number of awareness-raising public events including mediation weeks in pilot courts¹⁰.

In 2013-2016 another project 'Educating Judges for Economic Growth' was supported by the National Judicial Institute of Canada in cooperation with the High Qualification Commission of Judges of Ukraine. It opted for a different model – judicial settlement conferences – in two pilot administrative courts and one court of general

⁶ Narrative report of the project, on file with the author.

⁷ FRIEDRICH-JOACHIM MEHMEL & FRANS VAN AREM, COURT-BOUNDED AND COMMERCIAL MEDIATION – A PILOT PROJECT IN UKRAINE: A STORY OF SUCCESS (Council of Europe, 2011).

⁸ Bila Tserkva Miskrayonnyi Court, Vinnytsya Administrative Court, Donetsk Administrative Appeal Court, Ivano-Frankivsk City Court.

⁹ Iryna Zaretska, "The Way to Understanding or Negotiations without Giving in", available at http://jurliga.ligazakon.ua/yurtv_detail/211.

¹⁰ Educational video "The Way to Understanding or Negotiations without Giving In", available at <https://youtu.be/QZYBPgxN4m8>.

jurisdiction in Odesa and Ivano-Frankivsk¹¹. The project organized a few study visits of Ukrainian judges to Canada and trained a group of trainers who trained judges in other Ukrainian courts to settle disputes. The project did not collect case data, and the only information available from the interviews of this study suggests that in the six months of the project the number of settlement agreements in the Malinovsky court of Odesa increased from 50 to 150.

In 2001-2012 the Ukrainian Center for Common Ground implemented a number of projects on mediation in criminal matters that *inter alia* included referrals from courts. The projects connected the prosecutor office, police, courts, mediators, victims and offenders through a multilevel mechanism of interaction. This mechanism has been implemented in 8 regions of Ukraine and resulted in 541 mediated cases and 152 restorative circle conferences (2001-2012)¹².

The most recent (2014-2015) USAID “Fair Justice” project to support mediation in eight courts of the Volyn oblast relied on a model of mediation by external mediators and reported 47 information sessions and 38 mediated cases with a 37% settlement rate¹³.

All the court mediation projects offered mediation services to litigants on a *pro bono* basis. Similarly, all the pilot projects took an advantage of existing procedural legislation that permits settlements at any stage of the proceedings including the stage of the enforcement of judgements. Given the absence of a provision in law that directly allows mediation within the court system, all the projects relied heavily on the personal support of the presidents of the respective courts.

Put together, all the donor-sponsored projects summarized above resulted in approximately 40 mediated cases per year which is far below the minimum quantity identified, for example, for the EU countries in the 2014 Rebooting Mediation Study¹⁴. Thus, neither of the models of case referrals from courts to independent mediators or models of judicial mediation proved self-sustainable without financial assistance of the donors. The persistent approach of the donor-lead mediation projects with their focus on the judicial system does not seem to fulfill its promise in Ukraine. Moreover, it was seen as

¹¹ Odesa Administrative Court; Malinovsky Court of general jurisdiction, Odesa; Ivano-Frankivsk Administrative Court, Ivano-Frankivsk. See, Judges of Administrative Courts Take Part in Ukrainian-Canadian Project “Education of Judges for Economic Development”, 16 March 2015, available at <http://www.vasu.gov.ua/123378/>.

¹² Natallya Pylypiv, *Vidnovne Pravosuddia v Ukraini: Rezultaty ta Perspektyvy*, 17 VIDNOVNE PRAVO-SUDDIA V UKRAINI (2011)

¹³ *Mediation in Courts: Myth or Reality*, Volyn Regional Civic Organization „Center for Legal Aid”, USAID, 2016, available at <http://legalaids.in.ua/upload/files/3a44250831253ade03a28cb816844196.pdf>.

¹⁴ 500 mediations per year. See ‘Rebooting’ the Mediation Directive: Assessing the Limited Impact of its Implementation and Proposing Measures to Increase the Number of Mediations in the EU, 2014, available at [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET\(2014\)493042_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET(2014)493042_EN.pdf).

detrimental by some researchers. According to Yegor Vasylyev “The efforts to promote mediation in judicial system, making it a part of legal profession and prioritizing adoption of the law on mediation might be exactly the case of disregard to local specifics, which misguides the introduction of mediation”¹⁵.

Promoting judicial mediation

Given that most donor agencies that supported mediation in Ukraine were bound to support almost exclusively court mediation programs, they invested a lot of resources into mediation skills training of judges. These projects promoted two competing mechanisms with regards to the role of judges in mediation – court mediation by external mediators and court mediation by a judge. These deferring approaches of international doors and experts (unwillingly) resulted into divide of Ukrainian judges on the question whether a judge can/should mediate the court cases similar to *Güterichter* (conciliation judges) in Germany.

After years of competition between these approaches, the Parliament finally legitimized the right of judges to conduct settlement procedure in three procedural codes – Civil Procedural Code, Economic Procedural Code, and Code of Administrative Procedure¹⁶. The new procedural codes include a separate chapter that regulates settlement at the preparatory stage of court proceedings with the consent of both parties by the same judge, who is appointed to hear the case. The judge has a right to meet each party separately, without having to record these meetings. The procedural codes permit the judge to give advice as to the possible judgement in the case and to suggest solutions for the dispute during the settlement procedure. If the parties come to an agreement during the settlement conference, the judge confirms and stamps the settlement agreement. If they do not reach a settlement, another judge is appointed to make a final judgment in the case. This procedure, in the opinion of the mediators, has very little in common with mediation and rightly the new procedural codes do not call it mediation but rather “pre-trial settlement procedure by judge”.

At the same time, new procedural codes also seem to leave the doors open to mediation by external mediators by mentioning mediation in the article that grants a mediator the right not to be called to the court as a witness. Moreover, the Draft Law

¹⁵ Y. Yegor Vasylyev, *Alternative Dispute Resolution in a Global Perspective: Legal, Political and Cultural Factors in Introducing Mediation to Post-Soviet Ukraine*, June 5, 2013 SSRN eLIBRARY (2013). at p. 26.

¹⁶ *Zakon Ukrainy pro vnesennya zmin do Gospodarskogo procesualnogo kodeksu Ukrainy, Tsivilnogo procesualnogo kodeksu Ukrainy, Kodeksu administratyvnogo sudochynstva Ukrainy ta inshyh zakonodavchykh aktiv* [Law of Ukraine On Amendments to Economic Procedural Code of Ukraine, Civil Procedural Code of Ukraine, Code of Administrative Procedure of Ukraine and other legislative acts], No 2147, Oct. 3, 2017, *Golos Ukrainy* [Official Journal], Nov. 28, 2017 (Ukr.).

on Mediation, that was voted in the first reading by the Parliament in November 2016 and is currently being prepared for the second reading, regulates mediation of court-referred cases by external mediators. Whether and how procedures of court mediation by external mediators (the Draft Law on Mediation) and by judge (the new procedural codes) are implemented and co-exist remains to be seen.

Raising public awareness about mediation

Despite several dozen of cases mediated within each donor-sponsored court project is indeed a drop in the ocean, the positive achievements of these projects are undeniably in the sphere of public awareness about mediation. Taken together, at least several thousand of Ukrainians including judges, court administrators, lawyers, psychologists, social workers and others, were trained at various mediation skills trainings and ADR awareness building seminars. Internal and external assessments of the donor-sponsored mediation projects present a wealth of positive results in terms of client satisfaction with the process. Numerous mass media releases about public events held within the frameworks of the donor-sponsored projects were published in the main legal magazines and newspapers to provide the widest possible coverage. Several short movies revealing the values and major procedural characteristics of mediation were produced by the donor-sponsored projects and shown on TV and in the Internet¹⁷.

Most importantly, donor-sponsored projects were able to reach the top state officials, such as the heads of the ministries, prosecutors, presidents of the high courts, heads of the Qualification Commission of Judges and others, and persuade them in importance of mediation. Thus, donor-sponsored mediation projects did a great job of promoting mediation within the state apparatus where NGOs have a restricted access.

II. Grass-root mediation movement

Donor-lead mediation does not make the whole story of mediation development in Ukraine. It is actually, only its half; the other half is the grass-root movement that remains in the shadow. By the second decade of this century, only a small number of people, who have been trained in the frameworks of the donor-sponsored projects, remain determined to practice as mediators and to develop a market for mediation services in Ukraine. These rather few mediators got disillusioned with the top-down approach of the donor-lead mediation.

¹⁷ http://jurliga.ligazakon.ua/yurty_detail/211; <http://ukrmediation.com.ua/en/video/>.

The reasons for disillusionment were several. First, according to informants in this study, the structural location of mediation projects within judiciary reforms programs imposed the need to focus on courts and other state agencies in justice sector. However, local mediation NGOs saw business as a more powerful engine of mediation in Ukraine and felt the need to involve a much broader circle of stake-holders into mediation development.

Second, as suggested by the informants, it was important for donors to understand that before the cases can actually be mediated, Ukrainians have to raise the nationwide demand for mediation services. The problem of insufficient demand in mediation services is neither new nor specific for Ukraine. Even the countries where mediation has been practiced for decades suffer from mediation underuse¹⁸. Yet, from the very first years of mediation development in Ukraine the donors were looking for cases mediated and settlement rates reported. The donors were not willing to support massive PR-campaigns that were required to promote mediation to wider public. As one of the informants commented: “you cannot write a grant proposal for just persuading people to use mediation”¹⁹. And one cannot raise the local mediation market within a few years of the project’s duration. Mediators believe that the projects should be supported at least for five and ideally for 10 years.

Finally, mediators who worked within the frameworks of donor-sponsored projects would have been happier with a more flexible approach of the donors. Sometimes the donors changed their priorities and strategies in the midst of project implementation and local NGOs had to adjust their activities accordingly. More often, the local circumstances changed more rapidly. Up to one and a half years can pass from the moment when grant proposal is written to the moment when NGO receives the money for its implementation. As recent events in Ukraine demonstrate, societal and political changes occur in this society more rapidly than elsewhere.

Given the above difficulties in working with donors, many Ukrainian mediators saw the efforts to attract external donor funding for development of mediation as not worth the effort. Consequently, instead of spending their limited resources on bidding for highly competitive and scarce funding through the international donor organizations, some NGOs began developing business approach to mediation practice.

¹⁸ In 2014 the European Parliament has published a policy paper that called for more energetic efforts from the governments to ‘reboot’ mediation in the EU. ‘Rebooting’ the Mediation Directive: Assessing the Limited Impact of Its Implementation and Proposing Measures to Increase the Number of Mediations in the EU, 2014, available at [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET\(2014\)493042_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET(2014)493042_EN.pdf).

¹⁹ Interview on 12th of May, 216, Kiev, Ukraine.

The grass-root mediation initiatives that survived without outside support are of two types. The first group is represented by the NGOs attached to the higher educational institutions – for example, the Ukrainian Mediation Center at Kyiv-Mohyla Business School²⁰, the School of Mediation at the Academy of Advocacy, Kiev²¹, the Ukrainian Academy of Mediation supported by the Odessa Law Academy²², Mediation initiatives at the Lviv Polytechnic University²³. These centers offer practical training courses in mediation and negotiation and certify mediators in the framework of the postgraduate education and vocational training. Additionally, these centers have developed undergraduate and postgraduate courses in mediation and negotiation in law, psychology, social work, business administration, police service and others. Some courses have been formally approved by the Ministry of Education, officially incorporated into curriculum and are financed by the universities. The centers which are attached to the Universities also advertise and offer mediation services to population in all areas of practice but training remains their main source of profit.

The other, a less numerous but currently expanding group of grass-root mediation initiatives, includes various companies and self-employed persons who are focused on mediation services within legal practice, psychology and organizational management. For example, a number of Ukrainian law firms have trained and certified their counsels as mediators and are advertising their mediation services²⁴. Furthermore, a family mediation field is growing now without any support from the donors. For example, in 2017 a pilot project in family mediation has been launched at the Kyiv Departments of Services in the Matters of Children in six districts of Kyiv. The group of around 20 certified mediators offer mediation services to divorcing couples in disputes regarding parenting and visitation rights and other matters of family law. At the moment, the project has signed a cooperation agreement with the Ukrainian Mediation Center, piloted referral scheme connecting state agencies and volunteer mediators who conduct mediations and ensure quality of their services including group and individual supervision of mediators, various methodological trainings and meetings. The project relies at the Standards of Mediation as a Social Service which was developed jointly by the mediators and the Ministry of Social Policy. The important aspect of their activity is that mediation services are offered to people on *pro bono* basis and volunteer mediators do

²⁰ Ukrainian Mediation Center, <http://ukrmediation.com.ua/en/>.

²¹ School of Mediation, <http://aau.edu.ua/ua/mediation-school/>.

²² Ukrainian Academy of Mediation, <http://mediation.ua/en/>.

²³ Lviv Polytechnika University, <http://lp.edu.ua/node/3494/>.

²⁴ For the list of the law firms offering mediation services see <http://ukrmediation.com.ua/en/dispute-resolution/collaborative-lawyers>.

not get paid. So far, the project proved to be very successful and is getting some support from the local government without involvement of international donors.

Difficulties of grass-root mediation movement

This grass-root mediation movement is hardly noticeable to international observers. Facing everyday financial challenges grass-root mediators have got no resources to maintain their webpages in English, to account for the number of conducted mediations systematically and to report the settlement rates. It is only the Ukrainian Mediation Center that publishes the short accounts of the success stories – cases mediated or negotiated by the graduates of its educational programs²⁵ but this is far from representing the statistical data. Even the approximate assessment of the number of cases annually mediated by the grass-root mediators requires a separate research. So far there are indications that they may exceed the cases mediated within donor-sponsored projects. Yet, according to informants in this study, it is unlikely that even grass-root mediation movement has produced more than hundred mediated cases per year.

Furthermore, grass-root mediation community in Ukraine lacked any unified vision and strategy of mediation development, except for the strategy of survival. In order to survive without financial support of donors they needed to meet the demands of the local market which were initially in training rather than mediation services. In order to launch self-sustainable mediation training programs mediators required a distinct professional identity. Despite the above difficulties, from the early days of mediation development in Ukraine, local mediators were keen on establishing a professional identity based upon the paradigm of interest-based facilitative mediation. The main goal of the mediator in this model is to elicit genuine interests of the conflict parties that underlie their initial positions in negotiations. Through enhanced communication and other techniques the mediator then helps the parties to generate creative solutions that meet at least some of their interests. To achieve this, the mediator must be neutral and independent and the process must be confidential. Facilitative aspect of the model emphasizes the focus on parties' self-empowerment, full responsibility of the parties for crafting their own solutions, and careful guidance by the mediator regarding procedural aspects of mediation.

In contrast, evaluative mediation practices permit the mediator to render advice with regards to the merits of the dispute, prospects of possible litigation, settlement options, etc.²⁶ Although it is admitted now that facilitative and evaluative mediation styles

²⁵ Ukrainian Mediation Center, <http://ukrmediation.com.ua/en/vrehuliuvannia-sporiv/istorii-uspikhu>.

²⁶ For facilitative-evaluative debate see: Leonard Riskin, *Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed*, 1 HARVARD NEGOTIATION LAW REVIEW (1997); Leonard L Riskin, *Decision-making in Mediation: The New Old Grid and the New New Grid System*, 79 NOTRE

are quite difficult to distinguish in practice and that they form a continuum of practices with various degrees of evaluation, the distinction is religiously maintained by Ukrainian mediators.

Establishment of a distinct professional identity allowed Ukrainian mediators to develop a number of high-quality training products in mediation and interest-based negotiation. Inspired by the experience of their foreign colleagues, Ukrainian mediators adapted simulation exercises written by the western educators to local Ukrainian circumstances and developed their own case-studies and innovative methodologies of training. Currently, the demand for mediation skills and training at Ukrainian market exceeds the demand for mediation as a dispute resolution service. Therefore, it is not surprising that the efforts to promote themselves as reputable training centers were taken seriously by the Ukrainian businesses and the outcomes of these efforts are the most visible. Currently, the most experienced Ukrainian mediators get more hired as trainers and have little time to actually mediate the cases and to develop the market for mediation services. Moreover, Ukrainian mediators have gained a sound image among their colleagues in the former Soviet Union and are often invited to train mediators in Russia, Georgia, Kazakhstan, Kyrgyzstan, Armenia, and other post-Soviet countries.

Finally, despite market orientation of the grass-root mediation movement in Ukraine, its key players managed to keep united²⁷. Rather uniquely, although competing at the mediation market, Ukrainian mediators preserve cooperative stance at least in the areas of common interest. The need to draft and lobby legislation in mediation was seen as an interest that required joint efforts of all. While several attempts by the donor-sponsored projects to unite Ukrainian mediators under a single national umbrella organization did not work, since 2009 Ukrainian mediators began their own fruitful albeit informal cooperation. They organized themselves into an informal Coalition for Promotion of Mediation in Ukraine and focused their efforts on promotion of legislation and common ethical standards in mediation. The members of the Coalition have drafted and lobbied the first draft of mediation law registered at the Parliament in 2011 and were able to influence all the alternative drafts. In 2014 the Coalition of mediators managed to expand itself into the National Association of Mediators of Ukraine (NAMU)²⁸, which represented most of mediators and mediation organizations in all regions of Ukraine.

DAME LAW REVIEW (2003); Kimberlee K Kovach & Lela P Love, *Mapping Mediation: The Risks of Riskin's Grid*, 3 HARVARD NEGOTIATION LAW REVIEW (1998); Joseph B Stulberg, *Facilitative versus Evaluative Mediator Orientations: Piercing the Grid Lock*, 24 FLA. ST. UL REV. (1996); Dorothy J. Della Noce, *Evaluative Mediation: In Search of Practice Competencies*, 27 CONFLICT RESOLUTION QUARTERLY (2009).

²⁷ For analysis of Ukrainian mediators as professional community see Tatiana Kyselova, *Professional Peacemakers in Ukraine: Mediators and Facilitators before and after 2014*, 3 *Kyiv-Mohyla Law and Politics Journal*, 2017, 117-136, available at <http://kmlpj.ukma.edu.ua/article/view/120119/115078>.

²⁸ National Association of Mediators, Ukraine; <http://namu.com.ua/>.

NAMU has individual membership and official partnerships with most mediation organizations in Ukraine. Its main goals are drafting and lobbying for legislation on mediation in coordination with all interested stakeholders in Ukraine and internationally; development of joint strategy of mediation development in Ukraine; coordination of efforts of mediators to set up and monitor professional standards of conduct; establishment of a national registry of mediators. NAMU is a co-organizer of the annual OSCE Mediation and Dialogue Forum in Kyiv, Ukraine and a leader in popularization campaign about mediation.

III. Conclusion

This article has outlined an overall development of mediation in Ukraine though highlighting co-existence and interaction of two mediation movements – the donor-lead and the grass-root movements. These two movements, despite seemingly competing, have jointly achieved noticeable progress in development of mediation as dispute resolution practice, as a social institution, and as a part of peaceful dispute settlement culture in Ukraine.

As analyzed in detail in the main part of this article, the donor-lead mediation movement originates in the rule of law foreign aid; focuses primarily at mediation within the court system; involves important state actors, such as the courts, police, Ministry of Justice and other state agencies; and relies upon the top-down approach. In contrast, grass-root mediation movement consists of local NGOs and private businesses who work towards satisfying demands of local market in mediation training and services, and use the bottom-up approach.

The donor-lead movement is well funded and able to present themselves through the central mass media and governmental agencies but so far has not managed to produce viable mediation models within justice system which are self-sustainable at the national level. The grass-root movement remains under-financed, builds upon sheer enthusiasm of individual mediators, lacks resources to systematically account for mediated cases and visualize themselves to wider audience. Nevertheless, grass-root mediation movement achieved positive results in creation of a distinct professional identity based on facilitative interest-based mediation model; developing a market for training in mediation. Taken together both mediation movements so far did not manage to generate a strong nation-wide demand in mediation services in Ukraine. Yet, both movements have jointly done a great job of promoting and popularizing mediation from two ends. Donor-lead movement was more successful in conveying the benefits of mediation to the top-rank officials of the justice system, while grass-root mediators were campaigning

for mediation within wider professional communities of lawyers, psychologists, social workers and others. Both movements contributed greatly to making mediation a recognizable phenomenon in today's Ukraine.

Under conditions of an on-going armed conflict in eastern Ukraine, mediation community mobilizes their scarce resources in order to help Ukraine to realize the promise of mediation²⁹. In a similar way, European and international donor agencies try to find the ways to render assistance to Ukraine in the area of dialogue and mediation³⁰. It seems that triggered by the Euromaidan Revolution and the armed conflict in Eastern Ukraine, the two movements have come closer together. For example, in 2017 such international organizations and donor agencies as OSCE (Project Coordinator Office in Ukraine) and USAID „New Justice” Program in Ukraine) have noticeably increased funding for capacity-building and organizational development of professional mediation community in Ukraine. They have supported various professional and public events of Ukrainian mediators, drafting of the law on mediation, development of the Code of Ethics of the National Association of Mediators of Ukraine and mechanisms of accreditation of mediation training programs. These policies signal of the better cooperation between donor-lead and grass-root mediation movements and give a hope that their joint efforts will raise mediation to its full capacity in Ukraine and empower Ukrainian mediators to deal with modern challenges of war and peace.

²⁹ For analysis of challenges of the 2014 armed conflict in Eastern Ukraine, see Tatiana Kyselova, *Mediation in Ukraine: Challenges of Peace and War* 26 *Tulane Journal of International and Comparative Law* (2017-18), 1-39.

³⁰ Tatiana Kyselova and Julia von Dobeneck, *Track III Dialogue in Ukraine: Major Patterns and Resulting Risks*, Center for Peace Mediation, 2017, available at http://www.peacemediation.de/uploads/7/3/9/1/73911539/track_iii_dialogue_ukraine_policy_paper_cpm_kma.pdf.

Psychologiczne i prawne interesy jednostki a postępowanie mediacyjne¹

W warunkach ograniczonych zasobów społeczeństwo poszukuje dodatkowych dróg optymalizacji procesów w celu uzyskania danego rezultatu. Te same zjawiska obserwujemy także w dziedzinie stosowania norm prawnych. Praktyka prawnicza i doświadczenia podczas przeprowadzania mediacji prowadzą do wniosku, że ludzie nie rozwiązują swoich problemów wyłącznie za pomocą prawa. Ludzie mogą otrzymać wynik odpowiadający w stu procentach ich pozycji prawnej, który jednak w żaden sposób nie zaspokoi ich potrzeb. Ponadto decyzje sądów zaspokajają interesy tylko jednej ze stron, co może wywołać niezadowolenie drugiej strony i czyni koniecznym znalezienie mechanizmów egzekucji takich decyzji.

Podczas oddawania sprawy do sądu często nie chodzi o „problemy z zasobami”, tzn. o prawo do spraw materialnych, lecz o życzenie zaspokojenia własnych interesów psychologicznych, które mogą polegać na potrzebie zemsty na kimś lub na sprawieniu drugiemu psychicznego dyskomfortu. Ponadto oszacowanie problemu (także prawne) podczas rozstrzygnięć sądowych nie zawsze jest całkowicie obiektywne wobec osoby składającej do sądu wnioski o ochronę prawną. To zupełnie naturalne, wymaga jednak jednocześnie poszukiwania nowych dróg dla sprawiedliwego rozstrzygnięcia w spornej sprawie.

Alternatywą dla postępowania sądowego jest zastosowanie pozasądowych środków zażegnania sporów, takich jak arbitraż, mediacja *etc.* Mediacja wskazuje, np. zalety poszukiwania takiego rozwiązania problemu, które opiera się na zaspokojeniu faktycznych interesów i potrzeb; bazuje na uwzględnieniu znaczenia emocji, na najwyższym możliwym stopniu dostępu do ochrony prawnej, kiedy strony same są odpowiedzialne za znalezienie rozstrzygnięcia własnego sporu, a nie oddają tego w ręce osoby trzeciej.

* Galyna Yeromenko, doktor nauk prawnych, pracownik naukowy Instytutu Korespondencji Państwa i Prawa Narodowej Akademii Nauk Ukrainy, dyrektor Ukraińskiego Centrum Mediacji (kmb).

¹ Literaturę, na podstawie której powstało opracowanie, umieszczono na końcu opracowania.

Problem interesów w prawie badany był przez wielu prawników. Podczas tych badań w kontekście cywilnoprawnym stwierdzono:

1. Interesy powstają z potrzeb, potrzeby istnieją faktycznie już wtedy, kiedy porządek ich załatwiania nie jest uregulowany prawnie. Ponadto dochodzi się do zasady „dozwolone jest, co nie jest zabronione”, jako że nie jest możliwe stworzenie prawnego porządku zaspokajania wszystkich potrzeb.
2. Regulowanie przez prawo typowych sytuacji (gdy chodzi o zaspokojenie interesów absolutnych albo relatywnych) rozpoczyna się od uporządkowania wzajemnych stosunków między podmiotami prawnymi, aby ustalić „zasady gry” między nimi dla ustabilizowania ich cywilnoprawnego przebiegu. W tym kontekście – słusznych interesów – są to interesy, które istnieją w formie normy prawnej. Forma prawna dla sformalizowania interesów jest normą prawną lub orzeczeniem sądu.
3. Kiedy istnieje prawo do ochrony słusznych interesów, powstają pojęcia interesów absolutnych i relatywnych. Jednocześnie pojęcie „interesu zgodnego z prawem” ma podwójne znaczenie. „Zgodność interesu z prawem” może oznaczać interesy, które nie naruszają praw innych osób.
4. Ważne z punktu widzenia prawa cywilnego interesy podzielone są na dwie grupy: w dalszym znaczeniu (nie są one regulowane, jednak muszą być prawnie chronione) i w znaczeniu wąskim (normy prawne).
5. Orzecznictwo napotyka trudności podczas oceny interesów w związku z ich zgodnością z prawem w tych przypadkach, dla których nie istnieją normy prawne. Aktualizuje ono pytanie o obiektywne kryterium oceny zgodności interesu z prawem. Obiektywne kryteria do oceny zgodności interesu z prawem są wielowarstwowe, należą do nich kryteria powołujące się na ustawę, umowę lub ogólne moralne zasady społeczne. Istnieją następujące kryteria obiektywne, które mają częściowo charakter formalny: a) ogólne zasady prawne, b) bezpośrednia wzmianka w ustawie, c) zgodność z normami prawnymi przy uwzględnieniu kryterium dopuszczalności, d) legalność z punktu widzenia ducha, a nie tylko według litery prawa.

Istnieją kwantytatywne, jakościowe i gospodarcze faktory wpływające na obiektywne kryteria dopuszczalności (zgodności z prawem) interesów stron. Obiektywnym kryterium kwantytatywnym może być prawna i społeczna celowość wprowadzenia w życie zasady „dozwolone jest to, co nie jest zabronione”. Niewystępowanie danego interesu w konkretnej normie prawnej jako subiektywnego prawa nie musi wcale oznaczać, że go brak lub że prawo do jego ochrony jest ograniczone. Kryterium jakościowe może oznaczać, że należy poszukiwać w przestrzeni prawnej innych (obok czysto

prawnych) rodzajów obchodzenia się z interesami danej osoby, podczas których osoby stosujące własne kryteria określające i oceniające same mogą wyznaczać ich własne obiektywne kryteria.

Powody gospodarcze tak samo jak kryteria gospodarcze tworzą zależnie od swojej treści pojęcie „gospodarczej celowości”, było ono i jest zawsze najważniejsze w porównaniu z kryteriami kwantytatywnymi i jakościowymi.

Aby w pełni zaspokoić interesy danej osoby, jeśli chodzi o ich ochronę, oprócz interesu prawnego należy rozpoznać prawne znaczenie interesów psychologicznych i gospodarczych, a także stworzony musi być system pozasądowego zażegnania sporów, w ramach którego strony otrzymają możliwość samodzielnego (przy pomocy specjalnie wyszkolonych fachowców z dziedziny „pracy z biznesem” – mediatorów) poszukiwania rozwiązań w pełni zaspokajających interesy stron. W ten sposób zwiększy się prawdopodobieństwo rzeczywiście sprawiedliwego (z punktu widzenia osób) znalezienia rozwiązania, jednocześnie zwiększa się prawdopodobieństwo dobrowolnego wypełnienia osiągniętych porozumień.

