

Adam Zienkiewicz¹

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

Collaborative law – praktyka prawnicza oparta na współpracy

1. Wprowadzenie

Głównym celem artykułu jest scharakteryzowanie założeń oryginalnej praktyki prawniczej opartej na współpracy, określanej zazwyczaj mianem *collaborative law*. Inne spotykane w zagranicznej literaturze przedmiotu jej nazwy to *collaborative practice*, *collaborative lawyering*, a także *collaborative divorce*, z uwagi na genezę i pierwotną popularność tej orientacji zwłaszcza podczas polubownego rozwiązywania sporów pomiędzy rozwodzącymi się małżonkami². Współcześnie praktyka *collaborative law* rozwija się w wielu krajach w różnorodnych sprawach cywilnych, nie tylko dotyczących sporów rodzinnych czy małżeńskich, ale także m.in. spraw gospodarczych, spadkowych, na tle błędów medycznych czy z zakresu prawa pracy³. W polskiej literaturze prawniczej orientacja *collaborative law* została ujęta przez Ewę Gmurzyńską jako „reprezentacja klienta oparta na współdziałaniu”, przy czym należy doprecyzować, że nie jest to wyłącznie praktyka w zakresie reprezentacji, ale również doradztwa, współdziałania z interdyscyplinarnym zespołem ekspertów, a w szczególności pomoc prawna w ramach specyficznych czteroosobowych negocjacji opartych na współpracy⁴. Stąd też autor niniejszego artykułu proponuje szersze określenie *collaborative law* – jako praktyki prawniczej opartej na współpracy, rozumianej zgodnie z tradycyjnym rozróżnieniem dwóch głównych funkcji prawników świadczących pomoc prawną na rzecz klienta, a dotyczących: 1) sfery reprezentacji w postępowaniach sądowych i pozasądowych (rola prawnika jako adwokata) lub 2) sfery doradztwa (rola prawnika jako doradcy), która w ramach *collaborative practice* niejednokrotnie wykracza poza obszar *stricte* prawny. Druga z tych sfer obejmuje też inne relewantne aspekty sprawy (m.in. jej wymiar moralny, komunikacyjny, relacyjny, społeczny), mające istotne znaczenie dla sytuacji życiowej klienta, jego najbliższych czy otoczenia społecznego⁵.

¹ Numer ORCID: 0000-0002-2824-7123. Adres e-mail: zienkiewicz.adam@wp.pl

² S. Daicoff, *Comprehensive Law Practice, Law as a Healing Profession*, Durham 2011, s. 171–172.

³ Por. S. Daicoff, *Comprehensive...*, s. 166, 180; E. Gmurzyńska, *Rola prawników w alternatywnych metodach rozwiązania sporów*, Warszawa 2014, s. 408, 436–440; J. Kim Wright, *Lawyers as Peacemakers. Practicing Holistic, Problem Solving Law*, Chicago 2010, s. 47.

⁴ E. Gmurzyńska, *Rola prawników...*, s. 407, 413.

⁵ Por. R. Sarkowicz, *Amerykańska etyka prawnicza*, Kraków 2004, s. 20–22. Jak wskazują Robert Cochran, John DiPippa i Martha Peters, wywiad (wysłuchanie) i doradztwo dokonywane przez prawników są jednym z najpowszechniejszych

Przyjmowane rozumienie fundamentalnego dla prowadzonych rozważań pojęcia współpracy odnoszone jest do jednego z podstawowych typów reakcji jednostek na konflikt: działania integracyjnego, zorientowanego na osiągnięcie przez strony sporu konsensusu albo kompromisu. Jest to reakcja stanowiąca istotną alternatywę dla postaw i zachowań skoncentrowanych wokół rywalizacji opartej na tzw. paradygmacie *win-lose solution*, czyli podporządkowania się jednej ze stron drugiej czy unikania dyskursu i tym samym rozwiązania konfliktu⁶. W konsekwencji pojęcie współpracy jest w szczególności sposobem powiązane z poziomem preferencji czynnika ważności relacji w sporze, który jest odnoszony do poziomu czynnika ważności jego wyniku (substancjalnego rezultatu). Zaangażowanie w przedmiotową stronę konfliktu (ważność wyniku) zazwyczaj wpływa na wzrost motywacji do inicjowania przez prawnika rywalizacyjnych (konfrontacyjnych) działań klienta/strony sporu w celu uzyskania przede wszystkim oczekiwanych rezultatów materialnych. Z kolei zrozumienie całokształtu konfliktu (w tym zwłaszcza jego emocjonalnego, etycznego czy społecznego podłoża) oraz spojrzenie na niego jako na specyficzną próbę odbudowania i utrzymania pozytywnych relacji motywuje do poszukiwania rozwiązań polubownych i konsensualnych, których podstawą jest właśnie współpraca stron⁷.

W celu bliższego scharakteryzowania głównych założeń praktyki prawniczej opartej na współpracy, zostaną przedstawione: istota pomocy prawnej świadczonej w ramach *collaborative law*, wybrane techniki analizowanej praktyki prawniczej oraz główne różnice i podobieństwa pomiędzy nią a mediacją. W podsumowaniu zostaną zidentyfikowane preferowane interdyscyplinarne kompetencje prawników świadczących pomoc prawną w ramach *collaborative law*, a także istotne kwestie (w tym dylematy) etyczne, które mogą się pojawić podczas *collaborative lawyering* oraz główne zalety takiej praktyki.

