

Jan Bazyli Klakla*

Rozwiązywanie konfliktów w społeczeństwach klanowych. Analiza porównawcza instytucji pochodzących z Albanii i świata arabskiego oraz zachodnich metod ADR

Streszczenie: Artykuł stanowi próbę porównawczej analizy dwóch instytucji opartych na prawie zwyczajowym, a służących do rozwiązywania konfliktów klanowych – albańskiej mediacji zwyczajowej opartej na *Kanunie* oraz przed-Islamskiej procedury *Sulha*, wciąż żywej na terenach Palestyny i Izraela. Analiza prowadzona jest w kontekście różnic i podobieństw instytucji prawa zwyczajowego oraz pochodzących z kultury Zachodu metod ADR (*Alternative Dispute Resolutions*). Skupia się na różnym rozumieniu przez ludzi pochodzących z różnych kultur (1) tak samo brzmiących terminów, (2) podobnie wyglądających procesów, (3) czy na pozór identycznych sytuacji. W toku artykułu przybliżona zostaje struktura obu instytucji, a także koncepty honoru, winy, pojednania, poufności, celowości postępowania oraz komunikacji. Wskazane zostają potencjalne zagrożenia, które mogą płynąć z braku wiedzy kulturowej.

Słowa kluczowe: *Kanun*, *Sulha*, ADR, mediacja, komunikacja międzykulturowa.

Dispute resolution in clan societies. A comparative analysis of institutions originating from Albania, the Arab World and the Western ADR methods

Summary: The article aims to provide a comparative analysis of two institutions based on customary law which are used to solve a clan conflict – the Albanian customary mediation based on *Kanun* and the pre-Islamic procedure of *Sulha*, still present on the Palestinian and Israeli territory. The analysis is made in the context of differences and similarities between the above-mentioned customary law institutions and the ADR methods (*Alternative Dispute Resolution*) originating from the Western culture. The article notes the fact that people originating from various cultures understand differently (1) similar sounding terms, (2) similar processes and (3) outwardly identical situations. The article features an analysis of both the institution structures and the concepts of honor, guilt, reconciliation, confidentiality, the goals of procedures and communication. The potential threats which may emerge from the lack of cultural knowledge are noted.

Key words: *Kanun*, *Sulha*, ADR, mediation, intercultural communication.

* Jan Bazyli Klakla, absolwent Katedry Porównawczych Studiów Cywilizacji UJ, student w Katedrze Socjologii Prawa UJ.

Celem niniejszego artykułu jest analiza porównawcza dwóch instytucji prawa zwyczajowego służących rozwiązywaniu konfliktów klanowych opartych o zasadę krwawej zemsty, w kontekście różnic i podobieństw z zachodnimi metodami ADR (*Alternative Dispute Resolutions*) – mediacją i arbitrażem. Umożliwi to ukazanie możliwych zagrożeń dla prawidłowego przebiegu procesu, które płyną z różnego rozumienia przez ludzi pochodzących z różnych kultur (1) tak samo brzmiących terminów, (2) podobnie wyglądających procesów, (3) czy na pozór identycznych sytuacji. Instytucjami służącymi za przykład będą: mediacja zwyczajowa na bazie albańskiego prawa zwyczajowego zwanego *Kanun*, a także arabska instytucja z pogranicza mediacji i arbitrażu o nazwie *Sulha*. Chciałbym pokazać różnice między tymi instytucjami, a zachodnimi formami ADR, zwłaszcza różnicę w elementach pozornie podobnych. Stąd moja uwaga będzie zwrócona w kierunku różnego rozumienia podobnie nazwanych kluczowych terminów, różnego określenia celów prowadzonego postępowania oraz różnic w komunikacji międzyludzkiej, będącej podstawą każdego takiego procesu. Rozważania te są w moim mniemaniu niezwykle istotne, i z każdym dniem stają się ważniejsze, ponieważ coraz pilniejszym problemem staje się konieczność włączenia imigrantów, pochodzących wielokrotnie z kultur odmiennie ukształtowanych niż nasza, w ramy naszego porządku prawnego. Jest to możliwe tylko, gdy wspomniane różnice zostaną potraktowane z odpowiednią uwagą – inaczej nieporozumienia powstałe na ich bazie mogą spowodować fiasko całego procesu inkluzji.