Konieczne jest ulepszenie przepisów prawa procesowego, poprzez które na etapie przedsądowym zagwarantowane będzie prawo (jako jedna z możliwości), a czasami przez regulacje imperatywne obowiązek (jako konieczność) zezwalające na możliwość rozwiązania konfliktu (w znaczeniu prawnym – sporu) metodami pozasądowymi, uwzględniającymi całą kompleksowość interesów wszystkich osób będących poszkodowanymi w skutek naruszenia prawa, które to naruszenie doprowadziło do wybuchu konfliktu.

Istnieje wzajemne powiązanie między zachowaniem danego podmiotu prawnego i jego interesami oraz możliwość wywierania wpływu na jego zachowanie poprzez wpływanie na jego interesy (pozytywne albo negatywne). Subiektywna strona stosunku prawnego powstaje bowiem pod wpływem zachowania osób. Interes nadaje woli impuls i wskazuje, w jaką stronę porusza się jego siła woli. Sterowanie zachowaniami osoby odbywa się poprzez jej interesy: pozytywne albo negatywne (rezultat pożądaný albo niepożądany). Subiektywna strona naruszenia prawa ze strony prawnej definiowana jest jako wina osoby i jej psychiczne nastawienie do popełnionego naruszenia prawa, które zawiera również cechy interesu. Przy ocenie winy osoby ocenia się, czy osoba ta miała określony interes w tym, że w dziedzinie własności albo niemających takiego charakteru praw innej osoby zachodzą negatywne skutki.

Interesujące jest również porównanie interesów prywatnych i publicznych oraz równowaga między nimi poprzez analizę wspólnych i przeciwstawnych interesów. Moim zdaniem analiza ta pozwala wyciągać wnioski na temat stanu i fazy rozwoju państwa jako tworów społecznego i gospodarczego.

Powstaje pytanie, dlaczego mediacja, która umożliwia stronom sporu dobrowolne, poufne i szybkie załatwienie problemu, ciągle jeszcze nie jest usługą, która rozwija się i coraz bardziej rozszerza.

Moim zdaniem jedną z przyczyn jest brak ustawowej regulacji. Pomimo że mediacja w swej istocie jest procesem, który nie potrzebuje szczególnej regulacji, ustawowe jej uregulowanie mogłoby podnieść zaufanie do niej, a państwowym urządowi i sądom, które chciałyby z niej skorzystać, dać możliwość legitymizacji jej stosowania.

Inną przyczyną jest to, że mediacja stosowana jest często dopiero wtedy, gdy spór już się rozpoczął. W rozumieniu stron sporu propozycja zażegnania sporu za pomocą mediacji może spowodować wrażenie, że inicjator przeprowadzenia mediacji jest stroną słabą, niepewną swojej pozycji prawnej. Pytanie o przeprowadzenie mediacji musi zatem zostać wyjaśnione podczas zawierania umowy. Taką możliwość można zrealizować dzięki klauzuli mediacji w umowach, w której strony umawiają się na przeprowadzenie mediacji w przypadkach zaistnienia sporu. W takim przypadku przeprowadzana jest mediacja, przy czym zastosowanie znajduje postępowanie, które wyrównuje negatywne oceny odnośnie do słabości albo siły danej regulacji prawnej.

Mediacja ma większy potencjał niż jej stosowanie jedynie w przypadkach zaistnienia sporów. Na świecie w praktyce stosuje się także „mediację umowy”. Oznacza to, że strony przy pomocy pośrednika ustalają swoje prawdziwe interesy, które mają stać się przedmiotem umowy. Takie rozwiązanie zwiększa prawdopodobieństwo wypełnienia obowiązków wynikających z umowy i jest mocnym środkiem prewencyjnym dla zapobiegania sporom w przyszłości.

Literatura:

1. Богатырев Ф.О., Интерес в гражданском праве, „Журнал Российского Права” 2002, http://www.juristlib.ru/book_3304.html.
2. Грибанов В.П., Осуществление и защита гражданских прав. (Классика российской цивилистики), Изд. 2-е, стереотип. - М.: „Статут”, 2001.
3. Губин Е.П., Обеспечение интересов в гражданско-правовых обязательствах (диссертация кандидата юридических наук, Москва 1980).
4. Гукасян Р.Е., Проблема интереса в советском гражданском процессуальном праве, [в:] Р.Е. Гукасян, Право, Саратов 1970.
5. Личенко І.О., Категоріальний аналіз поняття законних інтересів громадян у сфері власності, „Митна Справа” 2001, №1(73); http://www.nbuv.gov.ua/portal/soc_gum/ms/2011_1_2/145.pdf.

6. Кубко А.Є., Засоби реалізації публічних інтересів у цивільному праві України: деякі методологічні аспекти, „Часопис Київського Університету Права“ 2010, № 3; <http://dspace.nbu.gov.ua/dspace/handle/123456789/23611>.
7. Малєин Н.С., Охраняемый законом интерес, „Советское Государство и Право” 1980, № 1.
8. Малько А.В., „Законные интересы как правовая категория”, [в:] А.В. Малько, В.В. Субочев, СПб, Изд-во Р. Асланова, «Юридический центр Пресс» 2004.
9. Пікуля Т.О., «Суб’єктивне право» - «законний інтерес»: поняття та діалектика, [в:] Общая теория государства и права: Академический курс в 3-х томах, 2-е изд., перераб. и доп., Отв. ред. проф. М.Н. Марченко. Том 1. – М.: ИКД, „Зерцало – М”, 2002.
10. Пікуля Т.О., «Суб’єктивне право» - «законний інтерес»: поняття та діалектика співвідношення, „Кримський Юридичний Вісник. Випуск” 2010, № 3 (10) Частина II http://www.nbu.gov.ua/portal/soc_gum/Kyuv/2010_3_2/15.pdf.
11. Чепис О.І., Законний інтерес як категорія цивільного права, „Форум права” 2009, № 1; <http://www.nbu.gov.ua/e-journals/FP/2009-1/09hoikcp.pdf>.

O mediacji jako alternatywie dla procesu sądowego w sporach: *pro et contra* (z *acquis* i doświadczeń Rady Europy)

Po odzyskaniu niepodległości naród ukraiński zdecydował się przyjąć wspólny – także dla Ukrainy – europejski system wartości i priorytetów, jako punkty orientacyjne, ponieważ przyszłość naszego kraju jest ściśle związana z europejskimi perspektywami prawnopolitycznymi, gospodarczymi i socjokulturalnymi. Podstawą tej orientacji są: ukraińskie członkostwo w Radzie Europy, w OBWE, w Inicjatywie śródkowoeuropejskiej, Czarnomorskiej kooperacji gospodarczej i umowy o strukturalnej współpracy między naszym krajem a UE, Organizacją Współpracy Gospodarczej i Rozwoju itd. Dzięki wysiłkom tych podmiotów prawa międzynarodowego Europa zjednoczyła się na fundamencie wspólnych wartości: praw człowieka i wolności podstawowych, demokracji, państwa prawa, bezpieczeństwa i gospodarczego dobrobytu.

Jednocześnie – zdaniem ekspertów – jest wiele powodów do stwierdzenia fenomenu „Europy różnych prędkości”. Nie jest żadną tajemnicą, że kraje europejskie rozwijają się w różnym tempie, Europejczycy w różnych krajach i czasem nawet wewnątrz jednego kraju mają odmienne tradycje, style życia i potrzeby, różne prawa i różne możliwości. Przebieg brzemiennych w skutki wydarzeń ostatnich dziesięcioleci pokazuje przy tym, że Europa porusza się szybko w kierunku wdrażania jej strategicznych celów, m.in. dzięki ustaleniom poczynionym na Nadzwyczajnym posiedzeniu Rady Europy w Lizbonie w dniach 23–24 marca 2000 r. Europa stała się systemem gospodarczym bazującym na wiedzy i wykazującym najwyższą w świecie dynamikę¹. Ukraina ze swoimi ambitnymi celami, zmierzającymi do integracji europejskiej, powinna w związku z tym skoncentrować swoje własne rezerwy i zdolności, studiować najlepsze modele rozwoju i wdrażać je

* Alewtyna Sanczenko, kierownik wydziału problemów prawnych integracji europejskiej w Referacie prawa europejskiego i międzynarodowej integracji w Instytucie Legislacji Rady Najwyższej Ukrainy, kandydat nauk prawnych, wyższy asystent naukowy.

¹ Presidency Conclusions. Lisbon European Council 23 and 24 March 2000; http://www.europarl.europa.eu/summits/lis1_en.htm.

poprzez stosowanie najlepszych nowoczesnych praktyk i innowacji. Od dawna wiadomo, że tylko to co najlepsze jest wystarczająco dobre (*Nil Satis Nisi Optimum*).

Podczas procesu harmonizacji prawa krajowego z prawem wspólnotowym ukraińscy naukowcy są świadomi, że prawo europejskie, będące konglomeratem wszystkich zaakceptowanych przez międzynarodowe organizacje norm prawnych z prawa publicznego i prywatnego, stworzone zostało jako główny instrument zabezpieczenia praw i wolności oddanych nowoczesnym Europejczykom. Jednak musimy też stawić czoło ryzykom powstania podczas implementacji określonych trudności, których możliwość wystąpienia potwierdzili europejscy eksperci podczas analizy implementacji obowiązujących w całej Europie regulacji i przepisów. I tak na przykład stwierdzono, że przejęte regulacje i ustawy często mają do pokonania liczne wyzwania natury zarówno obiektywnej, jak i subiektywnej. Nie zawsze są one właściwie nakierowane i dostosowane; nie zawsze odpowiadają potrzebom ludności i gospodarki i przez to nie są całkowicie skuteczne; nie zawsze będą właściwie wdrożone, a poza tym ich wdrażanie nie zawsze odbywa się na odpowiednim poziomie.

Jest jednak oczywiste, że w tych warunkach dynamika ruchu nowoczesnej Europy nabiera tempa, a Europejczycy w życiu codziennym mogą cieszyć się swoimi prawami i wolnościami, które przewidują najważniejsze akty międzynarodowe, m.in. EKPC², Europejska Karta Społeczna (zrewidowana)³, Karta podstawowych wolności obywatelskich UE⁴ i in. Jednocześnie jednak na tle powstawania prawa europejskiego stosunki społeczne jeszcze na wielu obszarach regulowane są przez tradycję, obyczaje i zasady dobrej woli oraz współpracy. Tradycja pokojowej koegzystencji jest zresztą częścią ludzkiej kultury i stosunków międzynarodowych.

W tym kontekście w dobrym świetle prezentują się wysiłki publiczne na rzecz wprowadzenia elastycznych i akceptowalnych instrumentów zabezpieczenia lepszej egzystencji społeczeństwa. Jednym z takich instrumentów moim zdaniem jest mediacja. To demokratyczna metoda zabezpieczenia wspólnego istnienia, pod warunkiem przełamania nieporozumień, zlikwidowania zastrzeżeń powstałych w wyniku przesadnych trosk i obaw, zbyt konserwatywnych tradycji, braków w komunikacji, wiedzy i zdolnościach oraz przez nieadekwatne działania urzędów, powstałe na skutek braków w wiedzy fachowej urzędników *etc.*

Jak wiadomo, instytucja mediacji powstawała długo i zazwyczaj jako inicjatywa publiczna i prywatna w społeczeństwach o wysoko rozwiniętym poziomie stosunków socjokulturalnych i gospodarczych. Obecnie mediacja uznana jest przez Radę Europy

² Konwencja ochrony praw człowieka, http://zakon4.rada.gov.ua/rada/show/995_004.

³ Europejska Karta Społeczna (zrewidowana), http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_062.

⁴ European Union Charter of Fundamental Rights, <http://www.eucharter.org/>.

i Unię Europejską za pragmatyczny i skuteczny środek dla alternatywnego załatwiania sporów (*alternative dispute resolution – ADR*). Do jej upowszechnienia i zakorzenienia przyczyniło się wiele europejskich regulacji prawnych. Należą do nich Dyrektywa 2008/52/EG Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 maja 2008 r. o określonych aspektach mediacji w sprawach cywilnych i handlowych⁵, pokrywająca się z wieloma wcześniej uchwalonymi aktami prawnymi UE⁶ i dokumentami Rady Europy – zaleceniami Komitetu Ministrów Rady Europy dla państw członkowskich Rec (2002) 10 z dnia 18 września 2002 r. o mediacji w sprawach cywilnych⁷, Rec (2001) 9 z dnia 5 września 2001 r. o alternatywach dla sporów prawnych między organami administracji i stronami prywatnymi⁸, nr R (99) 19 z dnia 15 września 1999 r. o mediacji w sprawach karnych⁹, nr R (98) 1 z dnia 21 stycznia 1998 r. o mediacji rodzinnej¹⁰ i zaleceniem Zgromadzenia parlamentarnego Rady Europy 1639 (2003) z dnia 25 listopada 2003 r. o mediacji rodzinnej i zrównaniu płci¹¹, rezolucją nr 1 23. Konferencji europejskich ministrów sprawiedliwości „O wymiarze sprawiedliwości w XXI w.” z roku 2000¹² i in. Stosowanie mediacji jest zalecane i wspierane przez regulacje *acquis*¹³ Rady Europy i UE, i w ten sposób również przez ustawodawstwo krajów europejskich, jako środek dla skutecznego, pozasądowego, elastycznego, taniego i poufnego rozwiązywania sporów/konfliktów, likwidacji różnic i nieporozumień między stronami.

Mediacja znalazła swoją niszę także w systemie międzynarodowych starań o poprawę skutecznego wymiaru sprawiedliwości, m.in. w ramach prac europejskiej komisji na rzecz efektywności wymiaru sprawiedliwości (*European Commission for the Efficiency of Justice, im Folgenden – Kommission*), która istnieje od 2002 r. zgodnie

⁵ Directive 2008/52/ec of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters, eur-lex.europa.eu.

⁶ Regulation (EC) 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and in matters of parental responsibility; Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on a common regulatory framework for electronic communications networks and services (Framework Directive); Council Directive 2002/8/EC of 27 January 2003 to improve access to justice in cross-border disputes by establishing minimum common rules relating to legal aid for such disputes; Directive 2000/31/EC on electronic commerce; Directive 98/10/EC of the European Parliament and of the Council of 26 February 1998 on the application of open network provision (ONP) to voice telephony and on universal service for telecommunications in a competitive environment; http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_en.htm.

⁷ Recommendation Rec(2002)10 of the Council of Europe Committee of Ministers to Member States on mediation in civil matters, <https://wcd.coe.int>.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Recommendation No. R(99)19 of the Council of Europe Committee of Ministers to Member States on mediation in penal matters, <https://wcd.coe.int>.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ibidem*.

¹³ *Acquis* – wspólnotowe prawa nabyte (z franc. *acquis* – umiejętności, doświadczenia, prawo).

z rezolucją Komitetu Ministrów Res (2002)12¹⁴ i którego jest organem ze specjalnymi upoważnieniami.

Poprzez analizę stosowania mediacji Komisja opracowuje odpowiednie propozycje dla Komitetu Ministrów i państw członkowskich. W tym celu zainicjowała ona dyskusję o tej problematyce w ramach posiedzeń plenarnych i spotkań ekspertów, krajowych i międzynarodowych konferencji i forów, przygotowanie sprawozdań i raportów o stanie wdrażania zaleceń Rady Europy i *Best Practices*, badania tematyczne, przygotowanie podręczników i podstaw prawnych oraz innego rodzaju aktywność w ramach specjalnie do tego celu powołanej grupy roboczej ekspertów do spraw mediacji, jak również pojedyncze programy i projekty pilotażowe w krajach członkowskich Rady Europy.

I tak w roku 2003 na podstawie opracowania tematycznego kwestionariusza przygotowano sprawozdanie „Mediacja”¹⁵, które umożliwiło ocenę specyfiki wdrażania przez państwa członkowskie zaleceń Rady Europy w sprawie mediacji i wyciągnięcie z nich wniosków dotyczących koniecznych dalszych kroków. Dokument ten przedstawia zarys doświadczeń stosowania mediacji w Słowenii, Danii, Anglii i Walii. Autorzy podsumowali wyniki swoich badań we wnioskach końcowych, wskazując na celowość poszerzenia zastosowania mediacji. Podkreślili przy tym co prawda pozytywne oddziaływanie mediacji, jednocześnie jednak zwrócili uwagę na stwierdzone zastrzeżenia i negatywne cechy tego sposobu rozwiązywania sporów.

Zdaniem prezesa sądu okręgowego w Ljubljanie, który wziął udział w eksperymencie na temat wprowadzenia w Słowenii mediacji w sprawach cywilnych, rodzinnych i handlowych, stosowanie mediacji to środek wymiaru sprawiedliwości nadający mu „ludzką twarz”, ponieważ według niego mediacja pomaga przy wprowadzeniu modelu „terapeutycznego wymiaru sprawiedliwości”, skierowanego na udostępnienie potrzebującym godziwych usług wymiaru sprawiedliwości. Ekspert uważa, że dalsze wspieranie praktyki różnorodnych form załatwiania sporów oznacza, że państwo przez umożliwienie obywatelom możliwości wolnego wyboru rodzaju najodpowiedniejszego postępowania – sądowego, arbitrażu, mediacji itp. – wspiera politykę „wielu opcji”. Zdobyte podczas słoweńskiego eksperymentu doświadczenia pokazały, że mediacja jest pożytecznym instrumentem wymiaru sprawiedliwości, ponieważ przeprowadzana jest przez same strony konfliktu, a zasada samodzielności jest kluczową cechą odróżniającą mediację od sądu. Będący sędzią ekspert jest przekonany, że mediacja powinna stać się regularną i obligatoryjną częścią składową działalności sądów i podkreśla wiele jej

¹⁴ Resolution Res (2002)12 establishing the European Commission for the efficiency of justice (CEPEJ) (*Adopted by the Committee of Ministers on 18 September 2002 at the 808th meeting of the Ministers' Deputies*), <https://wcd.coe.int>.

¹⁵ *Ibidem*.

zalet. Należą do nich: lepszy dostęp do wymiaru sprawiedliwości dla obywateli, postępowanie *fair* i szeroka baza dla systemu orzecznictwa publicznego, jeżeli uzupełnia ona wymiar sprawiedliwości; wspieranie zażegnania sporów poprzez dogłębną analizę potrzeb i interesów leżących u źródła sporu między stronami, a nie jedynie na podstawie ustawowych praw i obowiązków; pomoc przy poszukiwaniu rozwiązań konfliktu opartych na gotowości do kompromisu i ocenie różnych zagrożeń; elastyczność i nieformalność postępowania; możliwość zaoszczędzenia czasu i pieniędzy (przede wszystkim przy zastosowaniu mediacji we wczesnej fazie sporu) lub przynajmniej kontrolę nad kosztami; zadowolenie stron z integralności postępowania, z roli mediatora i wyników postępowania, niezależnie od tego, czy mediacja odbywała się podczas postępowania sądowego czy poza nim, zapewnienie stronom aktywnej roli i stworzenie przestrzeni dla kreatywnych rozwiązań i w ten sposób dla osiągnięcia rezultatu *win-win* (czyli wygrana-wygrana); umożliwienie podtrzymania przyjacielskich stosunków między stronami (w sprawach rodzinnych i handlowych); umacnianie kultury nakierowanej w stronę zapobiegania sporom, a nie ich zwalczania itd.

Jeden ze współautorów sprawozdania „Mediacja”, profesor z Wielkiej Brytanii, stwierdził istnienie trendu do znaczącego i stałego włączenia mediacji do spraw cywilnych i rodzinnych, zwracając uwagę na to, że w ostatnich latach stosowanie specjalnych schematów pośrednictwa i mediacji wkroczyło także do innych dziedzin stosunków społecznych: wychowania dzieci ze szczególnymi potrzebami, inkasa, zaniedbań w dziedzinie ochrony zdrowia, złego stanu przestrzeni mieszkalnej, sporów z posiadaczami gruntów, zorientowanego na ofiary przestępstw wymiaru sprawiedliwości i in. Opisuje on zalety mediacji zarówno dla stron sporu prawnego, jak i dla urzędów. Sporządzoną przez słoweńskich kolegów listę zalet mediacji uzupełnia on o: możliwość wysłuchania ofiar, możliwość do przeproszenia, brak formalności prawnych i zmniejszenie problemów przy stosowaniu prawa, koncentrację na najważniejszym, szybkość uzyskiwania wyników itd. Jego zdaniem do potencjalnych zalet mediacji dla urzędów należą przede wszystkim odciążenie sądów, skrócenie czasu potrzebnego do przeprowadzenia postępowania sądowego i związana z tym redukcja kosztów, przy czym koszty społeczne zażegnania lub przynajmniej zniwelowania konfliktu są zawsze niższe od kosztów jego pogłębienia.

Interesujące jest też zdanie trzeciego z autorów sprawozdania, badaczki z Danii, która zwraca uwagę na to, że w jej kraju od 1952 r. obowiązuje przepis k.p.c. (obecnie § 268), według którego sędziowie zobowiązani są do podjęcia w pierwszej instancji we wszystkich sprawach cywilnych próby mediacji, jeżeli od początku wydaje im się to sensowne. Dla każdego sądu apelacyjnego mediacja jest dobrowolna. Jeżeli podczas mediacji w sądzie doszłoby do znalezienia kompromisowego rozwiązania, uzyskuje ono

moc decyzji sądowej, przy czym ustawa nie precyzuje ani jak ma przebiegać taka mediacja sądowa, ani jakich należy używać dla niej środków, ani ile i jakie naciski może wywierać sędzia na strony w celu uzyskania kompromisu i pojednania. Autorka podkreśla, że taki rodzaj mediacji nie ma zbyt wiele wspólnego z tym, co dziś nazywane jest mediacją w ramach ADR, ponieważ naciski te koncentrują się na argumentach prawnych. Argumentacja zamiast dialogu i inne środki prawne to dominujące cechy mediacji sądowej.

Duńska badaczka definiuje mediację – jako część ADR – jako dobrowolną i poufną metodę rozwiązywania konfliktu, która przeprowadzana jest przez bezstronną osobę trzecią w ramach uporządkowanego procesu w celu wspierania stron podczas poszukiwania takiego rozwiązania konfliktu, które byłoby zadowalające dla obu stron. W takim przypadku sprawy nie rozstrzyga mediator. Warto zauważyć, że ten rodzaj mediacji bazuje na takich wartościach, jak autonomia, respekt i sprawiedliwość oraz na określonych zasadach podstawowych: a) nierozumienie konfliktu jako czegoś złego, lecz jako jednej z cech życia społecznego; rzeczowość lub destrukcyjność konfliktów zależy od tego, jak są one przyjmowane i w jaki sposób się z nimi obchodzimy; b) zaufanie do zdolności stron do uświadomienia sobie, co jest dla nich lepsze, a to oznacza, że będą one traktowane jako eksperci w sprawach dotyczących ich własnego życia; c) wiara w możliwość osiągnięcia rozwiązania zadowalającego obie (wszystkie) strony; d) przekonanie, że dialog jest w każdym konflikcie, jest środkiem do celu i warto do niego dążyć; e) gotowość do akceptowania różnych form odbierania rzeczywistości.

Ekspertka spogląda na pozytywne strony mediacji z punktu widzenia stron zaangażowanych w konflikt i uznaje za priorytet ich zadowolenie osiągnięte na drodze antyautorytarnego sposobu rozwiązania konfliktu, na zdolność stron do oddziaływania na proces w celu osiągnięcia rozwiązania i jego kształt, zachowanie szacunku i respektu dla samych siebie i pojawienie się możliwości pozostawienia tego konfliktu za sobą. Ponadto niektóre strony wyrażały zadowolenie z tego, że dzięki mediacji udało im się zdobyć nowe doświadczenia i wiedzę (o konfliktach, o sobie samych i/lub drugiej stronie itd.).

Jednak entuzjazm i zapał dla innowacyjnej metody załatwiania sporów napotyka też pewne wątpliwości i zastrzeżenia, co oczywiście jest zupełnie naturalne.

Duńska ekspertka wskazuje na takie niektóre aspekty. Jej zdaniem negatywne strony mediacji powstają w związku z niejasną regulacją postępowania, niejasnościami co do przebiegu samej mediacji i rolą mediatora, ponieważ – szczególnie, gdy jest on sędzią lub adwokatem – nie da się wykluczyć możliwości manipulacji i niedozwolonego wywierania wpływu na zachowanie strony, wkładania jej w usta gotowych rozwiązań lub pozwalanie sobie wręcz na rozstrzyganie sprawy, powoływanie świadków według własnego uznania itd.

Zwraca też uwagę na znaczenie poufności w procesie mediacji: czy chodzi o poufność informacji dla określonego kręgu osób i do jakiego stopnia? Aspekt ten dotyczy całej gamy spraw, jak np. czy jest możliwe zezwolenie stronom na omawianie szczegółów z małżonkami, kolegami i publicznie; czy mediatorowi wolno rozmawiać o sprawie z innymi mediatorami; czy strony mają prawo do zużytkowania uzyskanych w trakcie mediacji informacji, a kiedy mediacja się nie powiodła, czy można te informacje wykorzystać podczas ewentualnego procesu sądowego; czy mediator może być powołany na świadka, i in. Jeśli nie ma ustawowej regulacji mediacji lub gdy regulacja ta jest niejasna, ten kompleks problemów powiększa się, a dobre chęci wykazane w celu uproszczenia i przyspieszenia rozwiązania konfliktu nie doprowadzą do sukcesu, lecz stworzą jedynie dodatkowe obciążenie dla sądu i stron.

Te wątpliwości i wnioski zgadzają się z tezami brytyjskiego naukowca, który do ewentualnych negatywnych aspektów mediacji dla stron zalicza następujące: strony są zmuszone do szukania kompromisu pod presją, obie strony mogą jednocześnie być zwycięzcami i przegranymi; mediacja koncentruje się na problemie dzielącym strony i na celu, jakim jest pokonanie różnic/konfliktów przy rezygnacji z koncepcji praw stron; brak odpowiedzialności mediatorów i istniejąca możliwość ich stronniczości lub skłaniania się ku „atrakcyjniejszej” stronie sporu; problemy z zachowaniem poufności, m.in. w przypadku, gdy spór jednak odbędzie się przed sądem; cyniczne wykorzystywanie przez stronę postępowania mediacyjnego w celu odwlekania postępowania przed sądem lub uzyskania informacji o drugiej stronie. Jednak po porównaniu i zbilansowaniu pozytywnych i negatywnych aspektów ekspert konstatuje, że mediacja jest ważnym uzupełnieniem normalnego procesu sądowego.

Podobne wątpliwości zawiera również podsumowanie dokonane przez najbardziej optymistycznego z autorów raportu – wspomnianego już sędziego ze Słowenii. Jego doświadczenie pokazuje, że strony sporu prawnego uważają mediację za alternatywę dla procesu przed sądem, kiedy jest ona nakazana i strony odsyłane są do prywatnych mediatorów. Taka obowiązkowa mediacja może zachęcić sceptyków do wzięcia udziału w mediacji. Niesie ona jednak ze sobą także niebezpieczeństwo niesumiennego udziału w mediacji stojących pod presją znalezienia rozstrzygnięcia stron. Ponadto, strony zobowiązane do poniesienia kosztów mediacji (zwłaszcza w przypadku obligatoryjnie przewidzianej mediacji) nadmierne obciążenie finansowe przytaczać będą najczęściej jako argument przeciwko wzięciu udziału w mediacji, jako że przysługuje im przecież prawo do bezstronnego procesu sądowego. Przy tym zobowiązanie do mediacji może uprzywilejować bogatszą stronę sporu, która może próbować manipulować procesem na niekorzyść strony biedniejszej. Nie można poza tym wykluczyć, że strony wykorzystają mediację do lepszego poznania słabości i silnych stron drugiej strony, aby

w razie potrzeby odwlekać proces przed sądem i w ten sposób odwlec ogłoszenie orzeczenia. Elastyczna natura mediacji może prowadzić do niepożądanych efektów ubocznych podczas zawierania kompromisu, w formie niezgodnych z prawem porozumień albo dyskryminacji. Słoweński sędzia wyraża między innymi swoje z troską tym, że wprowadzenie publicznie finansowanych programów mediacyjnych pochłonać może dodatkowe sumy z budżetu, które zabierane będą ze środków przeznaczonych na pokrycie kosztów tradycyjnych postępowań sądowych.

