

<http://dx.doi.org/10.16926/gea.2019.01.01>

Adam ZIENKIEWICZ

<http://orcid.org/0000-0002-2824-7123>

Wydział Prawa i Administracji

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

e-mail: adam.zienkiewicz@uwm.edu.pl

Dylematy praktyki mediacyjnej – kilka pytań na tle zasady bezstronności i neutralności mediatora

Streszczenie

Rozważania artykułu koncentrują się na problematyce fundamentalnej dla każdego postępowania mediacyjnego, dotyczącej realizacji zasad bezstronności i neutralności mediatora. Głównym celem artykułu jest zwrócenie uwagi na to, iż wymagana przez ustawodawcę oraz strony sporów niezależność mediatora nie zawsze jest łatwa do zrealizowania w każdym dyskursie mediacyjnym, z uwagi na różnorodne czynniki natury zewnętrznej i wewnętrznej, a zwłaszcza specyficzne dylematy pojawiające się podczas praktyki mediowania. Zasadnicze rozważania tekstu rozpoczyna krótka prezentacja przyjmowanego przez autora rozumienia mediacji oraz niezależności, bezstronności i neutralności mediatora. Następnie zidentyfikowano i poparto przykładami główne typy bezpośrednich i pośrednich normatywnych zabezpieczeń realizacji zasad bezstronności i neutralności przez mediatora. Zwieńczenie podjętej analizy stanowi próba sformułowania pytań egzemplifikujących specyficzne dylematy pojawiające się podczas postępowania mediacyjnego, które mogą istotnie wpływać na realizację przez mediatora zasady bezstronności i neutralności, determinując zarówno przebieg, jak i rezultat mediacji.

Słowa kluczowe: mediacja, bezstronność, neutralność, niezależność, mediator.

Wstęp

Podjęte rozważania skoncentrują się na problematyce fundamentalnej dla każdego postępowania mediacyjnego, dotyczącej realizacji zasad bezstronności i neutralności mediatora, stanowiących definicyjne cechy instytucji mediacji¹.

¹ Szerzej na temat różnych definicji instytucji mediacji zob. np. M. Białecki, *Mediacja w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2012, s. 34–37; E. Gmurzyńska, R. Morek (red.), *Mediacje. Teo-*

Głównym celem artykułu jest zwrócenie uwagi na to, iż wymagana przez ustawodawcę oraz strony sporów niezależność mediatora nie zawsze jest łatwa do zrealizowania w każdym dyskursie mediacyjnym, z uwagi na różnorodne czynniki natury zewnętrznej i wewnętrznej, a zwłaszcza specyficzne dylematy pojawiające się podczas praktyki mediowania². Autor pragnie podkreślić, iż niewłaściwe jest traktowanie wymogu zachowania bezstronności i neutralności mediatora jako zagwarantowanego normatywnie obowiązku, którego realizacja jest niejako automatycznie wpisana w codzienną, rutynową praktykę zawodową mediatorów i nie wymaga z ich strony odpowiedniej refleksji czy jakiegokolwiek intelektualnego lub behawioralnego wysiłku. Wiodącą intencją artykułu jest zatem zachęcenie przedstawicieli teorii i praktyki mediacji do podjęcia szerszej dyskusji na temat spotykanych trudności w zachowaniu niezależności przez mediatorów, ich przyczyn oraz odpowiedniej prewencji i sposób ich przełamywania. W literaturze przedmiotu poza przypisywaniem standardowo osobom wykonującym profesję mediatora definicyjnej cechy bycia osobą bezstronną i neutralną można spotkać również głosy, iż zasada bezstronności i neutralności mediatora ma jedynie charakter specyficznej normy programowej, pewnego ideału, do którego powinno się dążyć, gdyż tzw. stuprocentowa niezależność mediatora jest stanem bardzo trudnym do osiągnięcia³. Co więcej J. Rifkin, J. Millen, S. Cobb określają bezstronność i neutralność mediatora nawet jako „folklor” w mediacji i stawiają poważnie kwestie braku realnej możliwości, aby mediatorzy byli naprawdę niezależni i odseparowani od własnych szeroko rozumianych uwarunkowań⁴.

Zasadnicze rozważania tekstu rozpocznie krótka prezentacja przyjmowanego przez autora rozumienia mediacji oraz bezstronności, neutralności i niezależności mediatora. Następnie zostaną zidentyfikowane i poparte przykładami główne typy bezpośrednich i pośrednich normatywnych zabezpieczeń realizacji zasad bezstronności i neutralności przez mediatora. Zwieńczenie podjętej analizy stanowi próba sformułowania pytań egzemplifikujących specyficzne dylematy pojawiające się podczas postępowania mediacyjnego, które mogą istotnie wpływać na realizację przez mediatora zasady bezstronności i neutralności, determinując zarówno przebieg, jak i rezultat mediacji.

ria i praktyka, wydanie 2 rozszerz., Warszawa 2014, s. 17–19; A. Kalisz, A. Zienkiewicz, *Mediacja sądowa i pozasądowa*, wydanie 2 popr. i uzup., Warszawa 2014, s. 42–48; A. Zienkiewicz, *Studium mediacji. Od teorii ku praktyce*, Warszawa 2007, s. 31–48 i wskazana tam literatura. Na temat zasady bezstronności, neutralności i niezależności mediatora szerzej zob. np. K. Kovach (red.), *Mediation. Principles and Practice*, 3rd ed., Saint Paul 2004, s. 211–235; S. McCorkle, M. Reese, *Mediation Theory and Practice*, Boston 2005, s. 74–78.

² Por. np. art. 183(3), 183(3a) ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego, tekst jedn.: Dz.U. z 2018 r., poz. 1360 ze zm.