Podstawą dla struktury albańskiego społeczeństwa jest rodzina. Jest ona patriarchalna i od wieków monogamiczna niezależnie od wyznania. Podstawową jednostką społeczną jest ród – *fis*. Można poczynić rozróżnienie na *fisi i madh* – dużą grupę liczącą ponad sto domostw, której mityczny wspólny przodek nie jest znany, oraz *fisi i vogel* – patrylineaż liczący pięć do dziesięciu domostw, oparty o linie pokrewieństwa wywodzącą się od wspólnego, znanego przodka płci męskiej¹. Mimo, że Albańczycy identyfikują się z obiema strukturami, to znacznie mocniej z *fisi i vogel*, więc w dalszej części pod pojęciem *fis*, klanu czy rodziny będę rozumiał właśnie tę instytucję.

Podobna sytuacja występuje w kręgu cywilizacji Islamu. Rodzinę arabską można opisać jako rozszerzoną, wielopokoleniową, patriarchalną i hierarchicznie zorganizowaną. Ludzie wywodzący się ze społeczeństw arabskich wciąż przywiązują dużą wagę do swojego plemiennego pochodzenia. Pod pojęciem klanu, rodziny, będę w dalszej części rozważań rozumiał podobną liczbowo do albańskiego *fisi i vogel* grupę pochodzącą od wspólnego znanego przodka, która po arabsku nazywa się *hamula*².

Kluczowym pojęciem, o którym należy wspomnieć przy mówieniu o konfliktach, konfliktach klanowych, oraz rozwiązywaniu tychże, jest honor. W niniejszym

¹ M. Mustafa, A. Young, A., *Feud Narratives: Contemporary Deployments of Kanun in Shala Valley, Northern Ibania*, "Anthropological Notebooks" 2008, nr 14(4), s. 92.

² N. Abudabbeh, *Arab Families. An overview*, [w:] M. McGoldrick, J. Giordano, N. Garcia-Preto (red.), *Ethnicity & Family Therapy*, Nowy York 2005, s. 427.

artykule brak miejsca na rozważania czym honor jest, a czym nie jest, lecz warto zwrócić uwagę na dwie jego cechy, które są ważne dla dalszych rozważań.

Po pierwsze honor jest czymś przynależnym zarówno jednostce, jak i grupie, także, a może przede wszystkim – rodzinie. Honor rodziny i honor każdego z jej członków są ze sobą nierozzerwalnie połączone. Dlatego gdy członek rodziny pada ofiarą zachowania, które godzi w jego honor (a katalog takich zachowań, jak państwo mogą sobie wyobrazić, jest bardzo szeroki i tworzony na podstawie zarówno subiektywnych przekonań, jak i obiektywnych społecznych oczekiwań – może to być obraza, morderstwo, zdrada małżeńska, konflikt o prawa majątkowe, etc.), gdy pada ofiarą takiego zachowania naruszony zostaje nie tylko jego indywidualny honor, ale także honor całej grupy i to w interesie całej rodziny leży jego przywrócenie.

Po drugie, należy wyraźnie zaznaczyć, że kierowanie się honorem i inicjatywa głębokiego zaangażowania w konflikt klanowy o z góry znanych ogromnych kosztach, są zachowaniami racjonalnymi. Dla unaocznienia tego można posłużyć się przykładem, który ze względu na swoją popularność pozwoli jasno przedstawić ten problem – piramidą potrzeb Maslowa. Znacznie upraszczając tą teorię można stwierdzić, że człowiek powinien w dłuższej perspektywie najpierw zaspakajać potrzeby fizjologiczne, następnie potrzeby bezpieczeństwa, przynależności, szacunku i uznania oraz samorealizacji. Brak realizacji potrzeb bardziej podstawowych uniemożliwia realizację tych, które w piramidzie znajdują się wyżej. Dla większości ludzi wychowanych w naszej kulturze, zaangażowanie się w zbrojny konflikt, walkę na śmierć i życie w imię jedynie honoru, jest nieracjonalne, ponieważ zdecydowanie wyżej stawiamy poczucie bezpieczeństwa, które uznajemy za bardziej podstawowe. Trzeba jednak pogodzić się z tym, że nie wszyscy myślą jak mieszkańcy Europy Zachodniej – dla człowieka wychowanego w górach Albanii lub na Bliskim Wschodzie, w momencie gdy na honorze jego i jego rodziny powstaje skaza, restauracja honoru zajmuje miejsce w obrębie najbardziej podstawowych potrzeb usuwając w cień m.in. potrzebę bezpieczeństwa. Z tego punktu widzenia działania, jakie podejmują takie jednostki powinny być rozpatrywane jako całkowicie racjonalne, chociaż w obrębie innej hierarchii wartości niż nasza. Powinny też być w racjonalny, i z tą hierarchią zgodny, sposób rozwiązywane³.

