

Adam Sulikowski

doktor nauk prawnych, Uniwersytet Wrocławski

Wzrost znaczenia ADR jako przejaw osłabienia nowoczesnego paradygmatu stosowania prawa

I. Zarys problemu

W niniejszym tekście postanowiłem spojrzeć na obserwowany i powszechnie dostrzegany wzrost znaczenia alternatywnych metod rozstrzygania sporów prawnych w kontynentalnej Europie na tle innego zauważanego zjawiska, jakim jest osłabienie nowoczesnych modeli, koncepcji czy ogólnych wizji stosowania prawa. Rozwój ADR nie jest bowiem procesem niespodziewanym, nagłym, nieprzewidywalnym, lecz stanowi refleks zmian ogólniejszej natury. Szersze spojrzenie pozwoli nie tylko lepiej zrozumieć charakter badanych procesów, lecz także supponować kierunki ich dalszego przebiegu.

Związki rozwoju ADR ze zmianami w postrzeganiu prawa i jego stosowaniu są już przedmiotem badań, także na gruncie polskiej refleksji naukowej. Wystarczy tutaj wspomnieć dokonania *L. Morawskiego*¹ czy *A. Zienkiewicza*². Pierwszy z wymienionych autorów przedstawiał ekspansję alternatywnych metod rozwiązywania sporów jako element przechodzenia od klasycznej do postklasycznej koncepcji procesu. Drugi oparł rozważania głównie na habermasowskich diagnozach stanu prawa i związanych z nimi krytycznych teoriach komunikacyjnych. Moim zamierzeniem jest z kolei zestawienie ADR z nowoczesnym paradygmatem sądowego stosowania prawa. Punktem wyjścia zasadniczych rozważań w tym zakresie uczynię bardzo ogólną charakterystykę nowoczesności w prawie. Następnie przejdę do rekonstrukcji nowoczesnego paradygmatu sądownictwa. Na tym tle omówię pewne problemy związane z ekspansją ADR. Kończąc, zestawię elementy ADR z poglądami krytyków nowoczesnego podejścia do prawa i jego stosowania.

1 *L. Morawski*, Proces sądowy a instytucje alternatywne (na przykładzie sporów sądowych), PiP 1993, z. 1 oraz *tenże*, Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian, Warszawa 2003, zwłaszcza rozdział pt. „Czy sądy powinny być stolicami prawa”.

2 *A. Zienkiewicz*, Studium mediacji. Od teorii ku praktyce, Warszawa 2007.

II. Nowoczesność w postrzeganiu prawa

Pojęcie nowoczesności jest niewątpliwie wieloznaczne. Zwykle bywa ona definiowana jako czas dominacji modernizmu. Do modernizmu z kolei, jak pisze *L. Morawski*, zalicza się te wszystkie kierunki i prądy myślowe, które wywodzą się z tradycji Oświecenia i akceptują związane z nią systemy wartości³. Odróżnienie nowoczesności jako czasu od modernizmu jako filozofii czy rozpowszechnionej postawy w myśleniu bywa uznawane za zabieg sztuczny. Jak pisze *M. Foucault*, umieszczenie nowoczesności w kalendarzu między przednowoczesnością a ponowoczesnością możliwe jest jedynie dzięki identyfikacji nowoczesnej filozofii jako składnika dominującego porozumienia epistemicznego⁴. Stąd tutaj pojęcia modernizmu i nowoczesności nie będą konsekwentnie odróżniane, zwłaszcza na gruncie form przymiotnikowych (modernistyczny, nowoczesny). Nowoczesność w prawie czy prawoznawstwie nie oznacza niczego innego jak tylko uwikłanie w modernizm.

Filozofii modernistycznej, która przez ostatnie dwa wieki rozwijała się dynamicznie i wielokierunkowo, nie sposób scharakteryzować w tekście o tak skromnych rozmiarach. By jednak wyjaśnić, choć bardzo pobieżnie, przedmiot rozważań, postaram się scharakteryzować nowoczesny sposób myślenia, odwołując się do najbardziej popularnych motywów obecnych w poglądach modernistów. Najogólniej rzecz ujmując, **modernizm zakłada, że konstrukcja świata (rzeczywistości) oparta jest na obiektywnych i ahistorycznych prawach**⁵. Prawa te rozumny z założenia człowiek może poznawać, jednak warunkiem poznania jest emancypacja od tradycji, mitów i religii, innymi słowy odczarowanie świata⁶. Właściwych metod poznania obiektywnych prawd, a w konsekwencji sposobów ustanowienia panowania nad światem, może dostarczyć sformalizowana nauka. Ciągły rozwój nauki, dostarczanie przez nią obiektywnych rozwiązań określonych problemów zapewni niezawodne metody sterowania społeczeństwem i wiedzy do postępu ludzkości⁷.

3 *L. Morawski*, *Główne problemy...*, s. 20.

