

III. Historyczne i kulturowe uwarunkowania funkcjonowania i popularności ADE – wnioski dla rozwoju ADR w Polsce

W dyskusjach na temat stanu polskiego sądownictwa oraz sposobów na usprawnienie i przyspieszenie jego pracy niezmiennie od lat pojawia się wątek alternatywnych metod rozwiązywania sporów (*Alternative Dispute Resolution*, ADR). Obecność tej tematyki nie dziwi, gdyż trudno odmówić racji twierdzeniu, że szersze wykorzystanie tychże metod przyczyniłoby się do usprawnienia pracy sądów. **Stosowanie w samej procedurze sądowej metod takich jak mediacje może „zdyć” poszczególne sprawy z referatów sędziów, natomiast sądownictwo polubowne i pozasądowe metody koncyliacyjne, z definicji funkcjonujące poza strukturami państwowego wymiaru sprawiedliwości, odciążają nie tylko samych sędziów, ale cały system publicznego sądownictwa.** Dlatego też w tej części raportu nacisk położony zostanie właśnie na sądownictwo polubowne (arbitraż) i inne ADR oraz pytanie o to, jakie uwarunkowania sprzyjają popularności tych form rozwiązywania sporów. Próba odpowiedzi oparta zostanie przede wszystkim na historycznej analizie pewnych aspektów fenomenu arbitrażu, jak również (w mniejszym stopniu) innych metod zaliczanych do ADR⁷³.

Można stwierdzić, że tematyka ADR jest w Polsce dosyć popularna. Istnieje kilka periodyków naukowych i branżowych poświęconych wyłącznie tym zagadnieniom, odbywa się wiele konferencji naukowych, wydawane są liczne monografie oraz prace zbiorowe analizujące zarówno zagadnienia polskie, jak i międzynarodowe czy porównawcze. Mimo to **niełatwo byłoby chyba odpowiedzieć na pytanie, czy wysiłki ustawodawcy, środowisk prawniczych i naukowych, konsekwentnie zmierzające do ułatwienia korzystania z ADR, popularyzacji tychże i zachęcenia do sięgania po nie, przynoszą efekty proporcjonalne do włożonego wysiłku.** Często można spotkać się ze stwierdzeniem, że alternatywne metody rozwiązywania sporów nie są specjalnie popularne ani wśród polskich przedsiębiorców, ani w ogóle w społeczeństwie. Poszukiwanie całościowych danych na ten temat nie jest proste, ale odnośnie do arbitrażu można stwierdzić, że bodaj do najważniejszego polskiego sądu polubownego – Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej – wpływa rocznie ok. 150-200 spraw⁷⁴. W poświęconym arbitrażowi tomie *Systemu prawa handlowego* dopiero na ostatnich stronach nieco mimochodem wskazano szacun-

73 Na potrzeby tego opracowania przyjęto szerokie rozumienie terminu „alternatywne metody rozwiązywania sporów” (ADR), obejmujące zarówno metody koncyliacyjne (mediacje, negocjacje, ugoda), jak i właśnie sądownictwo polubowne (arbitraż).

74 M. Furtek, *Warszawa na światowej mapie arbitrażu*, <https://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/1445944,warszawa-na-swiatowej-mapie-arbitrazu.html>, dostęp: 10 maja 2021 r. Co ciekawe, ten sam autor w tekście opublikowanym 9 lat wcześniej twierdził, że w 2010 r. wpłyne do tego sądu ok. 450-500 spraw: M. Furtek, *Rośnie popularność arbitrażu w Polsce*, <https://www.prawo.pl/prawnicy-sady/rosnie-popularnosc-arbitrazu-w-polsce,31732.html>, dostęp: 10 maja 2021 r.

kowo, że rocznie w Polsce inicjowanych jest około 1 tys. postępowań arbitrażowych, co wobec 1,5 mln samych tylko spraw gospodarczych wnoszonych do sądów państwowych jest liczbą rażąco niewielką⁷⁵.

W literaturze przedmiotu najczęściej analizowane są prawne i ekonomiczne przyczyny takiego stanu rzeczy – autorki i autorzy wykładają przepisy prawa powszechnie obowiązującego dotyczące ADR, zastanawiając się nad ich praktycznym zastosowaniem oraz dostosowaniem do wymogów współczesnego obrotu, jak również nad ekonomiczną opłacalnością sięgania po metody alternatywne. Stąd też celem tego rozdziału nie jest powielanie tych analiz prawniczych, ale próba zwrócenia uwagi na **dużo rzadziej pojawiający się w literaturze przedmiotu historyczno-kulturowy aspekt problemu**. Przyczyn popularności arbitrażu i innych ADR w niektórych krajach świata można – a być może nawet należy – szukać także w złożonych uwarunkowaniach właśnie natury historycznej.

Rzecz jasna, kulturowe przyczyny popularności pozasądowego rozstrzygnięcia sporów mogą być bardzo różnorodne. Podkreślenie tego z pozoru oczywistego faktu jest jednak konieczne, aby uwypuklić tezę, że **dokonywanie porównań samych regulacji prawnych, oderwanych od kontekstu kulturowego, niesie ze sobą istotne ryzyko przeoczenia czynników być może najważniejszych dla istoty analizowanych problemów**. Aby to wykazać, warto na moment skupić się na kraju, w którym tradycyjnie już obserwuje się bardzo niewielką liczbę powództw cywilnych wnoszonych do sądów państwowych – Japonii. Równoległe zaś wśród Japończyków bardzo dużą popularnością cieszą się koncyliacyjne, pozasądowe metody rozwiązywania sporów.

Istnieje co najmniej kilka teorii tłumaczących ten fenomen, jednakże najbardziej przekonujące wydają się być właśnie te, które opierają się na analizie historycznej i kulturowej. Współczesne prawo japońskie, zarówno materialne, jak i proceduralne, jest w znacznej mierze wynikiem modernizacji narzuconej z zewnątrz – w fazie pierwszej przez dominujące w XIX w. mocarstwa zachodnie, w fazie drugiej przez Stany Zjednoczone, okupujące Japonię pokonaną w II wojnie światowej do 1952 r. Dwaj koreańscy autorzy, posługując się teorią żywego prawa autorstwa słynnego austriackiego jurysty i socjologa, Eugena Ehrlicha, stwierdzili, że w Japonii istnieje

„zderzenie pomiędzy normami społecznymi a przepisami prawnymi. (...) Na poziomie oficjalnym, Japończycy akceptują system prawny narzucony im przez świat zewnętrzny. Jednakże, na głębszym poziomie, wykorzystują różnorakie formy nieformalnego rozwiązywania sporów, odzwierciedlające ich własne normy społeczne”⁷⁶.

Od nieco innej strony podchodzi do problemu badacz angielski, wskazując, że

„mała liczba pozwów w Japonii może być rozumiana nie tylko poprzez rzekomą niekonfrontacyjną preferencję Japończyków, ale również poprzez rozdźwięk, który istnieje pomiędzy japońskimi stosunkami społecznymi, a japońskim prawem. Z powodu tegoż rozdźwięku, pozew sądowy może co prawda doprowadzić strony do określonego wyniku sprawy, ale nie może rozwiązać ich sporu. W konsekwencji, liczba pozwów w Japonii będzie pozostawała mała tak długo, jak długo ów rozdźwięk będzie istniał”⁷⁷.

75 S. Pieckowski, [w:] *System prawa handlowego*, t. 8, *Arbitraż handlowy*, red. A. Szumański, wyd. 2, Warszawa 2015, s. 1154.

76 Ch.-H. Kim, Y.-K. Chung, *Legal Culture and Commercial Arbitration in the United States and Japan*, "Journal of Arbitration Studies" 23/3 (2013), s. 185.

77 T. Cole, *Commercial arbitration in Japan: contributions to the debate on 'Japanese non-litigiousness'*, "New York University Journal of International Law and Politics" 40/1 (2007), s. 30-31.

Jednocześnie podkreśla się również ową niekonfrontacyjność, wskazując, że „nawet japońscy biznesmeni nie są skłonni do dochodzenia swoich praw na drodze konfrontacji, gdyż to zaprzecza głęboko zakorzenionym wartościom kulturowym takim jak harmonia, miłość i życzliwość”⁷⁸.