Rozwiązywanie konfliktów opartych o zasadę krwawej zemsty od wieków należało w Albanii do dwóch instytucji – rady starszych (*pleqni*) oraz *bajraktara*. *Bajraktar* był urzędnikiem państwowym reprezentującym region w czasach konfliktu, prowadzącym wojska na wyprawy wojenne, a także wykonującym decyzje rady starszych. Stanowisko można było zdobyć poprzez nominację (np. z rąk Otomańskiego Wezyra ze Szkodry) lub poprzez zasługi w walce. W tradycyjnym modelu, aktualnym do II Wojny Światowej, *bajraktar* wpierw prosił obie rodziny o pewne wartościowe rzeczy w zastaw (*pengie*), którym mógł być

³ D. Pely, *When Honor Trumps Basic Needs: The Role of Honor in Deadly Disputes within Israel's Arab Community*, "Negotiation Journal" 2011, vol. 27, s. 206.

przykładowo zegarek lub broń. Zostawały one zwrócone, po wyznaczeniu przez strony określoną liczbę reprezentantów do rady starszych pochodzących spoza skłóconych *fis*. Przed *pleqni* ich sprawa jest rozpatrywana z myślą osiągnięcia porozumienia. Obie strony referują swoją wersję wydarzeń poprzez swoich przedstawicieli. Członkowie rady starszych byli finansowo motywowani celem doprowadzeniem do kompromisu – od *fis*, którą reprezentują otrzymywali zapłatę jedynie wtedy, gdy doprowadzili do zakończenia konfliktu. Także *bajraktrzy* byli opłacani za swoje usługi – jeszcze w latach 20. XX wieku za uczciwą zapłatę uznawana była jedna owca dla każdego mediatora, ale najbardziej szanowani, doświadczeni i skuteczni otrzymywali bardziej sówite wynagrodzenie. Rolą *bajraktra* było wprowadzenie wyroku rady starszych w życie za pomocą dostępnych mu ludzi i bardzo różnych środków. Skala nacisku była różna – od wycięcia drzew należących do *fis* nie chcące się pogodzić z decyzją, do spalania ich domu i siłowego wydalenia ich z wioski. W przypadku pokojowego zakończenia mediacji, ostatecznym zatwierdzeniem zgody był *buka e pajtimit* – posiłek pokoju. Do dnia dzisiejszego jest to uczta wyprawiana w domu sprawcy naruszenia honoru przez jego rodzinę, dla mediatorów, ofiary i jej *fis*, a także znajomych. Wtedy nad domem napastnika może zostać namalowany krzyż, jako znak „pogodzonej krwi”⁴.

Obecnie rolę *bajraktra* przejęli mediatorzy zwyczajowi, niezależni lub współpracujący z jedną z organizacji pozarządowych zajmujących się problemem krwawej zemsty. Ich najważniejszym zadaniem jest przekonanie obu rodzin, że warto odwołać się do bezkrwawego sposobu rozwiązania trwającego konfliktu. Niezbędnym do tego narzędziem jest *besa* – terminowe zawieszenie broni w formie przysięgi wypowiedanej przez rodzinę na której ciąży obowiązek krwawej zemsty, że tej zemsty przez pewien czas nie będzie szukać. *Besa* może być przedłużana wielokrotnie, a postępowanie mediacyjne, oparte o serie licznych spotkań ze stronami konfliktu, może trwać wiele lat⁵.