Raport „Mediacja” przyczynił się do wdrożenia pilotażowych projektów w państwach członkowskich UE i do szerokiej dyskusji wśród fachowców z zakresu prawa, ustawodawstwa i wymiaru sprawiedliwości oraz między praktykującymi mediatorami i opinią publiczną; dyskusja trwa do dzisiaj. Wynikiem tych działań była ewaluacja zaleceń Rady Europy dotyczących mediacji w sprawach karnych, rodzinnych i cywilnych, jako alternatywy w sporach prawnych między urzędami publicznymi i osobami prywatnymi, i wymienionych wyżej trzech zaleceń dla polepszenia efektywności wymiaru sprawiedliwości, ogłoszonych przez Europejską Komisję efektywności wymiaru sprawiedliwości w 2007 r. Analiza ta zawiera odpowiedzi poszczególnych państw członkowskich na przygotowane przez grupę roboczą ds. mediacji kwestionariusze, a stworzone na ich podstawie zasady ustalają standardy dla pożądaných norm i praktyk prawnych. Odpowiadają one na argumenty antymediacyjne, co zostało podkreślone na Trzecim Szczycie Rady Europy (Warszawa, maj 2005 r.) przez szefów rządów i krajów, którzy zobowiązali się do pełnego zużytkowania potencjału regulacyjnego Rady Europy, aby pomóc krajom członkowskim w zapewnieniu szybkiego i bezstronnego wymiaru sprawiedliwości, jak również rozwoju alternatywnych metod załatwiania sporów.

Przyjęcie tych dokumentów oraz fakt, że w ostatnich latach sporo dyskutuje się na temat mediacji, świadczy o wzrastającym poparciu dla mediacji ze strony instytucji europejskich i samych Europejczyków. Postępowanie to znajduje rezonans w społeczeństwie, ponieważ na tzw. zdrowy rozsądek pytanie o przeprowadzenie mediacji w danej sprawie powinny strony rozstrzygać same, a sprawą państwa jest zapewnienie usług mediacyjnych.

Ukraina już od dawna próbuje umieścić (etablować) mediację i ustalić normy dla tej nowej metody załatwiania sporów poprzez przedstawianie wciąż nowych projektów odpowiedniej ustawy, jednak na tej drodze czeka nas jeszcze wiele trudności. Jednocześnie godny pocieszenia jest fakt, że społeczeństwo współczesne, którego częścią są również obywatele Ukrainy nastawieni na zgodę, hołduje zasadzie: *Ubi Concordia, ibi Victoria* – „gdzie zgoda, tam zwycięstwo”.

Znaczenie komunikacji interkulturowej w mediacji

1. Uwagi wstępne

W moim artykule zajmuję się specjalnie takimi mediacjami, w których istotną rolę odgrywają aspekty interkulturowe. Konflikty są na całym świecie codziennym składnikiem ludzkiego życia. Co wywołuje konflikt i w jaki sposób się z nimi obchodzimy, przybiera jednak różną postać w różnych kulturach. W sytuacjach interkulturowych różnice kulturowe oraz procesy wewnątrzgrupowe mogą leżeć u podłoża konfliktu, mogą go wywołać, zaostriżyć albo skomplikować. Postępowania pośredniczące w kontekstach interkulturowych nazywane są w Niemczech od kilku lat „mediacją interkulturową”. Jednolity model albo jednolita definicja mediacji interkulturowej jednak, jak do tej pory, nie powstała.

Celem tego artykułu jest umożliwienie rozeznania, w jakich miejscach i w jakiej formie mogą być istotne w mediacji tematy „kultura” i „interkulturowość”. Aby odnieść się do tego celu, zdecydowałam się na wybranie bardzo szerokiego rozumienia pojęcia „mediacji w kontekstach interkulturowych” i przyglądam się wszystkim postępowaniom pośredniczym, opierając się na koncepcji mediacji, w której w proces mediacyjny zarówno jako medianci, jak i mediatorzy włączone są osoby z (prawdopodobnie) różnych kręgów kulturowych lub też u których mediacja odbywa się w jakiej bądź formie ponad granicami kulturowymi – i to niezależnie od tego, gdzie naprawdę leżą przyczyny konfliktu, bądź też czy postępowanie mediacyjne zostało zmienione¹. To bardzo szerokie rozumienie pojęcia wybrano dlatego, że aspekty kulturowe dla konkretnego konfliktu nie dają się uzgodnić *a priori* jako powód, przyczyna czy też moderatorska niewiadoma. Kulturowe podłoże konfliktu może być wyjaśnione dopiero w trakcie samej mediacji. Jednocześnie jednak, jak wiadomo z zakresu badań komunikacji interkulturowej, kulturowe systemy orientacji danej osoby kształtują jej sposób percepcji konfliktów, ich wartościowania, okazywane przez nią w czasie konfliktu zachowania i również preferowane

* Julia Bürger, doktor, psycholog dyplomowany, Ratyzbona.

¹ Por. także K. Kriegel, *Interkulturelle Aspekte und ihre Bedeutung in der Mediation*, [w:] C.C. Paul, S. Kieseewetter (Eds.), *Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten*, München 2009, s. 91–104.

strategie rozwiązywania konfliktów². Można zatem wyjść z założenia, że niezależnie od właściwej przyczyny konfliktu rozwój wydarzeń w trakcie konfliktu między ludźmi należącymi do różnych kultur jest bardzo kompleksowy i wiedza na temat różnic kulturowych i dynamiki w interkulturowych sytuacjach przynosi mediatorom korzyści. Wyjaśnienie, opracowanie aspektów kulturowych w konflikcie może stać się ważnym kryterium dla pomyślnego przebiegu mediacji w interkulturowym kontekście. Udana mediacja zależy w równej mierze od otwartości oraz stopnia kompetencji interkulturowej zarówno wśród mediatorów, jak też wśród stron konfliktu³. Należą tu z jednej strony uwrażliwienie na wpływające zarówno na sam konflikt, jak i na strony konfliktu elementy kulturowe (por. pkt 3) oraz od kulturowej przynależności postępowania mediacyjnego z drugiej strony (por. pkt 4). Mowa będzie tu o obydwu aspektach, na początek jednak pragnę szerzej wyjaśnić, co rozumiem w tym kontekście pod pojęciem kultury i interkulturowości.

2. „Kultura” i „interkulturowość” w ludzkich interakcjach

„Kultura” i „interkulturowość” w naukach o kulturze i społecznych opisane są w sposób bardzo złożony i jednocześnie dyskusyjny⁴. Podstawą dla artykułu jest rozumienie kultury ukierunkowane szczególnie na tzw. subiektywne aspekty kultury. Kultura „subiektywna” powołuje się na *ludzkie doświadczenie* realiów socjalnych i obejmuje przykładowo wartości, normy, rutynowe zachowania i konwencje rozmów, które członkom danych kultur przekazywane zostają w trakcie ich socjalizacji i które są przez nich w przeważającej mierze przejmowane⁵. Każdy człowiek w długim i niekończącym się nigdy procesie socjalizacji rozwija w sobie, co prawda, wyjątkową kombinację cech,

² S. Kammhuber, *Interkulturelles Konfliktmanagement und Mediation*, [w:] A. Thomas, E.U. Kinast, S. Schroll-Machl (Eds.), *Handbuch interkulturelle Kommunikation und Kooperation*, Bd. 1. *Grundlagen und Praxisfelder*, Göttingen 2003, s. 297–306.

³ C.H. Mayer, *Trainingshandbuch Interkulturelle Mediation und Konfliktlösung: Didaktische Materialien zum Kompetenzerwerb* (2nd ed.), Münster 2008, s. 124.

⁴ J. Straub, *Kultur*, [w:] J. Straub, A. Weidemann, D. Weidemann (Eds.), *Handbuch interkulturelle Kommunikation und Kompetenz. Grundbegriffe – Theorien – Anwendungsfelder*, Stuttgart 2007, s. 7–24.

⁵ Konkretnie zjawiska, które utrudniają mediację interkulturową nie będą w artykule poruszane. Należą do nich różnice w prawie i w sposobach postępowania w poszczególnych krajach, różnorodne systemy pomocy lub potencjalny udział osób powiązanych socjalnie ze stronami konfliktu. Dodatkowe trudności niosą za sobą organizatorskie warunki ramowe, jak odległości w przestrzeni, brak czasu, nakłady finansowe bądź aspekt wielojęzyczności. Należy przy tym podkreślić, że dla wszystkich uczestników optymalną możliwością osobistego wysłownienia się stanowi możliwość posługiwania się językiem ojczystym, która – jeśli jest to możliwe – zawsze powinna być zapewniona, ponieważ mowa jest jedynym medium mediacji, przez które możliwe jest wyjaśnienie konfliktu. Brak takiej możliwości zwiększa zagrożenie powstania nieporozumień, albowiem na gruncie różnic w znajomości języka dochodzi do nierównowagi sił; por. K. Kriegel, *op. cit.*

jednak dzieje się to od początku na gruncie i w drodze interakcji z otaczającymi go kulturami. Rozumiana w ten sposób kultura posiada funkcję systemu sensów i znaczeń złożonego z: celów, zasad, historii i symboli⁶ czy też ewentualnie systemu orientacji⁷. Kultura poprzez nadawanie znaczenia, funkcji i sensu rzeczom, osobom, przedmiotom, wydarzeniom, kompleksowym procesom i konsekwencjom zachowań, umożliwia *zorientowane* działanie i zrozumienie. Proponuje możliwości interpretacji i umożliwia ocenę zachowań (np. ocenę jakiegoś zachowania jako „grzeczne” albo „niegrzeczne”). Ważną cechą kulturowych systemów orientacyjnych jest to, że w normalnej codzienności zorientowanie własnego zachowania, myślenia albo wartościowania następuje poniżej progu świadomości i nie jest więcej refleksjonowane. Działanie, życzenie, ocena itd. stają się rutyną i czymś naturalnym, samym przez się zrozumiałym⁸. Z tego powodu składniki kulturowych systemów orientacyjnych nie dają się zazwyczaj same wyjaśnić, bezpośrednio obserwować lub analizować, dają się uchwycić dopiero w relacji z „odmiennymi” czy też „obcymi” wzorami myślowymi lub wzorami zachowań. Ta cecha kulturowych systemów orientacyjnych staje się szczególnie istotna w *interakcjach interkulturowych*, kiedy różnice w orientacjach kulturowych, rutynowych zachowaniach i konwencjach rozmów nabierają istotnego znaczenia dla działań człowieka.

Powyższe rozumienie kultury wymaga krótkiego komentarza: wpływ kulturowych systemów orientacyjnych nie może być fałszywie rozumiany jako dopuszczający *wyłącznie jeden* dokładnie określony rodzaj zachowań i interpretacji, identyczny u wszystkich członków danej kultury. Kulturowe systemy orientacyjne dostarczają raczej jedynie repertuaru, swego rodzaju „spizarni” najrozmaitszych możliwości zachowań w różnych sytuacjach, które w danym społeczeństwie sprawdziły się i reprodukowane są wciąż na nowo. Różne grupy społeczne mogą przy tym charakteryzować się częściowo bardzo zróżnicowanymi rutynowymi zachowaniami lub wartościami. Model kultury K.P. Hansena⁹ wyjaśnia ten aspekt, uznając nie „wspólnotę”, lecz „normalność” za znaczące osiągnięcie kulturowych systemów orientacyjnych. Normalność bowiem zawiera w sobie wiedzę na temat różnic wewnątrz kultury, a zachowanie według tych „znanych różnic” wywołuje ewentualnie niezadowolenie, ale nie wywołuje irytacji ani braku orientacji (np. prowokujące zachowanie młodzieży w społeczeństwie). Mimo heterogeniczności wewnątrz systemów kulturowych kultury stwarzają ramy, czasem

⁶ D. Weidemann, *Interkulturelles Lernen: Erfahrungen mit dem chinesischen „Gesicht”*. Deutsche in Taiwan, Bielefeld 2004, s. 835.

⁷ Por. A. Thomas, *Analyse der Handlungswirksamkeit von Kulturstandards*, [w:] A. Thomas (Ed.), *Psychologie interkulturellen Handelns*, Göttingen 1996, s. 107–135); A. Thomas, *Psychologie interkulturellen Lernens und Handelns*, [w:] A. Thomas (Ed.), *Kulturvergleichende Psychologie* (2nd ed.), Göttingen 2003, s. 433–485.

⁸ A. Thomas, *Analyse...*

⁹ Por. K.P. Hansen, *Kultur und Kulturwissenschaft*, (2nd ed.), Paderborn 2000.

nawet ukazują wyraźne granice uznanych przez kulturę zachowań. Kiedy przez jakąś osobę w danej sytuacji przekroczona zostanie „granica normalności”, zachowanie to będzie przez inne osoby osądzone jako nieadekwatne i zostanie ewentualnie sankcjonowane (ukarane).

Interakcje interkulturowe mogą, ujmując to pragmatycznie, być uznane za sytuacje, w których wchodzący ze sobą w interakcję ludzie posiadają różne kulturowe systemy orientacyjne. To odgraniczenie od siebie różnych kultur nie jest tak łatwe, jak to na pierwszy rzut oka wygląda. Interkulturowość – w odniesieniu do subiektywnych elementów kultury – może występować wzdłuż najrozmaitszych przynależności kulturowych danej osoby (jak narodowość, zawód, płeć, przynależność etniczna, pochodzenie regionalne itd.)¹⁰. Na gruncie istniejących obszarów zazębiania się różnych kulturowych systemów orientacyjnych dana sytuacja oceniona może być tak samo lub podobnie także przez przedstawicieli różnych wspólnot¹¹. Aby zdefiniować interakcję jako interakcję interkulturową w węższym znaczeniu, zarówno udział w kulturze (przynależność), jak i różnice pomiędzy ważnymi kulturowymi systemami orientacyjnymi dla danej sytuacji stały się *znaczące*¹². Tego rodzaju znaczenie nie daje się jednakże przewidzieć automatycznie tylko z samej kulturowej przynależności wchodzących ze sobą w interakcję osób, na przykład medianatów (różne narodowości, różne pochodzenie etniczne), można je tylko zrekonstruować. Dla sytuacji konfliktowych jest to tym istotniejsze, jako że w takich sytuacjach działają indywidua, ukształtowane w tej samej mierze przez historię własnego życia, konkretną sytuację i swoją osobowość, co przez swą przynależność kulturową. Stąd szczególnie w kontekstach interkulturowych do stron konfliktu podchodzić należy z otwartym spojrzeniem i nie mogą oni automatycznie być zaklasyfikowani jako reprezentanci „ich” kultury. W o wiele większym stopniu należy rozumieć je jako osoby posiadające wielowarstwową tożsamość¹³.

Skierujmy zatem naszą uwagę na konflikt lub na strony konfliktu w kontekstach interkulturowych.

¹⁰ D. Weidemann, *op. cit.*, s. 39.

¹¹ Jest tak dlatego, że pojedyncze elementy różnych kulturowych systemów orientacyjnych ukazują nie tylko różnice, ale też duże obszary zazębiające się, a indywidualne ukształtowania członków jednej kultury także się między sobą różnią. Właśnie w tym fakcie leży szansa na działania pośrednicze, gdy rozpoznane zostaną kompatybilności wśród indywidualnych stron konfliktu i wsparte zrozumienie dla początkowo „obcego” zachowania.

¹² D. Weidemann, *op. cit.*, s. 38ff.

¹³ S. Fröhlich-Archangelo, V. Iervese, *Konzepte zur Operationalisierung von interkultureller Mediation. Der Ansatz der transkulturellen Mediation sowie die Strategie der Schwellenkonstruktion im Dialog*, [w:] M. Otten, A. Scheitza, A. Cnyrim (Eds.), *Interkulturelle Kompetenz im Wandel*, Bd. 1. *Grundlegungen, Konzepte und Diskurse*, Frankfurt am Main 2007, s. 300.

3. Konflikt/Strony konfliktu w kontekstach interkulturowych

W trakcie konfliktu strony odwołują się na ogół do argumentów odnoszących się do własnej rzeczywistości i własnej percepcji. Te rzeczywistości albo postrzegania rzeczywistości są indywidualne, ukształtowane społecznie i kulturowo¹⁴. Poprzez komunikację w procesie mediacji te zróżnicowane poziomy rzeczywistości powinny być uchwycone i rozpatrzone, tak by w efekcie końcowym stworzony został nowy, wspólny poziom rzeczywistości. *Konflikty interkulturowe* zawierają w sobie poziom rzeczywistości, który powinien być umieszczony w obszarze kultury i który występuje wspólnie: a) wraz z różnicami w kulturowych systemach orientacyjnych i/lub b) z negatywnymi procesami wewnątrzgrupowymi. W dalszej części pragnę zająć się tymi dwiema ważnymi dynamikami wpływu w kontekstach interkulturowych. W pierwszym przypadku różnice leżące u źródła nie będą rozpoznane, w drugim (przypuszczalne) różnice będą nadmiernie podkreślone. Obie dynamiki wpływu mogą w konflikcie oddziaływać zarówno niezależnie od siebie, jak również jednocześnie.

Dynamika konfliktu, uważana w filologii oraz w naukach komunikacyjnych oraz w psychologii interkulturowej za „klasyczną” problematykę, opiera się na występowaniu różnic kulturowych w zakresie wartości, norm, rutynowych zachowań, konwencji rozmów i zasad komunikacji. Innym zaś badaczom nie dają się one od razu odszyfrować, a przez posługującego się nimi nie są one refleksjonowane. Subtelne nieporozumienia językowe odbierane są przez uczestników w najlepszym razie jako lekkie irytacje. Ich następstw nie należy jednak lekceważyć. Kiedy napotykają się różne normy kulturowe lub różne kulturowe wartości, biorące w tym udział osoby wyczuwają zazwyczaj o wiele wyraźniej, że coś „się nie zgadza” albo „coś jest inaczej”. Emocjonalne reakcje są o wiele ostrzejsze, a w ekstremalnym przypadku dochodzi nawet do zatracenia orientacji. W obu wypadkach akcje i reakcje wchodzących ze sobą w interakcje partnerów interpretowane i oceniane są z perspektywy własnego kulturowego systemu orientacyjnego. Prowadzi to do fałszywej oceny faktycznych zamiarów partnera interakcji. Różnice kulturowe jako przyczyny nie zostają rozpoznane. Zamiast tego partnerzy przypisują sobie nawzajem negatywne cechy osobowości, negatywne nastawienie i działania. Przykładowo: różnice kulturowe w zakresie pytań o zachowanie właściwego dystansu mogą doprowadzić do oceny partnera jako „natręta”. Specyficzne dla każdej kultury znaczenie przypisywane poszczególnym tematom rzeczowym albo w dziedzinie związków międzyludzkich może prowadzić także do interpretacji partnera konwersacji jako „niezainteresowanego, obojętnego”. W tej dynamice wpływu na ogół uosobiony zostaje konflikt (częściowo) kulturowy. Może to skutkować ponadto sukcesywną redukcją

¹⁴ C.H. Mayer, *op. cit.*

komunikacji oraz na dłuższą metę eskalacją nagromadzonego potencjału konfliktu¹⁵. W mediacji dochodzą do głosu nie tyle różnice kulturowe jako takie, ile o wiele bardziej znaczenia przypisywane im przez poszczególne indywidua¹⁶. Różnice kulturowe mogą służyć za przyczynę konfliktu lub jego wyzwalacz. Mogą też zaostrzać konflikty istniejące już na innej płaszczyźnie (np. konflikty interesów). W ten sposób powstające w sytuacji konfliktowej reakcje afektowe wyrażane są w sposób kulturowo-specyficzny, np. niepokazywane na zewnątrz (zachowanie twarzy) lub też przeciwnie wyrażnie okazywane (wylewność uczuć). W ten sposób mogą powstawać nieporozumienia w czasie konfliktu, gdyż leżące u ich podstaw uczucia mogą być przez partnera interakcji albo niedocenione, albo przecenione, bądź też w swym znaczeniu mogą być ocenione zupełnie fałszywie¹⁷.

Nieco inaczej osadzoną dynamikę wpływu w kontekstach interkulturowych sprowadzić można do (negatywnych) procesów wewnątrzgrupowych lub stereotypowego i obciążonego przesądami wzoru percepcji. Przyjmijmy, że w pewnej interkulturowej sytuacji różna kulturowo przynależność partnera interakcji jest oczywista i wpływ kulturowych różnic uznawany jest przez nich za prawdopodobny. Jednocześnie jednak partnerom brakuje szczegółowej wiedzy na temat kulturowo specyficznego systemu orientacyjnego partnera interakcji i także brakuje im (np. z powodu już i tak napiętej emocjonalnie sytuacji) motywacji, aby sobie ją przyswoić. W takiej sytuacji jest prawdopodobne odwołanie się do stereotypów i przesądów dla interpretacji akcji i reakcji drugiej osoby. Stereotypy i przesady generalizują grupy, obiekty lub stan faktyczny. Posiadają one dla działań funkcję przewodnią, która – tak samo jak jest to w przypadku kulturowych systemów orientacyjnych – leży często poniżej poziomu świadomości.

Z psychologii kognitywnej wiadomo, że ludzie klasyfikują inne osoby według określonych kategorii na podstawie (zewnętrznych) podobieństw, według których przypisane im są automatycznie cechy charakterystyczne dla danej kategorii. W zasadzie jest to normalny przebieg ludzkiej percepcji. Zaletą takiego systemu kategorii jest szybka orientacja. Ryzyka leżą w zniekształceniach przyjmowania i przerabiania informacji, jako że oceny podejmowane są na bazie niewielu informacji, a co za tym idzie, istnieje niebezpieczeństwo wyłączenia albo zniekształcenia informacji, które nie pasują do danego systemu kategorii¹⁸. Może to prowadzić do nieadekwatnych ocen, trzymania się nietrafionych przypisywań i utwierdzenia się stereotypów.

¹⁵ Por. D. Busch, *Wie kommen Ideen von interkultureller Mediation zustande?*, [w:] M. Otten, A. Scheitza, A. Cnyrim (Eds.), *Interkulturelle Kompetenz im Wandel*, Bd. 1. *Grundlegungen, Konzepte und Diskurse*, Frankfurt am Main 2007, s. 148; K. Kriegel, *op. cit.*, s. 97; A. Thomas, *Psychologie*

¹⁶ K. Kriegel, *ibidem*.

¹⁷ S. Kammhuber, *op. cit.*, s. 301.

¹⁸ Por. S. Schmid, *Akkulturationsorientierungen und akkulturationsbezogene Fremdbilder bei Deutschen und türkischstämmigen Migranten in Deutschland*, Göttingen 2010.

Gdy kulturowe przynależności grupowe stron konfliktu są w danej sytuacji oczywiste, stale obecne, jest dodatkowo wysoce prawdopodobne, że sytuacja ta nie będzie dłużej przez obie strony interpretowana jako interpersonalna, lecz jako *intergrupowa*. W sytuacji intergrupowej zarówno własna osoba, jak i osoba stojąca naprzeciwko prze-stają być postrzegane jako indywidua, lecz jako reprezentanci ważnej dla każdej strony grupy społecznej (etnicznej, narodowej). Wszystkie osoby zostają automatycznie skategoryzowane jako członkowie własnej „In-Group” lub obcej „Out-Group”. Badania na temat „teorii identyfikacji społecznej”¹⁹ wykazały, że w tego typu sytuacjach uruchamiane zostają następujące procesy:

- Dokonywane zostają porównania z drugą grupą. Porównania te mają na celu umożliwienie pozytywnej oceny własnej. Różnice między grupami zostają podkreślone i systematycznie przecenione lub odbierane są wręcz jako sprzeczne i niemożliwe do pogodzenia. Podczas takich porównań własna grupa jest zasadniczo bardziej odbierana pozytywnie niż grupa porównywana.
- W przypadku silnej identyfikacji z własną grupą wywołuje to dodatkowo uczucie wzajemnego zobowiązania między członkami grupy, co oddziałuje na zachowanie poszczególnych osób. Zachowują się one wówczas raczej zgodnie z grupowymi normami ważnymi w ich własnej grupie. Ich indywidualne możliwości działania spychane zostają na drugi plan. Częsta aktywacja tej ważnej społecznej identyfikacji może spowodować społeczną dyskryminację członków innych grup.
- Znaczącym czynnikiem wyraźnie negatywnej dynamiki intergrupowej może być to, że nie kulturowe właściwości albo różnice stają się zarzewiem konfliktu, lecz świadome odgraniczenie osobników należących do jednej grupy od innych grup²⁰. Wspólnie dzielone stereotypy na temat obcej grupy służą wówczas wzmocnieniu poczucia własnej wspólnoty i wytłumaczenia własnego postępowania względem tej grupy. Konflikt zostaje świadomie lub nieświadomie „ukulturowiony”. Także mediatorzy mogą ulec czasem pokusie i przedwcześnie dopatrują się w konfliktach między przedstawicielami różnych grup kulturowych jako przyczynę konfliktu jakieś (najczęściej niejasno zdefiniowane) różnice kulturowe, mimo że różnice te po dokładnej analizie okazują się jedynie nieznaczące. Szczególnie w przypadku przedstawicieli grup, między którymi istnieje na poziomie grupy długa historia problematycznych konfliktów, należy być bardzo ostrożnym z interpretacjami kulturowymi, gdyż bardzo

¹⁹ H. Tajfel, J.C. Turner, *The social identity theory of intergroup behavior*, [w:] S. Worchel, W.G. Austin (Eds.), *Psychology of intergroup relations*, Chicago 1986, s. 7–24; J.C. Turner, *Rediscovering the social group: A self-categorization theory*, London 1987.

²⁰ Por. S. Fröhlich-Archangelo, V. Iervese, *op. cit.*, s. 302.

prawdopodobna jest negatywna dynamika intergrupowa. W podobnym przypadku byłoby dobrze, gdyby stronom udało się osiągnąć zindywidualizowanie konfliktu. Może to się udać wtedy, gdy medianci świadomi są tego, że ich tożsamość jest wielowarstwowa, że określona jest ona przez wiele różnych społecznych przynależności grupowych, a z tych grupowych przynależności wynikające wartości albo konwencje są częściowo nawet ze sobą sprzeczne. Ta świadomość może prowadzić także do podwyższenia gotowości do negocjowania różnic w normach i wartościach²¹.

Na obszarze kontekstów interkulturowych mediatorzy muszą więc stale dokonywać swego wyboru. W każdej interkulturowej mediacji stoją przed wyzwaniem, nie kategoryzowania medianów jako (wyłącznie) nosicieli lub reprezentantów danej kultury, lecz muszą rozpoznać w nich przede wszystkim indywidualnych aktorów konfliktu. Jednocześnie muszą być uwrażliwieni na potencjalne różnice kulturowe i stale rozwijać hipotezy robocze w wymiarze interkulturowym. W ten sposób – sami będąc nosicielami własnej kultury – nie dają się tak łatwo zwieść wrażeniu, że zachowanie przez nich samych odbierane jako zupełnie normalne jest faktycznie także dla wszystkich innych czymś zupełnie normalnym²². Wziąć pod uwagę kulturę, znaczy w tym przypadku mieć do dyspozycji dodatkową wiedzę o specyfice i różnicach w tradycji, wartościach, konwencjach, zasadach zachowania i komunikacji oraz mieć rozwinięte w sobie wrażliwość wyczuwania możliwych różnic kulturowych.