2. Istota praktyki prawniczej opartej na współpracy (*collaborative law*)

Podjmując się próby wskazania istoty praktyki prawniczej opartej na współpracy (*collaborative law*), mimo świadomości pewnych uproszczeń i możliwej odmienności poszczególnych postępowań, można zaryzykować stwierdzenie, że jest ona specyficznym sposobem reprezentacji i doradztwa świadzonego przez prawnika na rzecz własnego klienta (bez utraty z pola widzenia interesów i potrzeb drugiej strony sporu i najbliższego otoczenia społecznego) oraz pomocy podczas nietypowego dyskursu negocjacyjnego. Nietypowość tego dyskursu dotyczy w szczególności: 1) jego celów, wśród których znajduje się nie tylko polubowne rozwiązanie sporu poprzez ugodę, ale również poprawa komunikacji i relacji stron sporu; 2) katalogu uczestników, albowiem poza stronami sporu i ich prawnikami możliwy jest dodatkowo udział np. interdyscyplinarnego zespołu

zadań prawnika, stanowiąc fundament dla prawie wszystkich innych jego zadań zawodowych (np. w roli adwokata, negocjatora czy mediatora), a także podstawę w oparciu o którą klienci oceniają swoich prawników. Badania bowiem pokazują, że klienci opiniują prawników biorąc pod uwagę nie tyle ich umiejętności w zakresie reprezentacji prawnej czy nawet osiągnięte rezultaty, ale przede wszystkim ich zdolności nawiązywania odpowiednich relacji z klientem. R. Cochran, J. DiPippa, M. Peters, *The Counselor-At-Law: A Collaborative Approach to Client Interviewing and Counseling, Second Edition*, Nowy Jork 2006, s. 2. Na temat preferowanego przez autora holistycznego podejścia do doradztwa prawnego zob. A. Zienkiewicz, *Holizm prawniczy z perspektywy Comprehensive Law Movement. Studium teoretycznoprawne*, Warszawa 2018, s. 276–308.

⁶ Na temat porównania głównych typów reakcji na konflikt interpersonalny w postaci: rywalizacji, unikania, ustępowania, kompromisu i współpracy zob. A. Kalisz, A. Zienkiewicz, *Mediacja sądowa i pozasądowa. Zarys wykładu*, Warszawa 2014, s. 20–21.

⁷ A. Kalisz, A. Zienkiewicz, *Mediacja...*

ekspertów; 3) zadań prawników realizowanych w oparciu o swoistą współpracę i interdyscyplinarne kompetencje. Odmienności odnoszą się też do: 4) zasad wynikających z postanowień czterostronnej umowy, zawieranej przez strony sporu i ich przebiegu dotyczących m.in. tzw. klauzuli wyłączającej, przebiegu bezpośrednich spotkań czterostronnych czy udziału ekspertów i innych podmiotów zainteresowanych opaniem sporu. Różnice dotyczą wreszcie: 5) etapów dyskursu negocyjacyjnego i ich przebiegu oraz 6) ograniczeń, gdyż prawnicy stron mogą świadczyć pomoc jedynie na etapie przedprocesowym, bez możliwości dalszego reprezentowania czy doradztwa klientowi w sytuacji skierowania sprawy do postępowania mediacyjnego, arbitrażowego czy sądowego⁸.

Podejście *collaborative law* zostało zatem ufundowane na koncepcji polubownego, prospektywnego i wieloaspektowego rozwiązywania sporów na podstawie tzw. paradygmatu *win-win solution*, dotyczącego niejednokrotnie nie tylko stron konfliktu, ale również innych zainteresowanych jego konstruktywnym opaniem podmiotów (np. podczas rozwiązywania sporów małżeńskich na tle wykonywania władzy rodzicielskiej, angażujących interes każdego z małżonków, dobro dziecka oraz interes społeczny). Cele *collaborative practice* są realizowane w drodze integracyjnych negocjacji stron, z udziałem ich interdyscyplinarnie przygotowanych i odpowiednio zmotywowanych prawników. Odbywają się one w razie potrzeby przy dodatkowym udziale innych ekspertów, np. psychologa, terapeuty rodzinnego, pedagoga, księgowego czy pracownika socjalnego, pomagających opanować również istotne pozaprawne aspekty konfliktu, tworzących interdyscyplinarny zespół współdziałających neutralnych ekspertów (tzw. *collaborative team*, *interdisciplinary team* lub *neutral experts*)⁹.

Na specyfikę negocjacji prowadzonych w ramach praktyki *collaborative law* wpływa przynajmniej kilka poniższych kwestii.

Pierwszą z nich jest czterostronna umowa pisemna zawierana przez prawników i klientów określająca istotne zasady prowadzenia negocjacji, na mocy której w sytuacji, gdy rokowania stron nie doprowadzą do zawarcia porozumienia pomoc dotychczasowych prawników w opianiu sporu zostaje zakończona. Tym samym *collaborative lawyers* zobowiązują się do tego, że nie będą świadczyli usług doradztwa ani reprezentacji którejkolwiek ze stron na etapie sądowym (tzw. klauzula wyłączająca z procesowej pomocy prawnej, określana w literaturze zagranicznej jako *disqualification agreement*, *withdrawal provision* lub *collaborative commitment feature*)¹⁰. W założeniu orientacji *collaborative law* ma to wpływać na pełne zaangażowanie i kreatywność prawników w negocjacjach, przy braku demotywującej perspektywy potencjalnego, wyższego czy dodatkowego zarobku prawnika na etapie postępowania sądowego, gdy negocjacje zakończą się niepowodzeniem. Zwolennicy *collaborative law* podkreślają, że w takiej sytuacji na osiągnięciu porozumienia istotnie zależy czterem podmiotom, tj. zarówno stronom, jak i ich prawnikom¹¹. Jednocześnie niweluje to zjawisko tzw. zwycięstwa praw-

⁸ Szerzej na temat praktyki prawniczej w ramach *collaborative law* zob. np. P. Tesler, *Collaborative Law: What is it and Why Lawyers Need to Know About It*, w: D. Stolle, D. Wexler, B. Winick (red.), *Practicing Therapeutic Jurisprudence. Law as a Healing Profession*, Durham 2000, s. 187–205; P. Tesler, *Collaborative Law: Practicing Without Armor, Practicing With Heart*, w: M. Silver (red.), *The Affective Assistance of Counsel. Practicing Law as Healing Profession*, Durham 2007, s. 259–277; P. Tesler, *Collaborative Law. Achieving Effective Resolution in Divorce without Litigation*, wyd. 2, Chicago 2008. Por. również wcześniejsze ustalenia autora w: A. Zienkiewicz, *Holizm...*, s. 94–99.

