

Aneta Jakubiak-Mirończuk

Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie

ORCID: 0000-0001-5258-9839

a.mironczuk@uksw.edu.pl

Mediacja pozorna – pojęcie i charakterystyka

Apparent Mediation – the Concept and Characteristics

Celem artykułu jest zdefiniowanie i analiza mediacji pozornej jako negatywnego zjawiska, które w swoim charakterze zaprzecza celom i funkcjom mediacji. Występuje ona w sytuacji braku podjęcia i pełnienia przypisanej roli przez mediatora zgodnie z zasadami mediacji, w tym w sytuacji: braku dochowania należytej staranności w wykonywaniu obowiązków, wykorzystania uprawnień we własnych celach lub interesach w sprzeczności z funkcją i celami mediacji oraz podjęcia działań o cechach arbitralności. Analiza genezy tego zjawiska prowadzi do wniosków w obszarze ryzyk związanych z instrumentalizacją mediacji oraz jej dualizmu funkcjonalnego. Skutki podjęcia przez mediatora działań wypełniających znamiona mediacji pozornej oddziałują na strony konfliktu, wiążą się z ryzykiem odpowiedzialności umownej i etycznej mediatora.

Słowa kluczowe: mediacja; mediacja pozorna; negocjacje; rola mediatora

WPROWADZENIE

Tezą artykułu jest twierdzenie, że mediacja pozorna to proces prowadzony pod nazwą mediacji, który nie posiada istotnych znamion właściwych dla tego trybu. Zdefiniowanie i określenie cech mediacji pozornej wymaga nie tylko odniesienia do zjawiska pozorności, ale również analizy pojęciowej i funkcjonalnej mediacji oraz jej zasad w kontekście różnic trybów negocjacji i arbitrażu. Odpowiedź na pytanie o istotę, cechy i charakter postępowania prowadzonego zgodnie z zasadami mediacji uzyskano, wykorzystując metodę porównawczą oraz poprzez badanie różnic pomiędzy mediacją a pozostałymi trybami pracy z konfliktem, alternatywnymi wobec postępowania sądowego, wraz z uwzględnieniem dedykowanych im metod. Celem tego badania jest określenie, jakie działania podejmowane w mediacji

pozornej mają w istocie cechy działań właściwych dla negocjacji i arbitrażu oraz jakie skutki mają one dla stron mediacji. Wnioski w kontekście uwarunkowań funkcjonalnych i prawnych sformułowano odpowiednio według metody formalnej.

W ujęciu językowym pozorność to zjawisko polegające na stwarzaniu wrażenia istnienia lub znaczenia czegoś, co w rzeczywistości nie istnieje, nie ma deklarowanego znaczenia lub nie spełnia deklarowanej funkcji bądź celu. Pozorność, jako kategorię ludzkiego działania, można zdefiniować jako zachowania lub komunikaty posiadające określone cechy, lecz w istocie nieprowadzące do rzeczywistych skutków, jakie mogłyby wynikać z ich deklarowanego charakteru. Jest to fenomen nie tylko psychologiczny, ale również społeczny, kulturowy i prawny, występujący w różnych sferach życia – od relacji międzyludzkich po funkcjonowanie instytucji.

Działaniami pozornymi mogą być określone czynności, które sprawiają wrażenie efektywności, lecz ich rzeczywisty wpływ na rzeczywistość jest znikomy lub żaden. Ta cecha dotyczy również deklaracji, gestów lub działań sugerujących aktywność w danej sprawie i intencjonalnie pozbawionych skuteczności¹. Pozorność propozycji rozwiązań odnosi się do formułowania twierdzeń, które deklaratywnie dotyczą problemu, lecz w rzeczywistości nie dotyczą jego istoty ani nie wiążą się z szansą realizacji istotnych interesów stron. Cechę pozorności może również posiadać komunikacja, która jest wymianą informacji, która nie prowadzi do rzeczywistego zrozumienia, a jedynie symuluje dialog². Pozorność może pełnić funkcję ochronną. Należy do strategii, które umożliwiają jednostkom i instytucjom unikanie konfrontacji z rzeczywistością lub innymi podmiotami, podtrzymywanie iluzji sprawczości lub wypełniania zobowiązań. Jej rozpoznanie wymaga krytycznego podejścia, które uwzględni zarówno warstwę deklaratywną, jak i rzeczywiste intencje efekty podejmowanych działań. Pozorność jest cechą negatywną, którą określa się jako stan rzeczy, w którym zachodzi dychotomia pomiędzy nazwą lub deklaracją a istotą i rzeczywistym skutkiem lub jego brakiem.

Na gruncie prawa czynność pozorna odnosi się do sytuacji, w której oświadczenie jest składane bez zamiaru dokonania czynności prawnej lub z zamiarem dokonania innej czynności prawnej³. Zgodnie z treścią art. 83 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (dalej: k.c.) oświadczenie woli złożone drugiej stronie za jej zgodą dla pozorów jest nieważne. Jeżeli takie oświadczenie zostało złożone dla ukrycia innej czynności prawnej, ważność oświadczenia ocenia się według właściwości tej czynności⁴. Powyższe łączy się z zagadnieniem obejścia

¹ Zob. J. Lutyński, *Działania pozorne*, „Kultura i Społeczeństwo” 2018, nr 2, s. 239. <https://doi.org/10.35757/KiS.2018.62.2.16>.

² Por. S. Kurek-Kokocińska, *Pozorność jako cecha informacji*, „Zagadnienia Informatyki Naukowej” 2024, nr 62(1), s. 74–75. <https://doi.org/10.36702/zin2024.01.04>.

³ Np. M. Gutowski, *Nieważność czynności prawnej*, Warszawa 2017, s. 19.

⁴ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1061, 1237).

prawa, zgodnie z przyjętą na gruncie kultury prawnej zasadą, że o istocie danego zjawiska nie przesądza nazwa czynności, ale jej treść. Analogicznie w przypadku mediacji, o jej istocie nie przesądza nazwa, pod którą prowadzone jest postępowanie, ale jego treść – rozumiana jako rzeczywisty charakter i cechy podejmowanych przez mediatora czynności. Mając na uwadze przedstawione kwestie, podstawowym podziałem postępowań mediacyjnych jest ich dychotomiczna dyferencja na mediacje właściwe i pozorne. Zgodnie z powyższymi założeniami mediacja właściwa jest postępowaniem przeprowadzonym według zasady dobrowolności, akceptowalności, poufności i profesjonalizmu oraz w sposób pozbawiony cech negocjacji i arbitrażu. W dalszej części rozważań pojęcie mediacji będzie odnosiło się do postępowania, które nie posiada cech pozorności.

Odrębnymi zagadnieniami, których szczegółowe omówienie ze względu na ich obszerność pozostaje poza zakresem tego artykułu, są kwestie pozorności i jej skutków w odniesieniu do zawarcia umowy o mediację oraz pozorności oświadczeń woli składających się na treść zawartej ugody oraz ważności ugody zatwierdzonej przez sąd⁵. W przypadku pozorności umowy o mediację należy odróżnić umowę pomiędzy mediatorem a stronami o przeprowadzenie mediacji oraz umowę lub klauzulę mediacji, która stanowi podstawę wszczęcia mediacji. W tym drugim przypadku skutki pozorności są pomijalne ze względu na treść zobowiązania i ograniczenie do skutku procesowego oraz na zasadę dobrowolności mediacji⁶. W odniesieniu do pozornego podjęcia i uczestniczenia w mediacji przez strony, czyli udziału bez zamiaru zawarcia ugody, ma zastosowanie ma odpowiedzialność *culpa in contrahendo*⁷. Co do zagadnienia pozorności ugody należy podnieść, że treść oraz forma ugody zależy wyłącznie od woli stron i to one ponoszą w tym zakresie odpowiedzialność. W przypadku mediacji ze skierowania sądu ugoda zatwierdzania przez sąd jest skuteczna i wiąże strony, dopóki nie zostanie podważona.