4 Por. *M. Foucault*, *Co to jest Oświecenie?* [w:] *tenże*, *Filozofia, historia, polityka*, Warszawa–Wrocław 2002, s. 282–283.

5 Jak pisał jeden z polskich filozofów modernistów *J. Hoene-Wroński*: „Cały wszechświat działa według uniwersalnych praw, które rządzą rzeczywistością. Te prawa determinują istnienie i działanie wszystkiego we wszechświecie, a znając je, można poznać całą rzeczywistość. Człowiek, poznawszy ją, jest w stanie nie tylko przewidzieć każde zdarzenie, ale także wywierać na nie wpływ”, cyt. za *A. Sikora*, *J. Hoene-Wroński*, *Wiedza powszechna*, Warszawa 1995, s. 122.

6 Koncepcja odczarowania świata rozwinięta została przez jednego ze sztandarowych filozofów modernistycznych *M. Webera*. Szerzej na temat tej koncepcji: *S. Andreski*, *Maxa Webera olśnienia i pomyłki*, Warszawa 1992, *passim*, zwłaszcza s. 83–85.

7 Jak pisał jeden z natorów Koła Wiedeńskiego *M. Schlick*: „Wszystkie realne problemy są pytaniami nauki, żadnych innych nie ma” (*tenże*, *Przyszłość filozofii* [w:] *H. Buczyńska*, *Koło Wiedeńskie. Początek neopozytywizmu*, Warszawa 1960, s. 111).

Lokalizując pojęcie moderny na grunt wiedzy o prawie, odwołam się do twierdzeń *J. Stelmacha*, który uznał, że nowoczesność w prawoznawstwie to Oświecenie z racjonalistycznym jusnaturalizmem, wczesne poświeceniowe koncepcje prawa ze szkołą historyczną oraz analityczną jurysprudencją oraz, a może przede wszystkim, krytyka owych koncepcji prowadzona głównie z pozycji racjonalistycznych (krytyczny pozytywizm *H. Kelsena* i *H. Harta* oraz nowoczesny nurt analityczny reprezentowany m.in. przez *A. Rossa*, *A. Aarnio*, *G. von Wrighta*, *O. Weinbergera*, *K. Opalka*, czy *J. Woleńskiego*), rzadziej zaś z pozycji empirystycznych (realizm prawniczy, nurty socjologiczne i psychologiczne)⁸.

Wskazane nurty, związane z nimi spory i dyskusje stanowią spektrum nowoczesnego prawoznawstwa na gruncie teoretycznym, ewentualnie dogmatycznym. Praktyka prawnicza ostatnich dwóch wieków pozostaje zasadniczo wierna, przynajmniej w kontynentalnej Europie, różnym, czasem eklektycznym i „zmięczonym” wersjom pozytywizmu prawnego⁹.

Zdecydowanie tym, co łączy nowoczesne wizje prawa w jego teoretycznych, dogmatycznych i praktycznych ujęciach, jest pozytywny stosunek do tradycyjnych idei nowoczesności – racjonalności, sterowania, postępu, pewnych, choć różnych wersji uniwersalizmu i obiektywizmu¹⁰. Trafnie ujmuje ów stosunek *M. Szyzkowska*, pisząc z aprobatą, że **prawo nowoczesne ma z założenia stanowić środek kierowania społeczeństwem, a zarazem źródło wartości przekształcających psychikę jednostki w kierunku uniwersalnych wzorców**¹¹.

III. Nowoczesny paradygmat stosowania prawa

Nowoczesne podejście do prawa suponuje określone wizje jego stosowania. Dla zbiorczego ich ogarnięcia używał będę terminu paradygmat. Termin ten związany jest nierozdzielnie z kuhnowską filozofią nauki. Sam *Kuhn* definiował paradygmat w dość ogólnych słowach jako zespół spójnych (w niezbędnym stopniu), instrumentalnych, teoretycznych, a zwłaszcza metafizycznych przekonań podzielanych i (czasem milcząco i bezrefleksyjnie) przyjmowanych przez grupy uczonych¹². Uważam, że zakres pojęcia

8 Por. *J. Stelmach*, Ponowoczesna filozofia prawa [w:] *J. Stelmach* (red.), *Studia z filozofii prawa*, t. 2, Kraków 2003, s. 15–16.

9 Jak pisze *L. Morawski*: „Prawo, porządek prawny i nauka prawa we wszystkich krajach kręgu kultury zachodniej nadal opierają się na zasadach, które sformułowali w XIX w. wybitni przedstawiciele pozytywizmu prawnego z *J. Austinem* i *K. Bergbohemem* na czele...” (Główne problemy..., s. 15).

10 Por. *ibidem*, rozdz. III.

11 *M. Szyzkowska*, *Filozoficzne interpretacje prawa*, Warszawa 1999, s. 28.