⁹ S. Daicoff, *Comprehensive...*, s. 172; J. Kim Wright, *Lawyers...*, s. 47–48.

¹⁰ S. Daicoff, *Comprehensive...*, s. 173; P. Tesler, *Collaborative Law...*, s. 6; E. Gmurzyńska, *Rola prawników...*, s. 46–417, 412–424.

¹¹ S. Daicoff, *Afterword: The Role of Therapeutic Jurisprudence Within Comprehensive Law Movement*, w: D. Stolle, D. Wexler, B. Winick (red.), *Practicing...*, s. 480.

ników w klasycznych negocjacjach, nawet w sytuacji gdy nie udało im się doprowadzić klientów do zawarcia ugody, gdyż przed prawnikami otwiera się perspektywa dalszego zarobkowania na etapie procesu sądowego¹².

Po drugie, rokowania w ramach praktyki *collaborative* są oparte na współpracy stron i ich prawników wykorzystującej strategię i techniki integracyjne oraz część zasad charakterystycznych dla mediacji, zwłaszcza takich jak prowadzenie dyskursu uczciwie i w dobrej wierze (tj. bez naruszenia dobrych obyczajów, ze zdolnością do ustępstw) oraz w celu zaspokojenia wieloaspektowych interesów i potrzeb obydwu stron i ich najbliższych poprzez zawarcie realnej do spełnienia, wzajemnie akceptowalnej i korzystnej ugody. W ramach rokowań ma się też unikać powodowania cierpienia lub szkody którejkolwiek ze stron czy członków ich najbliższego otoczenia społecznego¹³. W umowie czterostronnej może się pojawić również wiele innych, mniej albo bardziej szczegółowych regulacji, dotyczących m.in.: poufności postępowania, zapewnienia bezpiecznego klimatu i alokacji czasoprzestrzennej dla szczerych rozmów opartych na wieloaspektowych interesach i potrzebach stron, niewykorzystywania pomyłek czy błędów drugiej strony podczas negocjacji na swoją korzyść, respektowania i poszanowania poglądów drugiej strony (zasada szacunku), wspólnego wyboru ekspertów, a także prowadzenia konstruktywnych i kreatywnych negocjacji w celu zawarcia ugody. Ponadto, kontrakt określający formułę praktyki *collaborative lawyering* w danej sprawie może przewidywać postanowienia określające reguły monitorowania przez prawników przestrzegania ustalonych zasad przez własnych klientów, a także tryb wyłączenia się prawnika ze sprawy w sytuacji ich naruszania.

Po trzecie, analizowana praktyka negocjacyjna – co do zasady – jest oparta na czteroosobowych sesjach wspólnych oraz sześciokanałowej komunikacji dwustronnej lub wielostronnej jej uczestników (tj. przynajmniej wyjściowo stron i ich prawników, chyba że do dyskursu włączeni zostaną jeszcze eksperci)¹⁴. Pomimo paradygmatycznej dla *collaborative law* wspólnej sesji negocjacyjnej, w razie potrzeby prawnicy mogą pracować również indywidualnie z klientami, opóźniając spotkanie bezpośrednie stron, zwłaszcza gdy istnieje poważne ryzyko, że ich problemy emocjonalne czy relacyjne mogą na aktualnym etapie sporu spowodować jego eskalację lub niemożliwy do przezwyciężenia impas w negocjacjach¹⁵.

Po czwarte, skład osobowy uczestników postępowania prowadzonego w oparciu na założeniach *collaborative law* może zostać w razie potrzeby odpowiednio rozbudowywany o osobę neutralnego eksperta bądź o grupę takich ekspertów tworzącą tzw. *interdisciplinary team*. Takie podmioty włączone w dyskurs stron i ich prawników nie posiadają władzy decyzyjnej charakterystycznej dla sędziego czy arbitra. Spełniają one przede wszystkim funkcje: diagnostyczną, prognostyczną lub doradczą. Nie są traktowane jak typowi biegli sądowi, ale raczej jak obiektywne podmioty przede wszystkim służące pomocą w oponowaniu sporu w zależności od potrzeb i posiadanych kompetencji np. w jego aspekcie psychologicznym, relacyjnym, ekonomicznym czy socjalno-bytowym¹⁶. W sytuacji braku

¹² S. Daicoff, *Afterword...* Por. S. Daicoff, *Comprehensive...*, s. 166.

¹³ J. Kim Wright, *Lawyers...*, s. 47; S. Daicoff, *Comprehensive...*, s. 166. Na temat różnic pomiędzy negocjacjami rywalizacyjnymi (konfrontacyjnymi, pozycyjnymi) a negocjacjami kooperacyjnymi (integracyjnymi) zob. np. A. Kalisz, A. Zienkiewicz, *Połudowne rozwiązywanie konfliktów w pomocy społecznej. Komunikacja, psychologia konfliktów, negocjacje i mediacje socjalne*, Sosnowiec 2015, s. 87–94. Szerzej na temat zasad mediacji zob. np. A. Zienkiewicz, *Studium mediacji. Od teorii ku praktyce*, Warszawa 2007, s. 137–150. Por. P. Tesler, *Collaborative Law. Achieving...*, s. 129–154.

¹⁴ S. Daicoff, *Comprehensive...*, s. 176.

¹⁵ Por. S. Daicoff, *Comprehensive...*, s. 166.