CECHY I CHARAKTER MEDIACJI POZORNEJ

Mediacja bywa określana jako fenomen, zjawisko społeczne, instytucja społeczna, ale również jako instytucja prawna⁸. Wielość ujęć i perspektyw przykłada się na różnorodność definicji. Niemniej zarówno na gruncie nauki, praktyki, jak

⁵ Zob. J. Szewiec, *Mediacja i ugoda w polskim prawie cywilnym*, Warszawa 2025, s. 197–202.

⁶ A. Krasuń, *Charakter prawny umowy o mediację i jej zakres w indywidualnych sprawach z zakresu prawa pracy*, „Studia z Zakresu Prawa Pracy i Polityki Społecznej” 2024, t. 31, nr 1, s. 77–79.

⁷ Zob. M. Stryjniak-Puza, A. Zienkiewicz, *Uczestnictwo w złej wierze w próbie dobrowolnego rozwiązania sporu gospodarczego przed wytoczeniem powództwa*, „ADR. Arbitraż i Mediacja” 2023, t. 16, nr 1, s. 124–129. <https://doi.org/10.17951/adr.2023.16.1.115-132>.

⁸ Zob. R. Morek, *Wprowadzenie*, [w:] *Mediacje. Teoria i praktyka*, red. E. Gmurzyńska, R. Morek, Warszawa 2024, s. 21.

i aktów prawnych funkcjonuje ustalona definicja mediacji jako dobrowolnego i poufnego procesu, w którym bezstronna osoba trzecia (mediator) wspiera strony w poszukiwaniu akceptowanego dla nich rozwiązania⁹. Stanowi ona alternatywę zarówno dla negocjacji, jak i rozstrzygnięcia sporów w drodze arbitrażu i postępowania sądowego¹⁰. Mediacja to proces „negocjacji we troje” – ukierunkowany na osiągnięcie porozumienia, które będzie wynikiem przyjęcia rozwiązania, a nie poddania się rozstrzygnięciu¹¹. Przyjęta perspektywa zakłada, że właściwe pełnienie roli zawodowej mediatora wymaga przeprowadzenia postępowania w granicach funkcji i zasad właściwych dla tego trybu. Mediator ma obowiązek zagwarantowania, że przebieg rozmów będzie zgodny z zasadami mediacji. Rola mediatora oraz sposób jej pełnienia podlega zasadzie profesjonalizmu. Ta zasada jest podstawą do stawiania mu wymogów zarówno w zakresie wiedzy o konflikcie, możliwych sposobach jego rozwiązywania, komunikacji, jak i prawnych aspektach mediacji¹².

Warto również zwrócić uwagę, że w praktyce zagadnienie roli mediatora jest znacznie bardziej złożone. Według Amerykańskiego Stowarzyszenia Arbitrażu (American Arbitration Association) mediator pełni dziewięć komplementarnych wobec siebie ról. Mediator jest podmiotem legitymizującym obecność stron oraz wspierającym je w uznaniu prawa do udziału w procesie uzgodnień. Jest osobą inicjującą i usprawniającą komunikację oraz edukującą strony w zakresie przygotowania do uzgodnień, jak również skutecznej komunikacji. Jako osoba dbająca o procedurę i strukturę, zarówno procesu uzgodnień, jak i samych spotkań, formalnie przewodniczy sesjom (facylitator procesu). Ponadto mediator umożliwia stronom sporu dostrzeżenie różnych aspektów oraz możliwych punktów widzenia problemu, wspiera w definiowaniu kwestii, określaniu interesów i poszukiwaniu opcji satysfakcjonujących obie strony. Mediator poprzez proceduralne wsparcie nie tylko uświadamia stronom potrzeby, ale również wskazuje obszary zasobów, poszerzając zakres dostępnych i akceptowalnych opcji rozwiązania konfliktu.

W sytuacji impasu mediator przejmuje inicjatywę i poprzez propozycje proceduralne lub, w zależności od rodzaju mediacji, również poprzez sugestie merytoryczne, usprawnia proces rozwiązywania konfliktu. Może również przyjąć na siebie

⁹ Zob. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/52/WE z 21.05.2008 r. w sprawie niektórych aspektów mediacji w sprawach cywilnych i handlowych (Dz.Urz. UE L 136, s. 3–8, ze zm.); M. Tabernacka, *Negocjacje i mediacje w sferze publicznej*, Warszawa 2024, s. 32; M. Dębska, *Rodzaje alternatywnych metod rozwiązywania sporów*, [w:] *Mediacja w praktyce mediatora i pełnomocnika*, red. C. Rogula, A. Zemke-Górecka, Warszawa 2021, s. 66.

¹⁰ Zob. M. Araszkiewicz, K. Pleszka, *Pojęcie alternatywnego rozwiązywania sporów*, [w:] *Mediacja. Teoria, normy, praktyka*, red. K. Pleszka, J. Czapska, M. Araszkiewicz, M. Pękala, Warszawa 2017, s. 117–119 i lit. tam powołana.

¹¹ M. Araszkiewicz, K. Pleszka, *op.cit.*, s. 129–157.

¹² Zob. C. Rogula, A. Zemke-Górecka (red.), *Mediacja w praktyce mediatora i pełnomocnika*, Warszawa 2021, s. 98–100.

część odpowiedzialności za podjęcie niepopularnej, ale akceptowalnej decyzji, przez co strony mogą zawrzeć porozumienie, nie tracąc wsparcia osób, które je wspierają lub od których zależy ich pozycja zawodowa czy społeczna. Mediator jako strażnik realności poprzez zadawanie pytań umożliwia stronom rozpoznanie radykalności bądź nierealności swoich celów oraz dąży do zastosowania kryteriów realności i wykonalności porozumienia¹³. Obowiązki mediatora można podzielić na te o charakterze organizacyjnym i gwarancyjnym. Pierwszy rodzaj, przypisany do wymiaru proceduralnego mediacji, ma na celu zapewnienie określonego przebiegu procesu. Obowiązki gwarancyjne odnoszą się do działań mających na celu urzeczywistnienie zasad mediacji¹⁴.

Jako kluczowe cechy mediacji, konstytuujące rolę mediatora, należy wskazać pośredniczenie oraz pomoc stronom w osiągnięciu porozumienia co do kwestii będących przedmiotem postępowania oraz moderowanie interakcji uczestników w taki sposób, żeby miały one charakter dobrowolny i konsensualny. Pośredniczenie ma charakter działania zaangażowanego na rzecz przywróceniu lub usprawnienia komunikacji, określenia wagi, przyczyn i uwarunkowań konfliktu, świadomości i rozumienia wpływu jednostronnych decyzji na relacje i sytuację innych osób¹⁵. Powyższe działania mają na celu zwiększenie prawdopodobieństwa gotowości do współpracy uczestników na rzecz poszukiwania lub wypracowania akceptowalnego przez nich rozwiązania. Pojęcie pomocy występuje w kontekście zakresu wsparcia, jakie oferuje mediator stronom. Jego zakres zależy od kilku czynników. Należy do nich rodzaj oferowanej usługi określony w umowie, który co do zasady zależy od rodzaju sprawy, umiejętności mediatora oraz preferencji stron¹⁶. Podstawowe rozróżnienie odnosi się do wyboru pomiędzy mediacją: facylitatywną (pośredniczącą), ewolutywną (mediator aktywnie współtworzy propozycje rozwiązań) oraz przekształcającą (*transformative mediation*) – ukierunkowaną na zmianę świadomości, postaw i przekonań¹⁷. Pierwszym typem sytuacji, której efektem będzie pozorność mediacji, jest zaniechanie lub niedostateczne zaangażowanie

¹³ Ch.W. Moore, *Mediacje. Praktyczne strategie rozwiązywania konfliktów*, Warszawa 2016, s. 33–34.