Tym samym można stwierdzić, że popularność pozasądowych – zwłaszcza koncyliacyjnych – form rozwiązywania sporów w Japonii jest przede wszystkim wynikiem niedostosowania istniejącego tam państwowego sądownictwa typu zachodniego do lokalnych przyzwyczajęń społecznych, jak również specyficznymi cechami kultury japońskiej, nakazującymi poszukiwania rozwiązań niekonfrontacyjnych. Stąd też porównywanie japońskich regulacji prawnych dotyczących ADR do analogicznych unormowań funkcjonujących w jakimkolwiek kraju zachodnim byłoby samo w sobie zabiegiem niewiele wnoszącym, jeśli abstrahowałoby od wskazanego kontekstu kulturowego. Specyficzne czynniki, które kształtują popularność pozasądowego rozwiązywania sytuacji spornych w Japonii nie znajdują bezpośrednich paraleli w Europie, gdzie porównywalny rozdźwięk między obowiązującym prawem a obyczajowością i tradycjami społecznymi w ogóle nie występuje, a europejska tradycja prawna od swojego zarania preferuje procesową (a zatem konfrontacyjną) ochronę praw⁷⁹.

Przykład japoński służy zatem przede wszystkim podkreśleniu tezy o wadze czynników historyczno-kulturowych w rozważaniach dotyczących funkcjonowania wszelakich rozwiązań prawnych, zwłaszcza tych dotyczących ADR. Jednocześnie więc dalszą analizę należy skoncentrować przede wszystkim na takich czynnikach, które wpływają na popularność ADR w krajach cywilizacji zachodniej. Szczególnie miejsce w tym wywodzie zająć muszą przede wszystkim Stany Zjednoczone, gdyż

„(...) w żadnym ze współczesnych społeczeństw wychowanych w kręgu europejskiej kultury prawnej, alternatywne formy rozwiązywania sporów nie uzyskiwały tak dużego znaczenia społecznego”⁸⁰.

Wskazane zostaną historyczne, ideowe i kulturowe przyczyny zarówno popularności ADR w Stanach Zjednoczonych, jak również zjawiska negatywnie związane z arbitrażem, stwarzające pewne ryzyka społeczne. Postawione zostaną pytania o występowanie analogicznych czynników we współczesnej Polsce i zaproponowane rekomendacje oparte na dokonanej analizie.

1. Nieufność do państwa i prawa, samoorganizacja społeczeństwa oraz zaufanie do metod alternatywnych

Charakterystyczną cechą amerykańskiej kultury prawnej jest – jak to ujął znany historyk prawa Lawrence M. Friedman –

„trwałe marzenie radzenia sobie bez prawników; a także powiązanie z nim marzenie o prostej, jasnej i naturalnej sprawiedliwości, odartej całkowicie z niejasności i żargonu, o księdze prawa, którą każdy może przeczytać samodzielnie”⁸¹.

78 Tamże, s. 51. Także: T. Drozdowski, *Procedura koncyliacyjna w Japonii*, [w:] *Arbitraż. Między teorią a praktyką*, red. J. Olszewski, B. Fuchs, Rzeszów 2014, s. 138-147.

79 Warto zauważyć, że zarówno antyczne prawo rzymskie, jak i *common law* aż po XIX w. rozwijały się przede wszystkim drogą tworzenia nowych środków ochrony procesowej, a myślenie prawników obu tradycji opierało się na schemacie nazwanym przez historyków formułą remedies precedee rights.

80 A. Korybski, *Alternatywne rozwiązywanie sporów w USA. Studium teoretycznoprawne*, Lublin 1993, s. 69.

81 L.M. Friedman, *A History of American Law*, wyd. 3, New York 2005, s. 13.

Ich pierwotnym wyrazem były już **doktryny religijne pierwszych Amerykanów, przepełnione utopijną niechęcią do prawa i prawników**, charakterystyczne zarówno dla kwaków w Pensylwanii, jak i dla Purytanów z Nowej Anglii, którzy – nawet wtedy, gdy istniały już oficjalne sądy – woleli oddawać swoje sprawy pod osąd specjalnie mianowanym *common peacemakers, understanding men* czy też *umpires*⁸². Zaufanie dla instytucji państwowych (czyli – w tym kontekście – instytucji koronnych funkcjonujących w ramach kolonii amerykańskich) nie wzrosło rzecz jasna w okresie rewolucji amerykańskiej, natomiast XIX w. przyniósł nowe napięcia polityczne, w tym zwłaszcza rosnącą niechęć wobec władz federalnych. Krytycznemu spojrzeniu na pracę sędziów, a zatem i skłonności do poszukiwania rozwiązania sporów poza strukturami sądownictwa stanowego i federalnego, sprzyjały też rozwijające się od końca XIX wieku **doktryny realizmu prawniczego oraz socjologii prawa**. Istotę i przyczyny owego krytycyzmu najlepiej chyba oddał Roscoe Pound, stwierdzając w swoim słynnym wykładzie na temat braku zaufania do sądów, że „**sędzia otrzymujący władzę rozstrzygania sporów będzie kierował się osądem charakterystycznym dla jego klasy społecznej**”⁸³. Wreszcie na tzw. „rewolucję ADR”, która rozpoczęła się w latach 60. i 70. XX wieku, kształtując amerykański model rozwiązywania sporów, w swych zasadniczych ramach funkcjonujący aż do dnia dzisiejszego, niebagatelny wpływ miał ówczesny **klimat kontrkulturowy**⁸⁴, w którego odstonach zarówno radykalnie lewicowych, jak i libertariańskich dosyć zgodnie odżegnywano się od państwa i wyrażano głęboką nieufność wobec jego instytucji. Nic zatem dziwnego, że w Stanach Zjednoczonych fenomen ADR badany jest również przez przedstawicieli takich dziedzin nauki jak chociażby etnografia, wskazujących, że klimat kontrkultury zrodził wręcz swoistą modę na alternatywne rozwiązywanie sporów⁸⁵. Wiązanie ADR z kontrkulturą pojawia się również w analizach autorów europejskich⁸⁶.

Na wszystkich etapach historii amerykańskich ADR widać zarazem **oddolny charakter działań zmierzających do stworzenia i spopularyzowania pozasądowego rozstrzygania sporów**. Począwszy od stowarzyszeń kupieckich w czasach kolonialnych, poprzez branżowe zrzeszenia przedsiębiorców czasów rozwoju przemysłu w XIX w., powstanie ogólnoamerykańskich organizacji arbitrażowych w latach 20. XX w. (w tym istniejącego do dziś i działającego prężnie *American Arbitration Association*), aż po wielowątkowy, oddolny ruch ADR zapoczątkowany w latach 60. XX w., to przede wszystkim amerykańskie społeczeństwo i poszczególne, składające się nań wspólnoty i grupy, które wyrażają chęć i wolę stworzenia alternatyw wobec państwowego wymiaru sprawiedliwości.

Wątek ten został poruszony jako pierwszy m.in. dlatego, że **kwestia różnorako motywowanego braku zaufania do państwa i jego instytucji łatwo daje się odnieść do rzeczywistości polskiej**. Pogląd o tym, że Polacy nie ufają państwu i władzom publicznym, jak również, że ów stan rzeczy wynika także z głębokich przyczyn historycznych, jest szeroko rozpowszechniony i wręcz należy do elementów stereotypowych wyobrażeń Polaków o samych sobie. Wskazuje się źródła tego stanu rzeczy już w koncepcjach ideowych i mentalności politycznej narodu politycznego Pierwszej Rzeczypospolitej, następnie zaś w braku własnego państwa w dobie zaborów oraz jego niesuwerenności i totalitarnym charakterze w czasach PRL. Problem ten został szerzej opisany w rozdziale poprzedzającym, ale dla spójności wywodu warto przytoczyć choćby garść danych statystycznych. Badania opinii publicznej

82 Tamże, s. 14.

83 R. Pound, *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice, Address Before the Annual Convention of the American Bar Association* (Aug. 29, 1906).