Wszystko to łatwiej jest opisać, niż zrobić. Rodzi się bowiem pytanie, jak mogą powstać hipotezy o *faktycznie ważnych* wpływach kulturowych na przyczyny konfliktu (konflikty w związkach, konflikty w sprawach o rzeczy, konflikty interesów, konflikty strukturalne, konflikty wartości) i leżące u ich źródła, podłoża (wartości, warunki strukturalne, potrzeby, uczucia, nieporozumienia). Mogą tu być pomocne intensywne doświadczenia z określonym systemem orientacyjnym obcej kultury oraz badania interkulturowe.

Z badań lingwistycznych B. Müller-Jacquier²³ zbudował złożoną z dziesięciu kategorii ogólną siatkę kryteriów, która podczas analizy przebiegu komunikacji może być pomocna w wykryciu różnic kulturowych. Do kryteriów tych należą różnice w *organizacji rozmowy* (wymiana mówców), *tematach rozmowy* lub w *przebiegu rozmowy*, tzn. kiedy i jakie określone tematy (np. tematy związków albo tematy rzeczowe) mogą być poruszone w danym kontekście. Istnieją również różnice w tym, jak *bezpośrednio* lub *pośrednio* wyrażone są werbalnie intencje poszczególnych mówców

²¹ *Ibidem*, s. 303f.

²² K. Kriegel, *op. cit.*, s. 100.

²³ Por. B. Müller-Jacquier, *Linguistic Awareness of Cultures. Grundlagen eines Trainingsmoduls*, [w:] J. Bolten (Eds.), *Studien zur internationalen Unternehmenskommunikation*, Leipzig 2000, s. 20–49.

oraz w *parawerbalnej i nonwerbalnej ekspresji wyrazu*. Często rolę w mediacji odgrywa więc wykrywanie różnic w znaczeniu specyfiki kulturowej lub *postrzeganiu pojęć* (np. przyjaciel, rodzina, koncepcja, kompromis itd.). U podłoża konfliktu mogą leżeć również różnice w konkretnej językowej lub niewerbalnej realizacji jakiejś konkretnej *intencji działania* (np. zaproszenia, odmowy itd.).

Wyniki z obszaru psychologii interkulturowej na temat specyfiki kulturowych systemów orientacyjnych grupy z punktu widzenia innej określonej grupy dostarczają rozpowszechnione w Niemczech badania nad stanem kultury²⁴. Standardy kulturowe skupiają się na sytuowanym, interaktywnym i relacyjnym charakterze (w badaniach empirycznych najczęściej narodowo-kulturowych) właściwości kulturowych. Wynikające z nich standardy kulturowe stanowią zbiór aspektów, które prowadzą do irytacji lub niezrozumienia podczas interakcji tych grup. Ponieważ w kontekście przedsięwzięcia badań tego rodzaju w międzyczasie przeprowadzonych zostało bardzo dużo. Na ich podstawie S. Schroll-Machl²⁵ sporządziła listę właściwości i specyfik kulturowych, które szczególnie rzucają się w oczy partnerom i kolegom z wielu różnych krajów podczas ich interakcji z niemieckimi partnerami. Te tak zwane niemieckie standardy kulturowe to: rzeczowa orientacja, wysoka ranga zajmowana przez struktury i reguły, planowanie czasu, (nieświadoma) kontrola, rozdział między obszarami osobowości i życia, bezpośredniość/słaby kontekst²⁶. Można przypuszczać, że szczególnie wzajemne oddziaływanie standardów kulturowych *rozdziel między obszarami osobowości i życia* (między życiem zawodowym i prywatnym oraz między rolą, jaką obejmuje dana osoba i człowiekiem, który się za tym kryje), *rzeczowa orientacja* (rzeczowe tematy, które znajdują się na pierwszym planie, przede wszystkim w kontekstach pracy oraz gdy osoby nie znają się wcale lub prawie wcale) oraz *słaby kontekst* (bezpośrednia werbalna komunikacja, mało sygnałów w kontekście, jasne umowy) prowadzą do powstania typowych stereotypów na temat Niemców jako „zimny” albo „nieprzystępny” naród.

Ponieważ jest to konferencja niemiecko-ukraińsko-polska, powinniśmy tu jeszcze wskazać na niektóre dodatkowe aspekty, które natomiast w kontekstach pracy rzucają się w oczy Niemcom, jeśli chodzi o ich polskich i ukraińskich kolegów. Wciąż na nowo pojawiają się tematy dotyczące radzenia sobie z emocjami, różnie pojmowanej

²⁴ Por. A. Thomas, *Analyse...*, s. 107–135; A. Thomas, S. Kammhuber, S. Schroll-Machl (Eds.), *Handbuch Interkulturelle Kommunikation und Kooperation*, Bd. 2. Länder, Kulturen und interkulturelle Berufstätigkeit, Göttingen 2003.

²⁵ S. Schroll-Machl, *Ergebnisse der Kulturstandardforschung: Deutschland*, [w:] A. Thomas, S. Kammhuber, S. Schroll-Machl (Eds.), *Handbuch Interkulturelle Kommunikation und Kooperation*, Bd. 2. Länder, Kulturen und interkulturelle Berufstätigkeit, Göttingen 2003, s. 72–89.

²⁶ *Ibidem*.

hierarchii, obchodzenia się z etykietą i statusem oraz różnej regulacji związków społecznych²⁷.

Na temat tych aspektów można by jednak wygłosić odrębny referat albo zorganizować odrębny interkulturalny trening. Dokładne wywody na ten temat prowadziłyby w tym miejscu za daleko. Z tego punktu zajmijmy się raczej związkami kulturowymi samego postępowania mediacyjnego.

4. Postępowanie mediacyjne i mediatorzy

Jeżeli postępowanie mediacyjne uznane zostanie za możliwość pośredniczenia w konfliktach interkulturowych, należy postawić pytanie, jak dalece samo postępowanie mediacyjne i sposób podejścia mediatorów ukształtowane są przez obecną kulturę pochodzenia bądź kulturę zastosowania. Teoretyczne rozważania, niektóre studia empiryczne i także ponadkrajowe sprawozdania z mediacji pozwalają wnioskować, że koncepcja mediacji w żadnym razie nie może być pojmowana jako kulturowo neutralna. Zasady mediacji powinny być raczej rozumiane jako ważne i w określonych kontekstach wypróbowane orientacje działań, które sensownie opierają się na fundamencie wspólnej kulturowej pamięci i wspólnie kształtowanej codzienności. Dzięki temu dają one bezpieczeństwo na poziomie zachowań. W kontekście interkulturowym te orientacje działań muszą być sprawdzone²⁸. Przy tym w interkulturowych kontekstach bariery napotyka nie to, co jest zamierzeniem mediacji, lecz to kiedy, jak i pod jakimi warunkami to się odbywa²⁹.

Już generalna ocena zaistnienia konfliktu różni się w zależności od kultury. Powiązana z tym ściśle jest częstotliwość podejmowania prób rozjemczych przez osoby trzecie. Przykładowo podczas powstawania konfliktu w społeczeństwach ukształtowanych przez kolektywistyczne kulturowe systemy orientacji interwencja strony trzeciej odbywa się bardzo szybko, tak aby zachować albo zrekonstruować zagrożoną społeczną harmonię, lub uniknąć zagrożenia honoru³⁰. Rozjemstwo podejmowane przez osoby trzecie jest więc tam obecne od stuleci i natrafia się na nie o wiele częściej niż w społeczeństwach o nastawieniu raczej indywidualistycznym, jak np. społeczeństwo niemieckie. Stąd szczególnie w społeczeństwach, w których istnieje tradycja rozjemstwa

²⁷ Por. L. Fink, S. Gruttauer, A. Thomas, *Beruflich in der Ukraine*, Göttingen 2009; K. Fischer, S. Dünstl, A. Thomas, *Beruflich in Polen*, Göttingen 2007.

²⁸ Por. K. Kriegel, *op. cit.*; K. Kriegel, *Interkulturelle Mediation als Konfliktlösung in Unternehmen*, [w:] C.I. Barmeyer, J. Bolten (Eds.), *Interkulturelle Personal- und Organisationsentwicklung. Methoden, Instrumente, Anwendungsfälle*, Sternenfels 2009, s. 301–317.

²⁹ K. Kriegel, *Interkulturelle Mediation...*, s. 308.

³⁰ S. Kammhuber, *op. cit.*, s. 302.

podejmowanego przez osoby trzecie, konwencje na temat jak ma wyglądać mediacja, są w już wyobrażeniach ludzi ukształtowane. Osobom przychodzącym z zewnątrz jako rozjemcom zagraża niebezpieczeństwo, że zamiast przyczynienia się do wspierania porozumienia przyczynią się raczej do zwiększenia liczby pojawiających się nieporozumień³¹.

Preferowane strategie rozwiązywania i zażegnania konfliktów i to, co podczas opracowywania konfliktów uznane zostaje za „efektywne” albo „fair”, w zależności od kultury mogą również znacznie różnić się między sobą. Przykładowo badania na temat strategii rozwiązywania konfliktów przeprowadzone wśród Amerykanów z USA, Niemców i Japończyków³² pokazały, że każdy z tych narodów preferuje własne, różniące się od innych strategie. Podczas gdy Amerykanie starali się o pragmatyczną integrację autonomicznie działających stron konfliktu, dla testowanych Japończyków ważne było szczególnie szybkie zakończenie konfliktu, przy czym centralnym argumentem zaangażowanych osób był społeczny status stron konfliktu. Testowani Niemcy natomiast koncentrowali się na uregulowaniach i standardowych procedurach, a także na sporządzeniu możliwie dokładnych zapisów umowy, aby w ten sposób uniknąć niejasności i powstania przyszłych źródeł konfliktów³³. Tego rodzaju różnie oceniane strategie rozwiązywania konfliktów mogą w sytuacjach interkulturowych doprowadzić do trudności i – jak wyjaśniono wyżej – do fałszywej oceny właściwych intencji partnerów interakcji. Kiedy więc na przykład strona niemiecka, aby uniknąć jakichkolwiek niejasności, które mogłyby stać się przyczyną nieporozumień, układać będzie dokładny model umowy, przez stronę japońską może to być ocenione jako wyraz braku zaufania do partnera³⁴.

Rozwiązanie konfliktu uznawane jest w naszym kraju za „fair”, jeśli połączone jest ono tak, jak proponuje to mediacja, z partycypacją i równowagą sił. W Chinach mediacji raczej nie udaje się pokonać hierarchii, stopień partycypacji stron konfliktu jest tam bowiem niższy niż w Niemczech³⁵. Według rozpowszechnionego u nas zrozumienia mediacji zadaniem mediatora jest moderacja procesu, jednak organizacja jej treści i niezależność interpretacji pozostają całkowicie w gestii stron konfliktu. Badania technik stosowanych przez mediatorów chińskich³⁶ pokazały, że – w przeciwieństwie do

³¹ S. Potsch-Ringeisen, S. Schondelmayer, *Forschungsfelder interkultureller Mediation. Kontrastive und interaktionsorientierte Studien*, [w:] M. Otten, A. Scheitza, A. Cnyrim (Eds.), *Interkulturelle Kompetenz im Wandel*, Bd. 1. *Grundlegungen, Konzepte und Diskurse*, Frankfurt am Main 2007, s. 288.

³² C.H. Tinsley, *How negotiators get to yes: Predicting the constellations of strategies used across cultures to negotiate conflict*, „Journal of Applied Psychology” 2001, 4, s. 583–593.

³³ S. Kammhuber, *loc. cit.*

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ K. Kriegel, *Interkulturelle Mediation...*, s. 310.

³⁶ Por. J.A. Wall, *Community and Family Mediation in the People's Republic of China*, „The International Journal of Conflict Resolution” 1995, s. 30–47.

„zachodniego” rozumienia mediacji – proponują oni stronom konkretne propozycje rozwiązań i próbują nakłonić strony konfliktu do ustępstw i kompromisów, bardzo dużą uwagę przywiązując jednocześnie do emocjonalnego tła sporu³⁷. W Niemczech natomiast podkreśla się zewnętrżność i absolutną neutralność działalności rozjemczej w mediacji, zwłaszcza profesjonalne podejście mediatora powinno odznaczać neutralnością. Nie może on w żadnym wypadku być częścią płataniny związków stron konfliktu. W wielu kulturach afrykańskich natomiast jest wręcz przeciwnie: tam „rozjemca”, aby jego propozycja pośredniczenia potraktowana została poważnie, powinien znajdować się w osobistych związkach ze stronami konfliktu³⁸. Inne kryteria czyniące wybór danej osoby na mediatora prawdopodobnym to: status społeczny w życiu gminy, przynależność religijna albo wiek³⁹.

Mimo że powyżej ukazane przykładowe zestawienia zróżnicowanego podejścia do postępowania mediacyjnego pochodzą z bardzo odległych kultur, nie wolno nam zapomnieć, że także w Europie istnieją różniące się od siebie sposoby podejścia i dyskusje na temat mediacji. Kriegel, na przykład, relacjonuje, że indywidualne rozmowy przed mediacją we Francji są właściwie regułą, a w Niemczech raczej wyjątkiem, i przypuszcza, że powodem tego mogą być różne koncepcje zaufania i związków w obu krajach⁴⁰.

W sytuacjach interkulturowych także mediatorzy konfrontowani są z sytuacjami, które ich dezorientują. Choć tak samo jak medianci pragnęliby móc sięgnąć do dobrze znanych struktur (procesu mediacyjnego), zmuszani są do opuszczania bezpiecznego gruntu własnych oczywistych czynności⁴¹. Samo postępowanie mediacyjne musi przynajmniej częściowo stać się przedmiotem procesu negocjacyjnego. Należy więc radzić, aby w mediacjach interkulturowych szczególny nacisk położony był na wstępną fazę mediacji po to⁴², by wykryć, jaki jest stosunek stron konfliktu do samego postępowania. Podczas fazy wyjaśniania konfliktu przychodzi czas na kulturową samorefleksję i refleksję drugiej strony konfliktu, zawierającą dyskusję na temat specyficznych kulturowo systemów orientacji. Jednak także w sprawie linearnego przebiegu mediacji, w którym w różnych fazach załatwiane są różne sprawy („wszystko w swoim czasie”), mediatorzy muszą być przygotowani na możliwe odstępstwa.

Aby skutecznie przeprowadzić mediację interkulturową, wielkie znaczenie dla mediatorów mają następujące kompetencje⁴³:

- 1) powinni posiadać wiedzę na temat obcych kultur;

³⁷ Por. S. Potsch-Ringeisen, S. Schondelmayer, *op. cit.*, s. 286f.

³⁸ K. Kriegel, *Interkulturelle Mediation...*, s. 310.

³⁹ S. Kammhuber, *op. cit.*, s. 303.

⁴⁰ K. Kriegel, *Interkulturelle Mediation...*, s. 310.

⁴¹ K. Kriegel, *Interkulturelle Aspekte...*, s. 97.

⁴² C.H. Mayer, *op. cit.*

⁴³ Por. S. Kammhuber, *op. cit.*; K. Kriegel, *Interkulturelle Aspekte...*; C.H. Mayer, *op. cit.*, s. 128.

- 2) muszą mieć świadomość własnych przesądów, stereotypów i wartości, a także własnych przemyśleń i uczuć na temat będący przedmiotem konfliktu, aby zachować bezstronność w stosunku do wszystkich zaangażowanych osób;
- 3) muszą być w stanie dokonywać zmiany perspektywy także w sytuacjach dla nich na początku niezrozumiałych;
- 4) powinni posiadać zdolność konstruowania „nowej kultury” bądź wspólnego punktu widzenia na konflikt;
- 5) powinni zajmować się tematami narodowej i kulturowej identyfikacji lub przynależności oraz wpływem języka i językowych nieporozumień;
- 6) powinni stawiać sobie takie pytania, jak: Jakie znaczenie w zaangażowanych w konflikt kulturach mają strony trzecie jako mediatorzy, jaki jest ich status społeczny i jaka władza jest im przypisywana? Jaki jest przebieg postępowania mediacyjnego w zaangażowanych kulturach? Kto może zostać zaakceptowany przez obie strony jako mediator albo zespół mediatorski? Jakie zachowania są preferowane w celu uregulowania konfliktu? Kiedy konflikt zostaje uznany za zakończony i rozwiązany, co oznacza dla stron konfliktu „fairness” i „sprawiedliwość”? Itd.

5. Zakończenie

Sukces mediacji bazuje na możliwości zorganizowania komunikacji w sposób przejrzysty i zorientowany na określony cel, co nadaje jej jakość, której nie posiada ona na co dzień⁴⁴. Dlatego mediacja mimo swoich kulturowo powiązanych technik i sposobów postępowania uznawana jest w zasadzie za odpowiednie postępowanie, aby podjąć się pośredniczenia w kontekstach interkulturowych. Tego typu konteksty stawiają mediatorów przed wielkimi wyzwaniami, wymagając od nich ciągłego balansowania między uwrażliwieniem na różnice kulturowe i niebezpieczeństwem przewartościowania tych różnic. Jednakże pamiętać trzeba o tym, że obojętnie, jak bardzo orientacje kulturowe wpływają na przebieg konfliktu i na proces mediacji i jak bardzo trzeba powstrzymać się od faworyzowania jednej czy drugiej orientacji kulturowej: *Culture is no excuse*⁴⁵. Kultura nie może być standardowym usprawiedliwieniem dla uporczywego obstawania przy swoich stanowiskach. Właśnie w tej postawie leży możliwość powiększenia możliwości działania mediatorów w konfliktach między stronami pochodzącymi z różnych kultur⁴⁶.

⁴⁴ K. Kriegel, *Interkulturelle Aspekte...*, s. 97.

⁴⁵ *Rapport: Culture is no excuse. Critiquing multicultural essentialism and identifying the anthropological concrete*, "Social Anthropology – The Journal of the European Association of Social Anthropologists" 2003, 11(3), s. 373–380.

⁴⁶ S. Fröhlich-Archangelo, V. Iervese, *op. cit.*, s. 300.

Społeczne i psychologiczne podstawy sterowania konfliktami

W psychologii znana jest ogólnie teza, że konflikt wybucha w tym momencie, kiedy jedna ze stron rozstrzygnie, że roszczenia drugiej strony są nie do pogodzenia z jej własnymi. Oznacza to, że dana sytuacja wtedy uznawana jest przez człowieka za sytuację konfliktową, kiedy nastąpi jej projekcja w świadomości, a w skonstruowanym wewnętrznym obrazie wydarzeń za przeszkodę na drodze do realizacji naszych roszczeń uznany zostaje ktoś inny.

Psychologia społeczna nie kwestionuje interpretacji konfliktu w naukach społecznych jako kolizji interesów, jej hipoteza jednak przyjmuje, że obraz rzeczywistości jest konstruowany przez podmiot, tzn. wydarzenia nie odbijają się pasywnie, lecz aktywnie wpisują się w obraz rzeczywistości, który istnieje już w głowie danego człowieka. Odpowiednio zatem sytuacja nie generuje zachowania zaangażowanego w nią człowieka, tak jak generowałaby zachowanie niezaangażowanego w nią człowieka, jej specyficzna interpretacja jest zatem projekcją postrzegania sytuacji przez uwikłanego w nią człowieka.

Można przytoczyć tu następujący przykład: trwające niezadowolenie społeczeństwa z rozwoju sytuacji na Ukrainie bazuje obiektywnie na znacznym zmniejszeniu produkcji – produkt krajowy brutto wyniósł w latach 1998–1999 ok. 41% poziomu roku 1990. W następnych 15 latach udało się osiągnąć wzrost PKB do wysokości jedynie 70% poziomu z roku 1990. Miało to bezpośredni wpływ na poziom życia ukraińskiego społeczeństwa, ponadto pogłębił się podział społeczeństwa na biednych i bogatych, a jego skutkiem wśród Ukraińców jest poczucie bycia oszukanym i rozczarowania niespełnionymi oczekiwaniami. Do tego jeszcze nastąpiła projekcja powstałego wskutek społecznych konfliktów niezadowolenia na poziom transregionalnego (wschód–zachód Ukrainy) konfliktu językowego i na poziom konfliktu związanego z przyjętymi przez rząd kierunkami polityki zagranicznej (dążenie do stowarzyszenia z UE lub parcie do

* Andriy Girnyk, doktor filozofii, profesor, kierownik Centrum Badania Konfliktów i Psychoanalizy Narodowego Uniwersytetu „Kyjewe-Mohyljanska Akademia”.

unii celnej z Rosją, czy należy może zachować status poza blokami czy dążyć do przyjęcia do struktur NATO?). Żądania wysuwane przez zwolenników federalizmu i uznania języka rosyjskiego za oficjalny drugi język na Ukrainie to w rzeczywistości przesunięte żądania sprawiedliwości społecznej, a ich głównym zadaniem jest redukcja napięć emocjonalnych, powstających przez tzw. stres biograficzny, tzn. stres spowodowany poprzedzającym terażniejszość okresem życia. Zdaniem L. Coser¹ tzw. „konflikt nierealistyczny” jest odpowiednikiem frustracji. Ważne jest, że jedna ze stron konfliktu nie odbiera go jako czegoś przeformułowanego (o przeformułowaniu problemu mówimy, gdy oczywisty konflikt skrywa w sobie inny, który tak naprawdę ten konflikt powoduje) i nie tłumaczy swojej agresji i nieustępliwości argumentami pseudoracjonalnymi. W wewnętrznym obrazie świata agresywne zachowanie tłumaczone jest koniecznością ochrony własnych najważniejszych interesów przed możliwą agresją drugiej strony.

Teza o „wewnętrznym obrazie”, kognitywny schemat konfliktu, wydaje się przeczyć pojęciu „nieświadomego konfliktu”, tak owocnie rozwiniętemu przez S. Freuda i jego następców. Przyjrzyjmy się dokładniej temu, co Freud nazywa „nieświadomym konfliktem”. To niedopasowanie wysiłków, motywów, których człowiek sam nie widzi (lub nie chce widzieć), a które powinien spostrzec psychoanalityk. Oznacza to, że konflikt instynktownych skłonności i wymagań moralnych, o którym pisze S. Freud, tworzy określoną konstrukcję, swego rodzaju schemat, którego zgłębienie umożliwia psychoanalitykowi zdefiniowanie sytuacji pacjenta jako sytuacji specyficznie zorganizowanej. Psychoanalityk wypełnia tę strukturę konkretnymi informacjami uzyskanymi od pacjenta i przedstawia pacjentowi wypracowany przez siebie obraz jego wewnętrznego konfliktu. Psychoanalityk przyczynia się w ten sposób do tego, że pacjent lepiej kontroluje swoją sytuację. Można by stwierdzić, że pojęcie „nieświadomego konfliktu” jest w sobie samo sprzeczne, opisuje ono sytuację nie z punktu widzenia sytuacji wyjściowej podmiotu (który sam nie widzi żadnych konfliktów), lecz z punktu widzenia obserwatora, który wprowadzając tę konstrukcję do świadomości pacjenta, pomaga mu w ten sposób opanować sytuację.

Wracając do pojęcia „schematu poznawczego”, zwróćmy uwagę na to, że łączy ono w sobie indywidualne doświadczenia i wiedzę z kluczowym przekonaniem o niezgodności celów stron. Wykształcony przez strony schemat konfliktu steruje kodowaniem, organizacją i selekcją informacji. W zależności od podmiotu kluczowe przekonanie dotyczące niezgodności celów może przynieść różne skutki. Na przykład europejski wybór Ukrainy (tzn. uznanie niezgodności drogi i celów realizowanych przez dzisiejszą Rosję z celami Ukrainy) przewidywał jedynie uzgodnienie pewnych pytań z sąsiadem

¹ Por. Л. Козер, *Функции социального конфликта*, Москва 2000.

z północy, podczas gdy w Rosji odebrano go jako wrogi krok, wymagający jako odpowiedzi siłowego nacisku i agresji.

Zachowanie w konkretnej sytuacji uzależnione jest także od istnienia schematu i jego dostępności. Jeżeli dalej posłużymy się przykładem stosunków ukraińsko-rosyjskich, należy zwrócić uwagę na to, że model wspierania separatystów (bronią i wojskowymi doradcami) i innych ruchów opozycyjnych wobec rządu był często stosowany przez Związek Radziecki, którego spadkobiercą jest obecna Rosja; model agresywnego podbijania obcych terytoriów przez Rosję zastosowany był już w przypadku Gruzji, model siłowego nacisku na kraje sąsiedzkie realizowała Rosja wielokrotnie (ten model jest najbardziej dostępny, przy tym większość Rosjan odbiera go jako rutynową ochronę państwowych interesów, a nie jako łamanie prawa międzynarodowego). Wychodząc z tej pozycji i przy uwzględnieniu wzrostu gospodarczej siły Rosji, jej agresja była całkowicie przewidywalna (choć dla Ukrainy była nieoczekiwana).

Każda uwikłana w konflikt osoba ma swój własny schemat poznawczy lub wewnętrzny obraz konfliktu, który zresztą w czasie konfliktu wielokrotnie może ulec zmianie. Wewnętrzny obraz konfliktu ucieleśnia postrzeganie struktury konfliktu przez zaangażowanie w konflikt; podmiot stawia w nim innych uczestników konfliktu w określonym stosunku do siebie, nadaje im określone cechy charakterystyczne i łącząc je ze sobą, pozostawia zdolność do zamiany miejsca. Umożliwia to „rozgrywanie” sytuacji we własnej fantazji, sprawdzanie możliwych wariantów działań własnych i działań innych uczestników konfliktu, a to z kolei pozwala na prognozowanie wyniku w zależności od wybranych reakcji. Wykształcenie wewnętrznego obrazu konfliktu uznawane jest za specyficzny „sposób widzenia” danej sytuacji, działania drugiej strony nie są odbierane jako sygnał zaistnienia problemu, lecz jako działania wrogie, skierowane przeciwko nam (naszym prawom, interesom, naszemu honorowi). Innymi słowy, wewnętrzny obraz konfliktu przedstawia rozkodowanie przez podmiot posiadanych informacji w celu rozpoznania ich sensu i ukrytych znaczeń.

Wewnętrzny obraz konfliktu zawiera elementy racjonalne, emocjonalne i ściśle związane z motywacją. Element emocjonalny powstaje momentalnie i jest prawdopodobnie związany z określonymi markerami, warunkującymi strukturyzację pola poznawczego danej sytuacji i z punktu widzenia warunkowanego pozostającego pod wpływem własnego nastawienia. Jeżeli w wewnętrznym obrazie konfliktu dominuje element emocjonalny, osoba reaguje w sposób do pewnego stopnia „automatyczny” (może być to automatyczna agresja, automatyczny przestach, uległość *etc.*). Z tego powodu większość rekomendacji co do zachowań w sytuacji konfliktowej kładzie szczególny nacisk na wyhamowanie „reakcji automatycznych” („proszę pójść na balkon” [Ch. P. Lickson], „proszę wygładzić swoje piórka” [R. Schaler], „proszę się nie spieszyć

z reakcją”) i zwiększenie roli elementu intelektualnego („proszę przeanalizować sytuację”, „sprecyzować swoje cele”, „poszukać dodatkowych informacji”). Jednocześnie jednak w danej kulturze może istnieć wymóg automatycznej i momentalnej reakcji na obrazę (kodeks Bushido, zapisane i niepisane zasady kodeksu męskiego honoru). Element związany z motywacją zależy od nastawienia podmiotu do konfliktu i związany jest ze zmianami w zachowaniu dokonującymi się pod wpływem konfliktu oraz z aktualizacją działań w celu uporania się z konfliktową sytuacją. Jeśli poznamy wewnętrzny obraz konfliktu danej osoby, możemy przewidzieć jej zachowanie i m.in. zdiagnozować jej pozycję podczas konfliktu, przewidzieć, czy zajmie ona pozycję aktywną czy pasywną, elastyczną czy sztywną, twardą czy łagodną, lecz także na przykład tzw. adaptacyjnie aktywną, tzn. zorientowaną na osiągnięcie maksymalnych korzyści lub pasywnie adaptacyjną, „cierpiętniczą” albo ewentualnie mieszczącą się gdzieś między tymi dwiema pozycjami. Im mniej dana osoba świadoma jest własnego wewnętrznego obrazu konfliktu, tym mniej jest zdolna do sterowania swoim zachowaniem. Wykształcenie wewnętrznego obrazu konfliktu wpływa na społeczny i psychologiczny fenomen skłonności do „postępowania na rzecz własnego ja”. Badania dowodzą, że większość współczesnych ludzi przesadnie ocenia swoje możliwości i zdolności i uznaje je za ponadprzeciętne. Przeceniamy rozpowszechnienie właściwych nam braków wśród innych ludzi (błędny konsens) i nie doceniamy częstotliwości występowania zdolności i cnót, uznawanych przez nas za nasze własne (błędna ocena własnej wyjątkowości). Jak stwierdził D. Mayers, „ludzie uważają swoje braki za normę, a swoje cnoty – za rzadkość”².