¹⁴ A. Włosińska, *Obowiązki mediatora w postępowaniu mediacyjnym w sprawach cywilnych*, „Palestra” 2016, nr 11, s. 37.

¹⁵ Por.: J. Folberg, A. Taylor, *Mediation. A Comprehensive Guide to Resolving Conflict without Litigation*, San Francisco 1984, s. 31; N. Rogers, R. Salem, *A Student's Guide to Mediation and the Law*, [w:] *Dispute resolution. Negotiation, Mediation, and other Processes*, eds. S.B. Goldberg, F.E.A. Sander, N.H. Rogers, S.R. Cole, Warszawa 2007, s. 109–110.

¹⁶ Więcej zob. E. Gmurzyńska, *Rodzaje mediacji*, [w:] *Mediacje. Teoria i praktyka*, red. E. Gmurzyńska, R. Morek, Warszawa 2009, s. 176–187; A. Jakubiak-Mirończuk, *Alternatywne a sądowe rozstrzygnięcie sporów sądowych*, Warszawa 2007, s. 44; F. Glasl, *Pomocy – konflikty. Koncepcje – ćwiczenia praktyczne*, Kraków 2008, s. 158–160.

¹⁷ Zob. E. Gmurzyńska, *Rodzaje mediacji*, [w:] *Mediacja*, red. L. Mazowiecka, Warszawa 2009, s. 301–314; L. Parkinson, *Family Mediation*, London 1997, s. 82–85.

mediatora podczas procesu rozwiązywania konfliktu¹⁸. Brak faktycznego przeprowadzenia mediacji pomimo zaproszenia stron na spotkanie mediacyjne, co należy ocenić negatywnie, jest zgłaszany przez strony sporów sądowych, które zostały skierowane do mediacji. W skrajnej sytuacji przebieg spotkania jest opisywany jako kilkuminutowe przesłuchanie i wezwanie do próby ugodowej, po których zostaje sporządzony protokół wraz z adnotacją o barku zawarcia ugody. W mediacji pozasądowej może mieć to miejsce w przypadku, gdy procedury korporacyjne zobowiązują na przykład przełożonego lub inną osobę do podjęcia mediacji, ale ta osoba nie posiada wymaganych kompetencji lub woli do zaangażowania się w proces na rzecz porozumienia.

Kolejny przypadek niedostatecznego zaangażowania może wynikać z błędnego rozumienia roli mediatora lub nadmiernego zaufania do umiejętności uczestników. W efekcie mediator jest obecny podczas rozmów, ale nie przyjmuje odpowiedzialności za aspekt proceduralny lub komunikacyjny (bądź obydwa). W efekcie rozmowy nie są prowadzone lub odbywają się negocjacje, podczas których mediator jest jedynie świadkiem. W tym kontekście warto przypomnieć, że mediacje mają charakter koncyliacyjny, oparty na wzajemnych uzgodnieniach stron. Negocjacje, określane jako tryb kontraktowy, są bezpośrednią formą rozwiązywania konfliktów i sporów między stronami, pozbawioną pośrednictwa.

Wspólnym elementem negocjacji i mediacji jest złożony proces komunikacji, przeprowadzony w sytuacji, kiedy strony są motywowane do działania zarówno przez istnienie wspólnych, jak i sprzecznych interesów¹⁹. Pierwsze uzasadniają dążenie do porozumienia, drugie wymagają wysiłku w zakresie uzgodnienia ich zakresu i strategii realizacji. Negocjacje, w przeciwieństwie do mediacji, odbywają się bez udziału trzeciej bezstronnej osoby, która ma bezpośredni wpływ na przebieg rozmów²⁰. Celem negocjacji i mediacji jest osiągnięcie porozumienia, które bezpośrednio lub pośrednio prowadzi do całkowitej lub częściowej realizacji rozbieżnych lub sprzecznych interesów uczestników²¹. Przystąpienie do uzgodnień w obu trybach zależy wyłącznie od ich woli, podobnie jak decyzja o ich kontynuowaniu, przerwaniu i zakończeniu²². To strony ponoszą współodpowiedzialność za ich przebieg i wynik, w tym brak

¹⁸ Por. T.Y. Katz, C.J. Block, *Proces lub wynik. Orientacja na cel w sytuacjach konfliktowych*, [w:] *Rozwiązywanie konfliktów. Teoria i praktyka*, eds. M. Deutsch, P.T. Coleman, Kraków 2005, s. 283.

¹⁹ Zob. J. Jabłońska-Bonca, K. Zeidler, *Prawnik a sztuka retoryki i negocjacji*, Warszawa 2023, s. 221.

²⁰ Negocjacje mogą być prowadzone przez zespół negocjacyjny, w którym podzielono role. Niemniej każda z osób reprezentuje i działa na rzecz tej strony konfliktu, która je zaangażowała. Oczywiście nie ma przeszkód, żeby eksperci, w tym prawnicy, wspierali negocjacje i mediacje specjalistyczną wiedzą i kompetencjami merytorycznymi. Ich zaangażowanie ma jednak charakter pośredni i ograniczony do wybranych kwestii lub aspektów rozmów.

²¹ Por. A. Jakubiak-Mirończuk, *Negocjacje kwestii prawnych*, Warszawa 2010, s. 48–49.

²² E. Gmurzyńska, *Mediacja w sprawach cywilnych w amerykańskim systemie prawnym – zastosowanie w Europie i w Polsce*, Warszawa 2007, s. 29.

porozumienia. Oprócz zasady dobrowolności negocjacje kształtują dodatkowo zasady nieograniczonego uczestnictwa, symetrii i braku dominacji²³. Autonomia stron i dobrowolność kształtują zarówno przebieg mediacji, jak i negocjacji. W praktyce realizacja powyższych zasad w negocjacjach zależy od pozycji i umiejętności stron. Podczas mediacji to rolą mediatora jest zadbanie o ich realizację.

Negocjacje są najmniej sformalizowanym trybem rozwiązywania sporów. Mogą być prowadzone zarówno przez same strony, jak i z udziałem lub przez ich pełnomocników prawnych. Wysoka autonomia stron i elastyczność w tym trybie oznaczają przede wszystkim uprawnienie nie tylko do uznaniowego i swobodnego kształtowania procesu, ale przede wszystkim do treści porozumienia w zakresie dopuszczonym przez ustawodawcę. Uczestnicy ustalają reguły rozmów, porządek omawianych kwestii oraz formę ewentualnego porozumienia. Brak sformalizowania i bezpośrednio zaangażowanie stron konfliktu w rozmowy oznacza szeroki zakres sprawstwa oraz wysokie ryzyko braku równowagi negocjacyjnej i niepełnego wykorzystania potencjału rozmów.