¹⁶ Szerzej na temat współpracy prawnika z *collaborative team* w ramach różnych typów spraw i gałęzi prawa zob. S. Gutterman, *Collaborative Law. A New Model of Dispute Resolution*, Denver 2004, s. 97–244, 435–443.

zawarcia ugody w negocjacjach i przeniesienia sporu na forum sądowe eksperci biorący udział w *interdisciplinary team* są zazwyczaj wyłączeni z możliwości zeznawania przed sądem w charakterze świadków czy biegłych¹⁷.

Po piąte, komunikacja stron, prawników oraz ekspertów podczas spotkań w formule *collaborative law* jest prowadzona bez wywierania presji czy wręcz grożenia perspektywą procesu sądowego (co się z kolei zdarza np. podczas negocjacji rywalizacyjnych czy mediacji ewaluatywnej).

Po szóste, praktyka *collaborative* zakłada prowadzenie rokowań w oparciu na budowaniu zaufania i bezpieczeństwa, m.in. poprzez bazowanie na rzetelnym materiale dowodowym oraz przekazywanie przez wszystkich uczestników dyskursu prawdziwych informacji. Postanowienia umowy o przeprowadzenie negocjacji w ramach *collaborative law* mogą wprowadzić dodatkowy obowiązek wyłączenia danego prawnika lub całkowitego zakończenie negocjacji w sytuacji, gdyby doszło z jego strony czy osoby klienta do działania w złą wiarę, naruszenia reguł współdziałania, posłużenia się kłamstwem czy zatajenia istotnych faktów¹⁸.

Konstytutywną cechą praktyki prawniczej opartej na współpracy w ramach *collaborative practice* jest tzw. klauzula wyłączająca prawników stron z dalszej, zwłaszcza procesowej pomocy prawnej. Na mocy czterostronnej umowy pisemnej zawieranej przez prawników i klientów określającej istotne zasady prowadzenia negocjacji, w sytuacji gdy rokowania nie doprowadzą do zawarcia ugody, pomoc tych prawników w opanowaniu sporu kończy się, ograniczając się tym samym jedynie do etapu przedsądowego. *Collaborative lawyers* zobowiązują się do tego, że nie będą świadczyli doradztwa ani reprezentacji którejkolwiek ze stron na etapie sądowym. Klauzula wyłączająca może zostać rozszerzona także na postępowanie arbitrażowe i mediacyjne. W praktyce *collaborative law* spotykane są również ograniczenia przedmiotowe. Przykładowo, w umowie może się pojawić zobowiązanie, że żaden z uczestników rokowań przed ich zakończeniem nie złoży dokumentów inicjujących postępowanie sądowe (ewentualnie z wyjątkiem sytuacji związanych z zachowaniem istotnych terminów ustawowych np. dotyczących przedawnienia roszczeń). Ponadto w umowie można ustalić, że pomiędzy zakończeniem negocjacji w ramach *collaborative law* a złożeniem pozwu do sądu musi upłynąć określony czas, który strony przeznaczą jeszcze na przemyślenie dodatkowych możliwości polubownego opanowania sporu czy pozbycie się negatywnych emocji w celu przełamania istniejącego impasu. Innym, nietypowym dla *collaborative practice*, rozwiązaniem może być przyjęcie przez strony zobowiązania, że po nieudanych negocjacjach a przed złożeniem pisma inicjującego postępowanie sądowe strony skorzystają z pomocy mediatora. W zależności od woli stron i ich prawników podczas mediacji jest możliwe kontynuowanie pomocy prawnej przez dotychczasowe podmioty.

3. Wybrane techniki praktyki prawniczej opartej na współpracy

W oparciu na literaturze przedmiotu i doświadczeniach praktycznych zostaną tu przedstawione wybrane techniki *collaborative lawyering*, które należy odnosić odpowiednio do czterech głównych wymiarów, tj. podejścia prawnika do siebie, klienta, drugiej strony i jej prawnika oraz dyskursu negocjacyjnego¹⁹. Do katalogu właściwości charakteryzu-

¹⁷ P. Tesler, *Collaborative Law. Achieving...*, s. 112.

¹⁸ P. Tesler, *Collaborative Law. Achieving...*, s. 144; S. Daicoff, *Comprehensive...*, s. 184.

¹⁹ Por. modelowe zestawienie *adversarial lawyers* i *collaborative lawyers* przedstawione w czterech tabelach przez P. Tesler w: P. Tesler, *Collaborative Law. Achieving...*, s. 38–48. Por. też S. Daicoff, *Afterword...*, s. 484–485.