Skłonność do forowania własnego „ja”, znajdującą wyraz w wierze we własny potencjał, wspomaga w uciążliwym pokonywaniu trudności, skłania nas do tego, byśmy mimo niezbyt szczęśliwego początku jakiejś sprawy nie popadali w rozpacz; skłonność ta jest więc pozytywna. Jednocześnie jednak skłonność do forsowania własnego „ja” prowadzi do wykształcenia podczas konfliktu nieadekwatnego do rzeczywistości wewnętrznego obrazu konfliktu, w którym wyglądamy lepiej niż w rzeczywistości, a nasz przeciwnik gorzej. Dlatego pośrednictwo podczas wyjaśniania pozycji i zamiarów stron pomaga w wykształceniu adekwatnego wewnętrznego obrazu konfliktu, a tym samym ułatwia przejście od konfrontacji do analizy interesów i możliwości, a to oznacza krok w stronę ugody. Kiedy znamy wewnętrzny obraz konfliktu najważniejszych jego uczestników, lepiej możemy ocenić skuteczność określonych działań i to, jaka pozycja jest przegrana.

Ponadto ludzie często skłaniają się do niedoceniań wpływu sytuacji na drugą osobę i do przeceniania roli charakterystycznych dla własnej osobowości, właściwości i nastawień, co Lee Ross uznaje za fundamentalny błąd atrybucji. Oznacza to, że w sytuacji konfliktowej koncentrujemy się zwykle na działaniach drugiej strony, to druga

² Д. Майерс, Социальная психология, Питер 2000, с. 86.

strona wydaje nam się być źródłem doznawanych nieprzyjemności, a sama sytuacja uznawana jest jedynie za tło wydarzeń. W ten sposób kształtują się uprzedzenia, jeśli chodzi o cechy moralne drugiej strony, co przeszkadza w zorientowaniu się na współpracę i zaostrza konfrontację. Kiedy uda nam się wyjaśnić stronom konfliktu mechanizm tworzenia uprzedzeń, może stać się to jedną z dróg do złagodzenia powstałych między nimi napięć. Jako inną drogę można przyjąć podjęcie kroków zmierzających do rozładowania napięć – inicjatywę jednej ze stron wyświadczenia drugiej stronie określonej małej przysługi, zrealizowanej po oświadczeniu o dążeniu do zawarcia pokoju. Taka inicjatywa zawiera propozycję skierowaną do drugiej strony do podjęcia podobnych działań i skierowana jest na zbudowanie atmosfery zaufania między stronami.

Proces sterowania konfliktu przez trzecią stronę można uznać za organizację stopniowego zbliżenia między stronami, w kierunku przyjęcia odpowiadającego obu stronom rozwiązania. Sensowna jest przy tym następująca kolejność postępowania:

- 1) organizacja możliwego do przyjęcia systemu współdziałania stron;
- 2) analiza i diagnostyka sytuacji konfliktowej;
- 3) określenie najważniejszych interesów i strategii stron;
- 4) prognoza wpływu okoliczności i warunków zewnętrznych na przebieg konfliktu;
- 5) planowanie i organizacyjne wsparcie przewidzianych środków postępowania;
- 6) motywacja stron do konstruktywnego zażegnania konfliktu;
- 7) rejestracja zgłaszanych przez strony propozycji, wybór i dopracowanie najlepszych rozwiązań;
- 8) sformułowanie postanowienia końcowego i analiza ewentualnych przeszkód na drodze do jego realizacji;
- 9) analiza doświadczeń stron zdobytych podczas przebiegu konfliktu i dokonanych zmian.

Istnieją cztery poziomy zażegnania konfliktu:

- 1) odroczenie konfliktu, tzn. osiągnięcie porozumienia o zaprzestaniu działań przynoszących szkodę drugiej stronie;
- 2) ugoda na temat konkretnych kontrowersyjnych pytań;
- 3) odkrycie i likwidacja przyczyn konfliktu;
- 4) całkowite pogodzenie stron.

Niektórzy wierzą (co moim zdaniem jest błędne), że właśnie brak władzy wykonawczej jest specyficzną cechą pośrednictwa jako jednej z możliwości sterowania konfliktem. W sytuacji, gdy kompetencja do podejmowania decyzji w sprawie rozwiązania konfliktu leży w mocy stron konfliktu, przedstawia się to jako brak mocy sprawczej pośrednika. Jednak kompetencja do podejmowania decyzji jest tylko jednym z rodzajów mocy.

Jak zauważył amerykański naukowiec Jack R. O'Donnell, ludzie często nie zdają sobie sprawy z niektórych rodzajów posiadanej przez nich mocy, której mogliby użyć jako narzędzi podczas rozwiązywania konfliktu. Rozróżnia on dziewięć rodzajów takiej mocy, porządkując je według ich kosztów (najtańsze na początku, najdroższe na końcu):

1. Moc postępowania – zdolność do stopniowania organizacji procesu w taki sposób, by umożliwić stopniowe rozwiązywanie wszystkich sprzeczności.
2. Moc osobowości – zdolność do wpływania na decyzje, działanie i zachowanie innych za pomocą logiki, uporu, zaufania, przyjaźni itp.
3. Moc rekomendacji – zdolność do sterowania postępowaniem innych poprzez powoływanie się na precedensy, obowiązujące standardy, przykłady, własne poważanie w społeczeństwie i opinię publiczną.
4. Moc eksperta – zdolność do wykorzystania własnych umiejętności, wiedzy i doświadczenia dla wpływania na decyzje innych.
5. Umiejętność wykorzystania rezerw materialnych, czasowych, prognozy na przyszłość i wsparcia ze strony kolegów przy podejmowaniu niezbędnych decyzji.
6. Moc zamiany – umiejętność zamiany czegoś za coś w celu osiągnięcia niezbędnej decyzji.
7. Moc nagradzania – umiejętność nagradzania ludzi za podejmowanie określonych działań.
8. Moc hierarchii – umiejętność wykorzystania własnej pozycji zawodowej w celu wpływania na innych ludzi.
9. Moc karania – umiejętność wycofania poparcia lub zastosowania groźby ukarania, eskalacji konfliktu, publicznego podania do wiadomości stanu rzeczy, w celu wywarcia wpływu na decyzje innych. Jest to bardzo kosztowny środek, zwłaszcza gdy wziąć pod uwagę perspektywę dalszego rozwoju wzajemnych stosunków między stronami konfliktu.

Dla stron konfliktu wymienione wyżej rodzaje mocy właściwe są w różnym stopniu. Pośrednik (mediator) jest zainteresowany tym, by strony nie zrobiły użytku z posiadanych własnych mocy dla zaszkodzenia drugiej stronie, lecz by skierowały je na rozwiązanie konfliktu. Aby przyczynić się do konstruktywnej współpracy stron w celu rozwiązania konfliktu pośrednik (mediator) potrzebuje również mocy (uprawnień). Jednocześnie nie wolno mu zapomnieć, że wyłączne prawo do podejmowania decyzji mają strony konfliktu.

Proces pośrednictwa ma dwie orientacje:

- na osiągnięcie ugody,
- na polepszenie stosunków między stronami.

W rzeczywistym procesie pośrednictwa z reguły obecne są obie orientacje, a ich wzajemny do siebie stosunek kształtowany jest przez pośrednika na podstawie analizy konkretnej sytuacji. W literaturze można znaleźć wiele różnych stylów działalności mediatorów: ewaluatywny, wspomagający lub transformatywny. Style te są uwarunkowane własnym lub szerszym podejściem do sprawy oraz orientacją na ocenę lub ewentualnie kalkulacją na pomoc.

Mediatorzy orientujący się ściśle na systematyczne badanie wartości lub cech danego programu (mediacja ewaluatywna) wychodzą z założenia, że strony zwróciły się do nich w celu uzyskania pomocy w rozwiązaniu konkretnego, technicznego problemu. Strony często same przedtem zdefiniowały ten problem, a sformułowane jest to zazwyczaj w następującej formie: „Kto jest komu ile winien?”. Mediator ewaluatywny pomaga stronom dojść do zgody na drodze uczciwej oceny własnych pozycji, zysków i strat. Faktyczna ewaluacja dokonuje oceny aspektów prawnych sprawiedliwości określonej decyzji. Mediator działa jako sędzia rozjemczy i doradca. Najczęściej za pomocą „dyplomacji wahadłowej” i osobnych rozmów ze stronami. Mediator orientuje się bardziej na zabezpieczenie praw wynikających z systemu prawnego niż na realizację interesów stron. Jeśli orientuje się na pomoc przy rozwiązaniu konkretnego problemu, który warunkuje dany konflikt, używa podejścia ewaluatywno-wąskiego, jeśli koncentruje się na dążeniu do pogodzenia stron, używa podejścia ewaluatywno-szerokiego. Możliwe style mediacji, z którymi możemy się spotkać przy rozwiązaniu konkretnego problemu, przedstawia poniższy schemat.

Styl oceny		
wąski	Wąski styl oceny (sędzia rozjemczy – doradca)	Szeroki styl oceny (styl dążący do przywrócenia pokoju)
	Styl wspomagający wąski (prowadzący sekretarz)	Styl wspomagający szeroki (terapeuta)
Styl wspomagający		szeroki

Mediator zorientowany na styl wąski i wspomagający (mediacja ewaluatywna) uważa za swoją misję polepszenie komunikacji między stronami w celu wspomagania ich tak, by same zdecydowały, co należy zrobić. Stara się zabezpieczyć postępowanie w celu podtrzymania pertraktacji. Nie udziela rad ani rekomendacji i nie pozwala sobie na stawianie prognoz co do przebiegu postępowania sądowego. Uważa siebie za kogoś,

kto odpowiedzialny jest za przestrzeganie niuansów postępowania, podczas gdy to strony odpowiadają za treść pertraktacji i poszukiwanie możliwych do przyjęcia rozstrzygnięć. Podczas pertraktacji przejmuje przede wszystkim rolę protokolującego sekretarza. Mediacja wspomagająca powstała jako wynik praktyki pracy mediatorów-wolontariuszy, choć styl ten w chwili obecnej często używany jest także przez zawodowych mediatorów.

Mediator pracujący w stylu wspomagającym i szerokim (mediacja transformatywna) pragnie pomóc stronom w realizacji ukrytych interesów. Oczekuje, że stosunki między stronami ulegną diametralnej zmianie, przechodząc z konfrontacyjnych na przyjazne i że przejście od walki do współpracy odbędzie się podczas rozwiązywania problemu w czasie procesu mediacji. Uważa on za konieczne przekraczanie granic przedmiotu konfliktu w celu odkrycia rezerw i potrzeb mogących zostać zaspokojonymi poprzez wymianę lub wspólne użytkowanie. W mediacji transformatywnej reguły postępowania w procesie mediacyjnym ustalają najczęściej strony, one też opracowują kryteria oceny propozycji.

Uważa się, że mediacja wspomagająca i mediacja transformatywna potrzebują więcej czasu. Zwolennicy mediacji ewaluatywnej twierdzą, że nawet gdy strony nie mogą się porozumieć, pragną one wiedzieć, jakie rozwiązanie jest najsprawiedliwsze. Zwolennicy mediacji wspomagającej i transformatywnej uważają za zaletę tych stylów, że pomagają one stronom zrozumieć ich własną odpowiedzialność za znalezienie rozwiązania. Zwolennicy mediacji transformatywnej twierdzą też, że zwolennicy innych stylów wywierają na swoich klientów większy nacisk w celu osiągnięcia porozumienia.

Berkowitz, ja i inni zanalizowaliśmy 284 przypadki międzynarodowego pośrednictwa w okresie od 1945 do 1989 r. Twierdzimy, że sukces pośrednictwa nie zależy jedynie od obranej strategii, lecz także od całego szeregu warunków. I tak, konflikty z odpowiednio mniejszą intensywnością (z krótkim terminem ważności i niewielką liczbą ofiar) dają się o wiele lepiej kierować przy pomocy działań pośredników zmierzających do przywrócenia pokoju niż konflikty intensywne. W przypadkach, w których siły stron konfliktów były równe, 53% konfliktów zostało zażegnanych, podczas gdy w konfliktach pomiędzy państwami, których siły nie były zrównoważone, rezultaty przyniosło jedynie 6% wysiłków rozjemców. Prawdopodobieństwo sukcesu było najwyższe w przypadkach, w których strony nie tylko dorównywały sobie siłą, lecz jednocześnie obie strony były stosunkowo słabe.

Mediacja. Zasadnicze problemy, wpływy amerykańskie

I. Zagadnienia wstępne

1. Postępowania kontradiktoryjne i alternatywne załatwianie sporów

Organizacja wymiaru sprawiedliwości należy do klasycznych zadań państwa. Konstytucyjna zasada państwa prawa oraz art. 6 pkt 1 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka uzasadniają ogólne prawo do wymiaru sprawiedliwości w sporach cywilnoprawnych¹. W konstytucyjnym prawie amerykańskim Piąta Poprawka do Konstytucji zapewnia każdemu między innymi prawo do prawidłowego procesu sądowego (*due process*)². Nie da się jednak z tego wyciągnąć wniosku, że dla sporów cywilnoprawnych ustawodawca rezerwował wyłącznie postępowanie kontradiktoryjne.

Trybunał Konstytucyjny w swoim postanowieniu z dnia 14 lutego 2007 r. uznaje uprawnienie ustawodawcy do tworzenia zachęt (bodźców) dla pokonywania sporów na drodze porozumienia³. Musi pozostać jednak otwarta droga do rozstrzygnięcia sporów

* Priv.-Doz., dr jur., LL.M., wissenschaftlicher Referent, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (referent naukowy do spraw prawa międzynarodowego i zagranicznego, Institut Maxa Plancka) Hamburg. Artykuł niniejszy podsumowuje badania przeprowadzone przez autora na tematy: „Alternatywne zażegnywanie sporów przez mediację w USA“ i „Mediacja między wydajną ochroną prawną a prywatyzacją w USA“ w: *Hopt/Steffek* (wyd.), *Mediation – Rechtstatsachen, Rechtsvergleich, Regelungen* (Mediacja – sprawy prawne, ugoda prawna, regulacje – uwaga tłumacza), 2008, s. 403 i n., 923 i n. Podziękowania od referenta dla wydawnictwa (Verlag) Mohr Siebeck Tübingen za udzielenie zezwolenia na przedruk.

¹ H. Prütting, [w:] *Außergerichtliche Streitschlichtung (Pozasądowe zapobieganie sporom)*, H. Prütting (ed.), 22. Aufl. 2003 (Brehm), Rz. 60; F. Stein, M. Jonas, *Kommentar zur Zivilprozeßordnung*, Bd. 1. *Einleitung*, §§ 1–40 (Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego, t. 1. Wprowadzenie), przed § 1, Nb. 286; M. Dimde, *Rechtsschutzzugang und Prozeßfinanzierung im Zivilprozeß – Eine ökonomische Analyse des Rechts (Dostępność ochrony prawnej i finansowanie postępowania w procesie cywilnym – ekonomiczna analiza prawa)*, 2003, s. 32 i n.

² Piąta Poprawka do Konstytucji (USC-Constitution, Amend. 5) brzmi: „No person shall... be deprived of life, liberty, or property, without due process of law...” („Nikt nie może [...] być pozbawiony życia, wolności lub mienia bez prawidłowego wymiaru sprawiedliwości...” [red.]).

³ BVerfG 14.2.2007, Orzeczenie 1 BvR (Trybunału Konstytucyjnego Niemiec) 1351/07 <www.bverfg.de/entscheidungen/rk20070214_bvr135101.html>; por.: H. Prütting, *op. cit.*, przyp. 2, Nb. 60 i n.; W. Preibisch, *Außergerichtliche Vorverfahren in Streitigkeiten der Zivilgerichtsbarkeit, Schriften zum Prozeßrecht 75 (Pozasądowe postępowania wstępne w sporach sądownictwa cywilnego, pisma na temat prawa procesowego)*, 1982, v. 75, s. 86 i n.

przez sądy państwowe. W prawie amerykańskim *Alternative Dispute Resolution* ścierają się ze sobą dwie różne koncepcje regulacji rozwiązywania sporów: tzw. programy *Community Justice* koncentrują się na nieformalnych postaciach rozwiązywania konfliktów w przestrzeni pozapaństwowej⁴. Ważną rolę odgrywają tu inicjatywy prywatne, dobrovolność i elastyczna organizacja postępowania⁵. W przeciwną stronę kierują się wysiłki narodowych i stanowych administracji wymiaru sprawiedliwości USA, których celem jest odciążenie sądów od stale rosnącej liczby procesów. Mnożą się głosy wzywające do zapobiegania sporom prawnym już na obszarze przedsądowym poprzez stworzenie elastycznych form postępowania rozwiązywania sporów. Obowiązujące zasady postępowania nie mogą przy tym zrezygnować z bezwzględnie obowiązującego prawa, ponieważ inaczej zagrożony zostałby politycznoprawny cel zabezpieczenia wydajności sądów⁶.

W dyskusji kalifornijskiej tzw. „okołosądowe” postępowania mediacyjne traktowane są jako odpowiedź sądów na zagrożenie powstania dwuklasowego wymiaru sprawiedliwości, w ramach którego warstwy średnia i biedna społeczeństwa mogą zostać wykluczone z prywatnego rynku alternatywnego załatwiania sporów i zdane całkowicie na państwowy system sądowy⁷. W istocie w USA występuje potrzeba stworzenia równowagi między prywatną autonomią stron i prawem do postępowania przed sądem państwowym. Sprzeczność ta powraca także w niemieckim prawie konstytucyjnym. Ukrywana jest ona jednak w praktyce często poprzez przedwczesne wskazanie na art. 92 Konstytucji, który pozostawia sędziom władzę orzecznictwa. Prawdą jest, że urzeczywistnienie autonomii prywatnej zależy w znacznej mierze od możliwości realizacji prawa⁸. Gwarantowana przez prawo konstytucyjne wolność staje się w ten sposób

⁴ S. Lowry, *Evaluation of Community-Justice Programs*, [w:] S.E. Merry, N. Milner (ed.), *The Possibility of Popular Justice. A Study of Community Mediation in the United States*, 1993, v. 89, s. 90 i n.; P. Fitzpatrick, *The Impossibility of Popular Justice*, [w:] *ibidem*, no. 453, s. 464 i n.; J.P. Folger, *Assessing Community Dispute Resolution Needs*, [w:] K.G. Duffy, J.W. Grosch, P.V. Olczak, *Community Mediation – A Handbook for Practitioners*, 1991, s. 53 i n.

⁵ Szczegółowo zobacz: D.R. Hensler, *Our Courts, Ourselves. How the Alternative Dispute Resolution Movement Is Re-shaping Our Legal System*, Penn St. L. Rev. 2003, v. 108, no. 165, s. 170 i n.; J.J. Alfani, S.B. Press, J.R. Sternlight, J.B. Stulberg, *Mediation Theory and Practice*, 2001, s. 8 i n.

⁶ S. Hedeon, *Coercion and Self-Determination in Court-Connected Mediation. All Mediators Are Voluntary, But Some Are More Voluntary Than Others*, Just. Sys. J. 2005, v. 26, no. 273, s. 276 i n.

⁷ Tak wyraźnie studium sporządzone dla kalifornijskiego Council: *Alternative Dispute Resolution in Civil Cases – Report of the Task Force on the Quality of Justice Subcommittee on Alternative Dispute Resolution and the Judicial System* (sierpień 1999), VI: „With regard to private ADR in general, an often-expressed concern is that the availability of these services is creating a “two-tier” system of justice, where the wealthy use private ADR while the poor and middle class are shut out of the private ADR market and forced to stay within the court system. ... While the subcommittee did not have sufficient empirical information to allay these fears, there is information suggesting that the use of ADR is not limited to the wealthy. In addition, with the advent of delay reduction and court-related civil ADR programs, the courts are providing swifter resolutions and more options to civil litigants. Finally, civil ADR services are available through community ADR programs”.

⁸ Por. M. Weber, *Europäisches Zivilprozessrecht und Demokratieprinzip, Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht* 61 (*Europejski proces cywilny i zasada demokracji, publikacje z prawa postępowania*), 2009, s. 135 i n.

źródłem legitymacji działalności państwa przez wyroki sądów państwowych. Niekoniecznie jednak wynika z tego, że prywatna autonomia stron musi być chroniona jedynie przez państwowe postępowania sądowe.

W porządku prawnym poszczególnych państw po transformacji niektóre formy pozasądowego załatwiania sporów traktowane są jako środek likwidacji deficytu państwowego wymiaru sprawiedliwości⁹. Doświadczenia z mediacją okołosądową w Dolnej Saksonii pokazują, że dla zaangażowanych stron centralną rolę odgrywa „własnoręczne ukształtowanie” sprawiedliwości procesowej i sprawiedliwości podziału¹⁰. W teraźniejszej dyskusji ustawodawczej nie chodzi o to, czy jakiś istniejący system wymiaru sprawiedliwości ma zostać zniesiony i zastąpiony przez prywatną alternatywę¹¹. To raczej granice między państwowym wymiarem sprawiedliwości i prywatnymi alternatywami powinny być wyznaczone na podstawie analizy ekonomicznej.

2. Ekonomiczne warunki ramowe

a. Na temat teorii dóbr publicznych

W ekonomicznej teorii prawa procesowego rezultat sędziowskiego procesu decyzyjnego – ustalona w toku procesu sądowego norma prawna¹² – stanowi dla każdego dostępne dobro publiczne¹³. Te pozytywne zewnętrzne efekty działalności orzeczniczej państwa¹⁴ usprawiedliwia subwencjonowanie jej przez podatnika¹⁵. Wysokość tych subwencji

⁹ Por. H. Spamann, *Legal Origin, Civil Procedure, and the Quality of Contract Enforcement*, JITE 2010, no. 166, s. 149 i n.

¹⁰ S. Spindler, *Abschlussbericht zum Forschungsprojekt, „Gerichtsnahe Mediation in Niedersachsen“* (sprawozdanie z projektu naukowego na temat mediacji sądowej w Dolnej Saksonii), Göttingen 9. 2006, (<http://lehrstuhl-spindler.uni-goettingen.de/pub/web/fileadmin/Forschungsbericht-Mediation.pdf>).

¹¹ Por. także projekt referentów Federalnego Ministerstwa Sprawiedliwości ustawy dla wspierania mediacji i innych postępowania pozasądowego zażegnania sporów z sierpnia 2010 r., (http://www.bmj.bund.de/files/2480108f7c1dd56b96c0843ef109fb3c/4646/RefE_Mediationsgesetz_20100803.pdf).

¹² Por. F.E. McGovern, *Toward a Functional Approach for Managing Complex Litigation*, U. Chi. L. Rev. 1986, v. 53, no. 440, s. 443 i n.; F.R. Verkuil, *Privatizing Due Process*, Admin. L. Rev. 2005, c. 57, no. 963, s. 985.

¹³ Ocena ta okazuje się słuszna także wtedy, gdy w pojedynczych porządkach prawnych droga do państwowego wymiaru sprawiedliwości jest zapobiegawczo kosztowna. Inaczej niż w tzw. dobrach klubowych nie jest konieczny specjalny akt dopuszczania przez innych członków klubu (por. D. George, K. Guthrie, *Induced Litigation*, Nw. U. L. Rev. 2004, v. 98, no. 545, s. 555 i n.). Należy jednakże sprawdzić, czy przez prywatyzację roszczeń dostępu do wymiaru sprawiedliwości oprócz efektu oszczędnościowego dla finansów publicznych powstaje także efekt dodatkowego wzrostu ochrony prawnej dla szukającego prawa.

¹⁴ Por. K.N. Hylton, *Agreements to Waive or to Arbitrate Legal Claims. An Economic Analysis*, Sup. Ct. Econ. Rev. 2000, v. 8, no. 209, s. 236.

¹⁵ Por. H.-B. Schäfer, *Kein Geld für die Justiz – Was ist uns der Rechtsfrieden wert? (Brak pieniędzy dla wymiaru sprawiedliwości – ile jest nam warty pokój prawny?)*, [w:] P. Lewisch, W.H. Rechberger (Hrsg.), *Bundesministerium der Justiz, 100 Jahre ZPO – Ökonomische Analyse des Zivilprozesses (100 lat KPC ekonomiczna analiza procesu cywilnego – uwaga tłumacza)*, Wien 1998, s. 251, 256 i n.; F.H. Easterbrook, *Justice and Contract in Consent Judgments*, U. Chi. Legal F. 1987, no. 19, s. 27 i n.; M. Longa, *Congress, the Courts, and the Long Range Plan*, Am. U. L. Rev. 1997, no. 46, s. 625, 662 i n.

jest przedmiotem polityki prawnej¹⁶. Poprzez swą dostępność dla każdego poszukującego sprawiedliwości postępowanie cywilne urzeczywistnia chronione konstytucyjnie prawo do wymiaru sprawiedliwości. Przy tym prawo do wymiaru sprawiedliwości nosi w sobie cechy dobra publicznego. Od niego wychodzą impulsy dążenia do zapewnienia możliwie wydajnej alokacji skąpych zasobów¹⁷. Konieczne jest przy tym sprawdzenie, w jakiej mierze ulega przeciążeniu i musi być doprowadzone do wydajniejszego użytkowania publiczne dobro „doksztalcenia prawa przez orzecznictwo”.

Naszkicowane tu związki przyczynowo-skutkowe opisane są w literaturze pod hasłem tragedii dóbr publicznych (*tragedy of the commons*)¹⁸. Jednomyślnie uważa się, że takiego rodzaju przeciążenie można złagodzić przez częściową prywatyzację, przy czym wprowadzenie mechanizmów rynkowych zagwarantować ma wydajniejsze użytkowanie. Postępowania alternatywnego załatwiania sporów wskazują na drogę w tym kierunku. Odwrotnie zaś, nieudane wyłączenie postępowań rozwiązywania sporów z zakresu kompetencji państwa może wywołać konieczność ponownej interwencji państwowej¹⁹. Istotną rolę odgrywają w związku z tym gwarancje z zakresu prawa procesowego, opracowane dla postępowań pozasądowego załatwiania sporów. Należy także mieć na uwadze negatywne oddziaływania zewnętrzne, mogące pochodzić z kończących postępowania ugód mediacyjnych²⁰.

b. Preferencje prywatne: postępowania sporne i zawarcie ugody

Podczas podejmowania decyzji o postępowaniu spornym nie brane są zazwyczaj zupełnie pod uwagę koszty społeczne prywatnej maksymalizacji²¹. Dochodzenie prawa

¹⁶ R.A. Posner, *The Federal Courts – Challenge and Reform*, 1996, s. 196 i n.

¹⁷ Tak twierdzi T.W. Merrill, *Dolan v. City of Tigard: Constitutional Rights as Public Goods*, Denv. U. L. Rev. 1995, v. 72, no. 859, s. 883, odnośnie do konstytucyjnie chronionego prawa do odszkodowania w przypadku wywłaszczenia.

¹⁸ S. Pritchard, *Auctioning Justice. Legal and Market Mechanisms for Allocating Criminal Appellate Counsel*, Am. Crim. L. Rev. 1997, no. 34, s. 1161 i n.; B. Daniels, *Emerging Commons and Tragic Institutions*, Env't'l. L. 2007, no. 37, s. 515 i n.