84 A. Korybski, dz. cyt., s. 80.

85 A. Riles, *User Friendly: Informality and Expertise*, „Law & Social Inquiry” 27/3 (2002), s. 613-619.

86 M. Malacka, *Multi-Door Courthouse established through the European Mediation Directive?*, „International and Comparative Law Review” 1 (2016), s. 137.

potwierdzają ten stereotyp. Zgodnie z badaniem Europejskiego Sondażu Społecznego z 2012 r. Polska jest wśród tych krajów europejskich, w których poziom zaufania do instytucji publicznych – w tym wymiaru sprawiedliwości – jest najniższy⁸⁷. Finansowane przez NCN badanie POLPAN z 2013 r. wykazało, że wymiarowi sprawiedliwości nie ufa aż połowa Polaków⁸⁸. Badanie zaufania społecznego CBOS z 2016 r. (a więc przeprowadzone jeszcze przed apogeum obecnego konfliktu politycznego wokół sądów) wskazuje na ogólne zaufanie do sądów na poziomie 45% i ogólny brak zaufania na poziomie 42%⁸⁹.

Jednocześnie jednak należy pamiętać, że **już nauka średniowieczna stwierdziła, iż podstawą działania arbitrażu również jest zaufanie stron**⁹⁰. O ile więc w Stanach Zjednoczonych popularność arbitrażu i innych form ADR opiera się w znacznej mierze na długiej tradycji obecności tychże w gospodarce i społeczeństwie, w innych krajach tradycja taka po prostu mogła nie mieć szansy na ukształtowanie się. J. Olszewski wskazuje na to, że **czasy PRL w ogóle nie sprzyjały ukształtowaniu się kultury rozwiązywania sporów ani przed sądami państwowymi, ani tym bardziej poza nimi**⁹¹. Do myśli tej można dodać, że właśnie w czasach komunistycznych pojęcie „arbitraż” przypisane zostało do specyficznej formy sprawowania wymiaru sprawiedliwości przez państwo. Mowa tu oczywiście o **państwowym arbitrażu gospodarczym**, regulowanym przez przepisy dekretu z 1949 r.⁹², którego funkcją było (zgodnie z art. 2 dekretu) **rozpoznawanie spraw cywilnych w sporach między określonymi jednostkami gospodarki uspołecznionej**. Owa specyficzna gałąź państwowego wymiaru sprawiedliwości miała za zadanie nie tylko zapewnianie ochrony prawnej, ale również czuwanie nad realizacją aktualnej polityki gospodarczej państwa⁹³, a jej działalność opierać się miała na sformułowanych w większości zgodnie z ówczesną frazeologią zasadach praworządności, ochrony mienia społecznego, umacniania dyscypliny planowo-umownej oraz umacniania rozrachunku gospodarczego⁹⁴.

To, do jakiego stopnia dziś, w trzy dekady po rozpoczęciu transformacji ustrojowej i gospodarczej, pojęcie arbitrażu może być jeszcze kojarzone z tym dawnym znaczeniem, nie jest oczywiście możliwe do jednoznacznego rozstrzygnięcia bez przeprowadzenia rzetelnych badań empirycznych. Niemniej jednak **można pokusić się o tezę, że ewidentnemu, głęboko uzasadnionemu historycznie brakowi zaufania Polaków do instytucji państwa (w tym sądów) towarzyszy równoległe brak tradycji sięgania po alternatywne metody rozwiązywania sporów, a tym bardziej zwyczaju samoorganizowania się społeczeństwa w celu stworzenia alternatyw wobec państwowego wymiaru sprawiedliwości**.

2. Kryzys sądownictwa

Wspomniana wyżej rewolucja ADR zapoczątkowana w latach 60. i 70. miała rzecz jasna nie tylko przyczyny ideowe, ale wynikała również z twardych przesłanek natury systemowej. Mianowicie **dynamiczny rozwój gospodarczy Stanów Zjednoczonych po zakończeniu II wojny światowej spowodował lawinowy wzrost liczby spraw w jej sądach**, przy czym – w odróżnieniu od poprzednich epok w historii

87 M. Kolczyńska, *Zufanie do instytucji państwowych*, Warszawa 2015, s. 2.

88 Tamże, s. 3.

89 *Zufanie społeczne*, Komunikat z Badań 2016, nr 18, Centrum Badań Opinii Społecznej, https://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2016/K_018_16.PDF, dostęp: 10 maja 2021 r.

90 R. Wojciechowski, *Arbitraż w doktrynie prawnej średniowiecza*, Wrocław 2010, s. 224.

91 J. Olszewski, *Determinanty i propozycje w zakresie rozwoju sądownictwa arbitrażowego*, [w:] *Arbitraż. Między teorią a praktyką*, red. J. Olszewski, B. Fuchs, Rzeszów 2014, s. 19.

92 Dekret z dnia 5 sierpnia 1949 r. o państwowym arbitrażu gospodarczym (tekst jednolity: Dz. U. z 1961 r., nr 37, poz. 195).

93 H. Dawidowicz, *Państwowy arbitraż gospodarczy*, Katowice 1970, s. 17.

94 Tamże, s. 29-37.

Ameryki – państwo było już w pełni ukształtowane terytorialnie i instytucjonalnie⁹⁵. Warto przytoczyć słowa A. Korybskiego, który wskazał, że

„krytyka sądownictwa (jego struktury oraz funkcjonowania) jest zjawiskiem powtarzającym się periodycznie. Z reguły jest ona następstwem występowania określonych zjawisk na zewnątrz systemu prawnego, w odniesieniu do których sądy okazują się instytucjami niezdolnymi do szybkiej, taniej i akceptowanej społecznie kwalifikacji prawnej. Do zewnętrznych przesłanek kryzysu sądownictwa dochodzą często przesłanki wewnętrzne, w postaci nieadekwatnej struktury i zasad funkcjonowania sądów, niesprawnych kadr sędziowskich itp. Taki właśnie kryzys ujawnił się w amerykańskim sądownictwie pod koniec lat 60. [dwudziestego] wieku (...)”⁹⁶.

Oddolny ruch ADR oraz sprzyjające mu reformy podjęte przez władze państwowe były zatem przede wszystkim odpowiedzią na ten właśnie stan rzeczy.

Analogia pomiędzy opisaną sytuacją sądownictwa amerykańskiego sprzed pół wieku a obecnym kryzysem wymiaru sprawiedliwości w Polsce, choć oczywiście nieco powierzchowna, narzuca się tu sama. Niewątpliwie przeciążenie polskich sądów jest m.in. wynikiem gwałtownego wzrostu gospodarczego i wygenerowanej przezeń potrzeby poszukiwania ochrony prawnej w licznych, nierzadko bardzo skomplikowanych sprawach biznesowych czy konsumenckich. Szczególnie rażący jest kontrast pomiędzy obecnym stanem potrzeb poszukiwania ochrony prawnej w stosunkach prywatnych, a stanem rzeczy sprzed raptem trzech dekad, gdy Polska dopiero zaczynała wychodzić z rzeczywistości gospodarki centralnie planowanej, w której ilość sporów prywatnych, zwłaszcza o charakterze biznesowym, była wielokrotnie mniejsza. **Wobec obecnego stanu sądownictwa w Polsce ucieczka do ADR wydawałaby się więc czymś naturalnym.**

3. Rozwój gospodarczy

Historia gospodarcza i prawna Stanów Zjednoczonych jednoznacznie wskazuje na **związek alternatywnych metod rozwiązywania sporów (w tym zwłaszcza arbitrażu) z rozwojem ekonomicznym oraz kształtowaniem się nowych gałęzi gospodarki**. Już XVIII w. przynosi dynamiczny rozwój amerykańskiego arbitrażu handlowego, a w czołowych miastach kupieckich powstają stałe instytucje arbitrażowe, takie jak Arbitration Committee Nowojorskiej Izby Handlowej⁹⁷. Kolejne stulecie przynosi natomiast rewolucję przemysłową i niezwykle dynamiczny rozwój gospodarki amerykańskiej, połączony z powstawaniem nowych branż, przesyconych rewolucyjnymi technologiami. Jak to zazwyczaj bywa w podobnych sytuacjach, **władze publiczne nie nadążały za dynamiką zmian, w tym zwłaszcza nie potrafiły zapewnić należytego przygotowania merytorycznego personelu urzędniczego czy sądowego do zajmowania się nowymi typami spraw, wymagającymi wysokiego poziomu wiedzy fachowej**. Stąd też powstawać zaczęły branżowe sądy polubowne, specjalizujące się np. w sprawach kolejowych, kopalnianych czy związanych z akurat pojawiającą się „gorączką złota”.