Sulha, jako proces mający na celu zakończenie konfliktu między dwiema rodzinami, nadzorowana jest przez radę zwaną *Jaha*. *Jaha* czerpie swoją siłę z pozycji jaką zajmują w społeczeństwie mężczyźni wchodzący w jej skład – najbardziej szanowani, o nieskazitelnej reputacji ludzi honorowych i uczciwych. Przewodniczy jej najbardziej doświadczony spośród członków i to on nadaje kierunek procesowi mediacji. Po przewodniczącym rada może liczyć od 1 do nawet 20 mężczyzn. Rodziny, między którymi konflikt ma być rozpatrywany, mogą zawetować udział w *Jaha* tych osób, co do których mają wątpliwości odnoszące się do ich bezstronności. Po zaistnieniu wydarzenia wywołującego konflikt międzyklanowy do *Jaha* musi zgłosić się przedstawiciel rodziny sprawcy, poprosić o interwencję i spotkanie. Rodzina sprawcy musi wziąć na siebie odpowiedzialność za zdarzenie i wydać *taffwith* – pisemne i niemożliwe do cofnięcia

⁴ M. Mustafa, A. Young, dz. cyt., s. 99–104.

⁵ T. Mangalakova, *The Kanun in Present-Day Albania, Kosovo, and Montenegro*, http://pdcc.eu.hu/archive/00003864/01/The_Kanun.pdf, 2004, s. 12, [03.02.2014].

upoważnienie dla *Jaha* do działania w jej imieniu wobec rodziny ofiary oraz zobowiązanie do poddania się werdyktowi *Jaha* jaki by on nie był. Jak widać pod względem formalnym *Sulha* bliżej jest do arbitrażu, chociaż zachowuje pewne elementy mediacji, co będzie widoczne w dalszej części artykułu, przy omawianiu typowych technik jakimi posługują się członkowie *Jaha*. Po uzyskaniu *taffwith* od rodziny sprawcy *Jaha* udaje się do rodziny ofiary by prosić o autoryzację do działania w jej imieniu wobec rodziny sprawcy. Jest to trudny etap wymagający stosowania przez członków *Jaha* wielu technik mediacyjnych. Jego zakończeniem jest udzielenie przez rodzinę ofiary tego upoważnienia oraz uzgodnienie *hodna* – terminowego zawieszenia broni. Wraz z prośbą o *hodna* rodzina sprawcy przesyła *atwa* – pewną sumę pieniędzy, nie wielką, ale też nie znikomą, która ma na celu wyrażenie żalu z powodu zaistniałej sytuacji i scementowanie zawieszenia broni. Gdy rodzina ofiary zaakceptuje *atwa*, *hodna* staje się faktem. *Jaha* przystępuje wtedy do działań o charakterze bardziej mediacyjnym niż arbitrażowym. Spotkania ze zwaśnionymi stronami mogą trwać dni, tygodnie, a nawet lata. Celem spotkań jest wzbudzenie u obu stron przekonania, że werdykt jest przez nie wspólnie wypracowany, a nie narzucony (choć *Jaha* formalnie posiada taką moc poprzez podpisane *taffwith*). Werdykt jest głosowany w obrębie *Jaha* do osiągnięcia większości i prezentowany stronom jako ostateczna i wspólna decyzja. Mimo jej wiążącego charakteru, jedna lub obie strony mogą być niezadowolone. Następuje wtedy druga runda negocjacji, która znów może trwać latami. Ostateczne porozumienie jest spisywane i obie rodziny otrzymują jego kopię – od tego momentu nie podlega ono wzruszeniu. Symbolicznym zakończeniem *Sulhy* jest zawiązanie węzła na białej fladze, tzw. fladze pokoju, oraz publiczna ceremonia podczas której występują trzy elementy – *musafacha*, czyli uścisk dłoni między rodzinami, *musamacha* – deklaracja przebaczenia od ofiary lub jej ojca, *mumalacha* – ceremonialny posiłek kończący cały proces⁶.

Dlaczego mediacja oparta na prawie zwyczajowym wciąż funkcjonuje w północnej Albanii, podczas gdy dostępność do sądownictwa w ciągu dwóch dekad niepodległości tego kraju znacznie wzrosła. Można wyróżnić trzy grupy argumentów przemawiających za odwołaniem się do mediacji zwyczajowej, a nie do sądów lub do mediacji prowadzonej przez profesjonalnych mediatorów. Podawane są argumenty akcentujące siłę tradycji: wskazywana jest głęboko zakorzeniona skłonność do unikania sądów na rzecz rozwiązań zwyczajowych i podnoszone jest, że konflikt rozpoczęty na tle *Kanunu* powinien być przez *Kanun* rozwiązany. Drugą drogą argumentacji są opinie dotyczące słabości całego aparatu państwowego na tych terenach: podczas gdy na terenach wiejskich północnej Albanii i Kosowa wciąż rolę głównego systemu regulującego życie pełni prawo zwyczajowe, to rozstrzygnięcie sprawy zgodnie z prawem stanowionym, jest faktycznie nieskuteczne. Ludzie odwołują się także do wad, jakie w ich mniemaniu posiada instytucja sądownictwa. Jako przykład wska-