³ Por. J. Winslade, G. Monk, *Narrative mediation: A new approach to conflict resolution*, San Francisco 2000, s. 49; A. Zienkiewicz, *Studium mediacji...*, s. 44–45.

⁴ J. Rifkin, J. Millen, S. Cobb, *Toward a New Discourse for Mediation: A Critique of Neutrality*, „Mediation Quarterly” 1991, vol. 9, No 2, s. 151 i n.

1. Przyjmowane rozumienie mediacji, bezstronności, neutralności i niezależności mediatora

Konsekwencja i porządek rzeczy wymaga, aby na początku, ze świadomością ryzyka pewnych uproszczeń, przynajmniej krótko przedstawić przyjmowane przez autora rozumienie fundamentalnych dla podjętych rozważań pojęć mediacji, bezstronności, neutralności oraz niezależności mediatora. Mediacja jest formą polubownego rozwiązywania sporów opierającą się na niewładczej ingerencji osoby trzeciej – mediatora, jako osoby bezstronnej i neutralnej wobec stron i ich konfliktu, której głównym celem jest nie tylko doprowadzenie do zawarcia przez strony sporu wzajemnie akceptowalnego i korzystnego porozumienia (tzw. paradygmat *problem-solving mediation*), ale niejednokrotnie również odbudowanie pozytywnych relacji, komunikacji i współpracy pomiędzy stronami sporu oraz spowodowania procesów ich samopoznawania, samodoskonalenia (nauki) i tzw. wewnętrznego wzrostu moralnego (tzw. paradygmat *transformative mediation*)⁵. Rzeczone wielocelowe rozumienie mediacji skutkuje tym, iż postępowanie mediacyjne może realizować różnorodne cele w ramach dwóch szerokich katalogów tzw. celów podrzędnych (bliższych) w wymiarze komunikacyjnym, psychologicznym, negocjacyjno-informacyjnym oraz tzw. celów nadrzędnych (dalszych) w wymiarze personalnym, interpersonalnym i społecznym⁶. Ponadto ujawnia internalizowaną przez autora potrzebę (postulat) odpowiedniego łączenia głównych paradygmatów mediacyjnych⁷, której wyrazem jest skonstruowany oraz szczegółowo scharakteryzowany w pracy A. Zienkiewicz, *Studium mediacji. Od teorii ku praktyce* – optymalizacyjny model dyskursu mediacyjnego oparty na fundamentalnym założeniu, iż istota konkretnej mediacji jest determinowana poprzez stawiane przed nią, a następnie realizowane wieloaspektowe cele⁸.

⁵ Por. A. Zienkiewicz, *Studium mediacji...*, s. 44–46; A. Kalisz, A. Zienkiewicz, *Mediacja sądowa...*, s. 42–43.

⁶ Rozumienie, klasyfikację i opis nadrzędnych (dalszych) i podrzędnych (bliższych) celów dyskursu mediacyjnego odpowiednio w wymiarze personalnym, interpersonalnym, społecznym, psychologicznym, komunikacyjnym i negocjacyjno-informacyjnym przedstawiono w pracy A. Zienkiewicz, *Studium mediacji...*, s. 96–123.

⁷ Optymalizacyjny model dyskursu mediacyjnego, stanowi w przeważającej mierze wypadkową dwóch głównych paradygmatów mediacji *problem-solving mediation* (w ujęciu facylitatywnym i ewaluatywnym) z *transformative mediation*. Szerzej na temat paradygmatów *problem-solving* oraz *transformative mediation* – zob. np.: A. Rau, E. Sherman, S. Peppet, *Processes of Dispute Resolution. The Role of Lawyers*, New York 2002, ss. 358–370, 423–431; L. Riskin, *Understanding Mediator's Orientations, Strategies and Techniques: A Grid for the Perplexed*, „Harvard Negotiation Law Review” 1996, vol. 1, No. 7, ss. 7–51; R. Bush, J. Folger, *The promise of mediation: Responding to conflict through empowerment and recognition*, San Francisco 1994; R. Bush, J. Folger, *The Promise of Mediation. The Transformative Approach to Conflict, New and Revision Edition*, San Francisco 2005. Por. A. Zienkiewicz, *Holizm prawniczy z perspektywy Comprehensive Law Movement*, Warszawa 2018, ss. 88–93.

⁸ Na temat założeń optymalizacyjnego modelu dyskursu mediacyjnego, w tym jego celów, reguł i etapów zob. A. Zienkiewicz, *Studium mediacji...*, s. 96–156.

Zasady bezstronności i neutralności warto rozpatrywać we wzajemnej korelacji. Bezstronność charakteryzuje obiektywny stosunek mediatora do stron sporu i polega przede wszystkim na tym, że pośrednik nie opowiada się po stronie żadnej z nich, nie wskazuje, kto ma rację, w swojej działalności stawia na równe traktowanie stron, unika uprzedzeń i funkcjonowania w warunkach konfliktu interesu o charakterze profesjonalnym lub osobistym⁹. Neutralność opisuje zaś stosunek mediatora do samej sytuacji konfliktowej i przedmiotu konfliktu. Mediator – pamiętając, iż konkretny konflikt jest własnością stron – dystansuje się do niego i przyjmuje wobec niego neutralny punkt widzenia. Pośrednik nie narzuca treści ugody, nie wywiera również presji co do jej zawarcia. Nie jest osobiście zainteresowany przedmiotem sporu, ani treścią decyzji finalnej co do jego rozwiązania. Analizowane zasady są pochodną tego, iż mediacja opiera się na negocjacjach, w ramach których mediator pełni służebną rolę. Ma on za zadanie pomóc w negocjacjach między stronami, a nie angażować się w nie po którejkolwiek ze stron czy forsować wybraną opcję rozwiązania konfliktu. Strony jako „właściciele” sporu mają prawo do wybrania stylu reagowania na konflikt i do kontroli nad jego przebiegiem i zakończeniem. Rolą mediatora jest wieloaspektowa i aktywna pomoc stronom w realizacji celów konkretnej mediacji, uzależniona od przyjętej strategii, opartej na proceduralnej, merytorycznej, czy transformatywnej wizji dyskursu mediacyjnego. W żadnym jednak wypadku nie polega na „przejęciu” od stron kontroli nad konfliktem i na narzuceniu jego rozwiązania¹⁰.