12 *T.S. Kuhn*, Raz jeszcze o paradygmatach [w:] *tenże*, *Dwa bieguny. Tradycja i nowatorstwo w badaniach naukowych*, Warszawa 1985, s. 407.

paradygmatu można rozciągnąć na inne niż naukowcy sprofesjonalizowane grupy, w tym na prawników uczestniczących w stosowaniu prawa. Prawnicy funkcjonują przecież wokół pewnych zestawów twierdzeń o prawie, prawdzie czy rzeczywistości, które są aksjomatycznie przyjmowane w danym miejscu i czasie, wyznaczają kanony zachowań i stawiają opór (są sankcjonowane). Twierdzenia te podlegają czasem rewolucyjnym zmianom, tak jak paradygmaty we wspólnotach naukowych.

W moim przekonaniu **twierdzenia, które składają się na nowoczesny paradygmat stosowania prawa** (w kontekście rozstrzygania sporów), można ująć następująco:

- 1) Spory powinny być rozstrzygane w oparciu o regułę, zasadniczo niezależną w kształcie i treści tak od podmiotu stosującego prawo, jak i od stron sporu.
- 2) Stosowanie prawa w ramach rozstrzygania sporów powinno być dokonywane przez sprofesjonalizowany podmiot, autonomiczny względem stron sporu – sędziego reprezentującego legitymowaną władzę.
- 3) Sędzia powinien być związany apriorycznie istniejącym, racjonalnym prawem, uczestnicząc w jego urzeczywistnianiu i tym samym wspierając postęp społeczny.
- 4) Sędzia powinien być bezstronny i apolityczny. Apolityczność i bezstronność to predykaty, których sens i znaczenie można ustalić w stopniu umożliwiającym klasyfikację bądź typologię osób i ich zachowań.
- 5) Wiedza sędziego wpisuje się w spójną mozaikę ogólnej, niesprzecznej i obiektywnej wiedzy o świecie, która stanowi trwały punkt odniesienia dla formułowanych orzeczeń.

Oczywiście powyższe twierdzenia pojawiały się już wcześniej. Jednak dopiero w czasach tryumfu myślenia nowoczesnego uzyskały swój specyficzny, można rzec, programowy sens wyrażający się głównie w ich wzajemnej relacji – zyskały mocne filozoficzne zaplecze. Modernistyczny kult sterowania za sprawą dominujących koncepcji racjonalności wymagał podporządkowania regułom jako instrumentom kierowania. Wierność regule ujęta w słynne *Monteskiuszowskie* zdanie, że sędziowie są tylko ustami ustawy, stanowiła oczywistą konsekwencję przyjęcia założenia, że **obiektywne pryncypia racjonalności wyznaczają cele dla sterujących i przekładane na prawo wymagają posłuszeństwa sterowanych**. Oczywiście w różnych koncepcjach prawa różnie postrzegano reguły w zakresie ich kształtu i treści, jednakże pogląd o ich częściowo przynajmniej apriorycznym (względem procesu stosowania) charakterze był powszechnie podzielany. Pogląd, że stosowanie prawa powinno należeć wyłącznie bądź przede wszystkim do „publicznego” sędziego, wpisywał się w założenie podzielane przez zdecydowaną większość nowoczesnych filozofów politycznych (zarówno tych występujących z liberalnych pozycji, jak i ich przeciwników), mówiące, że sfera publiczna powinna pozostawać w zarządzie zrationalizowanej polityki państwowej wspieranej doradczymi głosami naukowców¹³. Jedynie w sferze prywatnej dopuszczano swobodę jednostek, stąd w nowoczesnym prawie prywatnym zdarzały się normy dyspozytywne i pewne formy pozasądowego rozstrzygania sporów. Należy dodać, że nowoczesna poli-

13 Por. E. Voegelin, *Nowa nauka polityki*, Warszawa 1992, s. 57.

tyka na ogół z nieufnością podchodziła do rozmaitych oddolnych, czyli wyrosłych z prywatnych dążeń jednostek, zrzeszeń usiłujących penetrować sferę publiczną. W ewentualnej konkurencji z władzą publiczną takie organizacje skazane były na porażkę. Widać to zwłaszcza w hipermodernistycznych systemach prawno-ustrojowych, takich jak nazizm czy komunizm.