¹⁹ Krytyka: M.A. Heller, *The Tragedy of the Anticommons. Property in the Transition from Marx to Markets*, Harv. L. Rev. 1998, no. 111, s. 621–622 i n. i A.B. Pearlstein, *The Justice Bazaar: Dispute Resolution Through Private Ordering as a Superior Alternative to Authoritarian Court Bureaucracy*, Ohio St. J. Disp. Resol. 2007, no. 22, s. 739, 764 i n., który widzi okołosądowe postępowania mediacyjne jako przeszkodę na drodze do rynku rozjemstwa prywatnego.

²⁰ Zobacz w związku z tym wskazówkę D.H. Regan, *The Problem of Social Cost Revisited*, J. L. & Econ. 1972, no. 15, s. 427, 437; jak wraz z dyktowaną przez *Coase-Theorem* kalkulacją kosztów transakcji rozwija się oddziaływanie zewnętrzne na osoby trzecie, które nie biorą udziału w postępowaniu. Por. L.C. Ledebur, *The Problem of Social Cost*, Am. J. Econ. & Soc. 1967, v. 26, no. 399 s. 412; K.K. Kovach, *Privatization of Dispute Resolution. In the Spirit of Pound; But Mission Incomplete. Lessons Learned in a Possible Blueprint for the Future*, S. Tex. L. Rev. 2007, v. 48, no. 1003, s. 1029 i n., ogranicza się do opisu społecznych kosztów prywatnego systemu alternatywnego zażegnania sporów, rezygnuje zaś z analizy „oddziaływań na trzecich” kończących postępowania ugód, które na pojedyncze obszary prawa oddziałują szczególnie niekorzystnie.

²¹ Por. S. Shavell, *The Fundamental Divergence between the Private and the Social Motive to Use the Legal System*, J. Legal Stud. 1997, no. 26, s. 575 i n.

w ramach procesu cywilnego jest dla jednostki korzystne tak długo, jak długo korzyść prywatna notorycznie wyższa jest od kosztów²². Skuteczni mediatorzy czynią subwencjonowanie sądownictwa przez ustawodawcę (częściowo) zbędnym, ponieważ strony zawierają ugodę już przed otwarciem formalnego postępowania głównego. Atrakcyjność państwowych programów alternatywnego załatwiania sporów zależy od tego, jak wyglądają pozytywne i negatywne efekty ugody w stosunku do kończącej postępowanie decyzji sądu.

W ramach ugody powód sprzedaje prawo pozwanemu i obiecuje nie kontynuować procesu do wyroku końcowego²³. Postępowania mediacyjne zawierają (czasową) rezygnację z prawa prowadzenia formalnego sporu prawnego i uzasadniają zobowiązanie do negocjacji ugody w ramach mediacji. Wraz z zakończeniem tego rodzaju procesu strony prywatyzują dobro publiczne „rozstrzygania sporów przez sędziego” i nadają swoim roszczeniom do strony przeciwnej cechę praw dysponowanych (*property rights*), które negocjowane są przez nich bez włączania sądu państwowego. Negocjacje ugodowe stają się przez to przedmiotem analizy na podstawie teorii ugody.

Sukces negocjacji zależy od tego, czy istnieje dostateczna liczba zachęt prawnych i bodźców ekonomicznych, aby osiągnąć w warunkach rynkowych rezultat, którego korzyść wyższa byłaby od korzyści osiągniętej na drodze procesu. Prawo procesowe może poprzez uznawanie możliwych do zaskarżenia praw z ugód mediacyjnych i z zawartych w ramach mediacji kończących postępowanie ugód stwarzać zachęty dla prywatnej działalności w zakresie zaęgniwywania sporów. Z politycznoprawnego punktu widzenia prawo amerykańskie uznaje częściową prywatyzację dobra publicznego przez prywatną umowę i nadaje przez to postanowieniu ze sporu prawnego większe znaczenie niż prawu precedensowemu. O gotowości zamknięcia sporu przez ugodę rozstrzyga wówczas u stron osobista analiza korzyści²⁴.

c. Zagadnienie kosztów w postępowaniach ugodowych

Umowy o alternatywne mechanizmy zaęgniwywania sporów w zakresie mediacji okołosądowej zawierane są zwykle *ex post*. W gruncie rzeczy strony w nie zaangażowane stoją przed dwiema sytuacjami w zakresie rozstrzygnięcia. Jeżeli analiza pozwała oczekiwać jednoznacznego wyniku oczekiwanego sporu prawnego, zawarcie kończącej postępowanie ugody leży w interesie obu stron²⁵. Trudności zaś nastroczają

²² P. Lewisch, *Der Zivilprozeß – Soziales Übel oder soziale Wohltat?* (Proces cywilny – zło społeczne czy dobrodziejstwo?), [w:] *100 Jahre ZPO*, przyp. 16, 97, 101; por. R. Bone, *Civil Procedure – The Economics of Civil Procedure*, 2003, s. 20 i n.

²³ R.A. Posner, *Economic Analysis of Law* (6. wyd., 2003), s. 576.

²⁴ Por. J. Lieberman, J. Henry, *Lessons from the Alternative Dispute Settlement Resolution Movement*, U. Chi. L. Rev. 1986, no. 53, s. 424, 430 i n.

²⁵ Por.: K.N. Hylton, *op. cit.*, przyp. 15, Sup. Ct. Econ. Rev. 2000, no. 8, s. 209, 226.

postępowania w ramach alternatywnego zażegnania sporów, których rezultat nie daje się z pewnością oszacować²⁶. W takich warunkach dla stron nie ma powodu do wybrania postępowania alternatywnego zażegnania sporów. W tym miejscu regulacje państwowe w Stanach Zjednoczonych o bezwzględnej konieczności przeprowadzenia postępowania mediacyjnego przeważają nad mikroekonomicznie ugruntowanymi interesami stron. Okołosądowe postępowania mediacyjne zarządzane są z powodów politycznoprawnych i zmieniają leżące u podłoża sporu prawnego struktury bodźców, mimo że gdy chodzi o koszty, nie zawsze można mieć pewność pojawienia się tylko pozytywnych efektów. Dla stron, które mimo niepewności co do oczekiwanego wyniku wezmą udział w postępowaniu, pozostaje nadzieja uzyskania w ramach dobrowolnej wymiany informacji przy pomocy mediatora lepszego wglądu w strategiczne rozważania strony przeciwnej niż w postępowaniu *discovery*. Z perspektywy dobra publicznego zmiany w strukturach bodźców pomagają przede wszystkim zażegnać spory.

II. Amerykańskie prawo o mediacji – modele regulacji

1. Warunki ramowe

Cywilnoprawne postępowania zażegnania sporów w ramach *Alternative Dispute Resolution* w Stanach Zjednoczonych mają swój początek w prawie rodzinnym²⁷. W 1981 r. Kalifornia jako pierwszy stan zaleciła przeprowadzanie postępowania mediacyjnego w sporach o prawo rodzicielskie i zasięg prawa widzenia z dziećmi²⁸. National Center for State Courts definiuje mediację jako postępowanie w procesie alternatywnego zażegnania sporów, w którym zaangażowani (*disputants*), przy pomocy neutralnej osoby trzeciej – mediatora – samorządnie znajdują zadowalające obie strony rozwiązanie²⁹. Podobne definicje znajdują się w prawie Kalifornii³⁰, Teksasu³¹

²⁶ S. Shavell, *Alternative Dispute Resolution*, J. Legal Stud. 1995, v. 24, no. 1, s. 15 i n.

²⁷ J.D. Rosenberg, H.J. Folberg, *Alternative Dispute Resolution. An Empirical Analysis*, Stanf. L. Rev. 1994, no. 48, s. 1487.

²⁸ A. Lawrence, *Capitulate or Else. San Diego's Mandatory Mediation Process and Procedural Fairness*, J. Contemp. Legal Issues 2007, no. 16, s. 247–248.

²⁹ National Center for State Courts, *Alternative Dispute Settlement Resolution (ADR), Mediation – An Overview*, <http://www.ncsconline.org/wc/CourTopics/overview.asp?topic=ADRMed>.

³⁰ § 1775.1 (a) kalifornijskiego Code of Civil Procedure brzmi:

„[...] «mediation» means a process in which a neutral person or persons facilitate communication between the disputants to assist them in reaching a mutually acceptable agreement”.

³¹ § 154.023 (Mediation) Texas Civil Practice & Remedies Code brzmi:

„(a) Mediation is a forum in which an impartial person, the mediator, facilitates communication between parties to promote reconciliation, settlement, or understanding among them.

(b) A mediator may not impose his own judgment on the issues for that of the parties [...].”

i Florydy³². Do wiodących stanów w prawie mediacyjnym należą dziś Kalifornia, Floryda i Ohio, a w mniejszym stopniu także Teksas³³.

Pisane prawo amerykańskie na temat alternatywnego zażegnania sporów opiera się na normach prawa federalnego, stanowych prawach mediacyjnych i kodeksach postępowania wydanych przez pojedyncze sądy w zakresie własnych okręgów. Na tym tle rozwinęły się dopasowane do miejscowych warunków modele zażegnania sporów, które z różną intensywnością wspierają przeprowadzenie postępowania mediacyjnego. Obok struktur bodźców ograniczających się do pośrednich sankcji finansowych, w ramach pozostawionych do rozstrzygnięcia sędziom znajdują się zarządzenia co do prowadzenia postępowania, przewidujące po wniesieniu oskarżenia przeprowadzenie najpierw postępowania mediacyjnego. Mediacyjnoprawna „dojrzałość” prawa stanowego zależy niewątpliwie od objętości skodyfikowanego prawa i prawa sędziowskiego. Nie mniejszą rolę odgrywa przy tym gotowość parlamentów poszczególnych stanów do oddania środków z budżetu dla przeprowadzania projektów pilotażowych i stałych programów mediacyjnych. Przy tym kiedy rozszerzenie mediacji wywołuje przeniesienie środków z klasycznego obszaru działania, ustawodawcze wezwania do wspierania alternatywnego zażegnania sporów przez lokalne przepisy wykonawcze napotykają zrozumiałą rezerwę ze strony sędziów³⁴.

Mediacyjnoprawna dyskusja dotarła w ostatnich latach także do sądów apelacyjnych, które stoją przed podobnymi wyzwaniem jak sądy pierwszej instancji³⁵. Nie jest jednak najwidoczniej przewidziane odciążenie tych sądów, gdyż spotykamy się przed nimi z utrudnianiem warunków dopuszczenia apelacji, lecz rozważane jest raczej skanalizowanie powodzi procesów w postępowaniach mediacyjnych.

³² § 44.1011 (2) Florida Statutes brzmi:

„«Mediation» means a process whereby a neutral third person called a mediator acts to encourage and facilitate the resolution of a dispute between two or more parties. It is an informal and nonadversarial process with the objective of helping the disputing parties reach a mutually acceptable and voluntary agreement. In mediation, decision making authority rests with the parties. The role of the mediator includes, but is not limited to, assisting the parties in identifying issues, fostering joint problem solving, and exploring settlement alternatives [...]”.

³³ Patrz relacje u F.E.A. Sander, *Developing the MRI (Mediation Receptivity Index)*, Ohio St. J. on Disp. Resol. 2007, no. 22, s. 599f.; L.B. Nieuwveld, *Florida Continues to Lead the Nation in Mediation*, 81-Aug. Fla. B. J. 2007, s. 48 i n.; F.B. Tetunic, *Florida Mediation Case Law. Two Decades of Maturation*, Nova L. Rev. 2003, no. 28, s. 87 i n.; L.W. Scott, *The Law of Mediation in Texas*, St. Mary's L. J. 2006, no. 37, s. 325 i n.

³⁴ W.D. Brazil, *Court ADR 25 Years after Pound. Have We Found a Better Way?*, Ohio St. J. on Dispute Resol. 2002, no. 18, s. 93, 128.

³⁵ J.A. Torregrossa, *Appellate Mediation in the Third Circuit – Program Operations. Nuts, Bolts and Practice Tips*, Villanova L. Rev. 2002, no. 47, s. 180 i n.; R.P. Chambers, *The Alabama Appellate Mediation Program. How and Why It Will Work*, Ala. Law. 2004, no. 65, s. 180, 182 i n.; R. Becker, *Mediation in the New Mexico Court of Appeals*, J. App. Prac. & Process 1999, no. 1, s. 367 i n. (na temat projektu pilotażowego przy sądzie apelacyjnym w New Mexico); S.S. Newman, S.E. Friedman, *Appellate Mediation in Pennsylvania*, Pa. B.A.Q. 2004, v. 75, no. 93, s. 102 i n.

Federalne i stanowe kodeksy postępowania, w interesie możliwie szybkiego i wydajnego załatwiania sporów prawnych zezwalają sędziom na kompleksowe menedżerstwo postępowania, bez konieczności otwierania postępowania głównego z udziałem jury. Faza przygotowawcza procesu jest często ważniejsza od postępowań głównych, które stają się coraz rzadsze³⁶. W tzw. *pre-trial conferences* właściwi sędziowie i strony omawiają dalszy przebieg sporu prawnego oraz szukają możliwości załatwienia go przez zawarcie ugody³⁷. Te powiązania wyjaśniają, dlaczego mechanizmy zażegnowania sporów dały się bez większych trudności zintegrować z istniejącymi już formami procesów³⁸.

2. Prawa procesowe, wolność dyspozycji i autonomia prywatna

Daleko idąca instytucjonalizacja i instrumentacja postępowania mediacyjnego w Stanach Zjednoczonych ożywiła na nowo dyskusję na temat praw procesowych³⁹. Na pierwszym planie chodzi przy tym o kwestię, w jakim zakresie mediatorowi wolno zrezygnować ze swej roli jako wyłącznie pośrednika na rzecz roli prowadzącego postępowanie, który ocenia i uprzedza rozstrzygnięcie sporu⁴⁰. Poruszone zostają przy tym w swej istocie wolność dyspozycji i prywatna autonomia stron, którym nie może zostać odebrane prawo do procesu⁴¹. Sądy muszą znaleźć wyjście z konstytucyjnego dylematu prawa mediacyjnego. Wolność dyspozycji stron i ich gotowość do postępowania pozasądowego zażegnowania sporów pozwalają się utrzymać jedynie wtedy⁴², gdy nie ulegają żadnej presji i gdy poufność rozmowy mediacyjnej pozostaje zagwarantowana⁴³.

³⁶ S. Stipanowich, *ADR and the "Vanishing Trial". The Growth and Impact of "Alternative Dispute Resolution"*, J. Emp. Leg. Stud. 2004, no. 1, s. 843 i n.; tu krytycznie N.A. Welsh, *The Place of Court-Connected Mediation in a Democratic Justice System*, Cardozo J. Conflict Res. 2004, v. 5, no. 117, s. 135 i n.

³⁷ Por. J.H. Friedenthal, M. Kane, A. Miller, *Civil Procedure* (4. Aufl. 2005), § 7.8; R. Marcus, E. Sherman, *Complex Litigation* (4. Aufl., 2004), s. 938 i n.

³⁸ Por. E. Sherman, *The Impact on Litigation Strategy of Integrating Alternative Dispute Resolution into the Pretrial Process*, F.R.D. 1996, no. 168, s. 75, 77 i n.; D.J. Della Noce, J.P. Folger, J.R. Antes, *Assimilative, Autonomous, or Synergistic Visions. How Mediation Programs in Florida Address the Dilemma of Court Connection*, Pepp. Disp. Resol. L. J. 2002, v. 3, no. 11, s. 26 i n.

³⁹ Zobacz zarys orzecznictwa i pism u: W.P. Lynch, *Problems With Court-Annexed Mandatory Arbitration. Illustrations from the New Mexico Experience*, N.M. L. Rev. 2002, no. 32, s. 181, 191 i n.

⁴⁰ Por. L.L. Riskin, *Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques. A Grid for the Perplexed*, Harv. Negot. L. Rev. 1996, no. 1, s. 7 i n.; R.A.B. Bush, J.P. Folger, *The Promise of Mediation – The Transformative Approach to Conflict*, 2005, s. 41 i n.

⁴¹ Por. E. Sherman, *Court-Mandated Alternative Dispute Resolution. What Form of Participation Should Be Required?*, SMU L. Rev. 1993, no. 46, s. 2079, 2085 i n.

⁴² N.A. Welsh, *The Thinning Vision of Self-Determination in Court-Connected Mediation*, Harv. Negot. L. Rev. 2001, v. 6, no. 1, s. 79 i n.

⁴³ J.R. Coben, P.N. Thompson, *Disputing Irony. A Systematic Look at Litigation about Mediation*, Harv. Negot. L. Rev. 2006, no. 11, s. 43, 57 i n.; R. Wissler, *The Effects of Mandatory Mediation. Empirical Research on the Experience of Small Claims and Common Pleas Courts*, Willamette L. Rev. 1997, no. 33, s. 565, 573 i n.; por. L.K. Doré, *Secrecy by Consent. The Use and Limits of Confidentiality in the Pursuit of Settlement*, Notre Dame L. Rev. 1999, no. 74, s. 283, 289 i n.

W przeciwnym wypadku potrzeba mechanizmów sankcji, aby zagwarantować szczerść negocjacji podczas postępowania mediacyjnego.

3. Warunki wstępne postępowania według prawa mediacyjnego

a. Wprowadzenie

Kalifornia nie uwolniła się całkowicie od nieformalnych początków zażegnania sporów w przestrzeni pozapaństwowej przez tzw. programy *Community Justice*. Mediacje w sprawach drobnych przeprowadzane są przez prywatne organizacje zażegnania sporów, które władze stanowe wspierają dopłatami⁴⁴. Ważniejsze są jednakże normy na temat mediacji „okołosądowej”. Kalifornijskie prawo postępowania cywilnego pracuje tu z klauzulą eksperymentu. Mediacja może być zarządzona w ogólnych sprawach cywilnoprawnych, gdy wartość przedmiotu sporu nie przekracza US \$ 50 000⁴⁵. Odpowiednie zarządzenie wydawane jest niezależnie od wartości przedmiotu sporu, gdy strony porozumieją się co do przeprowadzenia mediacji. W praktyce sądy zabiegają o elastyczne ukształtowanie przejścia od całkowitej wolności dyspozycji do obowiązkowej mediacji. Lokalne kodeksy postępowania dają umowie stron nawet wówczas pierwszeństwo co do kształtowania postępowania, gdy ustawa – jak na przykład prawo rodzinne – postępowanie sporne dopuszcza tylko wtedy, gdy wcześniej odbyła się mediacja. Jednocześnie lokalne kodeksy postępowania stanowią ilustrację faktu, że mechanizmy alternatywnego zażegnania sporów zintegrowane są w cywilnoprosesowe postępowanie wstępne w większym zakresie, niż pozwalałoby to przypuszczać brzmienie kalifornijskiego kodeksu postępowania cywilnego.

W niektórych okręgach sądowych konieczne jest przy *Case Management Conference* przedłożenie tzw. *Mediation Statement*⁴⁶, który zawiera możliwość załatwienia sporu prawnego przez ugodę i poprzez przedłożenie pojedynczych dokumentów i poprzedza części postępowania *Discovery*. Inne lokalne kodeksy postępowania przewidują jedynie przedłożenie *Mediation Statements* mediatorowi⁴⁷. Sąd w Ohio może *ex officio*, na wniosek strony lub mediatora, skierować postępowanie do mediacji⁴⁸. Strona może

⁴⁴ Zobacz: *Alternative Dispute Resolution in Civil Cases*, przyp. 8, s. 44 i n.

⁴⁵ W przeciwieństwie do tego mediacja w sprawach rodzinnych jest obowiązkowa.

⁴⁶ Zobacz: Rule 1.0106 der Local Court Rules des Superior Court of the County of Riverside und Superior Court Sacramento; dla tzw. *Civil Appeal Mediation State* w postępowaniach apelacyjnych: Rule 1 (b) Local Rules (Mediation in Civil Appeals) California Court of Appeal, Third Appellate District.

⁴⁷ Zobacz: Rule 6.12 Court-Directed Mediation Rules Superior Court in and for the County of Monterey; Rule 207 Local Rules for the Superior Court of Contra Costa County, App. C (Rules of Practice for Alternative Dispute Resolution Programs); Rule 3.24 Local Court Rules Superior Court of the County of Ventura.

⁴⁸ Supreme Court of Ohio – Proposed Mediation Practice Rule (General), 17.11.2006.

wnieść przeciwko temu sprzeciw. Wydane na to postanowienie jest niezaskarżalne⁴⁹. Strony niestawiające się na postępowanie mediacyjne mogą być obłożone sankcjami. Inne sądy w Ohio ustanawiają podobnie jak w Kalifornii górną granicę do przeprowadzenia postępowania mediacyjnego w wysokości US \$ 50 000⁵⁰.

Na Florydzie drobne spory cywilnoprawne rozwiązywane są bez potrzeby składania pozwu przez tzw. *Citizen Dispute Settlement Centers*⁵¹. Inaczej niż w Kalifornii i Ohio postępowanie cywilne Florydy konkretyzuje swobodne uznanie sędziów przy zarządzeniu obowiązkowego postępowania mediacyjnego. W pozwach o odszkodowanie mediacja zostaje zainicjowana niezależnie od sprawdzenia danego przypadku, gdy jedna ze stron postawi wniosek i gotowa jest do poniesienia wszystkich kosztów albo gdy spodziewane koszty z punktu widzenia taniości sądownictwa mogą być podzielone między strony. Poza tym mediacja może być zarządzona *ex officio*. Strony zobowiązane są do wzięcia udziału w seansach mediacyjnych. Postępowanie mediacyjne może być zakończone na wniosek strony, jeżeli postępowanie w tej samej sprawie odbyło się już wcześniej i sporne są jedynie kwestie prawne lub też gdy przedłożony zostaje przekonujący powód zakończenia postępowania⁵². Postępowania mediacyjne z prawa rodzinnego można znaleźć we wszystkich okręgach sądowych Florydy⁵³. W zależności od wysokości zarobków, stronom zapewnieni mogą być mediatorzy opłacani przez sąd. Jeżeli wartość przedmiotu sporu w ogólnych sporach cywilnoprawnych nie przekracza 15 000 \$, istnieją bodźce finansowe dla przeprowadzenia mediacji. Strony w terminie dziesięciu dni od zarządzenia sędziego o przeprowadzeniu postępowania mediacyjnego muszą porozumieć się co do osoby mediatora, z którym umawiają się co do wysokości jego honorarium⁵⁴. Gdy nie dochodzi do porozumienia, mediatora wyznacza sąd⁵⁵.

⁴⁹ I tak dla prawa teksańskiego: *Materials Evolution Development USA, Inc. v. Jablonowski*, 949 S.W.2d 31 (33) (Tex.App.-San Antonio 1997); L.W. Scott, *op. cit.*, przyp. 22 i s. 363 przyp. 230; Illinois: *Short Bros. Const., Inc. v. Korte & Luitjohan Contractors, Inc.*, 828 N.E.2d 754 (755) (Ill.App. 5th Dist. 2005); dla prawa federalnego USA: *Tutu Park, Ltd. v. O'Brien Plumbing Co., Inc.*, 180 FS 2d 673 (677) (D. V.I. 2002).

⁵⁰ *Planning Mediation Programs: A Deskbook for Common Plea Judges*, The Ohio Supreme Court/The Ohio State University College of Law (2000), 7–7.

⁵¹ E. Reshard, *Florida Mediation & Arbitration Programs. A Compendium – Dispute Resolution Center, Office of the State Courts Administrator*, Tallahassee (19 wyd., 2007), s. 21; M.J. Gelfand, *Alternative Dispute Resolution*, [w:] *The Florida Bar, Florida Condominium Law and Practice*, Chapter 11 (2003), § 11.4.

⁵² Rule 1.700 (2) (b) Florida Rules of Civil Procedure.

⁵³ W sprawach z prawa rodzinnego następuje automatyczne obowiązkowe przeniesienie postępowania do mediacji, zobacz: *The Mediations Process Instructions for Automatic Referrals in Family Law Cases*, St. Petersburg Family Law Sections, St. Petersburg Circuit Court Administrative Order PI-CIR-2005-031, (<http://www.jud6.org/ContactInformation/AlternativeDispute/AUTOCASESInstructionsSP0707.pdf>).

⁵⁴ *Florida Mediation & Arbitration Programs*, E. Reshard, *op. cit.*, s. 73.

⁵⁵ Rule 1.720 (f) Florida Rules of Civil Procedure.

Teksańskie prawo procesowe w przeciwieństwie do Florydy nie zna prawa do *opt-out*. Strony mogą wnieść sprzeciw przeciwko przeprowadzeniu postępowania mediacyjnego⁵⁶. Sąd może jednakże przeforsować zarządzenie o mediacji, gdy w przeciwieństwie do stron jest on zdania, że postępowanie mediacyjne może przynieść szansę na załatwienie sporu prawnego poprzez zawarcie ugody⁵⁷.

Prawo kalifornijskie respektuje pierwszeństwo decyzji stron podczas wyboru mediatora. Jednocześnie sądy we współpracy z lokalnymi zrzeszeniami adwokackimi i prywatnymi organizacjami zażegnania sporów stworzyły listę przysięgłych mediatorów, będących do dyspozycji przede wszystkim w postępowaniach mediacyjnych zarządzonych przez sąd. Sąd Najwyższy Florydy ustalił obszerne reguły dla certyfikowanych i mianowanych przez sąd mediatorów. Tylko certyfikowanym mediatorom wolno przeprowadzać postępowania mediacyjne w sprawach z zakresu prawa rodzinnego⁵⁸.

b. Skutki dla otwarcia postępowania głównego

Kombinacja ustawowych przeszkód procesowych i prywatnoprawnych ustaleń mediacyjnych odsuwa w praktyce otwarcie postępowania głównego. Jeżeli jedna ze stron naruszy swoje obowiązki wynikające z ustaleń mediacyjnych, może skutkować to sankcjami z prawa procesowego lub z prawa materialnego. W ten sposób postępowanie sądowe może być odroczone aż do przeprowadzenia postępowania mediacyjnego, jeżeli strony uzgodniły wcześniej alternatywne zażegnanie sporu⁵⁹. Jeden z sądów w Kalifornii dopuścił ustalenie mediacyjne, w którego myśl jedna ze stron, w wypadku jej odmowy wzięcia przed wniesieniem pozwu udziału w postępowaniu mediacyjnym, obciążona byłaby całkowitymi kosztami adwokackimi późniejszego procesu⁶⁰.

⁵⁶ Zobacz: § 154.022 (Notification and Objection) Texas Civil Practice & Remedies Code:

“(a) If a court determines that a pending dispute is appropriate for referral under Section 154.021 [Referral of Pending Disputes for Alternative Dispute Resolution Procedure], the Court shall notify the parties of its determination.

(b) Any party may, within 10 days after receiving the notice under Subsection (a), file a written objection to the referral.

(c) If the court finds that there is a reasonable basis for an objection filed under Subsection (b), the court may not refer the dispute under Section 154.021”.

⁵⁷ Decker v. Lindsay, 824 S.W. 2d 247 (s. 249 i n.) (Tex. App. – Hous. [1st Dist.] (1992).

⁵⁸ Florida Eighteenth Judicial District Administrative Order No. 07–19–B – In Re: Mediation – Family Mediation – Mandatory Referral of All Contested Family Law Cases to Mediation (§2 Family Mediators) (25.6.2007).

⁵⁹ Philadelphia Housing Authority v. Dore & Associates Contracting, Inc., 111 FS 2d 633f. (E.D. Pa. 2000); US v. Bankers Insurance Co., 245 F. 3d 315 (321 i nast.) (4th Cir., 2001); Lynn v. General Electric Company, 2005 WL 701270 (D. Kan., 2005). Do tego: N. Coben, N. Thompson, *FN 44*, Harv. Negot. L. Rev. 2006, v. 11, no. 43, s. 108 i n.