⁹⁵ Ł. Speer, dz. cyt., s. 316-317.

⁹⁶ A. Korybski, dz. cyt., s. 80.

⁹⁷ O historii arbitrażu handlowego w Stanach Zjednoczonych patrz: Ł. Speer, *Arbitraż handlowy w Stanach Zjednoczonych Ameryki w rozwoju historycznym*, Toruń 2019. Jeżeli nie stwierdzono inaczej, zawarte w tym tekście informacje dotyczące historii arbitrażu amerykańskiego pochodzą właśnie z tej niezwykle cennej monografii.

Arbitraż czasów eksplozji amerykańskiego kapitalizmu rozwijał się więc w oparciu o te nowe branże oraz odzwierciedlał praktyczne potrzeby ich przedstawicieli. Jak zauważył L.M. Friedman,

„sędziowie byli sędziami, nie mediatorami. Wskazywali przegranych i zwycięzców. Dlatego strony zaangażowane w stałe relacje biznesowe wolały nie pozywać się nawzajem w ogóle. Rozwiązywały swoje problem samodzielnie lub poddawały je arbitrażowi”⁹⁸.

Stąd też, jak wskazują niektórzy amerykańscy autorzy,

„tłumaczenie fenomenu arbitrażu w kontekście prywatyzacji ma niewątpliwy sens. Potrzeba zachowania poufności, atrakcyjność wykorzystania ekspertów danej dziedziny jako arbitrów i wybór zwyczajów handlowych jako podstawy podejmowania decyzji grają istotne role w historii rozwiązywania sporów”⁹⁹.

Cytaty te wskazują jednocześnie na mało konfrontacyjny charakter dawnego arbitrażu handlowego.

Obserwacja poczyniona powyżej nie powinna być ani trochę zaskakująca. **W literaturze bardzo często podkreśla się, że jedną z głównych zalet arbitrażu jest właśnie rozstrzygnięcie sporu przez osoby, które w większym stopniu niż państwowi sędziowie opanowały potrzebną w danej sprawie wiedzę fachową (ekonomiczną, techniczną etc.) lub też znajomość zwyczajów i praktyk właściwych dla obrotu.** Współcześnie mamy zaś do czynienia z najbardziej dynamicznym rozwojem technologicznym w historii ludzkości, a w konsekwencji z ciągłym powstawaniem nowych sposobów wykorzystania technologii w gospodarce, nowymi formami gospodarczej interakcji i nowymi formami prawnymi, które ona przybiera. **Warunki te zdają się wyjątkowo sprzyjać nie tyle nawet korzystaniu z istniejących już metod alternatywnego rozwiązywania sporów, co wręcz tworzeniu nowych, również korzystających z możliwości oferowanych przez nowe technologie.**

4. Wtórność ingerencji prawodawcy

Jak już była mowa we wstępie tej części raportu, w polskiej debacie zdaje się dominować myśl, że kluczem do spopularyzowania alternatywnych metod rozwiązywania sporów – a tym samym odciążenia sądów powszechnych – jest odpowiednie ukształtowanie przepisów prawa powszechnie obowiązującego regulujących kwestie związane z ADR. Tymczasem historia tychże w Stanach Zjednoczonych zdaje się dowodzić raczej tezy przeciwnej – a mianowicie, że **to potrzeba sięgania po ADR (w tym zwłaszcza arbitraż) wyprzedza istnienie sprzyjających im unormowań prawnych.**

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na fakt, że angielskie common law, z którego to przecież wywodzą się porządki prawne wszystkich (za wyjątkiem Luizjany) amerykańskich państw związkowych, było tradycyjnie zdecydowanie wrogie arbitrażowi. Niechęć ta sięga co najmniej 1609 r., kiedy Izba Lordów piórem lorda Edwarda Coke’a, najbardziej wpływowego prawnika angielskiego tamtej

98 L.M. Friedman, dz. cyt., s. 404-405.

99 E. Brunet, [w:] E. Brunet et al., *Arbitration Law in America. A Critical Assessment*, Cambridge-New York 2006, s. 25.

epoki, orzekła, że klauzula arbitrażowa w umowie stron nie jest dla nich wiążąca¹⁰⁰. Amerykańskie sądy opierały na tym precedensie aplikowaną – początkowo z dużą konsekwencją – „doktrynę odwoływalności” (*revocability doctrine*) umów i klauzul arbitrażowych, jak również obalały je niejednokrotnie z najbliższych powodów proceduralnych¹⁰¹. Nie wchodząc w nadmierne szczegóły, należy stwierdzić, że dynamiczny rozwój arbitrażu handlowego w XVIII w. oraz nowych, branżowych form tegoż w kolejnym stuleciu następował mimo tego, że amerykańskie sądy dosyć konsekwentnie wykazywały się tym, co historycy prawa nazwali trafnie „sądową wrogością” (*judicial hostility*) wobec wszelkich pozasądowych metod rozwiązywania sporów. **Przez bardzo długi czas rozwój amerykańskiego arbitrażu dokonywał się więc nie dzięki odpowiedniemu ukształtowaniu norm prawa powszechnie obowiązującemu, ale właśnie wbrew niechętnemu mu prawu państwowemu.**

Dopiero początek XX w. przyniósł radykalne zmiany w amerykańskim prawie dotyczącym arbitrażu. W 1920 r. została uchwalona i weszła w życie ustawa *New York Arbitration Act*¹⁰², która w sekcji 2 stanowiła, że umowy arbitrażowe są co do zasady „ważne, egzekwowalne i nieodwoływalne” (*valid, enforceable and irrevocable*)¹⁰³. Ustawa ta została następnie podtrzymana zarówno przez sądy nowojorskie¹⁰⁴, jak i Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych¹⁰⁵. Otworzyło to drogę dla, do dziś obowiązującej i cały czas stanowiącej główną podstawę amerykańskiego prawa arbitrażowego, ustawy federalnej. *United States Arbitration Act* z 1925 (zwana powszechnie *Federal Arbitration Act, FAA*)¹⁰⁶ dotyczy umów z zakresu oddanych przez Konstytucję USA do właściwości federacji stosunków morskich oraz handlu między-stanowego. Co ciekawe, **powstanie tych ustaw było wynikiem lobbingu nie tylko przedsiębiorców, zainteresowanych dalszym zwiększaniem efektywności ochrony prawnej oferowanej przez sądownictwo polubowne, ale także lobbingu prawników, którzy zaczęli zdawać sobie sprawę z tego, że rynek sporów biznesowych praktycznie obywateli się bez nich i liczyli na to – jak się później okazało, słusznie – że uregulowanie arbitrażu pozwoli im na niego wejść¹⁰⁷.** O długofalowych skutkach owego wkroczenia prawników do praktyki arbitrażu będzie mowa niżej.

Interwencja prawodawcy miała decydujące znaczenie w zasadzie jedynie dla ukształtowania się i popularyzacji arbitrażu w stosunkach pracy, którzy – mimo kilku precedensów¹⁰⁸ – niemal w ogóle nie funkcjonował w praktyce przed II wojną światową. Dopiero centralne sterowanie gospodarką, wprowadzone na potrzeby wysiłku wojennego, stworzyło warunki do wymuszenia, zarówno na pracodawcach, jak i na związkach zawodowych, szybkiego i efektywnego rozwiązywania zbiorowych sporów pracowniczych. *National War Labor Board* nakazała umieszczenie we wszystkich układach zbiorowych pracy klauzuli arbitrażowej, jednocześnie zakazując strajków. Historiografia amerykańska ocenia konsekwencje tego radykalnego posunięcia jednoznacznie pozytywnie¹⁰⁹. Następnie ustawa federalna *Labor-Management Relations Act* (popularnie nazywana *Taft-Hartley Act*)¹¹⁰ z 1947 r. stworzyła

100 Vynior's Case, 4 Eng. Rep. 302 (1609).

101 B.L. Benson, *An Exploration of the Impact of Modern Arbitration Statutes on the Development of Arbitration in the United States*, "Journal of Law, Economics, & Organization" 11/2 (1995), s. 484.