Kolejny składnik paradygmatu – motyw apolityczności sędziego – nawet dziś w czasach powszechnego zwątpienia w teorematy nowoczesności pozostaje stale obecny w prawniczych dyskursach, mimo że filozofia modernistyczna nie potrafiła zdefiniować apolityczności jako stałego zespołu wymogów. Dekonstrukcyjne podejście do rozmaitych definicji pozwala je sprowadzić do wniosku, że apolityczność to nic innego, jak wierność pryncypiom uznawanym przez oceniający podmiot za obiektywnie prawdziwe. „Apolityczny” to inaczej „będący po mojej stronie”. Skoro to, co jest obiektywne dla mnie i ogranicza moją swobodę, jest obiektywne *erga omnes*, polityczne będzie atakowanie tego, apolityczna zaś obrona¹⁴. **Zapleczem kultu apolityczności jest założenie, że człowiek okazuje swą racjonalność przez wierne trzymanie się formalnych wymogów danego systemu pojęć i wnioskowanie zgodne z tymi wymogami.** Dogmat o uniwersalności zasad ludzkiego myślenia zapewniał uniwersalność pojęcia racjonalności i dostarczał powszechnego, obiektywnego kryterium osądu różnych działań i myśli jako słusznych/niesłusznych oraz politycznych/apolitycznych¹⁵.

Apolityczny nowoczesny sędzia powinien trzymać się sztywno formalnych reguł osądu, bez względu na własne poczucie sprawiedliwości, a czasem nawet bez względu na wolę i poglądy stron sporu. Nie powinien kierować się własną bądź cudzą wolą, lecz wiedzą. **Wiedza, w myśl założeń modernizmu, jest (może być) jedna i spójna.** Stąd sędzia może zasadniczo polegać na ekspertyzach i opiniach biegłych, jeżeli są one także „apolityczne” i „prawidłowe”, czyli sporządzone zgodnie z formalnymi wymogami. Sędzia staje się w ten sposób „ustami” nie tylko prawa, lecz także racjonalnej nauki¹⁶.

Obecność omówionych wyżej paradygmatycznych twierdzeń w teorii i praktyce orzekania łatwo można zauważyć, czytając choćby literaturę naukową (zwłaszcza tę stosowaną w kształceniu sędziów) czy uzasadnienia orzeczeń, i to mimo że objawy kryzysu modernizmu są powszechnie postrzegane¹⁷.

14 A. Sulikowski, Współczesny paradygmat sądownictwa konstytucyjnego wobec kryzysu nowoczesności, Wrocław 2008, s. 92.

15 T. Zarębski, Od paradygmatu do kosmopolis, Wrocław 2005, s. 81.

16 Szerzej na temat modernistycznych założeń o sądownictwie: A. Sulikowski, Trzy filary nowoczesnego ładu sądownictwa i ich postmodernistyczna krytyka [w:] M. Błachut (red.), Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Ponowoczesność, Wrocław 2007, s. 215 i n.

17 Poczucie przełomu nie jest iluzoryczne – coś się kończy i coś się zaczyna. Notują to równoległe artyści, filozofowie, naukowcy, kapłani; poczucie owo udziela się też świadomości potocznej. Zdaje sobie z tego sprawę poważna publicystyka. (...) Zmiany występują we wszystkich dziedzinach życia. Por. S. Morawski, Niewdzięczne rysowanie mapy. O postmodernie(izmie) i kryzysie kultury, Toruń 1999, s. 19–20.

IV. ADR wobec prawniczej moderny

Jak wynika z powyższych rozważań, **alternatywne metody rozstrzygnięcia sporów w zakresie ich wewnętrznej idei i logiki niełatwo wpisać w prawniczą modernę.**

Po pierwsze, detronizują one sędziego jako podstawowy podmiot rozstrzygający spory, będący reprezentantem jedynie słusznej władzy zakłętej w reguły. Władza publiczna traci monopol na sądzenie, co musi prowadzić do utrudnień w sterowaniu przez prawo na drodze do racjonalnie wyznaczanego postępu.

Po drugie, strącając z piedestału samą ideę reguły jako bariery nieprzekraczalnej tak dla podmiotu rozstrzygającego spór, jak i dla stron. Coraz częściej przecież dopuszcza się możliwość zawieszania przez strony w postępowaniu arbitrażowym czy mediacyjnym pewnych reguł (np. norm związanych z przedawnieniem roszczeń w prawie cywilnym), a jednocześnie umożliwia się stronom poszerzenie punktów odniesienia dla rozstrzyganego sporu o normatywy spoza dominującej koncepcji prawa (np. podzielane przez strony zasady słuszności i sprawiedliwości). Takie zmiany osłabiają tak ważną dla nowoczesności ideę sprawiedliwości formalnej. W mediacji czy nawet w arbitrażu trudno jest przecież zapewnić podobne traktowanie przypadków podobnych, skoro punkty odniesienia dla rozstrzyganych sporów mogą być różne.

Po trzecie, upodmiotawiają jednostkę rozstrzygającą spór. Mediator czy arbiter nie są ustami reguły, lecz stają się aktywnymi podmiotami, które mają własne cechy osobnicze i sposoby myślenia. Czasem ze względu na te cechy, na swoją polityczność lokującą się także w sferze prywatnej mediator czy arbiter zostaje przez strony wybrany i ustanowiony. Dzieje się tak wtedy, gdy te same idee i problemy stawiają opór stronom i jednostce, która ma spór rozstrzygnąć. Mediator czy arbiter mogą być częścią subświata, w którym funkcjonują strony sporu. Modernistyczny sędzia kształcony na abstrakcyjnych schematach z założenia takich możliwości nie posiada.