jących praktykę prawniczą opartą na współpracy należy w szczególności zaliczyć: 1) realizowanie zadań zawodowych przez prawnika, w formule tzw. szerokiego doradcy (*wide counsellor*), wykorzystującego interdyscyplinarne umiejętności zarządzania konfliktem, wieloaspektowego diagnozowania sporu oraz integracyjnego prowadzenia negocjacji; 2) dostrzeganie przez prawnika uwarunkowań, potrzeb, interesów, celów, priorytetów czy obaw nie tylko własnego klienta, ale również drugiej strony sporu; 3) zachęcanie klienta do zrozumienia własnego położenia prawnego, przy jednoczesnym traktowaniu kwestii prawnych sprawy jedynie jako podzbioru jego szerszej sytuacji życiowej; 4) ujmowanie spotkania z klientem jako sytuacji, podczas której dochodzi do synergii myśli, emocji i percepcji zmysłowych; 5) dominację w trakcie komunikacji pytań otwartych w celu ustalenia relewantnych prawnie faktów, emocji, celów, potrzeb, interesów, priorytetów i obaw obydwu stron sporu; 6) postrzeganie emocji i uczuć klienta oraz drugiej strony jako istotnych dla procesu rozwiązania sporu, które należy poznać, zrozumieć i odpowiednio nimi zarządzać; 7) troskę prawnika o emocjonalny i psychofizyczny komfort klienta; 8) dopuszczenie przez prawnika możliwości, że klient prezentuje skrajnie subiektywną wersję stanu faktycznego („koloryzuje fakty”); 9) zachęcanie klienta do podjęcia próby zrozumienia drugiej strony i traktowania się z szacunkiem; 10) rekomendowanie przyjęcia odpowiedzialności za swoje postawy i zachowania przez każdą ze stron sporu; 11) doradzanie i pomagania klientowi w obiektywnej ocenie sytuacji oraz adekwatnym formułowaniu własnych roszczeń i oczekiwań; 12) odseparowanie prawdziwych interesów klienta od jego impulsywnych reakcji o podłożu emocjonalnym; 13) wzmacnianie współodczuwania, empatii i właściwego samopoznania; 14) prezentowanie przez prawnika klientowi opcji zastosowania różnych strategii i technik negocjacyjnych oraz prawnych w sprawie w celu wspólnego wyboru i ustalenia szczegółów ich aplikowania; 15) otwarcie prawnika na współpracę z innymi ekspertami, którzy mogliby pomóc osiągnąć optymalny dla klienta wieloaspektowy rezultat w sprawie (*interdisciplinary team*); 16) postrzeganie przeprosin oraz przebaczenia jako instytucji pomocnych w konsensualnym rozwiązywaniu sporów; 17) traktowanie prawnika drugiej strony sporu jako współuczestnika poszukującego rozwiązania problemu, a konfliktu z nim jako zjawiska kontrproduktywnego; 18) preferowanie aktywnego udziału klienta na każdym etapie negocjacji w celu osiągnięcia porozumienia stron; 19) traktowanie procesu sądowego jako ostatecznej formy rozstrzygnięcia sporów (tzw. *last resort*).

Dopełniając powyższe zestawienie, warto w tym miejscu przynajmniej zasygnalizować, że prawnik prowadzący analizowaną praktykę prawniczą opartą na współpracy, poszukując optymalnych formuł współpracy na linii prawnik–klient w ramach *continuum* różnych ich wariantów może sobie pozwolić na ujawnianie własnych przekonań i hierarchii wartości oraz zintegrowanie internalizowanych wartości i norm moralnych z postawami w pracy zawodowej²⁰. Jeżeli istotną kategorię działań prawnika w ramach *collaborative law* stanowić ma autentyczność i integralność moralna oraz zawodowa, to powinien on bazować przede wszystkim na tzw. modelach etycznych²¹, w szczególności takich jak:

- 1) model *wise counseler* wprowadzający rozważanie aspektów moralnych sprawy podczas doradztwa i reprezentacji przez prawnika, nawet jeżeli jest to niewygodne dla klienta, pozostawiając mu jednak ostateczną decyzję wobec podejmowanych

²⁰ Por. rozważania autora na temat integralności moralnej i zawodowej, satysfakcji zawodowej i profesjonalizmu prawników, świadczących zwłaszcza holistyczną pomoc prawną. A. Zienkiewicz, *Holizm...*, s. 194–203.

²¹ Zob. R. Atkinson, *A Dissenter's Commentary on the Professionalism Crusade*, „Texas Law Review” 1995/2, s. 259, 302–320.

- czynności w sprawie z ryzykiem zakończenia współpracy z prawnikiem, jeżeli jest to dla niego nie do przyjęcia²²;
- 2) model *moral lawyering* zakładający uwzględnianie podczas doradztwa i reprezentacji klienta osobistych przekonań, wartości, zasad moralnych czy uczuć żywionych przez prawnika, który badając sprawę i proponując sposoby postępowania, dokonuje ich oceny nie tylko przez pryzmat prawa, ale również moralności, słuszności, celowości czy satysfakcji; w efekcie redukuje to ryzyko konfliktów pomiędzy rolą prawnika a jego moralnością indywidualną zwiększając szanse prawnika na osiągnięcie satysfakcji zawodowej i osobistej²³;
 - 3) model *lawyering with an ethic of care* akcentujący zasadność uwzględniania w procesie decyzyjnym ludzkich uczuć, potrzeb, emocji, wartości oraz wzmacniania harmonii i pozytywnych relacji interpersonalnych, przy jednoczesnym unikaniu wyrażania innym krzywdy²⁴.

4. Główne podobieństwa i różnice pomiędzy *collaborative law* a mediacją

Praktyka prawnicza oparta na współpracy posiada zarówno istotne podobieństwa, jak i odmienności w stosunku do postępowania mediacyjnego²⁵.

Identyfikując główne podobieństwa pomiędzy analizowanymi instytucjami należy stwierdzić, że w obu przypadkach mamy do czynienia ze specyficznymi negocjacjami, których celem nie jest wyłącznie zawarcie porozumienia, ale również likwidacja przyczyn i negatywnych skutków sporu, poprawa komunikacji i relacji pomiędzy skonfliktowanymi stronami, a czasami także odbudowanie podstaw ich współpracy, a nawet doprowadzenie do przeprosin, przebaczenia i pojednania się. Powyższe aspekty wskazują na perspektywny charakter prowadzonych postępowań oraz ich wspólne ufundowanie na tzw. paradygmacie *win-win solution*. Widoczna jest również zbieżność wielu zasad regulujących dyskurs podczas negocjacji i mediacji takich jak: poufność, dobra wiara, autonomia konfliktu czy oparcie komunikacji na szczerości, otwartości i wzajemnym szacunku. Oba postępowania łączy też to, że w sytuacji ich powodzenia opanowują i kończą spór przez zawarcie realnego, wzajemnie akceptowalnego i korzystnego porozumienia, co pozwala stronom zaoszczędzić czas oraz zmniejszyć koszty finansowe i emocjonalne, które prawdopodobnie wiązałyby się z postępowaniem sądowym.