102 New York Laws of 1920, Ch. 275, effective April 19, 1920.

103 L.S. Popkin, *Judicial Construction of the New York Arbitration Law of 1920*, *The Cornell Law Quarterly* 1926, t. 11, s. 329.

104 *Matter of Berkovitz v. Arbib & Houlberg*, 230 N. Y. 273 (1921), s. 352; J.H. Cohen, K. Dayton, dz. cyt., s. 283-284.

105 *USSC: Red Cross Line v. Atlantic Fruit Co.*, 264 U.S. 109 (1924).

106 Pub.L. 68-401; ch. 213, 43 Stat. 883.

107 B.L. Benson, dz.cyt., s. 491-494.

108 Zwłaszcza sprawa skarg górników z kopalni antracytu w 1871 r. oraz spór pomiędzy *General Motors a United Auto Workers* w 1937 r. Za: M.H. Malin, *Foreword: Labor Arbitration Thirty Years after the Steelworkers Trilogy*, "Chicago-Kent Law Review" 66/3 (1990): *Symposium on Labor Arbitration Thirty Years after the Steelworkers Trilogy*, s. 552.

109 M.E. Zelek, *Labor Grievance Arbitration in the United States*, "The University of Miami Inter-American Law Review" 21/1 (1989), s. 199.

110 Pub.L. 80-101; 61 Stat. 136.

cały system zachęt do poddawania zbiorowych sporów pracy rozstrzygnięciom arbitrów. Unormowania dotyczące arbitrażu w stosunkach pracy zostały skonkretyzowane drogą trzech wyroków Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 1960 r., nazywanych powszechnie „Trylogią Hutników” (*Steelworkers Trilogy*), w których jednoznacznie stwierdzono, że orzeczenie arbitra jest ostateczne i obligatoryjne, jeśli zostało wydane na podstawie wiążącego strony układu zbiorowego pracy¹¹¹. W konsekwencji w latach 70. i 80. minionego stulecia „ponad 90% amerykańskich układów zbiorowych pracy zawierało postanowienia dotyczące procedury skargowej, służącej rozwiązywaniu wszelkich sporów dotyczących stosowania i interpretowania układu, jednocześnie zakazując strajków”¹¹².

„Rewolucja ADR” II poł. XX w. również polegała przede wszystkim na – o czym była już mowa – działaniach oddolnych, zwłaszcza powstawaniu nowych inicjatyw społecznych stawiających sobie za cel stworzenie alternatywy dla sądownictwa państwowego. Władze publiczne różnego szczebla (od lokalnych począwszy, a na federalnych skończywszy) dostosowały się do tego trendu i tym razem bezzwłocznie zaczęły tworzyć zachęty i ułatwienia dla tych inicjatyw, jak również powoływać do życia nowego typu instytucje publiczne, zwłaszcza specjalizujące się w różnych formach koncyliacji, a także włączać szeroko koncyliację do postępowań przed sądami stanowymi i federalnymi.

Podsumowując, trzeba podkreślić, że w Stanach Zjednoczonych to raczej prawodawstwo państwowe wychodziło naprzeciw tendencjom społecznym, jedynie ułatwiając funkcjonowania ADR, natomiast niemal nigdy nie będąc samo w sobie źródłem czy katalizatorem ich popularności. Najlepiej dowodzi tego fakt, że przez pierwszych 300 lat historii Ameryki alternatywne metody rozwiązywania sporów kształtowały się wręcz wbrew przyjętej tradycji orzecniczej sądów common law. Ponadto można zauważyć, że także w literaturze polskiej pojawia się ogólna myśl, iż to samoistny, oddolny rozwój arbitrażu „[zmusił] ustawodawców krajowych do przemyślenia na nowo stosunku państwowego wymiaru sprawiedliwości do sądownictwa polubownego”, czego efektem są liczne reformy procedur cywilnych począwszy od lat 80. XX w.¹¹³. Tego typu doświadczenia historyczne nakazują pewien sceptycyzm wobec wiary w możliwość przekonania społeczeństwa do ADR drogą samego tylko zmieniania przepisów prawa powszechnie obowiązującego i kształtowania go choćby w sposób najbardziej na nie otwarty i przyjazny.

5. Wielokulturowość i dążenie do „personalności prawa”

Współczesne myślenie o wymiarze sprawiedliwości i stosowaniu prawa w ogóle opiera się rzecz jasna na dogmatach wywiedzionych przede wszystkim z europejskiego Oświecenia. Sprawowanie wymiaru sprawiedliwości jest dla nas zatem głównie domeną władzy publicznej i opiera się na koncepcji terytorialnego obowiązywania prawa takiego samego dla wszystkich. Warto jednak zdawać sobie sprawę z tego, że **rzeczywistość prawna i polityczna dająca się opisać przy pomocy takich konstrukcji nie istnieje od stosunkowo niedawna, ale również pojawiać zaczęły się pierwsze symptomy tego, że być może odejdzie ona do przeszłości.**

111 Ch.F.X. Szymanski, *Proces rozwoju arbitrażu w prawie pracy w Stanach Zjednoczonych*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 8 (2005), s. 11-14, s. 12.

112 M.E. Zelek, dz. cyt., s. 197-198.

113 Ł. Błaszczak, M. Ludwik, *Sądownictwo polubowne (arbitraż)*, Warszawa 2007, s. 16.

Warto powtórzyć za R. Wojciechowskim, że **rozstrzygnięcie sporów przez powierzenie tego zadania osobie lub osobom niezależnym jest zapewne starsze od rozstrzygnięcia tychże przez organy państwa**¹¹⁴, jak również, że w czasach przed ukształtowaniem się koncepcji suwerenności państwowej (a więc *de facto* przed epoką nowożytną) **granica między jednymi a drugimi nie była nigdy jednoznaczna**. Niejednokrotnie też można w historii zaobserwować ewolucję różnych nie-państwowych form rozwiązywania sporów w stronę stania się przez nie formami oficjalnie usankcjonowanymi przez władze. Dobrym przykładem będzie tu sądownictwo biskupie w cesarskim Rzymie, stanowiące początkowo alternatywne forum rozstrzygnięcia sporów dla będących w mniejszości i stroniących od spraw publicznych chrześcijan, a ostatecznie, oficjalnie uznaną strukturę sądową, której cesarz powierzył pewne kompetencje władcze¹¹⁵.

Fenomeny takie dają o sobie znać przede wszystkim w społecznościach kulturowo i religijnie zróżnicowanych, jak również wtedy, gdy mamy do czynienia z podmiotami niejednoznacznie zaklasyfikowanymi jako publiczne lub prywatne. Aby pokrótce nawiązać do tego drugiego wątku, warto wspomnieć chociażby o słynnej brytyjskiej Kompanii Wschodnioindyjskiej, która – będąc formalnie kupiecką spółką akcyjną oferującą swoje papiery wartościowe na londyńskiej giełdzie – na subkontynencie indyjskim sprawowała władzę suwerenną nad milionami ludzi, decydując nierzadko o ich życiu i śmierci. Nie trzeba chyba zanadto uzasadniać poglądu, że formy działania tego typu podmiotu wymykają się wszelkim konwencjonalnym podziałom na *imperium i dominium*. Przykład ten pozornie tylko jest odległy od naszej rzeczywistości. Wystarczy zdać sobie sprawę z prostego faktu, że obecnie decyzje podejmowane przez administratorów wielkich społecznościowych mediów internetowych mają daleko idące konsekwencje dla interesów i praw jednostek korzystających z ich (*de facto* bezalternatywnych) usług.