Po czwarte w końcu, alternatywne metody rozstrzygnięcia sporów osłabiają dominującą pozycję rzekomo obiektywnych reguł racjonalności i wiedzy. Dopuszczają uznanie za prawdziwe twierdzeń podzielanych przez strony sporu, choć nie są one kompatybilne ze sformalizowaną nauką. Zwiększają możliwości interpretacyjne, konkretyzując problemy i uwalniając rozstrzygnięcie sporu od często problematycznych dla stron, a promowanych *ex cathedra* twierdzeń, takich jak rozmaite „linie orzecnicze”, „utrwalone poglądy doktryny” i inne tym podobne, nie zawsze łatwe do przekonującej legitymizacji, ograniczenia swobody wykładni.

V. Filozoficzne otoczenie przemian w stosowaniu prawa

1. Uwagi ogólne

Oczywiście aktualny status alternatywnych metod rozstrzygnięcia sporów to dopiero początek drogi. Nawet najodważniejsi teoretycy mediacji i arbitrażu widzą w nich dziś co najwyżej czynniki komplementarne względem sądowego wymiaru sprawiedliwości.

Ponadto na ogół w kontynentalnej Europie ugody zawarte przed mediatorem oraz wyroki arbitrażowe podlegają zatwierdzeniu, nadzorowi bądź kontroli sądowej – modernistyczne podejście do sądzenia niełatwo ustępuje pola. Nie można jednak wykluczyć, że ADR może w przyszłości przejąć funkcję podstawowej formy rozstrzygania sporów. W moim przekonaniu bowiem wzrost znaczenia ADR jest reakcją praktyki prawniczej na zjawiska dostrzegane przez filozofię i socjologię, a w konsekwencji stanowi realizację pewnych postulatów formułowanych przez krytycznych teoretyków i filozofów. Na pewno stanowi przejaw kryzysu nowoczesnego paradygmatu, a może stać się zwiastunem narodzin nowego porządku myślenia.

Żeby tezę tę rozwinąć i przybliżyć, scharakteryzuję najpierw społeczne zmiany, które skutkują osłabieniem nowoczesności w prawie, a następnie ukazę ekspansję ADR jako potencjalny pomost dla reform postulowanych przez niektórych filozofów podejmujących w swej myśli wątki prawnicze, a nastawionych krytycznie względem tradycyjnych teorematów nowoczesności.

Wśród procesów, które kojarzone są z kryzysem nowoczesności, wymienia się m.in.:

- 1) **przejście od społeczeństwa industrialnego do postindustrialnego**, skutkujące zwiększeniem mobilności ludzi i prowadzące do mieszania się populacji. W konsekwencji czynniki homogenizacji społeczeństw, takie jak lokalna tradycja, etniczność, zwyczaje, tracą znaczenie i skuteczność. Prawo (zwłaszcza materialne), którego więź z lokalną kulturą jest ewidentna, traci swoją bazę i jest coraz częściej traktowane jako zbiór sztucznych i nie zawsze uzasadnianych reguł;
- 2) **utrata tradycyjnej pozycji przez elity związana z przejściem mas do władzy**; prowadzi do osłabienia centrów kultury (wiedzy naukowej, tradycyjnych wartości inteligenckich, tzw. kultury wysokiej), a w konsekwencji do utraty wiary w rzekomo obiektywne wartości, które prawo ma realizować, a także w wyższość elitarystycznego namysłu sędziów i doktryny prawniczej wobec rozmaitych wizji zdroworozsądkowej i zsubiektywizowanej sprawiedliwości;
- 3) **liberalizacja i związane z nią nastawienie na jednostkę**; zmniejsza skuteczność edukacji, wzmaga relatywizm i sceptycyzm względem różnych programów budowy „lepszego społeczeństwa”. W społeczeństwach spada szacunek dla tradycyjnie wpajanych modeli życia, które prawo odzwierciedla i promuje. W konsekwencji obraz „normalnego” obywatela (przestrzegającego prawa, płacącego podatki, ochoczo wspierającego państwo i współobywateli, korzystającego z przydzielonej mu części władzy jedynie *pro publico bono*), który emanuje z kart ustaw, jawi się coraz bardziej jako utopijny, sztuczny i niemożliwy do realizacji;
- 4) **wszechobecność informacji, łatwa dostępność „różnych punktów widzenia”**; osłabia tradycyjnie przyjmowane dogmaty. Media na każdą tezę oferują błyskawiczną antytezę, co osłabia moc perswazyjną komunikatu, wzmaga niepewność co do norm i stojących za nimi wartości. Takie normatywy, jak zakaz aborcji, eutanazji, linczu czy korupcji, ukazywane są zawsze z kilku punktów widzenia (*vide* lincz we Włodowie, odłączenie od respiratora Włocha *Welby’ego* czy łapówka przyjęta przez posłankę *Beatę S.*), co sprawia, że mówienie o nich w kategoriach zerojedynko-

wych, traktowanie ich jako elementu zobiektywizowanego systemu słusznych i pożytecznych reguł staje się mocno problematyczne;