Zgodnie z preferencjami znaczeniowymi autora niezależność mediatora jest pojęciem najszerszym, obejmującym z jednej strony jego bezstronność i neutralność jako wymogów dotyczących stosunku osobistego, relacji profesjonalnych czy też konkretnych zachowań wobec uczestników mediacji i przedmiotu sporu. Z drugiej strony, zawiera w sobie odpowiednią odporność mediatora na różne postawy i zachowania mogące zagrozić właściwemu realizowaniu wymienionych zasad, prezentowane wobec niego przez strony sporu, ich pełnomocników lub innych uczestników mediacji, w tym czasami również osoby powiązane ze stronami, uwikłane w konflikt lub zainteresowanego jego opanowaniem.

2. Bezpośrednie i pośrednie normatywne zabezpieczenia realizacji zasad bezstronności i neutralności przez mediatora

System normatywnych tzw. bezpośrednich gwarancji zachowania podczas postępowania mediacyjnego bezstronności i neutralności przez mediatora jest rozwinięty na różnych poziomach, w szczególności poprzez:

⁹ Por. A. Kalisz, A. Zienkiewicz, *Mediacja sądowa...*, s. 59–60.

¹⁰ Por. ibidem oraz E. Gmurzyńska, *Mediacja w sprawach cywilnych w amerykańskim systemie prawnym. Zastosowanie w Europie i Polsce*, Warszawa 2007, s. 44–50.

- 1) regulacje powszechnie obowiązujących przepisów o charakterze bezwzględnie wiążącym;
- 2) regulacje przepisów aktów normatywnych o charakterze tzw. *soft law*, przyjmowane i przestrzegane przez mediatorów dobrowolnie (niejednokrotnie z inicjatywy stron), zważywszy na ich treść i autorytet podmiotów je tworzących;
- 3) postanowienia regulaminów mediacji formułowane i przyjmowane przez stałe ośrodki medacyjne albo *ad hoc* przez mediatora lub strony na etapie pre-mediacyjnym, wiążące w danym postępowaniu medacyjnym na mocy ich zgodnego przyjęcia przez te podmioty.

Poszukując egemplifikacji powszechnie obowiązujących przepisów o charakterze bezwzględnie wiążącym, które mają gwarantować przestrzeganie przez mediatorów bezstronności i neutralności, wskazać należy na obowiązki formułowane przez kodeks postępowania cywilnego, który w art. 183 (3) stanowi, iż: „§ 1. Mediator powinien zachować bezstronność przy prowadzeniu mediacji. § 2. Mediator niezwłocznie ujawnia stronom okoliczności, które mogłyby wzbudzić wątpliwości co do jego bezstronności”¹¹.

Analogiczną regulację spotkać można w kodeksie postępowania karnego, który w art. 23a § 7 wskazuje, iż: „Postępowanie medacyjne prowadzi się w sposób bezstronny i poufny”¹². A także w rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości w sprawie postępowania medacyjnego w sprawach nieletnich z dnia 18 maja 2001 r., którego § 6 ust. 3 przewiduje, iż: „Mediatorem w danej sprawie nie może być osoba, która w sprawie nieletniego była świadkiem, wydawała opinię, sporządzała wywiad środowiskowy lub prowadziła terapię nieletniego, a także osoba, co do której zachodzi okoliczność tego rodzaju, że mogłaby wywołać uzasadnioną wątpliwość co do jej bezstronności”¹³.

W sprawach administracyjnych kodeks postępowania administracyjnego w art. 96g stanowi, iż: „§ 1. Mediator powinien zachować bezstronność przy prowadzeniu mediacji i niezwłocznie ujawnić okoliczności, które mogłyby wzbudzić wątpliwość co do jego bezstronności, w tym odpowiednio okoliczności, o których mowa w art. 24 § 1 i 2 § 2. Mediator odmawia przeprowadzenia mediacji w przypadku wątpliwości co do jego bezstronności i niezwłocznie zawiadamia o tym uczestników mediacji oraz organ administracji publicznej, jeżeli nie jest on uczestnikiem mediacji”¹⁴. Analogiczną regulację zawiera ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, które

¹¹ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego, tekst jedn.: Dz.U. z 2018 r., poz. 1360 ze zm.

¹² Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny, tekst jedn.: Dz.U. z 2018 r., poz. 1600.

¹³ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 18 maja 2001 r. w sprawie postępowania medacyjnego w sprawach nieletnich, Dz.U. Nr 56, poz. 591.

¹⁴ Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego, tekst jedn.: Dz.U. z 2018 r., poz. 2096.

w art. 116a wprowadza wymóg bezstronności mediatora, wskazując, iż: „Mediator powinien zachować bezstronność przy prowadzeniu mediacji i niezwłocznie ujawnić okoliczności, które mogłyby wzbudzić wątpliwość co do jego bezstronności, w tym odpowiednio okoliczności, o których mowa w art. 18”¹⁵.

Regulację ustawową odnoszącą się do przyjmowanego przez autora rozumienia zasady neutralności mediatora zawiera natomiast art. 183(3a) kodeksu postępowania cywilnego, który stanowi, iż: „Mediator prowadzi mediację, wykorzystując różne metody zmierzające do polubownego rozwiązania sporu, w tym poprzez wspieranie stron w formułowaniu przez nie propozycji ugodowych, lub na zgodny wniosek stron może wskazać sposoby rozwiązania sporu, które nie są dla stron wiążące”¹⁶.