Collaborative practice odróżnia od mediacji w sposób ewidentny brak uczestnictwa w dyskursie negocyjnym bezstronnego i neutralnego mediatora, który pośredniczy w komunikacji między stronami i ich prawnikami, próbując pomóc stronom w osiągnięciu porozumienia. Niemniej *collaborative lawyers* działając w interesie klienta powinni mieć odpowiednio na uwadze również interes drugiej strony, a także otoczenia społecznego. Podczas mediacji pośrednik opiekuje się komunikacją stron, wspomaga ich negocjacje, nie może jednak doradzać stronie, co z kolei jest domeną prawników w ramach *collaborative law*. Postępowanie mediacyjne toczy się w ramach wspólnych sesji stron bądź na sesjach odrębnych, w połączeniu z kursowaniem mediatora pomiędzy stronami. Paradygmatyczne dla negocjacji kooperacyjnych są natomiast wspólne czteroosobowe sesje stron z udziałem ich prawników, a czasami również z udziałem eksperta bądź grupy

²² S. Daicoff, *Comprehensive...*, s. 21–22.

²³ S. Daicoff, *Comprehensive...*, s. 18–20.

²⁴ S. Daicoff, *Comprehensive...*, s. 20–21.

²⁵ Por. S. Gutterman, *Collaborative...*, s. 17–21; E. Gmurzyńska, *Rola prawników...*, s. 440–449.

ekspertów, co znacznie rzadziej spotykane jest w dyskursie mediacyjnym. W trakcie sesji wspólnych lub odrębnych w mediacji pośrednik niejednokrotnie spotyka się wyłącznie ze stronami sporu, bez udziału prawników.

Istotną różnicę pomiędzy analizowanymi instytucjami stanowi ponadto zakaz wywierania presji czy groźenia postępowaniem sądowym w toku negocjacji prowadzonych na zasadach *collaborative law*. W ramach postępowania mediacyjnego, zwłaszcza przy stosowaniu przez mediatora strategii ewaluatywnej, strony przynajmniej na sesjach odrębnych prowadzą dyskurs m.in. przez pryzmat przewidywanych skutków ewentualnego postępowania sądowego. Natomiast obawa stron przed przegraniem sprawy w sądzie, znacznym zaangażowaniem czasowym czy poniesieniem kosztów finansowych lub emocjonalnych, stanowi niejednokrotnie tzw. negatywną motywację do czynienia ustępstw czy zawarcia porozumienia przed mediatorem²⁶.

Wreszcie jako istotną różnicę pomiędzy mediacją a *collaborative practice* należy wskazać to, że prawnicy stron wspomagający mniej albo bardziej aktywnie swoich klientów w dyskursie mediacyjnym mogą reprezentować lub doradzać im następnie w postępowaniu sądowym, co jest wprost zakazane w ramach *collaborative law*²⁷.

5. Podsumowanie

Na zakończenie rozważań należy podkreślić preferowany szeroki zakres kompetencyjny prawników, którzy podejmują się pomocy prawnej w ramach *collaborative law* oraz zwrócić uwagę na istotne kwestie (w tym dylematy) etyczne, które mogą się pojawić podczas *collaborative lawyering*. Ponadto, warto wskazać na główne zalety analizowanej praktyki, które przemawiają za jej szerszym stosowaniem również w polskiej rzeczywistości społeczno-prawnej.

W związku ze specyfiką, w tym wieloaspektowymi celami *collaborative law*, jest pożądana interdyscyplinarność kompetencyjna prawników charakterystyczna dla sformułowanej przez autora koncepcji holistycznych postaw w praktyce prawniczej (typu elementarnego, szerokiego bądź transformatywnego)²⁸. Stąd poza biegłością prawniczą *collaborative lawyers* powinni dysponować dodatkową wiedzą i umiejętnościami w szczególności w zakresie: teorii i praktyki negocjacji, pracy w zespole, komunikacji werbalnej i niewerbalnej, psychologii, socjologii, ekonomii czy pedagogiki. W razie takiej potrzeby powinni posiadać również kierunkowe kompetencje szczegółowe dotyczące np.: problematyki uzależnień, zapobiegania przemocy, aktywizacji zawodowej czy współpracy z eksperta-

²⁶ Szerzej na temat różnych strategii mediacyjnych, w tym mediacji ewaluatywnej, zob. A. Zienkiewicz, *Różnorodny paradygmat mediacji – odpowiedź na wielocelowość dyskursu mediacyjnego*, „Kwartalnik ADR. Arbitraż i Mediacja” 2008/2, s. 61–77.

²⁷ Prawnik może pełnić w mediacji różne role, w szczególności: 1) rolę pełnomocnika strony obecnego wraz z nią na sesjach mediacyjnych (udział niejako „obok” strony, w zależności od przyjętej formuły prawnik ma pozycję dominującą, równorzędną lub pomocniczą); 2) rolę pełnomocnika strony nieobecnej na sesjach mediacyjnych (obecność „zamiast” strony sporu); 3) rolę „cichego doradcy” strony obecnego na sesjach mediacyjnych jednak bez zabierania głosu w dyskursie (prawnik nie ma żadnego bezpośredniego wpływu na jego przebieg – nie występuje bowiem ani „obok”, ani tym bardziej „zamiast” strony, ma jednak najpełniejszą możliwość wyrobienia sobie opinii nie tylko o przedmiotowej, ale i podmiotowej stronie sporu, co poszerza jego możliwości doradcze); 4) rolę doradcy strony poza sesjami mediacyjnymi (bez osobistego udziału w sesjach mediacyjnych); 5) rolę niezależnego eksperta w postępowaniu mediacyjnym (prawnik jest podmiotem niezwiązanym z żadną ze stron ani też z osobą mediatora, a jego faktyczna rola jest zbliżona do pozycji niezależnego biegłego); 6) rolę reprezentanta strony w postępowaniu postmediacyjnym zależną od wyniku mediacji. Szerzej na temat różnych ról prawników w mediacji w: A. Kalisz, A. Zienkiewicz, *Prawnik w mediacji*, „Kwartalnik ADR Arbitraż i Mediacja” 2013/2, s. 35–55.