Swoboda ustalania reguł, wyboru podejmowanych kwestii, wpływ na dynamikę oraz treść i formę porozumienia mogą prowadzić do wykorzystania przewagi jednej ze stron nad drugą. Źródła nierównowagi mogą dotyczyć wiedzy, umiejętności negocjacyjnych czy zasobów. Znaczące dysproporcje pomiędzy stronami zwiększają ryzyko manipulacji i korzystania z nieuczciwych taktyk negocjacyjnych. Kolejną konsekwencją uwarunkowań negocjacji jest ryzyko ograniczonego wykorzystania pełnego potencjału sytuacji. W przypadku niedostatecznej wiedzy o dynamice konfliktu i technikach negocjacyjnych strony mogą ograniczyć się do wymiany stanowisk i przetargu pozycyjnego, pomijając rzeczywiste interesy lub nie odkrywając pełnego zakresu możliwych rozwiązań²⁴. Strony negocjacji bez odpowiedniego przygotowania oraz bez wsparcia mediatora mogą nie wykorzystać w pełni potencjału negocjacji jako trybu rozwiązywania sporów.

Podsumowując, w kontekście różnicy pomiędzy negocjacjami a mediacjami kluczowe są zarówno udział, jak i aktywność mediatora. Podobieństwo pomiędzy tymi trybami wynika z zachowania przez strony autonomii, w tym prawa do wolności w korzystaniu z uprawnień i w zaciąganiu zobowiązań w granicach wyznaczonych przez przepisy *ius cogens*. Istotą mediacji jest twierdzenie, że pomimo czynnego udziału trzeciej strony konflikt społeczny nie zmienia właściciela. Jest to wyrażone i zagwarantowane przez zasady dobrowolności i autonomii stron. W efekcie zakres odpowiedzialności stron w negocjacjach i w mediacji jest tożsamy. Strony mogą podejmować czynności o charakterze pozornym w obu tych trybach, co wypełnia znamiona uczestniczenia w nich w złej wierze, którego skutki

²³ J. Stelmach, B. Brożek, *Sztuka negocjacji prawniczych*, Warszawa 2011, s. 19.

²⁴ Por. S.B. Goldberg, F.E.A. Sander, N.H. Rogers, S.R. Cole, *Dispute Resolution. Negotiation, Mediation, and other Processes*, Austin – Boston – Chicago – New York – The Netherlands 2007, s. 62–63.

są przedmiotem zarówno odpowiedzialności *culpa in contrahendo*, jak i stanowią przesłankę obciążenia kosztami procesu na podstawie art. 458¹² ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (dalej: k.p.c.). Wobec powyższego należy odrębnie traktować pozorne negocjacje w złej wierze prowadzone przez strony samodzielnie lub w trakcie postępowania mediacyjnego od mediacji pozornej, rozumianej jako sytuacja, za którą odpowiedzialny jest mediator.

W tym kontekście pozornosc mediacji będzie miała miejsce w dwóch przypadkach. Po pierwsze, jeśli mediator pomimo obecności podczas mediacji będzie pozostawał w bezczynności w jakimkolwiek obszarze proceduralnym. Po drugie, w sytuacji podejmowania przez mediatora działań, które są motywowane realizacją innych interesów niż te, które wynikają z istoty mediacji oraz przepisów prawa. Konsekwencje braku zaangażowania mediatora przede wszystkim będą miały wpływ na komunikację, szanse osiągnięcia porozumienia oraz jakość uwzględnianych rozwiązań.

Zaniechanie wykonania obowiązków lub rażące niedbalstwo mediatora w wykonywaniu obowiązków skutkuje pozornością mediacji, wynikającą z braku zapewnienia stronom wsparcia. W efekcie mają miejsce negocjacje, w których trzecia osoba pomimo nominalnego określenia jako mediator realnie pełni tylko rolę świadka. Brak adekwatnego zaangażowania mediatora powoduje, że pozbawieni wsparcia uczestnicy prowadzą negocjacje, zamiast korzystać z mediacji. W szczególności zaniechanie przez mediatora działań o cechach neutralnego i zaangażowanego wsparcia wiąże się z ryzykiem negatywnego wpływu na zakres identyfikacji źródeł konfliktu, świadomość potrzeb i interesów oraz poziom wzajemnego rozumienia stanowisk i uwarunkowań decyzji. Ponadto rośnie ryzyko wystąpienia impasów i zerwania rozmów. Skutkiem tego dochodzi do znacznego ograniczenia potencjału przekształcenia sytuacji w konstruktywny spór, a w efekcie do ograniczania efektywności oraz trudności w osiągnięciu trwałych i satysfakcjonujących rozwiązań.

Mediator nie posiada uprawnień władczych wobec stron. Nawet w przypadku, w którym strony zaproszą mediatora do zgłaszania własnych propozycji rozwiązań konfliktu, jego rola ogranicza się do doradztwa i pomocy w osiągnięciu konsensusu. W zakresie roli mediatora ta cecha stanowi zasadniczą różnicę pomiędzy mediacją a arbitrażem. Mediacja i arbitraż są dwoma odrębnymi trybami rozwiązywania sporów, które różnią się znacząco pod względem wymogów formalnych, przebiegu procesu i zasad, które go regulują, oraz roli i uprawnień trzeciej strony i charakteru ostatecznego rozstrzygnięcia²⁵. Arbitraż jest dobrowolną procedurą rozstrzygania sporów przez osobę trzecią – arbitra. Strony mają autonomię w kwestii wyboru zasad, procedur i osoby arbitra. Jednak w przeciwieństwie do mediatora arbiter posiada władcze uprawnienia i możliwość przymusowego wykonania rozstrzygnięcia

²⁵ A. Korybski, *Alternatywne rozwiązywanie sporów w USA. Studium teoretycznoprawne*, Lublin 1993, s. 103–123.

(wyroku arbitrażowego). Podjęcie przez mediatora działań odpowiadających i przypisanych do roli arbitra należy zakwalifikować jako mediację pozorną.

Celem arbitrażu jest rozpoznanie kwestii spornych i ich uwarunkowań oraz rozstrzygnięcie sporu zgodnie z założonymi kryteriami. Podstawą poddania sporu arbitrażowi jest zapis na sąd polubowny (klauzula arbitrażowa). Wyrok sądu polubownego, po stwierdzeniu przez sąd jego wykonalności, ma moc prawną na równi z wyrokiem sądu państwowego²⁶. Kluczowe rozróżnienia pomiędzy mediacją a arbitrażem dotyczą roli, charakteru i celu pracy arbitra oraz zmiany zakresu wpływu (kontroli) stron na procedurę. W obu przypadkach obowiązuje ich neutralność i bezstronność. Arbitr nie wspiera stron ani nie dąży do polubownego zakończenia sporu przez doprowadzenie do rozwiązania konfliktu. Jego zadaniem jest rozpoznanie i ocena kolejno kwestii proceduralnych i materialnych oraz wydanie rozstrzygnięcia. Takie postępowanie jest możliwe poprzez oddanie mu kontroli nad procesem i jego wynikiem przez strony. Ich autonomia co do zasady dotyczy zgody na postępowanie arbitrażowe, wyboru zasad i arbitra.