- 5) **utrata wiary w tradycyjne metanarracje nowoczesności**, takie jak idea postępu, emancypacji, bogacenia się, mające pełnić rolę drogowskazów społecznych; suponuje integracyjną próżnię wypełnianą przez skuteczne chwilowo, fragmentaryczne projekty rozwiązań, wokół których gromadzą się „nowoplemiona”, zwykle radykalne i nietolerancyjne (anarchiści, wojujący ekolodzy, nacjonaści, skrajna prawica itp.), ale niezdolne do budowy spójnej wizji świata. Małe, ale spójne grupy i lokalne obrazy zastępują wizje globalne. Są one z założenia konkurencyjne względem innych wizji, a wobec kryzysu metanarracji konflikty między nimi nie zawsze mogą być rozstrzygnięte przy pomocy akceptowanych przez obie strony metareguł¹⁸.

Do wspomnianych zjawisk należy dodać swoiste **samoosłabienie wiedzy naukowej**, która za sprawą krytycznych dociekań dekonstruuje dogmat o własnej obiektywności (socjologia wiedzy, filozofia nauki), dowodzi wszechstronnych uwikłań naukowców, a w konsekwencji względność naukowych prawd, ich podporządkowanie władzy, polityce i pieniądzwowi¹⁹. Kryzys wiedzy prowadzi z kolei do odrzucenia mocno wpisane go w modernizm założenia, że jedna racjonalna i obiektywna wiedza przekuta w prawo jako instrument sterowania jest w stanie wyeliminować zeń politykę.

2. Filozoficzne programy reform

Zmiany w postrzeganiu teorematów nowoczesności sprzężone są z poglądami filozofów postulujących zmianę *status quo*. Niektórzy z nich, jak np. *Jacques Derrida*, *Michel Foucault* czy niektórzy przedstawiciele amerykańskich krytycznych studiów nad prawem (*Critical Legal Studies*), to tzw. postmoderniści, czyli, upraszczając, zdeklarowani przeciwnicy większości haseł modernistycznych. Inni to tzw. refleksyjni moderniści, jak np. bardzo ważny dla teorii ADR *Jurgen Habermas*, który wprawdzie opowiada się za realizacją programu oświeceniowego, ale dostrzega zjawiska związane z kryzysem nowoczesności. Oczywiście nie jest możliwe w tak skromnym objętościowo tekście powołanie i przedstawienie choćby w znacznym uproszczeniu poglądów filozofów piszących o kryzysie nowoczesności. Stąd sformułuję jedynie kilka syntetycznych uwag dotyczących tych postulatów związanych z filozoficznymi diagnozami, na które odpowiedzią może być rozwój alternatywnych metod rozstrzygania sporów.

W dość zgodnej opinii większości filozofów kryzysu nowoczesności aktualne prawo (zwłaszcza materialne) jest dość mocno zaangażowane w krzewienie dominującego w ramach danego porządku systemu wartości oraz określonej wizji racjonalności. Jak trafnie rzecz ujmuje *M. Foucault*, sądy to obok więzień, szkół i fabryk podstawowe instytucje krzewiące normalizację, a wraz z nią wykluczenie tych, co nie pasują do