⁶⁰ Leamon v. Krajewicz, 107 Cal. App. 4th 424 (433) (Cal. App. 5th Dist. 2003): “The economic inefficiency of this result may have been avoided if, prior to the judicial proceedings, a disinterested mediator had explained to Leamon and the Krajewicz the costs of litigating the dispute through to a judgment or a final resolution by an appellate court”.

c. Zagadnienie kosztów – zwolnienie z kosztów sądowych

Mimo istniejących w Stanach Zjednoczonych bodźców finansowych do przeprowadzenia postępowania mediacyjnego nie ma tam jednolitego prawa o kosztach sądowych. Rozważania budżetowe mogą przez to bezpośrednio wpływać na kształtowanie się modeli opłat dla tworzonych przez sądy programów mediacyjnych. Mechanizmy, porównywalne z niemieckim zwolnieniem z kosztów sądowych, zależne są od zabezpieczenia ich finansowania⁶¹. W prawie procesowym poszczególnych stanów opłaty za postępowanie mediacyjne ustalane są na podstawie ustaw parlamentarnych, kodeksów postępowania ustalonych przez Sądy Najwyższe i przepisów o postępowaniu ustalonych przez lokalne sądy.

Dla formalnych procesów sądowych uznana jest możliwość zwolnienia z kosztów stron o niskich dochodach⁶². Niektóre stany dopuszczają stopniowanie kosztów według wysokości zarobków stron zaangażowanych w sprawę⁶³. W Kalifornii mediatorzy, którzy chcą zostać wpisani na lokalną listę dopuszczonych mediatorów, muszą zobowiązać się do wykonania pewnego minimum swojej działalności *pro bono*⁶⁴. Superior Court z Sacramento zwraca koszty mediatorów, jeżeli postępowanie zakończono przed upływem trzech godzin. Superior Court z San Diego wyznacza dla postępowań zarządzanych przez sąd mediatorów, z którymi istnieje zawiązana umowa o stałej wysokości opłat za pierwsze trzy godziny mediacji.

⁶¹ Zobacz w związku z tym zaplanowaną przez Superior Court of San Diego County na 1.1.2008 r. nową wersję Local Rules of Court, kończącą istniejące do tej pory odnośnie do opłat mediatorów postępowanie dla słabiej sytuowanych materialnie stron (*a pro bono/modest means procedure ... available to qualified parties*).

⁶² E.H. Schopler, 11 A.L.R. 2d, s. 607 i n.; A.T. Levin, J.C. Williams, 20 C.J.S. Costs § 99 (każdorazowo z dowodami z orzecznictwa sądów federalnych i stanowych).

⁶³ Zobacz uwagi do § 13.1 (Funding of Programs and Compensation of Mediators) National Standards for Court-Connected Mediations Programs, FN 48. Na Florydzie adwokaci nie są zobowiązani do działalności *pro bono*. Występuje jednakże ustawowy obowiązek informowania o tym, czy dana kancelaria proponuje świadczenia *pro bono*: P. D'Alemberte, [w:] *Centennial Reflections on Roscoe Pound's The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice – Transcript of Panel Discussions*, S. Tex. L. Rev. 2007, no. 48, s. 1079, 1117.

⁶⁴ S. § 10.781 (b) (Requirements to be on lists) California Rules of Court:

„In order to be included on a court list of ADR neutrals, an ADR neutral must sign a statement or certificate agreeing to:

(1) Comply with all applicable ethics requirements and rules of court; and

(2) Serve as an ADR neutral on a pro-bono or modest-means basis in at least one case per year, not to exceed eight hours, if requested by the court. The court must establish the eligibility requirements for litigants to receive, and the application process for them to request, ADR services on a pro bono or modest-means basis”.

III. Rozważania na temat struktury postępowania mediacyjnego

1. Przebieg postępowania – szczegóły

a. „Dystans do państwa”

Mimo że poprzez programy sądowe dla alternatywnego zażegnania sporów postępowania mediacyjne w Stanach Zjednoczonych zostały w przeważającej mierze zinstytucjonalizowane, w stanowych kodeksach postępowania zachowało się „wolne od państwa” jądro: nie ma prawie w ogóle skodyfikowanych norm określających przebieg postępowania. W ten sposób zachowana zostaje wolność kształtowania go przez strony. Mają one bez nacisku w postaci ewentualnych przyszłych sankcji możliwość poszukiwania szans na wspólne zgodne rozwiązanie. Floryda wydała przepisy wykonawcze dla mediatorów, z których można wyciągnąć wskazówki odnośnie do tego, jak prawnie powinna wyglądać struktura postępowania mediacyjnego. Podmioty w nie zaangażowane powinny być poinformowane, że postępowanie odbywa się wyłącznie za obopólną zgodą, mediator między stronami powinien pośredniczyć bez uprzedzeń, a komunikacja między stronami – z wyjątkiem inaczej brzmiących przepisów – jest poufna. Mediator nie może udzielać porad prawnych. Upoważniony jest jednak do udzielania wskazówek na temat możliwego wyniku sporu prawnego w czasie procesu oraz w trakcie rozpatrywania sporu w postępowaniu głównym i do rzeczowego omówienia zasadności stanowiska stron⁶⁵. W przypadku zakończenia mediacji w następstwie zawartej ugody mediator obowiązany jest, by zaprotokołowano to, i omawia ze stronami oraz adwokatami, w jaki sposób porozumienie może być sformalizowane i zrealizowane⁶⁶.

b. Sankcje

W myśl federalnego i stanowych kodeksów postępowania strony mogą w różnym zakresie zmuszone zostać do wzięcia udziału w mediacji. Nie ma jednak zobowiązania do wzięcia udziału w zamykającej postępowanie ugodzie. Na tym tle pojawia się pytanie, kiedy torpedujące postępowanie mediacyjne zachowanie jednej ze stron może

⁶⁵ Zobacz Rule 10.370 (c) (Advice, Opinions, or Information):

„Personal or Professional Opinion. A mediator shall not offer a personal or professional opinion intended to coerce the parties, unduly influence the parties, decide the dispute, or direct a resolution of any issue. Consistent with the standards of impartiality and preserving party self-determination however, a mediator may point out possible outcomes of the case and discuss the merits of a claim or defense. A mediator shall not offer a personal or professional opinion as to how the court in which the case has been filed will resolve the dispute”.

⁶⁶ Rule 10.420 (c) Florida Rules for Certified & Court-Connected Mediators. W praktyce mediator często protokołuje kończącą postępowanie ugodę: A.M. Soto, *Environmental Regulatory Mediation*, Tex. Tech. Admin. L.J. 2007, no. 8, s. 253, 258 i n.; D. Sharp, *The Many Faces of Mediation Confidentiality*, 53-NOV Disp. Resol. J. 1998, s. 56, 62; A.F. Blau, *Available Dispute Resolution Processes Within the Reauthorized Individuals with Disabilities Education Improvement Act (IDEIA) of 2004. Where Do Mediation Principles Fit In?*, Pepp. Disp. Resol. L.J. 2007, no. 7, s. 65, 81.

pociągnąć za sobą sankcje. Sądy unikają sankcji, które mogłyby skłonić strony do zastosowania jakiejś określonej strategii postępowania⁶⁷. W ten sposób sankcje orientują się raczej na kryteriach formalnych. Jeżeli jedna ze stron wykorzysta przedprocesowe postępowanie dla własnych celów i torpeduje później postępowanie mediacyjne, sąd może następujący pozew odrzucić jako niedopuszczalny. W określonych warunkach adwokat doprowadzający do porażki ustawowo przepisanego postępowania mediacyjnego może liczyć się także z konsekwencjami z prawa zawodowego⁶⁸. Sądy kalifornijskie i teksańskie nakładają na stronę, która odmówiła podpisania kończącej postępowanie ugody, koszty całego postępowania mediacyjnego, w przypadku gdyby strona przeciwna zwyciężyła w następującym postępowaniu głównym⁶⁹.

c. Zakończenie postępowania mediacyjnego – przeforsowanie ugody

W zakresie mediacji zarządzanej przez sąd kodeksy postępowania zobowiązują mediatora do poinformowania sądu o wyniku postępowania. Jeżeli strony nie rozstrzygnęły sporu prawnego, wznowione zostaje postępowanie sądowe. Jeżeli strony zawarły kończącą postępowanie ugody, zaleca się spisanie porozumienia. Wymogi stawiane formie pisemnej w kodeksach postępowania w Stanach Zjednoczonych są niejednolite. Formalne wymagania stawiane dokumentacji porozumienia określają przede wszystkim warunki ramowe dla przeprowadzenia praw z ugody. W zakresie mediacji „okołosądowej” ugoda jest często dodawana do protokołu sądu⁷⁰. Jeżeli jedna ze stron nie wypełnia wynikających z ugody obowiązków, należy wnieść powództwo z prawa o umowach.

Aby nie narażać się na utratę oszczędności uzyskanych przez zastosowanie postępowania mediacyjnego, ugody kończące postępowania są przeprowadzane w tak szerokim zakresie, jak tylko jest to możliwe⁷¹. Amerykańskie orzecznictwo interpretuje postanowienia ugód zasadniczo według kryteriów prawa o umowach. W tym punkcie dochodzi

⁶⁷ Zobacz: *Texas Parks and Wildlife Department v. Davis*, 988 S.W., s. 370, 375 i n. (Tex. App. – Austin 1999).

⁶⁸ Na temat wymienionych praktyk adwokatów w postępowaniach mediacyjnych zob.: K.K. Kovach, *Good Faith in Mediation – Requested, Recommended, or Required? A New Ethic*, S. Tex. L. Rev. 1997, no. 38, s. 575, 604 i n.

⁶⁹ Na temat prawa kalifornijskiego: *Gibson v. Bobroff*, 49 Cal. App. 4th, s. 1202, 1208 i n. (Cal. App. 1st Dist. 1996); *Trends v. Dale Pope Development*, 1997 WL 33800614 (Cal. App. 2nd Dist., 1997); na temat prawa teksańskiego: *Paul v. Paul*, 870 S.W. 2d, s. 349-350 (Tex. App.-Waco 1994); *State and County Mutual Fire Insurance Company Through Southern United Agency of Texas, Inc. v. Walker*, 2002 WL 34157225 (Tex. App.-Fort Worth 2002).

⁷⁰ Na Florydzie dążenia do kodyfikacji wymogów dla sądowej rejestracji kończącej postępowanie ugody nie zakończyły się niepowodzeniem. Według nich ugoda miałaby być zatwierdzana w pisemnym postępowaniu na mocy postanowienia sądu: S. Johnson, *Confidentiality in Mediation. What Can Florida Glean From the Uniform Mediation Act?*, Fla. St. U. L. Rev. 2003, no. 30, s. 487, 497.

⁷¹ *Treasure Coast, Inc. v. Ludlum Construction Co., Inc.*, 760 So. 2d, s. 232, 234 (Fla. App. 4th Dist. 2000): “[...] Settlements are highly favored as a means to conserve judicial resources, and will be enforced when it is possible to do so”.

jednak wciąż do sporów, ponieważ w punkcie stykania się zażegnania sporu z postępowaniami kontradiktoryjnymi ścierają się ze sobą oceny na podstawie prawa o umowach i prawa procesowego⁷². I tak na przykład pojawia się pytanie, czy muszą być brane pod uwagę także normy ustnie zawartych umów. Jeżeli na przykład zaprotokołowana ugoda jest niekompletna, istnieje potrzeba wykładni przy pomocy zeznań świadków.

2. Późniejsze sprawdzenie postępowania mediacyjnego i ugody mediacyjnej przez sędziego?

Postępowania mediacyjne prowadzą do utraty jawności. Konsekwencje praktyczne pojawiają się bezpośrednio w przypadku prawa o odpowiedzialności za produkt niebezpieczny. Jeżeli konsumenci nie zostaną powiadomieni o zakończeniu sporu prawnego przez zawarcie ugody, a niebezpieczeństwo z punktu widzenia prawa o odpowiedzialności za produkt niebezpieczny pozostaje, znika typowa dla postępowania sądowych z prawa o odpowiedzialności za produkt niebezpieczny funkcja ostrzegawcza⁷³. Powstaje więc pytanie, w jakich warunkach można ograniczyć poufność negocjacji mediacyjnych⁷⁴.

Sądy odrzucają odstąpienie jednej ze stron od zobowiązań wynikających z zawartej zresztą prawomocnie ugody bez sięgania do szczególnych zakazów wykorzystywania dowodów w prawie mediacyjnym⁷⁵. Niektóre stany w USA pozostawiają sędziom decyzję, jak dalece w danym przypadku chcą oni w późniejszym procesie dokonać sprawdzenia komunikacji między stronami postępowania mediacyjnego według norm prawa kontraktowego.

Odmienne stanowisko zajmuje kalifornijskie prawo postępowania cywilnego. Daleko idący, przewidziany w nim zakaz wykorzystywania dowodów obejmuje komunikację pisemną i ustną, występującą przed albo podczas postępowania mediacyjnego⁷⁶.

⁷² Na temat stosowania zasad z prawa kontraktowego *common law* dla kończących postępowania mediacyjne ugód: P.N. Thompson, *Enforcing Rights in Court-Connected Mediation – Tension Between the Aspirations of Private Facilitative Process and the Reality of Public Adversarial Justice*, Ohio St. J. on Disp. Resol. 2004, no. 19, s. 509, 520 i n.

⁷³ Zobacz: przedstawiony przez R. Brennowitz, *Deadly Secrecy: The Erosion of Public Information Under Private Justice*, Ohio St. J. on Disp. Resol. 2004, no. 19, s. 679; śmiertelny wypadek zaistniał już po wystąpieniu wielu podobnych przypadków z winy błędnego produktu, które to przypadki ze względu na zażegnanie sporu na drodze alternatywnego zażegnania sporów nie dostały się do wiadomości opinii publicznej.

⁷⁴ Krytyka u: L.K. Doré, *Public Courts Versus Private Justice. It's Time to Let Some Sun Shine in on Alternative Dispute Resolution*, U. Chi.-Kent L. Rev. 2006, no. 81, s. 463, 499 i n.; ta sama, *Settlement, Secrecy, and Judicial Discretion South Carolina's New Rules Governing the Sealing of Settlements*, S.C. L. Rev. 2004, v. 55, s. 791, 804 i nast.

⁷⁵ N. Coben, N. Thompson, *FN 44...*, s. 43, 78 i n.; L.W. Scott, *op. cit.*, s. 325, 366 i n.; F.L. Tetunic, *op. cit.*, s. 87, 113 i n.; zobacz także *Sponga v. Warro*, 698 So. 2d, s. 621, 625 (Fla. App. 5th Dist. 1997); *Murchison v. Grand Cypress Hotel Corporation*, 13 F. 3d, s. 1483, 1487 (11th Cir. 1994).

⁷⁶ Zobacz: § 1119 kalifornijskiego *Evidence Code* i zarys u N. Coben, N. Thompson, *przyp. 44*, Harv. Negot. L. Rev. 2006, v. 11, no. 43, s. 64 i n.; L.A. Stoll, *Comment – “We Decline to Address”. Resolving the Unanswered Questions Left By Rojas v. Superior Court to Encourage Mediation and Prevent Improper*

Niedopuszczalne są także zeznania świadków na temat przebiegu postępowania mediacyjnego. Jeżeli nie ma zgody wszystkich zaangażowanych, mediator może jedynie powiadomić sąd o tym, czy ugoda doszła do skutku⁷⁷. Ochrona poufności ważna jest także po zakończeniu postępowania⁷⁸. W wyjątkowych wypadkach dowody mogą być tylko wtedy wykorzystane w późniejszych postępowaniach, kiedy zostały wprowadzone do postępowania mediacyjnego, jednak nie były przedmiotem negocjacji ani nie służyły za podstawę do zawarcia ugody⁷⁹. W pozostałych wypadkach poufność postępowania mediacyjnego może być przełamana tylko za zgodą stron.

W przeciwieństwie do orzecznictwa Sądu Najwyższego Kalifornii sądy pozostałych instancji stały na stanowisku, że ustawowa ochrona alternatywnego zażegnania sporów jest daremna, jeżeli nie daje się ustalić, czy strony i ich adwokaci negocjowali w „good faith” „negocjowały w „good faith”⁸⁰. Także więc dla prawa Kalifornii należałoby rozważyć wprowadzenie przesłuchanie mediatora *in camera*⁸¹. W każdym razie kalifornijski Sąd Najwyższy nie zakwestionował zobowiązania mediatora do złożenia zeznań w postępowaniu dla nieletnich po tym, gdy poszkodowany w postępowaniu mediacyjnym przyznał się do złożenia fałszywych zeznań⁸².

Przejęty w lekko zmienionej formie przez *Ohio Uniform Mediation Act* zabiega o zrównoważenie publicznej potrzeby przejrzystości i potrzeb stron⁸³. Przywilej dowodu wygasa, gdy wszyscy zaangażowani podpisali odpowiednią umowę lub gdy muszą na podstawie zobowiązujących postanowień ustawy przedstawić opinii publicznej swoją komunikację mediacyjną. Należą tu przede wszystkim komunikacje mediacyjne,

Shielding of Evidence, UCLA L. Rev. 2006, no. 53, s. 1549, 1559 i n.; E.A. Scallen, *Relational and Informational Privileges and the Case of the Mysterious Mediation Privilege*, Loy. L. A. L. Rev. 2004, no. 38, s. 537 i n.

⁷⁷ Zobacz: § 1121 kalifornijskiego *Evidence Code*.

⁷⁸ § 1126 kalifornijskiego *Evidence Code*.

⁷⁹ *Wimsatt v. Superior Court*, 152 Cal. App. 4th, s. 137, 157 (Cal. App. 2nd Dist. 2007).

⁸⁰ *Foxgate Homeowners' Association v. Bramalea California, Inc.*, 92 Cal. Rptr. 2d, s. 916, 926 i n. (Cal. App. 2nd Dist. 2000); na ten temat: R. Lowry, P. Robinson, *Mediation Confidential*, 24-May L.A. Lawyer 2001, s. 28, 32 i n. Zobacz analizy orzecznictwa w: *Eisendrath v. Superior Court of Los Angeles County*, 109 Cal. App. 4th, s. 351, 360f. (Cal. App. 2nd Dist. 2003); *Stewart v. Preston Pipeline, Inc.*, 134 Cal. App. 4th, s. 1565, 1572f. (Cal. App. 3rd Dist., 2005); *Wimsatt v. Superior Court of Los Angeles*, 152 Cal. App. 4th, s. 137, 152f. (Cal. App. 2nd Dist. 2007). Por. także krytykę u S.R. Cole, *Protecting Confidentiality in Mediation. A Promise Unsettled?*, U. Kan. L. Rev. 2006, no. 54, s. 1419, 1424 i n., ostrzegającą przed bezprawnym zachowaniem stron i ich adwokatów.

⁸¹ *Olam v. Congress Mortgage Company*, 68 FS 2d, s. 1110, 1131 i n. (N.D. Cal, 1999), i J. Lande, *Using Dispute System Design Methods to Promote Good-Faith Participation in Court-Connected Mediation Programs*, UCLA L. Rev. 2002, no. 50, s. 69, 86 i n.

⁸² Zobacz: *Foxgate Homeowners' Association v. Bramalea California, Inc.*, 108 Cal. Rptr. 2d, s. 642, 654 i n. (Cal. 2001), i *Rinaker v. Superior Court of San Joaquin County*, 62 Cal. App. 4th, s. 155 (Cal. App. 3rd Dist. 1998).

⁸³ Zobacz: uwagi na temat § 4 Uniform Mediation Act (2a. Rationale for privilege): “The privilege structure carefully balances the needs of the justice system against party and mediator needs for confidentiality”.

podczas których wyrażona została groźba dokonania czynu karalnego albo jego ukrycie. Tak samo mogą być ujawnione informacje, jeżeli przyczynia się to do przeforsowania roszczeń z powodu złamania zawodowych obowiązków staranności lub ukarania uchybień w zakresie opieki nad dziećmi albo potrzebującymi opieki dorosłymi.

Model ustawowy zezwala na przeprowadzenie po przesłuchaniu *in camera* przez sąd właściwy postępowania *discovery*, kiedy tylko na tej drodze strony mogą przeprowadzić swoje roszczenie odstąpienia albo zmiany ugody mediacyjnej lub odeprzeć pozew o odszkodowanie na mocy ugody. Wyjątek od zakazu wykorzystania dowodów nie rozciąga się jednak na komunikację ustną między zaangażowanymi osobami w postępowanie. Mediator nie może więc zostać zmuszony do zeznań jako świadek na temat negocjacji mediacyjnych. *Uniform Mediation Act* pozostaje w tyle za lokalnymi kodeksami postępowania, które zobowiązują strony do negocjacji w *good faith*. Według ustawy modelowej działanie na zwłokę w procesie (obstrukcja) daje się tylko wtedy uniknąć, jeżeli strona nie stawia się wielokrotnie bez usprawiedliwienia.

3. Prawa i obowiązki mediatorów

Mediatorzy w praktyce nie ograniczają się tylko do moderowania dialogu między stronami. Szacują oni raczej szanse na powodzenie w sporze prawnym⁸⁴, podnosząc w ten sposób z punktu widzenia stron wrażenie sprawiedliwości procesowej⁸⁵. Postępowania z powodu skarg formalnych są rzadkie. Tylko 17 stanów wydało wiążące (państwowe) kodeksy zachowania, podczas gdy dla czysto prywatnych mediatorów nie ma żadnych nałożonych przez państwo normy zachowań⁸⁶. Niektóre stany wprowadziły w zakresie mediacji „okołosądowej” jednolite postępowania skargowe⁸⁷, podczas gdy w Kalifornii trwają prace nad systemem sankcji, zainstalowanych przy sądzie, który wprowadził dany program mediacji⁸⁸. Faktycznie zadania mediatorów precyzują także decyzje sądów na temat zachowania poufności postępowania.

⁸⁴ Zobacz: C. Menkel-Meadow, *Ethics and Professionalism and Non-Adversarial Lawyering*, Fla. St. U. L. Rev. 1999, no. 27, s. 153, 174 i n.

⁸⁵ B. McAdoo, N.A. Welsh, *Look Before You Leap and Keep on Looking: Lessons from the Institutionalization of Court-Connected Mediation*, Nev. L. J. 2004/2005, no. 5, s. 399, 423; R. Wissler, *Court-Connected Mediation in General Civil Cases. What We Know from Empirical Research*, Ohio St. J. on Disp. Resol. 2002, no. 17, s. 641, 679, 684 i n.

⁸⁶ P.M. Young, *Take It or Leave It. Lump It or Grieve It. Designing Mediator Complaint Systems that Protect Mediators, Unhappy Parties, Attorney, Courts, the Process, and the Field*, Ohio St. J. on Disp. Resol. 2006, no. 21, s. 721, 725 i n.

⁸⁷ P.M. Young, *FN 87*, Ohio St. J. on Disp. Resol. 2006, no. 21, s. 721, 749 i n.; ta sama, *Rejoice! Rejoice! Rejoice, Give Thanks, and Sing: ABA, ACR, and AAA Adopt Revised Model Standards of Conduct for Mediators*, Appalachian J. L. 2006, no. 5, s. 195, 233 przyp. 234.

⁸⁸ Por.: Rules of the Superior Court, County of Yolo, State of California, Appendix #6 (Unified Family Court Protocols), § 6.8 Grievances.

Precyzacja obowiązków mediatora jest w dyskusji amerykańskiej bezpośrednio związana z prawną regulacją postępowania mediacyjnego. Wyrażane jest przy tym życzenie polepszenia kontroli jakości i możliwe negatywne bodźce, które mogą powodować powstawanie u mediatorów norm ograniczających ocenę i norm prawnych dotyczących odpowiedzialności cywilnej⁸⁹. Prawo postępowania Florydy prawie całkowicie uwalnia mediatorów „okołosądowych” od konsekwencji związanych z prawną odpowiedzialnością cywilną⁹⁰. Dopuszczalne jednak są sankcje wynikające z prawa zawodowego. W praktyce postępowania skargowe mają kompensować przewidziane ustawowo zwolnienie mediatorów z odpowiedzialności cywilnej, przy czym teoretyczne rozważania bodźców nie są brane pod uwagę.

Obecnie w celu ustalenia obowiązków mediatora ważne są przede wszystkim uregulowania prawa adwokackiego, wydane przez sądy kodeksy zachowań i ogólne zasady odpowiedzialności cywilnej *common law*. Rozstrzygnięcie *American Bar Association* z roku 2002 wzywa do ustalenia reguł zachowań dla mediatorów, którzy nie są dopuszczeni do wykonywania zawodu adwokata⁹¹. Mediatorom wolno jest omawiać aspekty prawne mediacji, muszą jednakże wskazywać na to, że strony, które nie są reprezentowane przez adwokata, powinny przed zawarciem kończącej postępowanie ugody zasięgnąć porady prawnej.

IV. Perspektywy

Jak stwierdzają autorzy amerykańskiego podstawowego dzieła na temat mediacji – „Mediacja to prosty proces, ale przepisy dla mediacji są kompleksowe”⁹². Opisuje to trafnie istniejące rozczłonkowanie amerykańskiego prawa formalnego. Dzisiejsze postępowania „okołosądowe” wywodzą się z pilotażowych projektów, stworzonych przez sędziów wspomaganych przez ustawodawców w celu opanowania nawały postępowań cywilnoprawnych. W tym czasie instytucja alternatywnego zażegnania sporów przez mediację odeszła od spraw cywilnoprawnych i rodzinnych, którymi początkowo się zajmowała i stopniowo zaczęła mieć zastosowanie w Stanach Zjednoczonych również w przypadku sporów z prawa pracy oraz dla postępowań z prawa karnego i publicznego.

⁸⁹ Zobacz: rozważającą to zagadnienie analizę z sędziowskiego punktu widzenia u: W.D. Brazil, *Continuing the Conversation about the Current Status and the Future of ADR. A View from the Courts*, J. Disp. Resol. 2000, no. 11, s. 34.

⁹⁰ Zobacz: § 44.107 (2) Florida Statutes.

⁹¹ ABA Section of Dispute Resolution, Resolution on Mediation and the Unauthorized Practice of Law, adopted by the Section on February 2, 2002 (do wglądu przez: www.abanet.org/dispute/resolution2002.pdf).

⁹² S.R. Cole, C.A. McEwen, N.H. Rogers, *Mediation: Law, Policy and Practice* (wyd. 2., stan z listopada 2006 r.), § 13:1: *Mediation is a simple process, but the laws related to mediation are complex.*

Krytyka alternatywnego zażegnania sporów w Stanach Zjednoczonych nigdy nie wygasła. Za rozważaniami mikroekonomicznymi i w ramach teorii demokracji⁹³ stoi realistyczna ocena, że procesy decyzyjne w mediacji są mało przejrzyste. Obserwowane jednocześnie wprowadzanie ram prawnych dla postępowań mediacyjnych podkreśla, że przeprowadzane sporne postępowania sądowe straciły na znaczeniu. Kontrola przebiegu postępowań podczas mediacji w tym większym stopniu spełnia funkcje kompensacyjne, w im większym stopniu na znaczeniu tracą materialno-prawne punkty widzenia sporu prawnego. Przy tym w większości stanów USA dają się zauważyć deficyty regulacyjne przy konkretyzacji obowiązków mediatorów i odpowiednich systemach bodźców w ramach odpowiedzialności cywilnej.

Polityka prawna stanęła przed wyzwaniem, jakim jest stworzenie równowagi między wydajną ochroną prawną⁹⁴ a rozwojem prawa na drodze pracy sądów państwowych, optymalnej alokacji niewystarczających zasobów⁹⁵ i zabezpieczeniem gwarancji wynikających z prawa konstytucyjnego. Na większą uwagę zasługują społeczne koszty kończących postępowania ugód mediacyjnych, które jak do tej pory ukazały się przede wszystkim na obszarze ochrony konsumenta i ochrony konkurencji.

Z porównawczo prawnego punktu widzenia zróżnicowane ukształtowanie narodowych praw procesowych prowadzi do tego, że struktury bodźców finansowych dla przeprowadzania postępowań mediacyjnych muszą być rozpatrywane w bezpośrednim związku z kosztami sporu cywilnoprawnego pierwszej instancji.