Zasadnicze różnice pomiędzy mediacją a postępowaniem arbitrażowym dotyczą sposobów, w jakich pracują z konfliktem arbitr i mediator. Mediator nie ma władczych uprawnień ani wobec stron, ani wobec przebiegu postępowania mediacyjnego. Jednocześnie w mediacji są istotne zarówno satysfakcjonujący dla stron wynik, jak i jakość procesu, który do niego doprowadził. Działania mediatora mają, co do zasady, charakter facylitacyjny i polegają na kierowaniu przebiegiem mediacji w sposób pozwalający stronom na podejmowanie świadomych decyzji. Należy podkreślić, że w przypadku gdy nie dojdzie do zawarcia ugody, wartością pozostaje uświadomienie i ujawnienie interesów, potrzeb i motywacji oraz proces komunikacji, który może pozytywnie wpływać na przyszłe zachowania zaangażowanych podmiotów. Postępowanie arbitrażowe jest bezwzględnie zorientowane na rozstrzygnięcie²⁷. Arbitrzy, podobnie jak sędziowie, wysłuchują strony, analizują dowody i wydają orzeczenie. W przeciwieństwie do mediatora arbitr ma władzę do podjęcia wiążącej decyzji w sprawie. Jego rola jest zbliżona do roli sędziego.

Wobec powyższych różnic pomiędzy mediacją a arbitrażem za mediację pozorną należy uznać postępowanie, w którym mediator w sposób jawny lub niejawnym dąży do narzucenia uczestnikom części lub całości porozumienia, z ograniczeniem lub wyłączeniem zastosowania zasad akceptowalności i dobrowolności. Oznacza to, że przyjmuje rolę arbitra, nie będąc do niej umocowanym. W literaturze podnoszona jest kwestia autorstwa propozycji rozwiązań mediacyjnych w kontekście mediacji facylitatywnej i ewolutywnej. Należy rozróżnić formułowanie propozycji ugodowych przez mediatora od perswazji na rzecz ich przyjęcia przez strony.

²⁶ R. Morek, *Mediacja i arbitraż (art. 183¹–183¹⁵, 1154–1217 KPC). Komentarz*, Warszawa 2006, s. 277.

²⁷ Por. R. Morek, *Wprowadzenie...*, s. 17–19.

Według niektórych autorów takie działanie, w szczególności w mediacji, w której mediator jest wyznaczony przez sąd, a strony mogą obawiać się negatywnych konsekwencji odmowy udziału w tak prowadzonym postępowaniu, różni się od klasycznej mediacji w stopniu zaprzeczającym jej konstytuującym cechom²⁸.

Efektom nieuprawnionych i arbitralnych działań mediatora mogą być zarzuty przekroczenia uprawnień wynikających z umowy o mediację, w szczególności: stronniczości, braku obiektywizmu, naruszenia zasad dobrowolności i akceptowalności. Zdaniem niektórych autorów nawet wypływające z dobrej woli mediatora zbyt stanowcze sugerowanie stronom postępowania podjęcia decyzji o podpisaniu ugody bądź zawarcia w niej preferowanych przez mediatora warunków przynosi negatywny skutek i jest ingerencją w autonomię uczestników²⁹. Ocena słuszności dążenia mediatora do zawarcia przez strony ugody jest zależna od dwóch czynników: od zasadności rozumianej jako realność szansy na porozumienie oraz braku szkodliwości dla stron³⁰. Z zastrzeżeniem, że mediator nie odpowiada za zakres realizacji interesów każdej ze stron, ponieważ to one są uprawnione do podjęcia decyzji konstytuujących ich sytuację. Jego rolą jest prowadzenie komunikacji w taki sposób, żeby decyzje stron były podejmowane świadomie. Przeważający jest pogląd, że to strony wypracowują porozumienia, ale to od kompetencji mediatora zależy przebieg spotkań i to jego umiejętności stanowią o potencjale mediacji³¹. Konsekwencją nieuprawnionej ingerencji mediatora może być odwoływanie przed sądem warunków zawartych w ugodzie mediacyjnej na podstawie wykazania rzeczywistego braku woli do wykonania wskazanych w ugodzie zobowiązań³². Powyższe prowadzi do pytania o zakres i metody uprawnionego oraz nieuprawnionego wpływu na przebieg mediacji i decyzje stron.

Mediator odgrywa kluczową rolę w procesie mediacji, mając możliwość wywierania wpływu na jego przebieg i rezultat na wiele sposobów mimo braku formalnej władzy decyzyjnej. Zakres jego oddziaływania na proces mediacji ma źródło w jego wiedzy i kompetencjach. Wyrażając zgodę na mediację, uczestnicy akceptują fakt, że osobą kierującą procesem i organizującą strukturę rozmów będzie mediator. W ramach pełnienia tej roli mediator przyjmuje zobowiązanie organizacji procesów komunikacji i podejmowania decyzji przez strony w sposób określony przez zasady mediacji. Organizacja spotkania oraz przebiegu procesu rozmów jest zarówno uprawnieniem, jak i obowiązkiem mediatora, jednocześnie w tym zakresie

²⁸ Zob. *ibidem*, s. 21.

²⁹ A. Pilch, *Elementy metodyki pracy mediatora w sprawach karnych a efektywność mediacji i jej implikacje z perspektywy sędziego*, [w:] *Mediacje w prawie*, red. J. Czapska, M. Szeląg-Dylewski, Kraków 2014, s. 276.

³⁰ Zob. B. Balto, *Mediator Directiveness in Child Custody Mediation: An Exploration of Alternatives and Decision Making*, „*Mediation Quarterly*” 1990, vol. 7, no. 3, s. 222.

³¹ A. Pilch, *op.cit.*, s. 276–277.

³² *Ibidem*.

wpływ posiada mediator i strony. W kontekście komunikacji, w szczególności w świetle koncepcji determinizmu językowego Sapira-Whorfa, uzasadnione jest określenie władzy komunikacyjnej³³.

Wpływowi proceduralnemu mediatora podlega w szczególności organizacja spotkań. Mediator dba o porządek dyskusji i pilnuje, by proces przebiegał sprawnie. Może decydować o kolejności wypowiedzi, czasie trwania poszczególnych etapów oraz wprowadzać przerwy. Mediator ma możliwość wyboru różnych metodologii prowadzenia mediacji, w tym odnoszących się do kwestii zaangażowania w tworzenie rozwiązań. Zadaniem mediatora jest wybór metod pracy dostosowywany do rodzaju i fazy konfliktu wraz z uwzględnieniem zachowania i preferencji stron. Zaniechanie, niedostateczne lub nieskuteczne działanie w tym zakresie będzie skutkowało pozornością mediacji. Taki proces, o ile będzie kontynuowany w rzeczywistości, będzie zbliżony do negocjacji. Ten rodzaj mediacji pozornej ma miejsce w przypadku, gdy mediator nie wypełnia kluczowej funkcji wspierania stron. Jest obecny podczas rozmów, ale nie kieruje procesem ani go nie wspiera oraz nie podejmuje interwencji uzasadnionych przekroczeniem zasad mediacji przez uczestników.

Pierwszą decyzją podejmowaną przez mediatora i uczestników jest dokonywana *in concreto* ocena celowości mediacji, która polega na analizie okoliczności sprawy w szerokim kontekście stanu faktycznego i prawnego oraz kompetencji mediatora, indywidualnych zdolności i możliwości jego uczestników. W ramach tej decyzji dodatkowo istotne jest określenie przedmiotu, formy i czasu mediacji³⁴. Mediacje można prowadzić tam, gdzie istnieje spór co do faktów, interpretacji uprawnień lub zobowiązań, odpowiedzialności stron lub kwestii organizacji przyszłych relacji określonych osób. W związku z powyższym bezcelowe jest podejmowanie i prowadzenie mediacji, gdy strony godzą się na zaproponowane lub wynikające z aktów prawnych warunki, w szczególności gdy spełnienie tychże nie narusza ich prawnie chronionych dóbr³⁵. Ocena celowości mediacji ma złożony charakter. Wymaga ona uwzględnienia aspektów podmiotowych, przedmiotowych i proceduralnych. Zgodnie z zasadą dobrowolności to również stronom przysługuje uprawnienie do oceny celowości mediacji na każdym etapie postępowania³⁶. Za mediację pozorną należy uznać prowadzenie mediacji, która jest niecelowa i do podjęcia której motywacją mogą być na przykład kwestie finansowe lub wizerunkowe.