Poszukując przykładów normatywnych gwarancji zachowania bezstronności i neutralności mediatora podczas postępowania mediacyjnego, wynikających z regulacji o charakterze tzw. *soft law* można wskazać chociażby na postanowienia takich aktów, jak: Standardy prowadzenia mediacji i postępowania mediatora z czerwca 2006 r., Kodeks Etyczny Mediatorów Polskich uchwalony przez Społeczną Radę ADR przy Ministrze Sprawiedliwości z maja 2008 r. uchwalone przez Społeczną Radę ADR przy Ministrze Sprawiedliwości czy Europejski Kodeks Postępowania dla Mediatorów uchwalony pod auspicjami Komisji Europejskiej w lipcu 2004 r.¹⁷

Zgodnie z III standardem prowadzenia mediacji i postępowania mediatora: „Mediator jest bezstronny wobec uczestników mediacji”¹⁸. Szczegółowe rozwinięcie tej fundamentalnej dyrektywy stanowią kolejne reguły, a mianowicie: Mediator nie przychyli się do racji żadnej ze stron, prowadzi mediację w taki sposób, aby ewentualna nierównowaga między stronami nie wpływała na przebieg mediacji ani na jej ostateczny rezultat. Jeśli pośrednik nie jest w stanie prowadzić mediacji w bezstronny sposób, jest zobowiązany do wycofania się z postępowania mediacyjnego. Mediator wystrzega się stronniczości lub okazywania uprzedzeń i oceniania stron ze względu na ich pochodzenie, wykształcenie, wiek, płeć lub zachowanie podczas mediacji. W związku z prowadzoną mediacją mediator nie nawiązuje takich relacji, które mogą budzić wątpliwości co do jego bezstronności, a w szczególności nie daje stronom ani nie przyjmuje od stron żadnych prezentów lub innych korzyści, z wyłączeniem wynagrodzenia mediatora. Pośrednik nie podejmuje się

¹⁵ Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, tekst jedn.: Dz.U. z 2018 r., poz. 1302.

¹⁶ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. kodeks postępowania cywilnego, tekst jedn.: Dz.U. z 2018 r., poz. 1360 ze zm.

¹⁷ https://www.ms.gov.pl/Data/Files/_public/mediacje/adr1/adr_standardy_mediacji.rtf [dostęp: 19.03.2019]; <https://www.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/mediacje/publikacje.../download,188,7.html> [dostęp: 19.03.2019]; ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_pl.pdf [dostęp: 19.03.2019].

¹⁸ https://www.ms.gov.pl/Data/Files/_public/mediacje/adr1/adr_standardy_mediacji.rtf [dostęp: 19.03.2019].

mediacji lub wyłącza się z jej kontynuowania, jeżeli uzna, że istnieje konflikt interesów o charakterze profesjonalnym lub osobistym ze stronami lub ich pełnomocnikami. Mediator ujawnia stronom wszelkie z nimi związki o charakterze zawodowym lub prywatnym i uwzględnia ich stanowisko w tym zakresie¹⁹.

Standard II prowadzenia mediacji i postępowania mediatora wskazuje, iż: „Mediator nie narzuca stronom rozwiązań. Jest rzecznikiem rzetelnej procedury, sprzyjającej osiągnięciu dobrowolnego porozumienia”²⁰. W sytuacji jakiegokolwiek zainteresowania pośrednika przedmiotem sporu powinien on zatem odmówić wejścia albo kontynuowania działalności w roli mediatora, wyłączając się ze sprawy. Co więcej, mediator nie narzuca stronom rozwiązań – to strony zachowują władzę co do ostatecznego kształtu treściowego zawieranej ugody. Mediator funkcjonujący w ramach tzw. strategii ewaluatywnej uprawniony jest jednak do udzielania pomocy stronom w generowaniu optymalnych opcji rozwiązania sporu, proponowaniu własnych ich wariantów, a nawet argumentowaniu za jednym z nich. Zasadniczo jednak w tzw. klasycznej (facylitatywnej) mediacji jest on jedynie rzecznikiem rzetelnej procedury (sprzyjającej osiągnięciu dobrowolnego porozumienia), opartej na zasadach mediacyjnej etyki mowy (zrozumiałość, prawdziwość, słuszność) i mediacyjnej sytuacji mowy (tzw. sprawiedliwość proceduralna – równość uprawnień i obowiązków stron, wolność argumentowania, zasada siły lepszego argumentu).

Analogiczne regulacje do standardów prowadzenia mediacji i postępowania mediatora zawiera Kodeks Etyczny Mediatorów Polskich, który w ramach zasady VI i VIII stanowi, iż: „VI. Mediator nie powinien prowadzić postępowania mediacyjnego, jeśli nie jest w stanie zachować bezstronności lub usunąć wątpliwości co do swojej bezstronności. VIII. Mediator powinien unikać konfliktu interesów ze stronami i bezzwłocznie rozwiewać wszelkie wątpliwości co do tej kwestii”²¹.

W Europejskim Kodeksie Postępowania dla Mediatorów w regule 2.1. i 2.2., przyjęto natomiast m.in., iż: „2.1. Jeżeli istnieją jakiegokolwiek okoliczności, które mogą, faktycznie lub pozornie, podważać niezależność mediatora lub powodować konflikt interesów, musi on poinformować strony o takich okolicznościach przed rozpoczęciem lub kontynuowaniem postępowania [...] W takich przypadkach mediator może przyjąć lub kontynuować mediację jedynie, jeżeli ma pewność, że jest w stanie przeprowadzić ją przy zachowaniu pełnej niezależności dla zagwarantowania całkowitej bezstronności oraz przy wyraźnej zgodzie stron. Obowiązek ujawniania takich informacji obejmuje cały okres trwania postępowania mediacyjnego. 2.2. Mediator musi cały czas działać z zachowaniem bezstronności i dbać, aby był postrzegany jako bezstronny, oraz starać się służyć w równej mierze interesom wszystkich stron w procesie mediacji”²².