⁶ D. Pely, *Resolving Clan-Based Disputes Using the Sulha, the Traditional Dispute Resolution Process of the Middle East*, "Dispute Reslution Journal" listopad 2008 / styczeń 2009, s. 80–85.

zywane są wysokie koszty sprawy sądowej, trudności natury komunikacyjnej i logistycznej. Największym jednak problemem jest niemożność doprowadzenia przez sąd do prawdziwego pojednania, naprawienia relacji, załatania wyrwy powstałej w strukturze społecznej poprzez zerwanie konkretnych więzi łączących zwaśnione *fis*⁷.

Przyczyny odwoływania się do instytucji *Sulha* sprowadzają się do podobnych stwierdzeń, co w przypadku albańskiej mediacji zwyczajowej – nie spełniania oczekiwań przez sądownictwo państwowe, a także komplementarności celów postępowania sądowego i postępowania zwyczajowego, która najczęściej przesądza o tym, że równoległe toczą się dwa postępowania: jedno, rozwiązujące konflikt na poziomie indywidualnym przed sądem i drugie, rozwiązujące go na poziomie klanowym, przed *Jaha*⁸.

To właśnie fakt, że mediacja zwyczajowa czy arbitraż zwyczajowy są prowadzone w zupełnie innym celu niż sprawa sądowa, jest kluczowy dla zrozumienia tej sytuacji. Jak wspomniałem, często mediacja lub arbitraż prowadzone są w sprawach, w których sprawca (sprawcy) zabójstwa zostali już ukarani przez sąd lub sprawa jest w toku. To, co czyni je konieczne w takich sprawach, to chęć zapobieżenia dalszemu rozlewowi krwi i rozprzestrzenieniu się konfliktu na co raz to dalszą rodzinę, zobowiązaną do restauracji swojego splamionego honoru.

Zasada działania albańskich sądów karnych jest podobna jak w krajach Europy Zachodniej – organy władzy koncentrują się na poszukiwaniu winnego zbrodni, a następnie ukaraniu go. Wydając wyrok nie rozwiązują jednak problemu, który pozostaje. Poza ich zainteresowaniem pozostają zerwane społeczne relacje, tak kluczowe dla tej kultury. Nie istnieją też mechanizmy, które niwelowałyby niebezpieczeństwo w jakim znalazła się rodzina sprawcy będąca celem *gjakmarr* – krwawej zemsty. Tutaj właśnie ujawnia się pole dla mediacji. Z jednej strony teoretycznie albańska mediacja zwyczajowa mogłaby być odmianą zachodniej, tzw. *Victim-Offender Mediation*, z drugiej jednak zasadniczo się od niej różni. Przede wszystkim nie jest w niej najistotniejsze poszukiwanie faktów – kto zabił, kiedy, kto pierwszy wyciągnął broń – to może pozostać nierozstrzygnięte. Pojęcia winy i odpowiedzialności nie są w niej kluczowe. Co więcej, kluczowe być nie mogą i mediator musi być bardzo ostrożny, gdy ich używa. Próby wyjaśnienia sytuacji w sposób typowy dla zachodniego, bezpośredniego sposobu myślenia mogą poskutkować fiaskiem całego procesu, ponieważ zazwyczaj jasne, bezpośrednie i werbalne wyjaśnienie całej sytuacji, tak często w naszej kulturze oczekiwane i pomocne, jest przez obie strony niepożądane. Mediacja zwyczajowa nie koncentruje się na określeniu winnego, ale na naprawieniu zerwanych więzi i relacje⁹.

⁷ A. Shkreli, A. B. Çelik, *An Analysis of Reconciliatory Mediation in Northern Albania: The Role of Customary Mediators*, "Europe-Asia Studies" 2010, nr 62(6), s. 899.

⁸ D. Pely, *Where East Not Always Meets West: Comparing the Sulha Process to Western-Style Mediation and Arbitration*, "Conflict Resolution Quarterly" 2011, nr 28(4), s. 428.

⁹ A. Shkreli, A. B. Çelik, A. B., dz. cyt., s. 906, 909.