³³ Zob.: A. Słaboń, *Hipoteza Sapira-Whorfa*, [w:] M. Pacholski, A. Słaboń, *Słownik pojęć socjologicznych*, Kraków 2001, s. 58; A. Klimczuk, *Hipoteza Shapira – Whorfa – przegląd argumentów zwolenników i przeciwników*, „Kultura – Społeczeństwo – Edukacja” 2013, nr 1(3), s. 166–169.

³⁴ M. Tabernacka, *op.cit.*, s. 50.

³⁵ Por. *ibidem*, s. 51.

³⁶ Więcej: A. Kalisz, A. Zienkiewicz, *Mediacja sądowa i pozasądowa. Zarys wykładu*, Warszawa 2014, s. 65–66; R. Morek, *Mediacja i arbitraż...*, s. 91; A. Jakubiak-Mirowniczuk, *Uwarunkowania prawne i funkcjonalne paradoksu mediacji sądowej*, „ADR. Arbitraż i Mediacja” 2023, t. 16, nr 2, s. 60–61.

Kolejnym aspektem jest władza komunikacyjna, która wprost wynika z roli mediatora, jaką jest pośredniczenie i edukacja uczestników w zakresie sposobu prowadzenia rozmów, w tym posługiwania się dedykowanymi technikami komunikacji. W tym celu istotne są zobaczenie i zrozumienie rzeczywistych komponentów oraz uwarunkowań problemu, w tym odmiennego postrzegania i oceniania sytuacji³⁷. Różnice w percepcji rzeczywistości są naturalnym zjawiskiem towarzyszącym procesom komunikacji i jednocześnie ulegają wzmocnieniu w sytuacji konfliktu³⁸. Świadome używanie języka oraz, jeśli jest to konieczne, jego zmiana, a także uzasadniony celem wpływ na świadomość i postrzeganie stron za pomocą dedykowanych metod komunikacji mają kluczowe znaczenie dla przebiegu mediacji. Jednocześnie warunki te stanowią istotny argument za przyjęciem tezy determinizmu wraz z towarzyszącym jej twierdzeniem, że od sposobu użycia języka zależy rozumienie świata. Ono z kolei stanowi kluczowy czynnik wpływający zarówno zachowanie, jak i na podejmowane decyzje³⁹. Z perspektywy władzy komunikacyjnej mediatora szczególnie ważne są nie tylko kompetencje, ale też etyczna postawa mediatora. Jest to oczywiste, że musi on umieć odróżnić tendencyjności poznawcze i błędy w komunikacji od manipulacji, czyli celowego wywierania wpływu na drugą stronę lub też mediatora⁴⁰.

Wpływ proceduralny i władza komunikacyjna mediatora mogą być wykorzystane zgodnie z funkcją i celami mediacji do budowania zaufania i atmosfery współpracy oraz stworzenia warunków do bezpiecznego i opartego na szacunku procesu komunikacji. Jego bezstronne i neutralne podejście pomaga w budowaniu zaufania między stronami oraz do mediatora, co jest kluczowe dla efektywności całego procesu. Brak wiedzy i powyższych umiejętności może być przyczyną zaistnienia mediacji pozornej, na skutek przekształcenia się jej w proces o cechach negocjacji. Niestety te same kompetencje mogą posłużyć do przeprowadzenia mediacji pozornej, na przykład o cechach quasi-arbitrażu. Jednoznacznie nagannie należy ocenić sytuację, w której wpływ proceduralny i władza komunikacyjna są wykorzystane dla korzyści osobistych mediatora lub osób, z którymi jest w relacji. Oczywiście stanowi to poważne uchybienie obowiązków mediatora, w szczególności jego neutralności.

Kolejny typ zdarzeń należy zakwalifikować jako uchybiający przede wszystkim zasadzie profesjonalizmu mediatora oraz zasadom akceptowalności i dobrowolności czy autonomii stron, ale relatywnie pozytywny ze względu efekt. Odnosi

³⁷ G. Nordhelle, *Mediacja. Sztuka rozwiązywania konfliktów*, Gdańsk 2010, s. 114; L. Thompson, J. Nadler, *Tendencyjność sądów w rozwiązywaniu konfliktów: Jak ją pokonać*, [w:] *Rozwiązywanie konfliktów. Teoria i praktyka*, eds. M. Deutsch, P.T. Coleman, Kraków, s. 221.

³⁸ A. Cybulko, *Procesy poznawcze w komunikacji między stronami postępowania mediacyjnego*, [w:] *Oblicza mediacji. Wybrane zagadnienia*, red. K. Wojtanowicz, M. Pękała, Kraków 2021, s. 32.

³⁹ Por. A. Cybulko, *op.cit.*, s. 2–13.

⁴⁰ *Ibidem*, s. 32; G. Nordhelle, *op.cit.*, s. 120.

się on do działań mediatora o cechach perswazji lub manipulacji polegających na wykorzystaniu braku wiedzy i świadomości stron w celu zwiększenia szans lub przyspieszenia zawarcia ugody uwzględniającej dobro i interesy uczestników. Ostatni wariant powyższych sytuacji dotyczy wykorzystania przez mediatora technik perswazji i wywierania wpływu, działającego na podstawie arbitralnej decyzji o konieczności lub zasadności ugody pomimo braku gotowości stron do wypracowania rozwiązań i na zawarcie porozumienia. Stanowi on nie tylko rażące naruszenie zasady profesjonalizmu, ale również etyki mediacji.

Powyższe prowadzi do pytań o skutki mediacji pozornej dla stron, w szczególności ważności zawartej ugody oraz o podstawę i zakres odpowiedzialności mediatora. W przypadku zwania przez strony ugody na skutek mediacji pozornej na gruncie prawa polskiego ważność i skuteczność takiej ugody będą oceniane na zasadach ogólnych. W przypadku gdy będzie ona podlegała zatwierdzeniu przez sąd, ocenie podlega treść ugody, a nie okoliczności jej zawarcia. Odwołanie oświadczenia o zgodzie na zawarcie ugody jest możliwe do momentu wydania postanowienia o umorzeniu postępowania i jest uprawnieniem strony. W przypadku wydania postanowienia o umorzeniu postępowania możliwe jest wniesienie zażalenia na postanowienia na podstawie art. 918 k.c. z powodu błędu co do stanu faktycznego, który był uznany przez obie strony za niewątpliwy, oraz z powodu naruszenia zasad współżycia społecznego, niezgodności ugody z prawem lub zamiaru jego obejścia. W przypadku uprawomocnienia się postanowienia o umorzeniu na podstawie art. 189 k.p.c. możliwe jest wytoczenie powództwa o ustalenie nieważności ugody sądowej.

Na gruncie prawa polskiego sposób działania mediatora nie stanowi wyrażonej *expressis verbis* przesłanki podważenia ugody mediacyjnej. Niemniej zgodnie z orzecznictwem przesłanką uznania umowy, a więc również uznania ugody za nieważną, jest w szczególności wykorzystanie w sposób celowy przez jedną ze stron silniejszej pozycji lub nietypowej sytuacji poprzez celowe działanie na niekorzyść kontrahenta. W związku z powyższym możliwa jest argumentacja za uznaniem mediacji pozornej za rodzaj nietypowej sytuacji, na skutek której jedna ze stron uzyskuje możliwość podjęcia celowego działania na niekorzyść drugiej strony. Przykładem powyższej sytuacji mogłaby być mediacja pozorna w tzw. sprawach frankowych, na skutek której dochodzi do zawarcia niekorzystnej dla kredytobiorcy ugody.