¹⁹ Ibidem.

²⁰ Ibidem.

²¹ <https://www.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/mediacje/publikacje.../download,188,7.html> [dostęp: 19.03.2019].

²² ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_pl.pdf [dostęp: 19.03.2019].

Poszukując przykładów normatywnych gwarancji zachowania bezstronności i neutralności mediatora podczas postępowania mediacyjnego, obecnych w ramach postanowień regulaminów formułowanych i przyjmowanych przez stałe ośrodki mediacyjne, wiążących w danym postępowaniu mediacyjnym na mocy ich zgodnego przyjęcia przez strony i mediatora, można wskazać chociażby na Kodeks Etyki Mediatora Polskiego Centrum Mediacji, w którego art. 2 ust. 3 i 4 zapisano, iż: „3. Mediatora obowiązuje bezstronność, tzn. strony w mediacji mają równe prawa i powinny być traktowane jednakowo. Nie wolno wyróżniać żadnej ze stron. Niedopuszczalne jest, aby mediator podjął się prowadzenia postępowania mediacyjnego, jeśli któraś ze stron jest z nim spokrewniona lub pozostaje w jakichkolwiek innych związkach. Mediator powinien zawsze respektować godność stron i dbać o to, aby strony odnosiły się do siebie z szacunkiem. 4. Obowiązuje neutralność wobec przedmiotu sporu. Mediator nie narzuca stronom własnych rozwiązań, nawet wtedy gdy – jego zdaniem – były by najlepsze”²³.

Odpowiedniego przykładu dostarcza również Regulamin postępowania mediacyjnego w Centrum Mediacji Gospodarczej przy Krajowej Radzie Radców Prawnych, który w §8 ust. 3, 4 i 7 stanowi: „3. Mediator udziela stronom pomocy w ich rozmowach i negocjacjach zmierzających do polubownego rozwiązania sporu, w sposób bezstronny i niezależny. 4. Mediator nie rozstrzyga sporu między stronami, lecz stara się ułatwić stronom osiągnięcie porozumienia. 7. Mediator powinien kontrolować przebieg postępowania mediacyjnego kierując się zasadami słuszności, bezstronności i niezależności oraz biorąc pod uwagę wnioski stron”²⁴. Ponadto w § 7 ust. 8 zapisano, iż: „Mediator składa do akt sprawy pisemne oświadczenie o zachowaniu poufności przebiegu mediacji oraz oświadczenie o swojej bezstronności i niezależności, w którym powinien wyjawić wszelkie okoliczności, które mogłyby wywołać uzasadnione wątpliwości co do jego bezstronności i niezależności w danej sprawie. W szczególności powinien wyjawić kontakty zawodowe w okresie ostatnich pięciu lat z następującymi podmiotami: 1) stronami sporu i podmiotami z nimi powiązanymi lub zajmującymi w stosunku do nich pozycję dominującą; 2) pełnomocnikami stron lub ich kancelariami”²⁵.

Określone przez autora jako pośrednie zabezpieczenia normatywne zachowania podczas postępowania mediacyjnego bezstronności i neutralności przez mediatora, chroniące strony zwłaszcza przed rozpoczęciem lub kontynuowaniem mediacji w sytuacji wątpliwości co do niezależności mediatora oraz przed jej negatywnymi skutkami w postaci doprowadzenia do sformułowania i zawarcia niekorzystnego porozumienia – można odnaleźć w innych zasadach mediacji oraz elastyczności dyskursu mediacyjnego. W tym miejscu należy wskazać przede wszystkim na zasadę dobrowolności mediacji, która rozciąga się między innymi

²³ http://mediator.org.pl/Kodeks_Etyki_Mediatora/86/ [dostęp: 19.03.2019].

²⁴ <http://mediacje.kirp.pl/o-centrum/regulamin-postepowania-mediacyjnego/> [dostęp: 19.03.2019].

²⁵ Ibidem.

na swobodę stron co do wejścia, kontynuowania oraz przerwania albo zakończenia postępowania mediacyjnego na każdym jego etapie (tzw. *opt out*), w tym na skutek wątpliwości co do bezstronności czy neutralności mediatora albo zachowań pośrednika wprost naruszających niezależność. Zasada dobrowolności mediacji przekłada się również na swobodę stron w zakresie wyboru i zmiany osoby mediatora, wyboru lub akceptacji stosowania przez niego określonej strategii mediacyjnej i technik mediacyjnych oraz formy kontaktu ze stronami (mediacja bezpośrednia lub pośrednia). A ponadto na przyjęcia mniej albo bardziej szczegółowego regulaminu danej mediacji, uzupełniającego normy prawne powszechnie obowiązujące. Jako specyficzna pośrednia ochrona normatywna zachowania bezstronności i neutralności przez mediatora podczas postępowania mediacyjnego mogą być potraktowane wymogi stawiane ugodzie mediacyjnej w postaci nie tylko jej zgodności z prawem i zasadami współżycia społecznego, ale również realności, wzajemnej akceptowalności oraz korzystności dla obydwu stron, tj. odpowiedniego uwzględniania przez porozumienie stron interesów i potrzeb każdej z nich, tak, aby ostateczna jego treść faktycznie realizowała paradygmat określany mianem *win-win solution*²⁶.