⁹³ Zobacz: rozważania teoretyczno-demokratyczne u R.R. Reuben, *Democracy and Dispute Resolution. Systems Design and the New Workplace*, Harv. Negot. L. Rev. 2005, v. 10, no. 11, s. 44 i n., i krytykę N.A. Welsh, *FN 43*, Harv. Negot. L. Rev. 2001, v. 10, no. 1, s. 21 i n. Instytucjonalizacja „mediacji okołosądowej” postępuje kosztem procesualnej wolności dyspozycyjnej stron.

⁹⁴ Por. P. Gottwald, *Die ökonomische Analyse zur Kritik und Reform des Zivilprozeßrechts (Analiza ekonomiczna krytyki i reformy procesu cywilnego)*, [w:] R. Holzhammer, W. Jelinek, P. Böhm (Hrsg.), *Festschrift für Fasching*, 1988, s. 181, 189 i n.; M. Dimde, *op. cit.*, przyp., s. 35 i n., ze wskazaniem na orzecznictwo Federalnego Trybunału Konstytucyjnego. Zobacz z kolei przeciwną propozycję J. Lande, *How Much Justice Can We Afford? Defining the Courts' Roles and Deciding the Appropriate Number of Trials, Settlement Signals, and other Elements Needed to Administer Justice*, J. Disp. Resol. 2006, s. 213, 247 i n. – obniżenia bariery psychicznej przed procesem poprzez skrócenie przebiegu postępowania.

⁹⁵ Na temat konfliktów celów między selekcją pozwów i pokryciem kosztów: D. Schmidtchen, R. Kirstein, *Abkoppelung der Prozeßkosten vom Streitwert? – Eine ökonomische Analyse von Reformvorschlägen (Odlączenie kosztów procesu od wartości sporu? – Ekonomiczna analiza propozycji reform)*, [w:] H. Prütting, H. Rüßmann (Hrsg.), *Verfahrensrecht am Ausgang des 20. Jahrhunderts (Prawo procesowe w końcu XX. w.) – Festschrift für Gerhard Lüke*, 1997, s. 741, 753 i n.; por. C. Baudenbacher, *Rechtsverwirklichung als ökonomisches Problem – Zur Überlastung der Zivilgerichte (Urzeczywistnienie prawa jako problem ekonomiczny – na temat przeciążenia sądów cywilnych)*, „Züricher Studien zum Verfahrensrecht” 1985, v. 61, s. 30 i n.

Mediacja i prawo

I. Wprowadzenie

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

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

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

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

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

³ *Ibidem*.

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

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

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

II. Różne koncepcje mediacji

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁹ J. Risse, *op. cit.*, s. 29.

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

¹¹ J. Risse, *op. cit.*, s. 28 i n.

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

¹³ *Ibidem*.

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

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

III. Funkcja mediatora w mediacji, w szczególności jego neutralność

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁶ S. Kracht, *op. cit.*, s. 270.

¹⁷ *Ibidem*.

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

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

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

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

IV. Różnica między jurysdykcją a mediacją i prawna regulacja ugód

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

V. Metody wprowadzania prawa do mediacji

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

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

²⁷ R. Köper, *op. cit.*, s. 114.

²⁸ J. Risse, *op. cit.*, s. 302.

²⁹ *Ibidem*.

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

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

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

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Por. *ibidem*, s. 306 i n.

³² Por. *ibidem*.

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

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ J. Risse, *op. cit.*, s. 307.

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

VI. Podsumowanie

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

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

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

³⁶ *Ibidem*.

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

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

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

Ustawowa regulacja alternatywnego załatwiania sporów na Ukrainie: *de lege lata* i *de lege ferenda*

Procedura alternatywnego zażegnania sporów (arbitraż) już od dłuższego czasu jest samodzielną instytucją prawną, uregulowaną zarówno przez normy i przepisy krajowe, jak i przez międzynarodowe akty prawne. Szczególne miejsce zajmuje wśród nich Konwencja nowojorska z 1958 r. o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych, której sygnatariuszami jest 149 państw. W odniesieniu do Ukrainy konwencja ta obowiązuje od 1961 r., zastrzeżeniem „b”, a mianowicie w zakresie orzeczeń rozjemczych z tych krajów, które nie są sygnatariuszami konwencji, jeżeli dane państwo stosuje konwencję i państwa te uznają zasadę wzajemności¹.

Znaczenie sądownictwa arbitrażowego jako postępowania rozjemczego w sprawach powstałych w związku z międzynarodowymi stosunkami gospodarczymi podkreślone zostało także w uchwalonej jednogłośnie Rezolucji A/31/98 Zgromadzenia Ogólnego ONZ z 15 grudnia 1976 r. (co w praktyce działania tego organu nie zdarza się często). Przy czym w rozdziale „Współpraca w dziedzinie gospodarki, nauki i technologii” oraz „Środowisko. Handel. Sądownictwo arbitrażowe” Aktu Końcowego Konferencji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie, podpisanego w Helsinkach 1 sierpnia 1975 r., po raz pierwszy na poziomie multilateralnym przyjęte zostało postanowienie mające na celu szybkie zażegnwanie sporów powstających w stosunkach handlowych, w którym sądownictwo arbitrażowe uznane zostało za jedną z najwygodniejszych metod zażegnania sporów².

* Oleksandr Kopylenko, profesor doktor nauk prawnych, dyrektor Instytutu Prawodawstwa przy Radzie Najwyższej Ukrainy, członek-korespondent Narodowej Akademii Nauk Ukrainy.

** Nina Petscherowa, kandydat nauk prawnych, senior-doradca na wydziale prawa europejskiego i integracji międzynarodowej Instytutu Prawodawstwa przy Radzie Najwyższej Ukrainy.

¹ Konwencja o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych z 1958 r., http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html.

² 15 років світового визнання, „Діловий вісник” № 08 (159), 2007, <http://www.ucci.org.ua/synopsis/dv/2007/dv0708081.ua.html>.

Sądownictwo arbitrażowe nie jest jedyną formą alternatywnego zażegnania sporów (konfliktów). Zalicza się do nich także negocjacje i mediację, zwłaszcza, jeśli weźmiemy pod uwagę, że negocjacje mające na celu zapobieżenie powstaniu sporów były stosowane na długo przed powołaniem instytucji sądownictwa arbitrażowego, a także samej mediacji, szczególnie wtedy, kiedy rolę mediatora pojmowano jako rolę pośrednika przy zażegnaniu sporów. To, jak pojmować rolę mediatora w zażegnaniu sporów, stanowi główny problem postępowania mediacyjnego na Ukrainie, ponieważ pośrednikiem oferującym stronom usługi w zakresie rozwiązywania konfliktów na poziomie prawnym powinien być wysoce wyspecjalizowany prawnik, posiadający konieczną wiedzę w tej specyficznej dziedzinie prawa i mający praktyczne doświadczenia w tym zakresie. Usługi mediatora muszą cechować się wysoką jakością i profesjonalizmem, ponieważ jedynie wówczas można mieć gwarancję, że strony będą usatysfakcjonowane przebiegiem mediacji i jej rezultatami i że nie pociągnie ona za sobą dalszych postępowań sądowych, tym bardziej że mediacja możliwa jest nawet podczas trwania procesu sądowego, szczególnie w myśl dokumentów Rady Europy i Dyrektywy europejskiej³.

Postępowanie mediacyjne wymaga regulacji ustawowej, aby możliwe było m.in. uniknięcie przeciągania procesu oraz zapewnienie równouprawnienia stron, czyli dwóch najistotniejszych kwestii postępowania mediacyjnego, decydujących o jego atrakcyjności dla stron. Jednocześnie, szczególnie w praktyce, konieczne jest, aby ustawodawca, wprowadzając w rozdziale 2 Kodeksu postępowania handlowego Ukrainy z dnia 11 czerwca 1991 r.⁴ przedsądowe postępowanie, mające na celu zażegnanie powstania sporów handlowych, oddzielił je od przewidzianego w nim pozasądowego arbitrażu oraz mediacji. Ponadto należy zwrócić uwagę na to, że także kodeks postępowania cywilnego Ukrainy nie przewiduje takiego lub podobnego postępowania przedsądowego zażegnania sporów (nawet jeśli zdania na ten temat są w nauce podzielone).

Na obszarze prawa europejskiego obowiązuje Dyrektywa 2008/52/EG Parlamentu Europejskiego i Rady o niektórych aspektach mediacji w sprawach cywilnych i handlowych. Rada Europy wydała również następujące rekomendacje i dyrektywy: Rekomendacja Rec (98) 1 o mediacji w sprawach rodzinnych, Rekomendacja Rec (99) 19 o mediacji w sprawach karnych, Rekomendacja Rec (2001) 9 o alternatywnych postępowaniach zażegnania sporów między organami administracji i podmiotami prywatnymi, Rekomendacja (2002) 10 o mediacji w sprawach cywilnych, zasady lepszego wdrażania obowiązujących zaleceń dla mediacji w sprawach karnych, zasady lepszego

³ 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. U. UE L z 24.05.2008 r.).

⁴ Kodeks postępowania handlowego Ukrainy z dnia 6 listopada 1991 r., <http://zakon4.rada.gov.ua/rada/show/1798-12>.

wdrażania obowiązujących zaleceń dla alternatywnych metod zażegnania sporów między administracją a podmiotami prywatnymi, zasady lepszego wdrażania obowiązujących zaleceń dla mediacji w sprawach rodzinnych i mediacji w sprawach cywilnych.

Unia Europejska uznaje skuteczność mediacji – większość dokumentów Rady Europy i Dyrektywa UE zaleca implementację mediacji, jako głównej metody alternatywnego zażegnania sporów w fazie przedsądowej lub podczas trwania procesu⁵.

Ustawodawca ukraiński, będąc świadomy szerokiego rozprzestrzenienia się mediacji, jako metody ADR i uchwalenia ustaw o postępowaniach z zakresu ADR przy udziale pośrednika, w takich krajach, jak m.in. Kazachstan czy Mołdawia⁶, podjął ze swej strony prace legislacyjne mające na celu prawne uregulowanie mediacji. Chodzi tu m.in. o projekty ustaw: 10301 z 5 kwietnia 2012 r., 10301-1 z 19 kwietnia 2012 r., 2425a z 26 czerwca 2013 r., 2425a-1 z 3 lipca 2013 r. Najbardziej istotne jednak regulacje dotyczące postępowania mediacyjnego przewidywał dopiero projekt ustawy 2425a-1 z 3 lipca 2013 r.⁷ Projekt tej ustawy stanowił poprawioną wersję ustawy o mediacji 10301-1 z 19 kwietnia 2012 r.⁸ Projekt ten ukierunkowany był na ustalenie podstaw prawnych implementacji i przeprowadzenie zażegnania konfliktu przy obopólnej zgodzie stron konfliktu i przy udziale pośrednika (mediatora), ustalał zasady mediacji i postępowania mediacyjnego oraz status mediatora.

Ze względu na jego znaczenie projekt ten zasługuje na szersze przedstawienie⁹.

Proponowano w nim następujące rozumienie pojęć: mediator – fachowo wykształcony, neutralny pośrednik w negocjacjach między stronami konfliktu; ugoda mediacyjna – pisemna ugoda między stronami mająca na celu zażegnanie konfliktu i/lub o pokrycie szkód powstałych podczas trwania konfliktu; klauzula mediacyjna – określenie w umowie cywilnej, gospodarczej, z dziedziny prawa pracy lub prawa rodzinnego postanowienia, zgodnie z którym powstałe w wyniku stosunku z umowy między stronami konflikty przekazywane będą na drogę postępowania mediacyjnego; mediacja – pozasądowe postępowanie mające na celu zapobieżenie powstaniu konfliktu przy pomocy jednego lub więcej niż jednego pośrednika (mediatora); mediator – pośrednik, który został pozytywnie zaopiniowany i wpisany do narodowego rejestru dopuszczonych mediatorów w drodze ustawowo określonego postępowania, na podstawie art. 2 danego projektu ustawy.

⁵ Sprawozdanie wyjaśniające do projektu ustawy Ukrainy O mediacji nr 2425a-1 z dnia 3 lipca 2013 r., http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=47710.

⁶ *Ibidem*.

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Projekt ustawy Ukrainy O mediacji nr 2425a-1 z dnia 3 lipca 2013 r., http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=47710.

W art. 3 tego projektu ustawodawca zdefiniował następujące zadania mediacji: 1) zażegnanie sporu, 2) likwidacja szkód spowodowanych konfliktem, 3) możliwie całkowite zaspokojenie roszczeń stron konfliktu, 4) obniżenie poziomu konfliktu, 5) ustanowienie prawa i porządku.

Warto także zwrócić uwagę na fakt, że przy porównaniu mediacji z arbitrażem, jako metody ADR, mediacja znajduje zastosowanie do większej liczby przypadków niż arbitraż. W myśl art. 4 wspomnianego projektu ustawy do zakresu zastosowania mediacji należały wszystkie przewidziane w tej ustawie konflikty, włącznie ze sporami z prawa cywilnego, gospodarczego, administracyjnego, z prawa pracy i rodzinnego, jak też sprawy w związku z wykroczeniami i z postępowaniem karnym w przypadkach przewidzianych ustawą.

Mediacja w rozumieniu art. 5 odbywać się miała za obopólną zgodą stron konfliktu na zasadach dobrowolności, równości i zaangażowania stron w mediację, niezależności i neutralności mediatora i poufności informacji podczas mediacji.

Na podkreślenie w projekcie zasługuje także wypracowanie wymogów koniecznych do spełnienia dla uzyskania statusu mediatora (art. 13 projektu) oraz trybu postępowania, który określał warunki uzyskania statusu zarejestrowanego mediatora (art. 14 projektu).

W myśl art. 14 część 1, zarejestrowanym mediatorem mogła zostać osoba fizyczna w wieku co najmniej 25 lat, posiadająca dyplom szkoły wyższej i wykształcenie fachowe w zakresie mediacji, po zdaniu egzaminu przed Radą Mediatorów Ukrainy i wpisaniu do Narodowego Rejestru Mediatorów Ukrainy, co dokumentowane miało być wydaniem świadectwa według podanego wzoru. Jednocześnie, w znaczeniu art. 13 część 1, mediatorem mogła zostać osoba co najmniej 18-letnia, która zdobyła wykształcenie fachowe na kierunku „Mediacja” w jednym z ośrodków kształcenia na Ukrainie albo za granicą.

Art. 18 przewidywał, że mediator ponosi dyscyplinarną odpowiedzialność za naruszenia postanowień ustawy o zapewnieniu profesjonalnych standardów i reguł w ramach przewidzianego w tym projekcie postępowania. W takich przypadkach możliwe było zastosowanie kar dyscyplinarnych od upomnienia do skreślenia z Narodowego Rejestru Mediatorów Ukrainy.

Według art. 27, inicjatywa przeprowadzenia mediacji powinna była wyjść od stron konfliktu lub od organu, który otworzył dane postępowanie. Stronom konfliktu pozostawiono wolność akceptacji albo odrzucenia tej inicjatywy. Zawarcie przez strony umowy o oddaniu sprawy na drogę postępowania mediacyjnego skutkowało odroczeniem postępowania na czas trwania mediacji.

Szczególnie interesujące są przepisy art. 31, w myśl których mediacja w konflikcie mogła mieć miejsce zarówno przed odwołaniem się do sądu, jak też już podczas trwania procesu. Mediacja proponowana przez sąd mogła odbywać się wyłącznie przy udziale zarejestrowanego mediatora. Zawarta podczas trwania procesu ugoda mogła zostać uznana i dopuszczona przez sąd według przewidzianej ustawowo procedury.

Nie można pominąć także faktu, że przepisy wspomnianego projektu ustawy spotkały się z zastrzeżeniami, m.in. ze strony Działu Badań i Ekspertyz Rady Najwyższej Ukrainy¹⁰, jednocześnie jednak projekt ten stanowił dalszy krok na drodze do harmonizacji ustawodawstwa ukraińskiego ze standardami europejskimi, a stworzenie nowoczesnej i skutecznej ustawy nie byłoby możliwe bez produktywnej pracy, która ujawniła się w poprawkach do projektu, dokonywanych dzięki tym właśnie zastrzeżeniom.

Gdy mówimy o arbitrażu, jako postępowaniu ADR, powinniśmy zreferować specyfikę tego postępowania rozjemczego na Ukrainie. Na Ukrainie obowiązuje ustawa Ukrainy O międzynarodowym handlowym sądzie arbitrażowym z dnia 24 lutego 1994 r. i ustawa Ukrainy O sądach arbitrażowych z dnia 11 maja 2004 r.¹¹

Ustawy te mają różne zakresy stosowania. Według art. 1 ustawy O sądach arbitrażowych, w zależności od zakresu stosowania ustawy i w myśl porozumienia stron, każdy rodzaj sporu powstałego ze stosunków cywilnych i gospodarczych, z wyjątkiem przypadków przewidzianych ustawą, przekazany może zostać sądowi arbitrażowemu. Zakres obowiązywania ustawy O sądach arbitrażowych nie rozciąga się na międzynarodowy arbitraż handlowy.

Ustawodawca przewidział także, że w myśl art. 6 ust. 12 ustawy O sądach arbitrażowych, sprawa może zostać przekazana do rozstrzygnięcia sądowi arbitrażowemu, kiedy przynajmniej jedna ze stron nie podlega obowiązkowi podatkowemu na Ukrainie. W myśl art. 1 część 2 ustawy O międzynarodowym handlowym sądzie arbitrażowym, spory powstające ze stosunków umowy lub innych cywilnoprawnych stosunków, po zawarciu przez strony odpowiedniej umowy, w zakresie obowiązywania ustawy, mogą być przekazywane do rozstrzygnięcia sądowi arbitrażowemu, jeśli powstały one w ramach stosunków handlu zagranicznego lub innych międzynarodowych stosunków gospodarczych oraz gdy przynajmniej jedna ze stron ma swoją siedzibę za granicą i gdy chodzi o spory między przedsiębiorstwami i zagranicznymi inwestorami, międzynarodowymi zrzeszeniami i działającymi na Ukrainie organizacjami między sobą, lub o spory z innymi podmiotami prawnymi na Ukrainie.

¹⁰ Stanowisko Działu Badań i Ekspertyz z dnia 12 lutego 2014 r. dotyczące ustawy Ukrainy O mediacji nr 2425a-1 z dnia 3 lipca 2013 r., http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=47710.

¹¹ Ustawa Ukrainy O międzynarodowym handlowym sądzie arbitrażowym z dnia 24 lutego 1994 r., ustawa Ukrainy O sądach arbitrażowych z dnia 11 maja 2004 r., <http://zakon4.rada.gov.ua/laws>.

Istotną cechą zakresu stosowania wspomnianych ustaw jest wymóg istnienia elementu zagranicznego podczas postępowania przed międzynarodowym handlowym sądem arbitrażowym.

Można zatem powiedzieć, że istnieją dwie odrębne instytucje zapobiegania konfliktom na drodze postępowania ADR. Pod pojęciem międzynarodowego handlowego sądu arbitrażowego w myśl art. 2 ustawy O międzynarodowym handlowym sądzie arbitrażowym rozumie się każde sądownictwo arbitrażowe, niezależnie od tego, czy zostało ono powołane specjalnie dla postępowania w danej sprawie, czy chodzi o stałą instytucję arbitrażu, w szczególności o Międzynarodowy Sąd Arbitrażowy albo Komisję arbitrażową do spraw morskich przy IHK Ukrainy; zaś pod pojęciem sądu arbitrażowego rozumiano zarówno jednego sędziego arbitrażowego, jak i arbitrażowe kolegium sędziowskie. Pod pojęciem „sądu arbitrażowego” w myśl art. 2 ustawy O sądach arbitrażowych należy rozumieć: niepaństwowe, niezależne gremium, stworzone w sposób przewidziany w ustawie, na podstawie umowy stron, będących osobami fizycznymi lub prawnymi, w celu zażegnania sporów powstałych ze stosunków prawnych cywilnych lub handlowych.

Jednocześnie podczas omawiania tych ustaw niezbędne jest zwrócenie uwagi na to, że w myśl art. 8 ustawy o sądach arbitrażowych przewiduje się, że postępowanie w celu włączenia sądu arbitrażowego dla rozstrzygnięcia konkretnego sporu udokumentowane jest podpisaniem umowy o arbitrażu, której postanowienia nie mogą naruszać przepisów tej ustawy, przy czym ustawodawca w tym samym art. 8 zawiera jedynie wymagania dla sędziów arbitrażowych stałych sądów arbitrażowych. Dane te między innymi musiały zawierać datę ich urodzenia, informację o stanie wykształcenia w danej dziedzinie, o ostatnim miejscu pracy, o stażu pracy, czasie zatrudnienia w danej dziedzinie. Niespełnianie tych wymogów przez arbitra mogło niekiedy być ryzykowne dla strony zwracającej się o rozstrzygnięcie do powołanego w tym celu sądu arbitrażowego. Groźba ta była realna nawet pomimo to, że ustawodawca w art. 22 ustawy przewidywał odpowiedzialność w przypadku niewypełnienia przez sędziego arbitrażowego jego obowiązków lub ich nieodpowiednie wypełnienie bez usprawiedliwienia, która była szczegółowo opisana w regulaminie sądu arbitrażowego, w zarządzeniu o stałym sądzie arbitrażowym lub w zawartej na podstawie art. 24 ustawy umowie, chyba że niezgodne z prawem działania sędziego arbitrażowego posiadałyby cechy wykroczenia albo czynu karalnego.

Analiza wymienionych ustaw dowodzi, że w zakresie alternatywnego rozstrzygania sporów na Ukrainie położono podwaliny, jednak – biorąc pod uwagę ustawę O sądach arbitrażowych – należy dalej na Ukrainie rozwijać tego rodzaju alternatywne postępowania zażegnania sporów (konfliktów), w szczególności mediację i arbitraż.

Już dziś instytucje arbitrażu na Ukrainie znane są na świecie. I tak Międzynarodowy Sąd Arbitrażowy przy IHK Ukrainy jest członkiem World Federation of International Courts of Arbitration in New York i European Arbitration Group przy Międzynarodowej Izbie Handlowej w Paryżu.

Przedstawiciele Międzynarodowego Handlowego Sądu Arbitrażowego w Kijowie brali udział w pracach międzynarodowych i światowych kongresów organizowanych przez International Council for Commercial Arbitration (ICCA) w: Paryżu (1961, 1998), Barcelonie, Belgradzie, Bremie, Wenecji (1969), Moskwie (1972), Londynie (1974, 2002), Wiedniu (1976, 1994), Warszawie (1980), Nowym Jorku (1986), Sztokholmie (1990), Genewie (2011), Kiszyniowie, Kilonii, Lizbonie, Mińsku, Pradze, Seulu (1996), Stambule, Stuttgarcie, Tessalonikach, Zurychu i innych miastach.

Międzynarodowy Sąd Arbitrażowy przy Izbie Przemysłowo-Handlowej Ukrainy podpisał umowę o współpracy z instytucjami arbitrażu w Grecji, USA, Szwajcarii, z międzynarodowymi sądami arbitrażowymi przy Izbach Przemysłowo-Handlowych w Bułgarii, Korei, na Łotwie, w Macedonii, Polsce, Rumunii, Rosji, Serbii, Słowenii i Czechach¹².

Należy nadmienić, że także Izba Przemysłowo-Handlowa Ukrainy zajmuje się ustalaniem norm, m.in. w związku z projektami norm i przepisów prawnych, przedkładanych przez Izbę, jako propozycje dla podmiotów inicjatyw ustawodawczych albo koncypowanych dla podmiotów upoważnionych do wytyczania norm, włącznie z projektem postanowienia Narodowego Banku Ukrainy „O nowelizacji postanowienia Narodowego Banku Ukrainy z dnia 14 listopada 2013 r. nr 454 «O zmianach terminów rozrachunków transakcji eksportowych i importowych i wprowadzeniu obowiązkowej sprzedaży zysków w walutach zagranicznych»”, projektu zalecenia Rady Ministrów Ukrainy „O pogłębieniu współpracy między publicznymi ciałami doradczymi przy państwowej administracji rejonowej z Izbą Przemysłowo-Handlową Ukrainy, stowarzyszeniami publicznymi, organizacjami i związkami”¹³.

Aktualność tych problemów znalazła odzwierciedlenie w trakcie konferencji państw – płatników, która miała miejsce jesienią 2014 r., w której brali udział: 1) UE, jej kraje członkowskie, państwa – płatnicy, jak USA, Kanada, Japonia, Norwegia, Szwajcaria; 2) organizacje międzynarodowe, jak Rada Europy, UNDP – program rozwoju ONZ, OWGiR; 3) międzynarodowe instytucje finansowe, jak Europejski Bank odbudowy i rozwoju, Europejski bank inwestycyjny, Międzynarodowy Fundusz Walutowy jako obserwator, Bank Światowy, francuska Agencja Rozwoju, niemiecki Bank Rozwoju KfW i organizacje społeczeństwa obywatelskiego.

¹² 15 років світового визнання, *op. cit.*

¹³ Industrie- und Handelskammer der Ukraine, <http://www.ucci.org.ua/ua/lawmaking/part3.html>.

Wszystkie te organizacje pomagały Ukrainie przy przygotowaniu planu wzrostu gospodarczego w latach 2014–2016¹⁴, określanego czasami „Planem Marshalla dla Ukrainy”. Dotychczasowy rozwój alternatywnych sposobów załatwiania sporów (postępowań ADR) w tym kontekście przyczynił się do zagwarantowania sprzyjającego klimatu inwestycyjnego zarówno teraz, jak i na przyszłość.

¹⁴ Eine Geberkonferenz zur Unterstützung der Ukraine kann im Herbst stattfinden, http://eeas.europa.eu/delegations/ukraine/press_corner/all_news/news/2014/2014_07_08_03_uk.htm.

Ten tom zawiera rezultaty prac nad projektem: „Stosunek między alternatywnymi metodami załatwiania sporów a sądownictwo powszechne: nowe tendencje na Ukrainie, w Niemczech i w Polsce“, finansowanego przez DAAD ze środków Ministerstwa Spraw Zagranicznych w ramach programu: „Wspieranie demokracji na Ukrainie“.

Postępowania ADR mogą przyczyniać się do wzmocnienia państwa prawa (Rule of Law). Od połowy lat 90. międzynarodowe organizacje humanitarne wspierają kraje przy implementacji postępowań ADR jako środka modernizacji ich systemów prawnych i dalszego rozwoju akceptacji i wzmacniania Rule of Law. Także celem leżącym u źródła niniejszego tomu – zgodnie z kryteriami wyznaczonymi dla tego projektu przez DAAD – jest idea dalszego umacniania państwa prawa na Ukrainie. Postępowania ADR pomagają w uzyskaniu szerszego dostępu do wymiaru sprawiedliwości dla biedniejszych, ponieważ redukują zarówno koszty, jak i nakład czasu potrzebny dla rozwiązania sporu. Postępowania ADR mogą być także alternatywą dla skorumpowanych lub stronniczych systemów sądownictwa, a ich obecność w danym kraju jest argumentem sprzyjającym zagranicznym inwestycjom. Postępowania ADR mogą zapewnić lepszy dostęp do wymiaru sprawiedliwości dla tych mniejszości, których interesy w formalnym systemie prawnym nie podlegają dostatecznej ochronie, pomagają one także w kształtowaniu się poczucia odpowiedzialności i więzi międzyludzkich, a ta obywatelska współpraca może stać się przyczynkiem dla lepszej ochrony praw podstawowych.

W niniejszym tomie przedstawione są zarówno ogólne regulacje, jak również szczególne aspekty ADR w Niemczech, w Polsce i na Ukrainie.

RAin Tina de Vries

Gefördert vom DAAD aus Mitteln des Auswärtigen Amtes (AA)

DAAD

Deutscher Akademischer Austauschdienst
German Academic Exchange Service



Auswärtiges Amt

ISBN 978-83-65431-82-0 (druk)
ISBN 978-83-65431-83-7 (online)