W ocenie postępowania mediatora bez wątplenia istotne są dwie kwestie – czy umowa o przeprowadzenie postępowania mediacji została zawarta w złej wierze oraz ocena zakresu i sposobu wykonania zobowiązań mediatora w świetle treści umowy oraz przepisów k.p.c. Zakres obowiązków mediatora zależy również od rodzaju mediacji, w tym czy prowadzi mediację pozasądową, czy ze skierowania sądu oraz jakiego rodzaju sprawy dotyczy. Nie budzi wątpliwości, że mediator ponosi odpowiedzialność cywilną. Ustalenie zakresu tej odpowiedzialności wymaga

uwzględnienia charakteru roli mediatora, jego statusu oraz obowiązków ustawowych i umownych⁴¹.

Niemniej brak lub częściowe podjęcie obowiązków organizacyjnych ze względu na ich zdefiniowany i bezsporny charakter ma znaczny potencjał dowodowy i może zostać zakwalifikowane dwojako – jako wina umyślna mediatora zawodowego lub, w przypadku mediacji pozasądowej, jako rażące niedbalstwo. W przypadku jawnego i oczywistego naruszenia obowiązków gwarancyjnych możliwa jest również ich podobna kwalifikacja, w szczególności jako rażącego niedbalstwa będącego skutkiem niedochowania należytej staranności oraz zaniechania koniecznej ostrożności⁴². Jednak incydentalne, niejawne i nieoczywiste naruszenia jej nie podlegają. Ponadto wobec niezakończonego procesu profesjonalizacji zawodu mediatora, w tym braku określenia zasad i procedur odpowiedzialności dyscyplinarnej oraz specyfiki złożonego procesu mediacji, w szczególności w odniesieniu do działań komunikacyjnych mediatora, w wielu przypadkach możliwa jest wyłącznie ocena moralna.

WNIOSKI

Pozorność mediacji polega na podejmowaniu przez mediatora działań, które w swoim charakterze i celu są sprzeczne lub częściowo niezgodne z cechami i zasadami mediacji. Genezy zjawiska mediacji pozornej należy bezpośrednio szukać w dwóch obszarach. Po pierwsze, w możliwości instrumentalnego wykorzystania tej instytucji do innych celów niż inkluzyjne i konsensualne rozwiązanie konfliktu. Po drugie, w braku przygotowania i decyzji o profesjonalnym, czyli zgodnym z wymogami przepisów prawa i etyki, świadczeniu usługi mediacji. Odnosząc się do zagadnienia instrumentalizacji mediacji, należy wyodrębnić sytuacje konfliktu interesów oraz dualizmu funkcji mediacji. Pierwsza z nich dotyczy wykorzystania procesu mediacji jako strategii dla realizacji interesów innych podmiotów niż strony konfliktu. Występuje ona w szczególności w sytuacji braku ujawnienia konfliktu interesów, czyli braku neutralności lub bezstronności mediatora.

Druga jest związana z możliwym napięciem pomiędzy procesem a celem mediacji, wynikającym z dualizmu funkcjonalnego. Funkcja, jak również cel mediacji mogą być określone jako przywrócenie komunikacji pomiędzy stronami. W takim przypadku zawarcie porozumienia jest jednym z możliwych, ale nie koniecznych skutków. Niemniej możliwe jest przyjęcie odmiennej perspektywy, w której

⁴¹ Zob. A. Korybski, *Legal Status of Mediator in Mediation Proceedings in Civil Cases*, „*Studia Iuridica Lublinensia*” 2018, t. 27, nr 2, s. 144–145.

⁴² Na przykład wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 4 lutego 2015 r., sygn. akt I ACa 1093/14.

głównym celem mediacji jest zawarcie porozumienia, a proces komunikacji jest środkiem, który do niego prowadzi. Ta druga sytuacja wiąże się z ryzykiem instrumentalnego podporządkowania przebiegu mediacji uzyskaniu porozumienia i zawarcia ugody. Powyższe w szczególności ma miejsce w mediacji ze skierowania sądu, gdzie zgodnie z pragmatyką wymiaru sprawiedliwości oczekiwanym efektem mediacji (wyłączając mediację karną) jest ugoda sądowa, dodatkowo w formie i treści odpowiadająca wymogom prawnym. Podobna sytuacja może mieć miejsce również w przypadku mediacji w ramach struktur korporacyjnych, gdzie nadrzędnym interesem organizacji jest zakończenie sporu ugodą. W efekcie możliwe jest powstanie sytuacji, w której dochodzi do instrumentalnego wykorzystania procesu mediacji.

Trzecia sytuacja dotyczy braku dochowania warunku neutralności mediatora. W tych kategoriach wsparcie stron w procesie rozwiązywania konfliktu może zostać zastąpione w sposób jawny lub niejawny perswazją i wywieraniem wpływu na uczestników. Jawna zmiana może skutkować przekształceniem procesu z mediacji w jego formę hybrydową *med-arb*, której towarzyszy zmiana roli lub osoby mediatora na arbitra. Działanie niejawne oznacza, że poprowadzone jest postępowanie pod nazwą mediacji, które w swoim charakterze nie posiada jego cech i należy określić jako mediację pozorną. W mediacji pozornej działania mediatora mają co da zasady charakter nie tylko niejawnej, ale również jawnej arbitralności. Są one motywowane doprowadzeniem do ugody lub innymi osobistymi celami mediatora w stopniu tak determinującym przebieg postępowania, że prowadzi do istotnych naruszeń zarówno zasad mediacji, jak i etyki mediacji.

Jako cecha pozorność ma charakter stopniowalny, który w kontekście konkretnego postępowania mediacyjnego zależy od rodzaju i zakresu działań mediatora. Od stopnia pozorności będzie zależało zarówno ryzyko wystąpienia, jak i zakres negatywnych skutków. Do następstw bezpośrednich należy zaliczyć naruszenia zasad mediacji, w tym umowy pomiędzy mediatorem a stronami i negatywną kwalifikację postępowania mediatora w świetle przepisów prawa, w szczególności art. 183¹, 183³, 183^{3a} k.p.c. Następstwa pośrednie dotyczą przede wszystkim ryzyka stron w realizacji swoich interesów. W zależności od świadomości stron może dojść do: zerwania mediacji; zawarcia przez strony porozumienia, które nie zabezpiecza ich interesów i pomija istotne aspekty konfliktu, które nie zostały ujawnione na skutek niewłaściwych działań mediatora, lub zawarcia ugody spełniającej przesłanki nieważności, w tym zawarcia jej na skutek celowego i nagannego działania jednej ze stron wykorzystującej swoją silniejszą pozycję. W efekcie mediacja pozorna stanowić uzasadnioną i istotną przyczynę negatywnych ocen instytucji mediacji przez strony, w tym negatywnej oceny wymiaru sprawiedliwości w przypadku mediacji sądowej.