Zostawiając jednak na boku ten wątek, trzeba wskazać, że **przed ukształtowaniem się suwerennych państw z jednolitym porządkiem prawnym we wszystkich w zasadzie krajach europejskich funkcjonowały przecież różnorodne grupy i wspólnoty, rządzące się własnymi prawami**: stany, wolne miasta, wspólnoty wiejskie, uniwersytety, zgromadzenia zakonne, odrębne grupy religijne *etc.* Doskonałym przykładem takiej rzeczywistości jest oczywiście dawna Rzeczpospolita, ze swoją mozaiką stanową i osobnymi instytucjami funkcjonującymi w ramach każdej wspólnoty np. żydowskiej, kozackiej, tatarskiej, ormiańskiej czy karaimejskiej. Owo koegzystowanie na terytorium jednego państwa tak licznych porządków prawnych zdawało się być odległą historią, jednak **ostatnie dekady przyniosły pierwsze przesłanki pozwalające sądzić, że proces stworzenia jednego prawa dla całej wspólnoty obywatelskiej wcale nie jest nieodwracalny**. Coraz częściej bowiem w państwach zachodnich **niektóre wspólnoty, zwłaszcza religijne, zaczynają stronić od sądownictwa państwowego i kształtować własne metody i instytucje rozwiązywania sporów**. M.J. Brojde wskazuje, że

„niektóre istotne wspólnoty religijne czują się coraz bardziej marginalizowane we współczesnym prawie amerykańskim”¹¹⁶;

„grupy religijne nie są już w stanie wpływać na prawo świeckie tak, jak w przeszłości, zmieniają więc swoje zasadnicze podejście do problemu. Wiele wspólnot próbuje wycofać się spod

114 R. Wojciechowski, dz. cyt., s. 13 i literatura tam powołana.

115 F. Longchamps de Bérier, [w:] W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bérier, *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, wyd. 3, Warszawa 2018, s. 159.

116 M. J. Brojde, *Sharia Tribunals, Rabbinical Courts, and Christian Panels. Religious Arbitration in America and the West*, Oxford University Press 2017, s. 11.

generalnych norm prawnych wywodzących się z obyczajowości świeckiej poprzez rozwijanie wewnętrznych ciał prawnych [orzekających zgodnie z normami religijnymi], zapewniających członkom tych wspólnot religijnych możliwość skierowania do nich nawet swoich świeckich spraw, takich jak relacje biznesowe, transakcje własnościowe czy sprawy rodzinne”¹¹⁷.

W Stanach Zjednoczonych najbardziej sformalizowany – a zarazem cieszący się chyba największymi sukcesami – jest **arbitraż żydowski**, w tym zwłaszcza coraz bardziej popularny trybunał *Beth Din of America*¹¹⁸ (w którym zresztą przez lata orzekał cytowany tu prof. M.J. Broyde), do którego nie rzadko kierują swoje spory biznesowe także goje. Różnego rodzaju usługi koncyliacyjne świadczą również setki podmiotów jednoznacznie deklarujących się jako chrześcijańskie¹¹⁹. Oferują stronom konfliktów przede wszystkim „wybór alternatywnego forum”, a w mniejszym „możliwość wyboru alternatywnego prawa”¹²⁰, podczas gdy **trybunały żydowskie i muzułmańskie proponują głównie swoje tradycyjne, autonomiczne porządki prawne jako alternatywę dla prawa państwowego**. Co ciekawe, arbitraż chrześcijański jest w Ameryce niemal wyłącznie domeną protestantów, a tradycyjny system sądownictwa Kościoła Katolickiego, w którym zastosowanie znajduje prawo kanoniczne, praktycznie w tym stosunkowo nowym trendzie nie uczestniczy¹²¹. Równocześnie **inicjatywy arbitrażowe muzułmańskie budzą kontrowersje zarówno w Ameryce, jak i w państwach europejskich**. Niektórym z nich udaje się jednak osiągnąć sukces i zaważać o akceptację ze strony władz publicznych, czego najlepszym przykładem jest działający w Wielkiej Brytanii od 2008 r. Muslim Arbitration Tribunal¹²².

Powołany tu niejednokrotnie M.J. Broyde uważa, że w społeczeństwie wielokulturowym, nad którym obowiązuje dodatkowo świeckie prawo państwowe, rozwój tego typu inicjatyw jest nie tylko nieunikniony, ale również pożądany. Nakładając na ten pogląd nakreślony powyżej kontekst historyczny, można uznać, że **oznaczać to może powrót do faktycznego współistnienia różnych porządków prawnych, opartych na różnych tradycjach religijnych**. Rzecz jasna zjawisko to w dużo większym stopniu dotyczy znacznie bardziej zróżnicowanych już dziś wewnętrznie państw Europy Zachodniej czy właśnie Stanów Zjednoczonych, a w znacznie mniejszym stopniu relatywnie homogenicznej Polski. Jednakowoż J. Olszewski wskazuje¹²³, że również w Polsce alternatywne i nieformalne metody rozwiązywania sporów preferowane są przez przedstawicieli imigranckich mniejszości czeczeńskiej czy – całkiem przecież licznej – wietnamskiej¹²⁴, a także wśród od dawna u nas obecnych i doskonale zintegrowanych Ormian. **Niewątpliwie warto natomiast zastanowić się nad tym, czy i jaki potencjał w zakresie alternatywnego rozwiązywania sporów drzemać może w polskich kościołach i związkach wyznaniowych oraz organizacjach religijnych**.

117 Tamże, s. 19.

118 *Beth Din of America*, <https://bethdin.org/>, dostęp: 10 maja 2021 r.

119 R.S. Shippee, *Blessed are the Peacemakers: Faith-Based Approaches to Dispute Resolution*, „ILSA Journal of International & Comparative Law 2002”, t. 9, nr. 1, s. 242.

120 M. J. Broyde, dz. cyt., s. 18.

121 Tamże, s. 18-19.

122 *Trybunał został powołany dla zapewnienia realnej alternatywy społecznośc muzułmańskiej, poszukującej możliwości rozwiązywania sporów zgodnie ze Świętym Prawem Islamu*, <http://www.matribunal.com/>, dostęp: 10 maja 2021 r.

123 J. Olszewski, dz. cyt., s. 19.

124 Jest to oczywiście związane z faktem, że kultura wietnamska – podobnie jak japońska – od wieków pozostawała pod wpływem konfucjanizmu, tradycyjnie promującego niekonfrontacyjne rozwiązywanie sporów. Patrz: Ph. Duy Nghia, *Confucianism and the conception of the law in Vietnam*, [w:] *Asian Socialism and Legal Change. The Dynamics of Vietnamese and Chinese Reform*, red. J. Gillespie, P. Nicholson. Canberra 2005, s. 76-90. Również w polskich opracowaniach branżowych można przeczytać, że „kultura wietnamska jest tradycyjnie kulturą konsensusu, również prawo wietnamskie zachęca do rozwiązywania sporów poprzez mediację” - *Wietnam. Przewodnik po rynku*, Zagraniczne Biuro Handlowe Polskiej Agencji Inwestycji i Handlu w Ho Chi Minh City, b.m.w. 2017, s. 4.

6. Potencjalne problemy związane z rozwojem arbitrażu

Bogate doświadczenia amerykańskie pozwalają nie tylko na dostrzeżenie różnego rodzaju kulturowych, historycznych czy gospodarczych czynników, sprzyjających rozwojowi i funkcjonowaniu alternatywnych metod rozwiązywania sporów, ale również problemów społecznych, która mogą być z tym związane. Zasadniczo można zastanowić się, **co z doświadczeń amerykańskich wynika, zwłaszcza w zakresie stosowania arbitrażu, i czy jest on pożądaną formą rozwiązywania każdego z typów sporów.**

Powracającym problemem jest niewątpliwie ekonomiczna dysproporcja między stronami sporu, który miałby zostać rozstrzygnięty drogą arbitrażu. Zjawiskiem dobrze znanym w historii ekonomii jest kartelizacja wielu dziedzin amerykańskiego życia gospodarczego w ostatnich dekadach XIX w., która doprowadziła pod koniec stulecia do wielkiego rozwarstwienia majątkowego między podmiotami działającymi na rynku, co z kolei było czynnikiem zmniejszającym popularność arbitrażu w tychże sektorach. Także sądy niejednokrotnie unieważniały klauzule arbitrażowe właśnie z uwagi na rażącą nierówność podmiotów.

W ostatnich dekadach problem ten wrócił w dwóch kontekstach, w których klauzula arbitrażowa może być narzucona podmiotowi słabszemu. Wraz ze spadkiem znaczenia sektorów uzwiązkowionych coraz większą wagę nabrały indywidualne umowy o pracę, które w Stanach Zjednoczonych w bardzo niewielkim stopniu podlegają prawnym regulacjom. Wyjątkiem są tu przepisy antydyskryminacyjne. Ich sukcesywne wprowadzanie od lat 80. XX w. zaowocowało praktyką żądania przez pracodawców zgód na oddanie tego typu spraw arbitrażowi. Orzecznictwo Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych generalnie zaakceptowało takie praktyki, traktując je jako przejaw swobody umów¹²⁵, ale równocześnie budzą one coraz większe kontrowersje polityczne i opór pracowników. Za przykład mogą posłużyć stosunkowo niedawne protesty pracowników Google (listopad 2018 r.), w skutek których koncern ten zaprzestał zawierania z pracownikami umów arbitrażowych.