²⁸ Na temat sformułowanej przez autora koncepcji holistycznego prawnika, w tym jego ról, kompetencji oraz głównych rodzajów postaw w praktyce prawniczej w: A. Zienkiewicz, *Holizm...*, s. 177–247.

mi z różnych dziedzin. Prawnicy zajmujący się *collaborative practice* powinni potrafić wieloaspektowo diagnozować przyczyny, etap i stopień eskalacji konkretnego sporu oraz interesy, potrzeby i uwarunkowania jego stron. W miarę możliwości (z uwzględnieniem woli i stopnia współpracy stron) powinni też koncentrować się nie tylko na ich interesach w wymiarze ekonomiczno-prawnym (tzw. *legal needs*), ale również w szerszym, bardziej humanistycznym znaczeniu dotyczącym sfery psychicznej, emocjonalnej, komunikacyjnej, relacyjnej, etycznej czy społecznej stron (tzw. *human needs*)²⁹.

Dla nawiązania efektywnej współpracy istotne staje się również dostrzeganie przez prawników tzw. *rights plus*, które trzeba mieć na uwadze rozwiązując problemy relewantne prawnie, mimo że nie są one ustanowionymi przez ustawę albo umowę uprawnieniami czy obowiązkami stron(y). Do katalogu *rights plus* należą bowiem indywidualnie ustalane dla każdego klienta czy strony sporu związane ze sprawą emocje, uczucia, potrzeby, cele, zasoby, relacje, wartości, moralność oraz zdrowie psychiczne i fizyczne (a dla niektórych nawet stan duchowy)³⁰. W tym kontekście prawnik zyskuje dodatkowe, nietypowe zadania, które są realizowane samodzielnie bądź w ramach *collaborative team*. Prawnik zatem sam nie musi być dyplomowanym specjalistą w dodatkowej, relewantnej dla danej sprawy dziedzinie, ale powinien zdawać sobie sprawę z istotnych aspektów wykraczających poza sferę *stricte* prawną każdego sporu, a zwłaszcza posiadać wysokie kompetencje komunikacyjne, relacyjne oraz inteligencję emocjonalną w zakresie zdolności rozpoznawania stanów emocjonalnych własnych i innych osób, jak też umiejętności opanowywania własnych emocji oraz radzenia sobie ze stanami emocjonalnymi innych³¹.

Idealistyczne założenia analizowanej praktyki prawniczej opartej na współpracy skłaniają również do refleksji dotyczącej etyki zawodowej, bowiem *collaborative lawyer* pełni specyficzną rolę, która jest „zawieszona” pomiędzy rolą tradycyjnego adwokata (reprezentanta) czy doradcy strony a rolą neutralnego mediatora. Przy czym cały czas zachowuje on funkcję pełnomocnika strony, który podejmuje się współdziałania ze swoim klientem, drugą stroną i jej prawnikiem w szeroko postrzeganym interesie swojego klienta. Ten ostatni posiada co najmniej równorzędną pozycję w negocjacjach z prawnikami oraz tzw. autonomię konfliktu, tj. władzę decyzyjną w sporze³². *Collaborative practice* istotnie odmienna od typowej tzw. gorliwej reprezentacji (*zealous advocacy*) zasługuje na uznanie za etyczną, jeżeli opiera się na rzetelnym poinformowaniu klientów o jej wieloaspektowych celach, zasadach, charakterze, a także jej zaletach i ograniczeniach. Powinno to zostać następnie dobrowolnie przyjęte przez uczestników umowy czterostronnej wraz ze zobowiązaniem się do przestrzegania wszystkich uzgodnionych w niej postanowień, określających sposób prowadzenia praktyki prawniczej opartej na współpracy. Zawarta umowa nie powinna przy tym kolidować z bezwzględnie wiążącymi przepisami prawa, zasadami współżycia społecznego oraz obowiązkami wynikającymi z relewantnych norm etyki zawodowej. W trakcie konkretnego postępowania

²⁹ Na temat podobieństwa kompetencji *collaborative lawyers* i mediatorów zob. np. E. Gmurzyńska, *Rola prawników...*, s. 415.

³⁰ Pojęcie *rights plus* przyjmują za: P. Tesler oraz S. Daicoff. Zob. S. Daicoff, *Comprehensive...*, s. 55.

³¹ W ramach takiego podejścia prawnik może zwracać uwagę klienta nawet na rodzaj myśli, które prawdopodobnie generują wydzielanie adrenaliny/kortyzolu, i te, które generują obecność endorfiny oraz na oddziaływanie wskazanych procesów na jego stan psychofizyczny. Por. B. Winick, *Redefining the Role of the Criminal Defense Lawyer at Plea Bargaining and Sentencing: A Therapeutic Jurisprudence/Preventive Law Model*, w: D. Stolle, D. Wexler, B. Winick (red.), *Practicing...*, s. 253.

³² Por. E. Gmurzyńska, *Rola prawników...*, s. 441–444.

mogą się niejednokrotnie pojawić istotne dylematy co do odpowiedniego realizowania przez prawników obowiązku reprezentacji i doradztwa, zwłaszcza w interesie własnego klienta, w kontekście pożądanego w ramach *collaborative law* nietracenia z pola widzenia czy odpowiedniego wyważania również interesu drugiej strony oraz otoczenia społecznego. Odpowiednie pogodzenie w ramach *collaborative practice* interesów kilku podmiotów może się z pewnością w niektórych sprawach okazać zadaniem bardzo trudnym do realizacji i skutkować nie tylko brakiem osiągnięcia wzajemnie akceptowalnej i korzystnej ugody przez strony sporu, ale także czasami prowadzić do rezygnacji prawnika z pomocy prawnej lub jego wykluczenia z negocjacji bądź ich przerwania z inicjatywy niezadowolonego klienta.