3. Wybrane dylematy praktyki mediacyjnej związane z zachowaniem zasady bezstronności i neutralności przez mediatora

Zarówno przedstawiciele teorii, jak i praktyki mediacji od osoby mediatora oczekują zachowania niezależności, bezstronności i neutralności. Przyporządkowanie tych definicyjnych cech mediacji i pośrednikowi w sporze oraz przedstawione w poprzednim podrozdziale bezpośrednie i pośrednie zabezpieczenia normatywne ich przestrzegania nie dają jednak pewnej gwarancji zachowania przez mediatora niezależności w każdym postępowaniu mediacyjnym. Nie jest to bowiem zadanie łatwe do realizacji w każdej sprawie, mając w szczególności na uwadze, iż człowiek stale podlega różnorodnym czynnikom natury zewnętrznej i wewnętrznej. Z jednej strony mediator może być narażony na działania lub zaniechania stron, ich pełnomocników i innych uczestników mediacji oraz określonych okoliczności stanu faktycznego, które mogą stanowić realne zagrożenie dla jego bezstronności i neutralności. Z drugiej strony, pośrednik, jak każdy człowiek, determinowany jest przez własne właściwości personalne (w tym przykładowo: temperament, charakter, typ osobowości, hierarchę wartości i potrzeb, prefe-

²⁶ Por. art. 183(14) § 3 k.p.c., który stanowi: „Sąd odmawia nadania klauzuli wykonalności albo zatwierdzenia ugody zawartej przed mediatorem, w całości lub części, jeżeli ugoda jest sprzeczna z prawem lub zasadami współżycia społecznego albo zmierza do obejścia prawa, a także gdy jest niezrozumiała lub zawiera sprzeczności”. Zob. również uwagi na temat jakości ugody mediacyjnej i obowiązków mediatora w tym zakresie – A. Zienkiewicz, *Studium mediacji...*, s. 144.

rencje, słabości, stereotypy, kompleksy, uprzedzenia czy poziom inteligencji emocjonalnej) oraz aktualne emocje, uczucia, stan zdrowia, nabyte doświadczenie czy uwarunkowania kulturowe, które również mogą skutkować różnymi problemami z zachowaniem niezależności przez danego mediatora w konkretnym sporze.

Poza rzeczonymi czynnikami w postępowaniu mediacyjnym pojawiają się dodatkowo specyficzne dylematy, które mogą istotnie wpływać na realizację przez mediatora zasady bezstronności i neutralności, determinując zarówno jego przebieg, jak i rezultat. Z uwagi na cel i ograniczony rozmiar tekstu w dalszych rozważaniach podjęto próbę wskazania jedynie na kilka przykładowych dylematów pojawiających się w związku z obowiązkiem mediatora w zakresie jego niezależności, które zostały ujęte w formie poniższych pytań:

- 1) w jaki sposób mediator ma zachowywać swoją bezstronność i neutralność i jak prowadzić postępowanie mediacyjne, aby ich nie naruszać, zwłaszcza w sytuacji istotnej nierówności stron w sporze (np. co do zasobów osobistych, majątkowych czy wsparcia osób trzecich)?;
- 2) czy mediator powinien wspomagać słabszą stronę w sporze, starając się wyrównać jej pozycję w dyskursie mediacyjnym, a jeżeli tak, to jak, i w jakim zakresie, aby nie stać się stronniczym?;
- 3) czy strategia *evaluative mediation* (pozwalająca mediatorowi m.in. na ujawnianie swoich opinii, pomysłów na rozwiązanie sporu, diagnozy co do rezultatu sprawy przed sądem) stanowi realne ryzyko naruszania niezależności mediatorów, jeżeli tak, to jak go w praktyce unikać?²⁷;
- 4) czy mediator będący rzecznikiem tzw. „najlepszego wariantu rozwiązania sporu” faktycznie naraża się każdorazowo na ryzyko utraty bezstronności i neutralności?;
- 5) czy nawet przy przyjęciu klasycznej strategii *facilitative mediation*, zakładającej, iż mediator dba wyłącznie o proces/komunikację stron podczas mediacji, natomiast strony – o jej wynik, w sytuacji ryzyka rażącego pokrzywdzeniem jednej ze stron przez projektowaną ugodę, mediator nie powinien dokonać odpowiedniej interwencji? Czy w analizowanej kwestii powinna w każdym wypadku dominować zasada „chcącemu nie dzieje się krzywda”?²⁸;
- 6) czy i ewentualnie jak mediator powinien troszczyć się o sprawiedliwy (słuszny) wynik mediacji?, a jeżeli tak, to czyje przekonania co do sprawiedliwości powinny być brane przede wszystkim pod uwagę: stron, mediatora, czy też wspólnie poszukiwane być powinno powszechne rozumienie sprawiedliwości (słuszności)?²⁹;

²⁷ Szerzej na temat specyfiki i różnic pomiędzy mediacją ewaluatywną i facylitatywną zob. np. L. Riskin, *Understanding Mediator's Orientations...*; A. Zienkiewicz, *Studium mediacji...*, s. 104–114, 170–181.

²⁸ Szerzej na temat specyfiki i różnic pomiędzy mediacją ewaluatywną i facylitatywną – zob. ibidem.

²⁹ Kryterium sprawiedliwości/słuszności (nie posiadające jednej, powszechnie przyjmowanej definicji) rozwiązania sporu ma w postępowaniu mediacyjnym proceduralny, a zarazem subiek-

- 7) czy mediator wobec norm i wartości społecznych powinien reprezentować postawę charakterystyczną dla tzw.: *norm-generating mediation*, *norm-educating mediation* czy *norm-advocating mediation*?