Analogiczne zjawisko ma miejsce w amerykańskich umowach zawieranych pomiędzy przedsiębiorcami a konsumentami (B2C).

*„Klauzule arbitrażowe są w szerokim użyciu w amerykańskich umowach konsumenci-
kich. Można jest znaleźć w kontraktach, które konsumenci zawierają na co dzień. (...) Są po-
wszechnie stosowane w umowach ubezpieczeniowych, (...) umowach pomiędzy bankami a ich
indywidualnym klientami; również w dosłownie każdej umowie z przedsiębiorcami zajmującymi
się zwalczaniem szkodników, które to usługi są stale potrzebne wielu gospodarstw domo-
wym, a także w związku z usługami medycznymi i zdrowotnymi. Ta praktyka rozpoczęła się na
dobre we wczesnych latach 90. XX w., aby osiągnąć apogeum pod koniec tej dekady i w pierw-
szych latach nowego stulecia”¹²⁶.*

*„Klauzule obowiązkowego arbitrażu – często połączone ze zrzeczeniem się prawa do pozwu
zbiorowego – stały się w Stanach Zjednoczonych wszechobecne, czyniąc niemal niemożli-*

125 Ch.F.X. Szymanski, *Proces rozwoju arbitrażu w prawie pracy w Stanach Zjednoczonych*, Praca i Zabezpieczenie Społeczne 2005, nr. 8, s. 11-14, s. 13.

126 A.J. Bžlohávek, *B2C Arbitration. Consumer Protection in Arbitration*, New York 2012, s. 326.

wym uzyskanie bez nich karty kredytowej, usług telefonii komórkowej lub kredytu konsumenckiego”¹²⁷.

Rzecz jasna sądy amerykańskie niejednokrotnie badały dopuszczalność stosowania tego typu klauzul, orzekając dość jednoznacznie pro-biznesowo¹²⁸.

W literaturze wskazuje się, że w swoim liberalizmie w zakresie dopuszczania klauzul arbitrażowych w umowach B2C Stany Zjednoczone są dosyć wyjątkowe¹²⁹, a opór społeczny przeciw tym rozwiązaniom rośnie i debata na temat ewentualnych zmian jest bardzo żywa¹³⁰. Niedawno Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych wydał wyroki w sprawach *Rent-A-Car v. Jackson*¹³¹ oraz *AT&T Mobility v. Concepcion*¹³². Coraz częściej wskazuje się, że jednoznacznie handlowy model amerykańskiego arbitrażu nie nadaje się do rozstrzygania sporów między podmiotami z założenia o nierównej pozycji ekonomicznej¹³³.

W polskim kontekście problematyka prawa konsumenckiego jest oczywiście bardzo aktualna, ale akurat zagadnienie stosowania ADR do rozstrzygania sporów B2C nie budzi większych emocji. Wynika to z dosyć jednoznacznej polityki Unii Europejskiej. Regulacje kładą zatem nacisk na kierowanie do arbitrażu sporów już powstałych, a ewentualna klauzula arbitrażowa zawarta w umowie konsumenciej powinna zostać indywidualnie wynegocjowana z konsumentem¹³⁴. W polskiej praktyce sądowej niejednokrotnie wskazywano na jej potencjalną abuzywność¹³⁵. Najlepszym wyznacznikiem różnicy między polityką europejską a praktyką amerykańską jest dyrektywa w sprawie alternatywnych metod rozstrzygania sporów konsumenckich¹³⁶, implementowana do polskiego porządku prawnego ustawą z dnia 23 września 2016 r. o pozasądowym rozwiązywaniu sporów konsumenckich¹³⁷.

7. Arbitraż przeformalizowany

Jak wspomniano wyżej, powstanie amerykańskiego prawa arbitrażowego z *Federal Arbitration Act* z 1925 r. na czele było wynikiem m.in. lobbingu prawników, którzy w formalizacji arbitrażu dostrzegali szansę na zaistnienie na rynku wyspecjalizowanych sporów biznesowych, który dotychczas obywatel się zasadniczo bez ich usług. **Nowe regulacje prawne rzeczywiście ułatwiły prawnikom wejście do postępowań arbitrażowych i ich powolną transformację w stronę bardziej sformalizowaną.**

127 L. Theimer, *The End of Consumer Protection in the U.S.? – Mandatory Arbitration and Class Action Waivers*, "Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht" 83/4 (2019), s. 842.

128 M. Cudowska, *Prawa konsumenta w Polsce i USA – ujęcie komparatystyczne ze szczególnym uwzględnieniem procedur arbitrażowych*, [w:] *Umiędzynarodowienie krajowego obrotu prawnego*, t. 2, red. I. Kraśnicka, W. Hryniewicka-Filipkowska, Białystok 2017, s. 88.

129 A.J. Schmitz, *American Exceptionalism in Consumer Arbitration*, "Loyola University Chicago International Law Review" 10/1 (2012), s. 103. Podobnie J.R. Sternlight, [w:] E. Brunet et al., dz. cyt., s. 138.

130 Patrz zwłaszcza: J.R. Sternlight, *Creeping Mandatory Arbitration: Is it Just?*, "Stanford Law Review" 57/5 (2004-2005), s. 1631-1676; J.R. Sternlight, [w:] E. Brunet et al., dz. cyt., s. 141-151.

131 USSC: *Rent-A-Center, West, Inc. v. Jackson*, 561 U.S. 63 (2010).

132 USSC: *AT&T Mobility v. Concepcion*, 563 U.S. 333 (2011).

133 L. Theimer, dz. cyt., s. 842-843. Podobnie: M.A. Weston, *The Death of Class Arbitration after Concepcion?*, "Kansas Law Review" 60 (2012), s. 767-794.

134 M. Cudowska, dz. cyt., s. 85.

135 A. Torbus, *Ochrona konsumenta jako strony zapisu na zagraniczny sąd polubowny*, "Kwartalnik ADR" 2/6 (2009), s. 93-100; M. Pietraszewski, *Zapis na sąd polubowny jako klauzula abuzywna*, *Kwartalnik ADR* 2/10 (2010), s. 73-89.

136 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/11/UE w sprawie alternatywnych metod rozstrzygania sporów konsumenckich oraz zmiany rozporządzenia (WE) nr 2006/2004 i dyrektywy 2009/22/WE (Dz.Urz. UE L 165 z dnia 18 czerwca 2013 r., s. 63).

137 Dz. U. z 2016 r. poz. 1823.

W amerykańskiej mentalności do dziś obecne jest stereotypowe wyobrażenia arbitrażu jako „charakteryzującego się wyborem arbitra-eksperta, szybkością procedowania, nieformalną procedurą dowodową, brakiem możliwości odwołania do sądu, a także stosowaniem zasad słuszności zamiast norm prawnych”¹³⁸. Współcześnie jednak wśród amerykańskich postępowań arbitrażowych przeważają takie, które są oparte na ściśle określonych procedurach i w konsekwencji coraz bardziej przypominają postępowanie sądowe. Owa **proceduralna złożoność oznacza oczywiście, że mało który arbitraż może się dziś obejść bez prawników, jak również rosną same bezpośrednie koszty skorzystania z oferty danego sądu polubownego**. Nic więc dziwnego, że już od kilku lat taki właśnie dominujący model arbitrażu jest szeroko krytykowany w literaturze. Niektórzy autorzy wskazują, że arbitraż stał się po prostu „nowym postępowaniem sądowym” (*arbitration as a new litigation*)¹³⁹ lub stwierdzają wręcz, że arbitraż umiera nie tylko w Stanach Zjednoczonych, ale także w Europie czy znanych ośrodkach arbitrażu handlowego¹⁴⁰.