BIBLIOGRAFIA

LITERATURA

- Araszkiewicz M., Pleszka K., *Pojęcie alternatywnego rozwiązywania sporów*, [w:] *Mediacja. Teoria, normy, praktyka*, red. K. Pleszka, J. Czapska, M. Araszkiewicz, M. Pękala, Warszawa 2017.
- Balto B., *Mediator Directiveness in Child Custody Mediation: An Exploration of Alternatives and Decision Making*, „Mediation Quarterly” 1990, vol. 7, no. 3.
- Cybulko A., *Procesy poznawcze w komunikacji między stronami postępowania mediacyjnego*, [w:] *Oblicza mediacji. Wybrane zagadnienia*, red. K. Wojtanowicz, M. Pękala, Kraków 2021.
- Czapska J., Szelań-Dylewski M., *Mediacje w prawie*, Kraków 2014.
- Dębska M., *Rodzaje alternatywnych metod rozwiązywania sporów*, [w:] *Mediacja w praktyce mediatora i pełnomocnika*, red. C. Rogula, A. Zemke-Górecka, Warszawa 2021.
- Folberg J., Taylor A., *Mediation. A Comprehensive Guide to Resolving Conflict without Litigation*, San Francisco 1984.
- Glasl F., *Pomocy – konflikty. Koncepcje – ćwiczenia praktyczne*, Kraków 2008.
- Gmurzyńska E., *Mediacja w sprawach cywilnych w amerykańskim systemie prawnym – zastosowanie w Europie i w Polsce*, Warszawa 2007.
- Gmurzyńska E., Morek R. (red.), *Mediacje Teoria i Praktyka*, Warszawa 2024.
- Gmurzyńska E., *Rodzaje mediacji*, [w:] *Mediacja*, red. L. Mazowiecka, Warszawa 2009.
- Gmurzyńska E., *Rodzaje mediacji*, [w:] *Mediacje. Teoria i praktyka*, red. E. Gmurzyńska, R. Morek, Warszawa 2009.
- Goldberg S.B., Sander F.E.A., Rogers N.H., Cole S.R., *Dispute Resolution. Negotiation, Mediation and Other Processes*, Austin – Boston – Chicago – New York – The Netherlands 2007.
- Gutowski M., *Nieważność czynności prawnej*, Warszawa 2017.
- Jabłońska-Bonca J., Zeidler K., *Prawnik a sztuka retoryki i negocjacji*, Warszawa 2023.
- Jakubiak-Mirończuk A., *Alternatywne a sądowe rozstrzygnięcie sporów sądowych*, Warszawa 2007.
- Jakubiak-Mirończuk A., *Negocjacje kwestii prawnych*, Warszawa 2010.
- Jakubiak-Mirończuk A., *Uwarunkowania prawne i funkcjonalne paradoksu mediacji sądowej*, „ADR. Arbitraż i Mediacja” 2023, t. 16, nr 2. <https://doi.org/10.17951/adr.2023.16.2.55-73>.
- Kalisz A., Zienkiewicz A., *Mediacja sądowa i pozasądowa. Zarys wykładu*, Warszawa 2014.
- Katz T.Y., Block C.J., *Proces lub wynik. Orientacja na cel w sytuacjach konfliktowych*, [w:] *Rozwiązywanie konfliktów. Teoria i praktyka*, eds. M. Deutsch, P.T. Coleman, Kraków 2005.
- Klimczuk A., *Hipoteza Shapira – Whorfa – przegląd argumentów zwolenników i przeciwników*, „Kultura – Społeczeństwo – Edukacja” 2013, nr 1(3).
- Korybski A., *Alternatywne rozwiązywanie sporów w USA. Studium teoretycznoprawne*, Lublin 1993.
- Korybski A., *Legal Status of Mediator in Mediation Proceedings in Civil Cases*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2018, t. 27, nr 2.
- Krasuń A., *Charakter prawny umowy o mediację i jej zakres w indywidualnych sprawach z zakresu prawa pracy*, „Studia z Zakresu Prawa Pracy i Polityki Społecznej” 2024, t. 31, nr 1. <https://doi.org/10.4467/25444654SPP.24.006.19481>.
- Kurek-Kokocińska S., *Pozorność jako cecha informacji*, „Zagadnienia Informacji Naukowej” 2024, nr 62(1). <https://doi.org/10.36702/zin2024.01.04>.
- Lutyński J., *Działania pozorne*, „Kultura i Społeczeństwo” 2018, nr 2. <https://doi.org/10.35757/KiS.2018.62.2.16>.
- Moore Ch.W., *Mediacje. Praktyczne strategie rozwiązywania konfliktów*, Warszawa 2016.
- Morek R., *Mediacja i arbitraż (art. 183¹–183⁵, 1154–1217 KPC). Komentarz*, Warszawa 2006.

- Morek R., *Wprowadzenie*, [w:] *Mediacje. Teoria i praktyka*, red. E. Gmurzyńska, R. Morek, Warszawa 2024.
- Nordhelle G., *Mediacja. Sztuka rozwiązywania konfliktów*, Gdańsk 2010.
- Parkinson L., *Family Mediation*, London 1997.
- Rogers N., Salem R., *A Student's Guide to Mediation and the Law*, [w:] *Dispute resolution. Negotiation, Mediation, and other Processes*, eds. S.B. Goldberg, F.E.A. Sander, N.H. Rogers, S.R. Cole, Warszawa 2007.
- Rogula C., Zemke-Górecka A., *Mediacja w praktyce mediatora i pełnomocnika*, Warszawa 2021.
- Słaboń A., *Hipoteza Sapira-Whorfa*. [w:] M. Pacholski, A. Słaboń, *Słownik pojęć socjologicznych*, Kraków 2001.
- Stelmach J., Brożek B., *Sztuka negocjacji prawniczych*, Warszawa 2011.
- Stryniak-Puza M., Zienkiewicz A., *Uczestnictwo w złej wierze w próbie dobrowolnego rozwiązania sporu gospodarczego przed wytoczeniem powództwa*, „ADR. Arbitraż i Mediacja” 2023, t. 16, nr 1. <https://doi.org/10.17951/adr.2023.16.1.115-132>.
- Szwiec J., *Mediacja i ugoda w polskim prawie cywilnym*, Warszawa 2025.
- Tabernacka M., *Negocjacje i mediacje w sferze publicznej*, Warszawa 2024.
- Thompson L., Nadler J., *Tendencyjność sądów w rozwiązywaniu konfliktów: Jak ją pokonać*, [w:] *Rozwiązywanie konfliktów. Teoria i praktyka*, eds. M. Deutsch, P.T. Coleman, Kraków.
- Włosińska A., *Obowiązki mediatora w postępowaniu mediacyjnym w sprawach cywilnych*, „Palestra” 2016, nr 11.

AKTY PRAWNE

- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/52/WE z 21.05.2008 r. w sprawie niektórych aspektów mediacji w sprawach cywilnych i handlowych (Dz.Urz. UE L 136, s. 3–8, ze zm.).
- Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1568, 1841).
- Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1061, 1237).

ABSTRACT

The aim of the article is to define and analyze apparent mediation as a negative phenomenon, which in its nature contradicts the goals and functions of mediation. It occurs in a situation where the mediator does not take up and perform the assigned role in accordance with the principles of mediation, including: failure to exercise due diligence in the performance of duties, use of powers for one's own purposes or interests in conflict with the function and goals of mediation, and taking actions with arbitrary features. Analysis of the genesis of this phenomenon leads to conclusions in the area of risks related to the instrumentalization of mediation and its functional dualism. The effects of taking actions by the mediator fulfilling the features of apparent mediation affect the parties to the conflict and are associated with the risk of contractual and ethical liability of the mediator.

Keywords: mediation; apparent mediation; negotiations; role of the mediator