18 A. Sulikowski, *Współczesny paradygmat...*, s. 72–73.

19 A. Szahaj, *Postmodernizm a secentyzm [w:] tenże, Zniewalająca moc kultury*, Toruń 2004, s. 20–21.

wyznaczonej przygodnie (przez historyczny zbieg okoliczności) normy²⁰. Norma, zawsze opóźniona względem czasu rozstrzygnięcia sporu, wymusza swoje zastosowanie, nawet jeżeli tak sędzia, jak i strony, których spór dotyczy, nie uznają jej za godną zastosowania. ADR pozwala zmienić ten stan rzeczy i podporządkować regułę woli stron. Wydaje się to najbardziej kontrowersyjne na gruncie prawa karnego, któremu przypisuje się tzw. funkcje ogólnoprewencyjne i resocjalizacyjne, stanowiące kliniczny wyraz nowoczesnych dążeń do społecznej homogenizacji. Jeśli to przestępca i ofiara uzgadniać będą rozstrzygnięcie, realizacja modernistycznych założeń o prawie staje się problematyczna. Podmioty sporu nie muszą przecież kierować się abstrakcyjnymi i rzekomo obiektywnymi celami, lecz własną subiektywnie postrzeganą sytuacją. W czasach zwątpienia w obiektywność słusznościowej bazy dla normy ekspansja ADR wydaje się umożliwiać uczynienie prawa bardziej ludzkim – oddanie prawa jednostkom. Oczywiście dwa wieki nowoczesnych przyzwyczajęń krzewionych przez praktykę i edukację spowodowały, że społeczeństwo (opinia publiczna) czuje się stroną niemal każdego sporu prawnego, jednak wobec zwątpienia w moderną legitymacja do narzucania reguł stronom sporu może być wątpliwa. Taki tok myślenia łatwo może prowadzić do odrzucenia wszelkich reguł. Nie jest to ani możliwe, ani wskazane, co zauważa nawet jeden z bardziej radykalnych postmodernistów – *J. Derrida*. Dostrzega on pewną aporię, wobec której staje każdy stosujący prawo, chcąc być sprawiedliwym. Podmiot rozstrzygający spór musi odczuwać stałe napięcie pomiędzy zidentyfikowaną przez siebie normą prawną a poczuciem sprawiedliwości w konkretnej sprawie. Jeżeli mechanicznie zastosuje normę, w myśl jej oryginalnego znaczenia, może stać się siewcą niesprawiedliwości, za którego sprawą rozpleni się przemoc ukryta w normie. Z drugiej strony, jeżeli bezwzględnie odrzuci normę, sprzeciwi się istocie idei prawa, które przecież domaga się urzeczywistnienia. Co więcej, jeżeli sędzia zlokalizuje i przyjmie punkt widzenia Innego (wykluczanego przez normę) oraz uzna jego roszczenia wbrew normie, może doprowadzić do upośledzenia pozycji większości, która sama stanie się Innym²¹.

Mediacja czy arbitraż (rozumiany jako rozstrzygnięcie sporu w oparciu o instrumentarium będące w znacznej mierze realizacją woli stron) przez potencjalne (dziś, jak wspominałem, ADR pozostaje pod sądową kontrolą m.in. z punktu widzenia zgodności ze spetryfikowanymi regułami) osłabienie bezwzględności reguły ułatwia realizację idei sprawiedliwości.

ADR może uwolnić także od dostrzeganej przez krytyków modernistycznego prawa niewoli uproszczenia, które zawsze towarzyszy regule. Już na poziomie prawniczej edukacji zastępuje się w omawianych sprawach konkretne osoby o określonej rasie, przynależności klasowej, preferencjach, dążeniach politycznych itp. „bez-

20 *M. Foucault*, Nadzór i kara, Literatura na Świecie 1988, Nr 6, *passim*.

21 Por. *J. Derrida*, Force of Law: Mystical Foundation of Authority, *Cardozo Law Review* 1989–1990, s. □960. Por. także interesujący komentarz *V. Dokic*a, Reading Derrida's „Force of Law: Mystical Foundation of Authority” *Facta Universitatis, Philosophy and Sociology* 1998, Nr 5, s. 450 i n.

dusznymi” symbolami. Czyni się tak po to, by wyeksponować wirtualną regułę, którą wskazuje się studentom jako pewną i nieskorelowaną z żadnymi osobniczymi właściwościami stron procesu. Ludzi sprowadza się do abstrakcyjnych pojęć „sędziów”, „dłużników”, „pokrzywdzonych” itp., co maskuje ich osobowości. Powstaje w ten sposób wrażenie istnienia porządku obiektywnych reguł niezależnych od ludzi i władzy. Rozstrzygnięcie sporu w ramach arbitrażu czy mediacji potencjalnie pozwala uwolnić się od uproszczeń. W amerykańskich procesach coraz częściej stosuje się mechanizm zwany **testem totalności okoliczności** (*test of totality of circumstances*). Test ten polega na poddaniu w wątpliwość spetryfikowanej reguły poprzez badanie, czy waga różnic między wzorcowym przypadkiem zaklętym w regule a rozstrzyganą sprawą nie uzasadnia porzucenia reguły²².

Alternatywne metody rozstrzygnięcia sporów pozwalają także „wypiąć” spór prawny z łańcucha procesu rozumnego zarządzania. Ich celem jest przecież likwidacja sporu, a nie rozprzestrzenianie prawa ustalonego przez szeroko pojętą władzę. Jak pisze jeden z sympatyków prawniczej myśli *J. Derridy*, teoretyk z kręgu *Critical Legal Studies* *D. Kennedy*, sędziowie są zmuszeni stosować rozwiązania, za którymi „nigdy nie oddaliby głosu, zasiadając w legislatywie”²³. Co więcej, sędziowie są zmuszeni krzewić rozmaite „utrwalone linie orzecznicze” i „niekwestionowane poglądy doktryny”. Te spetryfikowane praktyki, utrwalone znaczenia przypisywane fragmentom tekstów prawnych, jeśli zechcieć prześledzić ich genealogię, okazują się czasem wynikiem oddziaływania określonych interesów lub rezultatem przygodnego rozprzestrzenienia się mniej lub bardziej przemyślnych poglądów jakiegoś autorytetu. Jak zauważa *D. Kennedy*, autorytety naukowe lub moralne, od których pochodzą utrwalone konstrukcje prawnicze, mogą nawet w głębi duszy żywić przekonanie, że ich produkt jest fałszywy (*phony*), niemniej jednak będą z całą mocą fakt ten ukrywać, świadomi zagrożeń dla postrzegania ich (bądź dla ich autoidentyfikacji) jako poważnych myślicieli (*serious thinkers*)²⁴.