Wśród głównych zalet praktykowania w ramach *collaborative law* można wymienić: oszczędność czasu i kosztów stron, ich satysfakcję psychologiczną wynikającą z wykorzystywania podczas negocjacji założeń *procedural justice*³³, poufność postępowania, a także jego pozytywny wpływ na relacje interpersonalne stron. Ponadto, należy wskazać na osiąganie dzięki integracyjnym negocjacjom porozumień, które są perspektywne, zazwyczaj korzystniejsze niż wyrok sądowy, faktycznie możliwe do realizacji, a przy tym uwzględniają także potrzeby i interesy otoczenia rodzinnego i społecznego stron³⁴. Akcentowana jest również wieloaspektowość podejścia *collaborative lawyers*, którzy podczas udzielania pomocy klientom koncentrują się nie tylko na prawnych aspektach sporu, ale rozważają też moralne, komunikacyjne, relacyjne czy psychologiczne wymiary sprawy, stawiając na wzmacnianie współpracy interpersonalnej stron konfliktów w celu przywracania harmonii i pokoju społecznego, co przemawia za rozważeniem szerszego stosowania *collaborative practice* także w polskiej rzeczywistości społeczno-prawnej³⁵.

Collaborative Law: Legal Practice Based on Cooperation

Abstract: The main aim of the paper is to characterize the assumptions of the original legal practice based on cooperation, usually referred to as collaborative law. In order to achieve this goal, the author considers the following issues: 1) the essence, principles and limitations of collaborative law; 2) selected features of collaborative practice; 3) the main differences and similarities between collaborative law and mediation. The conclusion of the article identifies the preferred competences of lawyers who practice collaborative law, the main advantages of such practice, and the important ethical issues (including dilemmas) that may arise during collaborative lawyering.

Keywords: collaborative law, collaborative practice, alternative dispute resolution

³³ Szerzej na temat założeń orientacji *procedural justice* zob. np. A. Zienkiewicz, *Holizm...*, s. 75–78.

³⁴ S. Daicoff, *Comprehensive...*, s. 178–182.

³⁵ S. Daicoff, *Comprehensive...*, s. 186. Por. również A. Zienkiewicz, *Prawnik jako peacemaker – przeprosiny, przebaczenie, pojednanie w opanowywaniu sporów prawnych*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2019/4, s. 43–47.

BIBLIOGRAFIA / REFERENCES:

- Atkinson, R. (1995). A Dissenter's Commentary on the Professionalism Crusade. *Texas Law Review* 74/2, 259–344.
- Cochran, R., Di Pippa, J., Peters, M. (2006). *The Counselor-At-Law: A Collaborative Approach to Client Interviewing and Counseling*. New York: LexisNexis.
- Daicoff, S. (2000). Afterword: The Role of Therapeutic Jurisprudence Within Comprehensive Law Movement. In D. Stolle, D. Wexler, B. Winick (Eds.), *Practicing Therapeutic Jurisprudence. Law as a Healing Profession*. Durham: Carolina Academic Press.
- Daicoff, S. (2011). *Comprehensive Law Practice, Law as a Healing Profession*. Durham: Carolina Academic Press.
- Gmurzyńska, E. (2014). *Rola prawników w alternatywnych metodach rozwiązania sporów*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Gutterman, S. (2004). *Collaborative Law. A New Model of Dispute Resolution*. Denver: Bradford Publishing Co.
- Kalisz, A., Zienkiewicz, A. (2013). Prawnik w mediacji. *Kwartalnik ADR Arbitraż i Mediacja* 2/22, 35–55.
- Kalisz, A., Zienkiewicz, A. (2014). *Mediacja sądowa i pozasądowa. Zarys wykładu*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Kalisz, A., Zienkiewicz, A. (2015). *Polubowne rozwiązywanie konfliktów w pomocy społecznej. Komunikacja, psychologia konfliktów, negocjacje i mediacje socjalne*. Sosnowiec: Wydawnictwo Humanitas.
- Kim Wright, J. (2010). *Lawyers as Peacemakers. Practicing Holistic, Problem- Solving Law*. Chicago: American Bar Association.
- Sarkowicz, R. (2004). *Amerykańska etyka prawnicza*. Kraków: Kantor Wydawniczy Zakamycze.
- Tesler, P. (2000). Collaborative Law: What is it and Why Lawyers Need to Know About It. In D. Stolle, D. Wexler, B. Winick (Eds.), *Practicing Therapeutic Jurisprudence. Law as a Healing Profession*. Durham: Carolina Academic Press.
- Tesler, P. (2001). *Collaborative Law. Achieving Effective Resolution in Divorce without Litigation*. Chicago: American Bar Association.
- Tesler, P. (2007). Collaborative Law: Practicing Without Armor, Practicing With Heart. In M. Silver (Ed.), *The Affective Assistance of Counsel. Practicing Law as Healing Profession*. Durham: Carolina Academic Press.
- Tesler, P. (2008). *Collaborative Law. Achieving Effective Resolution in Divorce without Litigation*. Chicago: American Bar Association.
- Winick, B. (2000). Redefining the Role of the Criminal Defense Lawyer at Plea Bargaining and Sentencing: A Therapeutic Jurisprudence/Preventive Law Model. In D. Stolle, D. Wexler, B. Winick (Eds.), *Practicing Therapeutic Jurisprudence. Law as a Healing Profession*. Durham: Carolina Academic Press.
- Zienkiewicz, A. (2007). *Studium mediacji. Od teorii ku praktyce*. Warszawa: Centrum Doradztwa i Informacji Difin.

Zienkiewicz, A. (2008). Różnorodny paradygmat mediacji – odpowiedź na wielocelowość dyskursu mediacyjnego. *Kwartalnik ADR. Arbitraż i Mediacja* 2/2, 61–77.

Zienkiewicz, A. (2018). *Holizm prawniczy z perspektywy Comprehensive Law Movement. Studium teoretycznoprawne*. Warszawa: Wydawnictwo Difin.