W tym miejscu za E. Waldman należy wskazać na różnicę pomiędzy wymienionymi modelami mediacji, które można wyróżnić ze względu na kryterium roli norm społecznych w procesie rozwiązywania sporu na drodze dyskursu mediacyjnego³⁰. W ramach modelu *norm-generating* mediator unika odwoływania się do norm systemu społecznego (norm prawnych, moralnych, obyczajowych itp.), w ten sposób dając stronom maksimum swobody w tym zakresie i umożliwiając im rozwiązanie sporu wyłącznie w oparciu o osobiste preferencje. *Norm-educating model* zakłada natomiast, iż mediator za pomocą różnych technik (uzależnionych od przyjętej strategii) powinien edukować strony w zakresie relevantnych dla ich sporu norm społecznych. Strony dyskursu mediacyjnego mogą, ale nie muszą oprzeć rozwiązanie sporu na normach prawnych czy etycznych. Kardynalnym celem w ramach tego ujęcia modelowego jest przede wszystkim zapewnienie stronom świadomości co do ich pozycji w sporze, ocenianej przez pryzmat norm głównych podsystemów normatywnych (prawa, moralności, zwyczajów, czy religii). Przyjmuje się jednak, że to strony są wyłącznym właścicielem i decydemem rozwiązania sporu, a nie społeczeństwo (normy społeczne). Trzeci model określany mianem *norm-advocating* przyjmuje, iż założenia konkurencyjnych dwóch modeli niewystarczająco chronią interesy stron i otoczenia społecznego. Stąd też mediator powinien nie tylko informować strony o relevantnych normach prawnych, czy etycznych, ale również nakłaniać je, aby porozumienie zawarte między nimi respektowało ich dyspozycje. W tym sensie mediator wykracza poza rolę edukacyjną i staje się strażnikiem norm i wartości powszechnie obowiązujących w społeczeństwie³¹.

Wyborowi i realizacji przez mediatora określonego modelu mediacji (niejednokrotnie przy akceptacji stron) powinna towarzyszyć szczególna troska o odpowiednie zachowanie przez niego bezstronności i neutralności w sprawie oraz poszanowanie

tywny wymiar albowiem fundamentalna kategoria „sprawiedliwości”, podobnie jak i kategoria „prawdy” odkrywane są poprzez kształtowany podczas „proceduralnie sprawiedliwego” dyskursu mediacyjnego konsensus stron (supremacja wspólnego uznania faktów lub dowodów nad ich obiektywnym istnieniem). Wymierzanie sprawiedliwości w trakcie dyskursu opiera się zatem na ustalonym przez same strony konfliktu wspólnym mianowniku (poczuciu) tego, co w konkretnej sprawie jest sprawiedliwe, osiąganym na drodze dyskursu argumentacyjnego, u którego podstaw leżą wzajemnie akceptowane przez strony (najczęściej również internalizowane powszechnie) przekonania, normy i wartości. Zob. A. Zienkiewicz, *Studium mediacji...*, s. 235 i wskazana tam literatura.

³⁰ Szerzej zob. E. Waldman, *Identifying Role of Social Norms in Mediation: A Multiple Model Approach*, „Hastings Law Journal” 1997, vol. 48, s. 703 i n.; E. Waldman, *The Challenge of Certification: How to Ensure Mediator Competence While Preserving Diversity*, „University of San Francisco Law Review” 1995–1996, vol. 30, s. 723–756.

³¹ Por. A. Zienkiewicz, *Studium mediacji...*, s. 235–236.

zasad autonomii konfliktu i dobrowolności mediacji, w tym zwłaszcza w zakresie zawarcia i treści ugody. To jednak nie może przysłaniać bezwzględnie obowiązujących przepisów prawnych, wprowadzających wymóg zgodności porozumienia zawartego przed mediatorem z prawem czy zasadami współżycia społecznego³².

Podsumowanie

Tytułem podsumowania do katalogu wymienionych dylematów warto dołączyć również te dotyczące tzw. integralności moralnej i zawodowej, które mogą mieć istotny wpływ na poziom profesjonalizmu mediatora i jego satysfakcji z wykonywanej profesji. W ramach przywołanej problematyki warto rozważyć, czy przyjęcie przez mediatora postawy charakterystycznej zwłaszcza dla *norm-generating mediation* albo *norm-educating mediation* nie będzie w efekcie prowadzić do braku integralności moralnej i zawodowej mediatora? Czy taka integracja, polegająca na zgodności dokonywanych czynności zawodowych przez pośrednika z własnymi przekonaniem i hierarchią wartości, jest dopuszczalna i możliwa w każdym postępowaniu mediacyjnym, i czy nie stoi ona w ogóle w sprzeczności ze specyfiką zawodu mediatora jako osoby z definicji bezstronnej i neutralnej? Czy brak integralności moralnej i zawodowej nie będzie istotnie wpływał na spadek satysfakcji czy tzw. dobrego samopoczucia mediatora, z uwagi na niezgodność własnych zachowań z samym sobą? Czy może ją całkowicie usprawiedliwiać przyjęcie tożsamości zawodowej narzuconej rolą mediatora?³³

Wreszcie, każdy mediator powinien uczciwie sobie udzielić odpowiedzi na pytanie, czy jego stuprocentowa bezstronność i neutralność w każdej przypadku jest w ogóle możliwa? Czy jest to tylko normatywny ideał, do którego powinni mediatorzy zawsze z pokorą dążyć? Pilnując przede wszystkim tego, aby nie przekraczać granicy, poza którą z pewnością zagubią konstytutywną dla mediacji i jej stron niezależność.