ADR, a zwłaszcza pojednawcze mediacje, niosą ze sobą potencjał osłabienia tych konstrukcji, a w konsekwencji mogą prowadzić do rozstrzygnięć bardziej sprawiedliwych, w myśl poglądów kwestionujących prawniczą modernę.

Ekspansja ADR pozwala zrealizować podstawowe, choć zdaniem niektórych mocno utopijne marzenie *J. Habermasa*, by prawo stało się narzędziem ludzkiej komunikacji dochodzenia do konsensu, a nie wygrywania z innymi w duchu racjonalności instrumentalnej. Ten model racjonalności, który powinien dominować jedynie w sferze pracy (kariery, bogacenia się), wykracza poza przewidziane dlań granice i kolonizuje niemal cały ludzki świat życia. Nowoczesna konstrukcja procesu umożliwia walkę, konkuren-

22 *C. Massey*, *The Constitution in a Postmodern Age*, *Washington & Lee Law Review* 2007, Nr 167, s. 210 i n.

23 Cyt. z *D. Kennedy's ego* za *R. Posner*, *Postmodernism distinguished*. *Duncan Kennedy: The Pied Paper* [w:] *tenże*, *The problematics of moral and legal theory*, London 1999, s. 265.

24 *Ibidem*, s. 269.

cję i wyłanianie zwycięzców, czyli bezwzględne dążenie do celu z wykorzystaniem instrumentów prawnych (świadczy o tym choćby sama nomenklatura prawnicza obejmująca wyrażenia „wygrać” czy „przegrać” sprawę, „wykorzystać przewagę” itp.)²⁵. Jej korelatem jest, jak słusznie zauważa *M. Zirk-Sadowski*, wypieranie z prawa swoistej logiki stosunków cywilnoprawnych przez logikę stosunków administracyjnoprawnych²⁶. Współcześni „klienci prawa” stają się prostymi konsumentami rozstrzygnięć administracyjnoprawnych, oczekują od sądów i organów prostych decyzji, które będą instrumentalnie wykorzystywane (zamiast dojść do porozumienia, lepiej wygrać w sądzie). *Habermas* wzywa do odwrócenia tego porządku rzeczy, do potraktowania prawa jako demokratycznego kodu porozumienia, a temu służyć mogą alternatywne metody rozstrzygnięcia sporów.

VI. Uwagi końcowe

Oczywiście, by mogło dojść do jakichś daleko idących zmian paradygmatu rozstrzygnięcia sporów w kierunku rozwoju ADR, potrzebne są zmiany sposobu myślenia tak prawników, jak i opinii publicznej. Nowego paradygmatu nie sposób ustanowić mocą świadomego gestu. Musi się ukształtować przygodnie, w tyglu społecznych interakcji. Jeżeli jednak przyznać rację propagatorowi pojęcia paradygmatu *T.S. Kuhnowi*, **rewolucyjne zmiany sposobów myślenia często najpierw ujawniają się w myślach radykalnych filozofów, potem przyjmują postać wymuszonych, *prima facie* niezbyt przełomowych działań, które wzmacniając się, podważają gmach starego paradygmatu i prowokują rewolucję.** Być może dzisiejsza koegzystencja starego porządku i ADR jest właśnie takim zwiastunem rewolucji.

ABSTRACT

The main purpose of this article is to provide the analysis of expansion of the ADR as result of change of the modern paradigm of application of law.

The modern paradigm of application of law is based on three fundamental thesis:

- 1) a dispute may be resolved only by professional judge representing the power of the state,*
- 2) the Dispute Resolution may be proceed only in accordance with the rule of law (independent from the parts),*

²⁵ *J. Habermas*, *Faktyczność i obowiązanie. Teoria dyskursu wobec zagadnień prawa i demokratycznego państwa prawnego*, Warszawa 2005, s. 216 i n.

²⁶ *M. Zirk-Sadowski*, *Prawo a uczestniczenie w kulturze*, Łódź 1998, s. 67.

3) *the judge must be independent from the part.*

The “explosion” of the ADR is symptom of the change of the paradigm. The parts may choose the person resolving the dispute and may create the jurisprudential fundament for final decision.