W zasadzie identyczne obserwacje czynią również autorzy polscy. „Przemianom uległo postępowanie arbitrażowe; staje się coraz częściej skomplikowane, sformalizowane, długotrwałe i przez to kosztowne” – pisze T. Ereciński. Dodaje również, że

„jest to efekt jurydyzacji postępowania arbitrażowego (np. postulat publikacji wyroków arbitrażowych), przenikania się różnych systemów procesowych oraz coraz silniejszego wpływu instytucji common law, zwłaszcza w postępowaniu dowodowym (pisemne zeznania świadków, specyficzne techniki przesłuchania świadków i biegłych, wydobywanie od strony przeciwnej dowodów w postaci tzw. discovery). Faworyzuje to z reguły strony silniejsze finansowo. Coraz częściej spotyka się nadużycie przez strony arbitrażu uprawnień procesowych (składanie nieuzasadnionych wniosków o wyłączenie arbitrów, zarzuty skierowane bezpośrednio przeciwko arbitrom, celowe mnożenie środków dowodowych). Z drugiej strony obserwuje się nadmiernie długie i skomplikowane uzasadnienia wyroków arbitrażowych, które służą raczej umocnieniu pozycji arbitra w środowisku niż rzeczywistym potrzebom”¹⁴¹.

Nic dziwnego zatem, że:

*„arbitraż zarówno krajowy, jak i międzynarodowy jest ostatnio przedmiotem krytyki ze strony części jego uczestników (w szczególności stron postępowania). Świadczy o tym również malejąca liczba spraw wpływających do instytucji arbitrażowych, i to nie tylko w Polsce. Ciągłe zwraca się uwagę, że **postępowanie arbitrażowe jest często zbyt przewlekłe, coraz bardziej teoretyczne i sformalizowane, zbyt kosztowne i mało efektywne** przez to, że strony chętnie korzystają z możliwości zaskarżenia postanowienia o stwierdzeniu wykonalności wyroku sądu arbitrażowego lub wniesienia skargi o uchYLENIE tego wyroku”¹⁴².*

Innymi słowy, zjawisko amerykańskie najwyraźniej (jak to często bywa, wszak Ameryka pozostaje globalnym hegemonem i trendsetterem) stało się ogólnodostępne i dotarło do Polski w zasadzie zanim arbitraż zdobył sobie należytą pozycję na naszym rynku rozwiązywania sporów.

138 E. Brunet, *Replacing Folklore Arbitration with a Contract Model of Arbitration*, "Tulane Law Review" 74/1 (1999), s. 40.

139 Th.J. Stipanowich, *Arbitration: The 'New Litigation'*, "University of Illinois Law Review" 1 (2010), s. 1-59.

140 J. Nolan-Haley, *Mediation: The New Arbitration*, "Harvard Negotiation Law Review" 17 (2012), s. 66-68.

141 T. Ereciński, *O kilku problemach działalności arbitrażu w Polsce*, „Studia Iuridica” 75 (2018), s. 61.

142 Tamże, s. 59.

8. Podsumowanie rozdziału

Przedstawione wyżej tezy na temat rozwoju ADR (w tym zwłaszcza arbitrażu) w Stanach Zjednoczonych podsumować można stwierdzeniem wskazanym już na wstępie: **ewolucja alternatywnych metod rozwiązywania sporów oraz ich popularność zależą w znacznej mierze od uwarunkowań historycznych i kulturowych**. W amerykańskiej tradycji obecne były w zasadzie od zawsze, a historia gospodarcza, polityczna i społeczna tego wielkiego kraju nie raz katalizowała ich rozwój, który był przede wszystkim oddolny. W ostatnich latach zaś widać postępujący kryzys arbitrażu, przejawiający się coraz większym sformalizowaniem i kosztownością, a zarazem narasta krytyka stosowania arbitrażu do rozwiązywania sporów, w których jedną ze stron można uznać za słabszą. Niezależnie od tego ADR jako całe zjawisko mają się jednak w Stanach Zjednoczonych bardzo dobrze, a ich codzienne zastosowanie dotyczy w zasadzie wszelkiego typu spraw, nie tylko biznesowych. Na ich popularność (i skuteczność) wpływa m.in. to, że są głęboko zakorzenione społecznie i funkcjonują na wszelkich poziomach organizacji obywatelskich, niejednokrotnie powstając oddolnie, nie tylko jako inicjatywy czysto biznesowe, ale bardzo często prospołeczne.

Mając na uwadze wskazane doświadczenia amerykańskie i zgadzając się z generalną tezą, że rozwój ADR jest z wielu powodów zjawiskiem pozytywnym, zwłaszcza dlatego, że odciąża sądownictwo państwowe, można sformułować kilka rekomendacji i wniosków dla polskich instytucji publicznych i organizacji społecznych:

- 1) Wszelkie działania zmierzające do popularyzacji ADR należy prowadzić ze świadomością, że **relatywnie niewielka ich popularność w Polsce jest wynikiem okoliczności historycznych, skutkiem których nie mogły one należycie wykształcić się i zakorzenić w polskim społeczeństwie, a okoliczności im sprzyjające (a wręcz umożliwiające ich istnienie) zaistniały i zaczęły oddziaływać dopiero trzydzieści lat temu**. Owe tło należy brać pod uwagę przy prowadzeniu działań promujących ADR, np. poprzedzając je dokładnymi badaniami socjologicznymi grup docelowych, pozwalających zidentyfikować stopień ich dotychczasowej wiedzy o ADR oraz potrzeby i bolączki związane z rozwiązywaniem sporów, którym metody alternatywne mogłyby wyjść naprzeciw.
- 2) Jako że rozliczne przykłady wskazują na kluczowe znaczenie samoorganizacji gospodarczej i społecznej dla rozwoju ADR, w kształtowanie inicjatyw z zakresu alternatywnego rozwiązywania sporów mogą w znacznym stopniu zaangażować się organizacje pozarządowe, zwłaszcza takie, które dzięki swojemu dorobkowi posiadają autorytet środowiskowy lub ogólnospołeczny. Ich oferta w tym zakresie mogłaby zostać sformułowana na zasadach mniej biznesowych niż w przypadku podmiotów świadczących tradycyjne usługi arbitrażowe. Podobne inicjatywy mogłyby również częściej niż obecnie być podejmowane przez gminy, zwłaszcza te, które cieszą się opinią jednostek przyjaznych rozwojowi biznesu i społeczeństwa obywatelskiego.
- 3) Z uwagi na powszechnie znany fakt, że większość Polaków cały czas deklaruje wiarę w Boga i pewne przywiązanie do wartości religijnych, organizacje społeczne zainteresowane rozwojem ADR powinny zainicjować konkretne działania celem lepszego zbadania potencjału kościołów i związków wyznaniowych. Można postarać się wykorzystać fakt, że doktryny wszystkich trzech religii monoteistycznych kładą nacisk na pojednanie zwaśnionych, jak również posiadają gotowe wzorce historyczne i współczesne, które można spróbować zaaplikować na szerszą skalę także w Polsce.

- 4) Unijny model uregulowania arbitrażu konsumenckiego wydaje się być lepszy od amerykańskiego z tego zasadniczego powodu, że nie naraża nikogo na ryzyko faktycznego zamknięcia drogi sądowej i nie generuje napięć społecznych. Szerokie promowanie stosowania w praktyce rozwiązań oferowanych przez przepisy ustawy o pozasądowym rozwiązywaniu sporów konsumenc- kich może wpłynąć na utrwalenie tego modelu i skoncentrowanie uwagi konsumentów na ADR, ukształtowanych według europejskiego modelu, dobrze zabezpieczającego interesy obu stron.
- 5) Jak już wskazano, na progres arbitrażu zawsze wpływał dodatnio rozwój technologiczny i idące za nim powstawanie nowych form działalności gospodarczej. Dlatego też **instytucje publiczne lub prywatne inicjujące i finansujące badania naukowe** powinny skupić swoją uwagę również na **potencjale rozwiązywania sporów tkwiących w nowych technologiach oraz na charakterze i treści sporów powstających w ramach funkcjonowania nowych branż w rozwijającej się gospodarce**. Odpowiednie zidentyfikowania zarówno tych potencjałów, jak i problemów, powinno pomóc w projektowaniu innowacyjnych narzędzi rozwiązywania sporów, dostosowanych do wymogów życia gospodarczego i społecznego.