Mając na uwadze przedstawione pytania egzemplifikujące dylematy pojawiające się w praktyce mediacyjnej należy podkreślić, iż zachowanie bezstronności i neutralności przez mediatora w każdym postępowaniu mediacyjnym z pewnością nie jest łatwym zadaniem i wymaga od pośrednika samoświadomości i adekwatnej postawy w mediacji, dostosowanej do jej istoty, zasad i dobra skonfliktowanych stron. Zachowaniu niezależności przez mediatora może pomóc jego

³² Zob. art. 58 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, tekst jedn.: Dz.U z 2018 r., poz. 1025 oraz art. 183(14) k.p.c.

³³ Por. rozważania na temat integralności moralnej i zawodowej prawników prowadzone przez P. Kaczmarską, zob. idem, *Tożsamość prawnika jako wykonawcy roli zawodowej*, Warszawa 2014, passim. Zob. również analizę na temat integralności moralnej i zawodowej prawników w koncepcji holizmu prawniczego, w tym w kontekście jej wpływu na poziom profesjonalizmu i satysfakcji. A. Zienkiewicz, *Holizm prawniczy...*, s. 194–203.

samoświadomość, unikanie rutyny, pokora, odpowiednia koncentracja, a także umiejętność introspekcji oraz rozpoznawania i radzenia sobie z różnymi stanami emocjonalnymi stron i własnej osoby. Profesjonalny mediator powinien pamiętać o obowiązku wyłączenia się od prowadzenia sprawy w sytuacji realnego ryzyka naruszenia własnej bezstronności czy neutralności, a zwłaszcza istnienia konfliktu interesów o charakterze osobistym lub zawodowym.

Bibliografia

Literatura

- Białecki M., *Mediacja w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2012.
- Bush R., Folger J., *The promise of mediation: Responding to conflict through empowerment and recognition*, San Francisco 1994.
- Bush R., Folger J., *The Promise of Mediation. The Transformative Approach to Conflict, New and Revision Edition*, San Francisco 2005.
- Gmurzyńska E., *Mediacja w sprawach cywilnych w amerykańskim systemie prawnym. Zastosowanie w Europie i Polsce*, Warszawa 2007.
- Gmurzyńska E., Morek R. (red), *Mediacje. Teoria i praktyka*, 2 wydanie rozszerz., Warszawa 2014.
- Kaczmarek P., *Tożsamość prawnika jako wykonawcy roli zawodowej*, Warszawa 2014.
- Kalisz A., Zienkiewicz A., *Mediacja sądowa i pozasądowa*, wydanie 2 popr. i uzup., Warszawa 2014.
- Kovach K. (red.), *Mediation. Principles and Practice*, 3rd ed., Saint Paul 2004.
- McCorkle S., Reese M., *Mediation Theory and Practice*, Boston 2005.
- Rifkin J., Millen J., Cobb S., *Toward a New Discourse for Mediation: A Critique of Neutrality*, „Mediation Quarterly” 1991, vol. 9, No 2.
- Rau A., Sherman E., Peppet S., *Processes of Dispute Resolution. The Role of Lawyers*, New York 2002.
- Riskin L., *Understanding Mediator's Orientations, Strategies and Techniques: A Grid for the Perplexed*, „Harvard Negotiation Law Review” 1996, vol. 1, No 7.
- Waldman E., *Identifying Role of Social Norms in Mediation: A Multiple Model Approach*, „Hastings Law Journal” 1997, vol. 48.
- Waldman E., *The Challenge of Certification: How to Ensure Mediator Competence While Preserving Diversity*, „University of San Francisco Law Review” 1995–1996, vol. 30.
- Winslade J., Monk G., *Narrative mediation: A new approach to conflict resolution*, San Francisco 2000.
- Zienkiewicz A., *Studium mediacji. Od teorii ku praktyce*, Warszawa 2007.
- Zienkiewicz A., *Holizm prawniczy z perspektywy Comprehensive Law Movement*, Warszawa 2018.

Akty prawne

Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego, tekst jedn.: Dz.U. z 2018 r., poz. 2096.

Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, tekst jedn.: Dz.U. z 2018 r., poz. 1025.

Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego, tekst jedn.: Dz.U. z 2018 r., poz. 1360 ze zm.

Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny, tekst jedn.: Dz.U. z 2018 r., poz. 1600.

Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, tekst jedn.: Dz.U. z 2018 r., poz. 1302.

Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 18 maja 2001 r. w sprawie postępowania mediacyjnego w sprawach nieletnich, Dz.U. Nr 56, poz. 591.

Źródła internetowe

https://www.ms.gov.pl/Data/Files/_public/mediacje/adr1/adr_standardy_mediacji.rtf [dostęp: 19.03.2019].

<https://www.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/mediacje/publikacje.../download,188,7.html> [dostęp: 19.03.2019].

ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_pl.pdf [dostęp: 19.03.2019];

http://mediator.org.pl/Kodeks_Etyki_Mediatora/86/ [dostęp: 19.03.2019].

<http://mediacje.kirp.pl/o-centrum/regulamin-postepowania-mediacyjnego/> [dostęp: 19.03.2019].

Dilemmas of mediation practice – remarks and questions on the impartiality-and-neutrality principle

Summary

The paper focuses on the fundamental issues of impartiality-and-neutrality principle of the mediator, crucial for every mediation process. Its main purpose is to point out that the independence – required by law and theory of mediation – happens to be difficult to reach in practice, which is caused by various internal and external factors, particularly by specific practical dilemmas arising from the mediation process. The paper begins with a short presentation of basic notions of independence, impartiality and neutrality of a mediator. This part is followed by identification and exemplification of the main legal measures undertaken in order to guarantee implementation of such principles into the practice. The paper ends with an attempt to formulate some questions on particular dilemmas arising from the mediation process that may affect impartiality and neutrality of a mediator and influence the course itself as well as the result of a mediation.

Keywords: mediation, impartiality, neutrality, independence, mediator.