W przypadku instytucji *Sulha* kwestia winy przedstawia się w jeszcze bardziej skomplikowany sposób. Przede wszystkim w procesie pojednania *Jaha* dwukrotnie znajduje się w momencie, w którym rozważenie odpowiedzialności jest konieczne i za każdym razem czyni to w nieco odmienny sposób. Pierwszy raz odbywa się to na samym początku, gdy rodzina sprawcy zwraca się do *Jaha* o rozpoczęcie *Sulha*. Wtedy, niezależnie od tego, jaki czyn jest przedmiotem postępowania, wina, w zachodnim rozumieniu tego słowa, nie jest niczym relevantnym. To, co jest naprawdę istotne, to nie wina, a wzięcie odpowiedzialności. Pozornie można by stwierdzić, że użycie tych sformułowań zamiennie nie byłoby grzechem, jednak przyznanie się do winy różni od wzięcia odpowiedzialności kilka niuansów, które w tak drażliwej sytuacji, jaką jest rozwiązywanie sporu klanowego opartego o naruszenie honoru rodziny, mogą mieć kluczowe znaczenie. Przede wszystkim wina jest kategorią subiektywno-obiektywną, a wzięcie odpowiedzialności jedynie obiektywną. Konstrukcje znane z zachodniego prawa karnego, jak strona podmiotowa, czy okoliczności wyłączające winę – są zupełnie nieistotne: nic nie stoi na przeszkodzie, by możliwym było wzięcie na siebie odpowiedzialność za zdarzenia, które w naszym mniemaniu uzasadniałyby wyłączenie winy. Z drugiej strony każdy intuicyjnie wyczuwa, że wzięcie odpowiedzialności niesie za sobą inny ładunek emocjonalny niż przyznanie się do winy – ta delikatna kwestia może mieć kluczowe znaczenie, zwłaszcza gdy w grę wchodzi honor rodziny; i to nie tylko honor rodziny ofiary. Drugą sytuacją, w której pojęcie winy może być rozważane, jest wydawanie przez *Jaha* werdyktu. W tym przypadku rada postępuje dwojako – gdy zachowanie leżące u podstaw konfliktu było nacechowane przemocą wina jest przedmiotem rozstrzygnięcia, gdy nie było – o winie nie ma w ugodzie ani słowa. Podział na akty związane i niezwiązane z przemocą jest oczywiście podziałem czysto analitycznym i w praktyce kształtuje się bardzo różnie¹⁰.

Gdy mowa o celach zwyczajowego postępowania mediacyjnego ważnym jest nie pomylić pojęć: przebaczenie, a pojednanie. Pierwsze z nich jest jedynie etapem na drodze do drugiego, to pojednanie jest właściwym celem mediatora w obu omawianych przeze mnie instytucjach. W zachodnich formach ADR, których cele określane są dużo bardziej formalnie, od takich konstrukcji jak przebaczenie czy pojednanie większość mediatorów i arbitrów stara się trzymać jak najdalej. Dzieje się tak po części dlatego, że przebaczenie, rozumiane jako darowanie winy, jest bardzo trudne do uzyskania. Pojednanie jest jeszcze trudniejsze. Oznacza ono bowiem zawiązanie nowej relacji zastępującej starą, zerwaną przez konflikt. Dowodem prawdziwości i siły pojednania jest utrzymanie tej relacji po zakończeniu postępowania mediacyjnego. Strony kultywują ją poprzez wzajemne odwiedziny, zaproszenia, kontakty prywatne. Jedynie publiczne pojednanie może przywrócić rodzinie (rodzinom) utracony honor, samo przebaczenie, niestety, nie ma takiej mocy¹¹.

¹⁰ D. Pely, *Resolving...*, s. 86.

¹¹ A. Shkreli, A. B. Çelik, A. B., dz. cyt., s. 904.

Kolejnym terminem, który funkcjonuje nieco w odmienny sposób w przypadku metod ADR i procesu *Sulha* oraz albańskiej mediacji zwyczajowej jest tajemnica, poufność. Rozbieżność zasadza się na trzech podstawowych różnicach – w rozumieniu konfliktu, w stopniu formalności samego procesu, w wartościowaniu otrzymywanych przez mediatora faktów. I tak po pierwsze, gdy dla osób z kultury Zachodu ważne będzie utrzymanie konfliktu w poufności, dla osób z kręgu kultury wysokiego kontekstu większość konfliktów i tak będzie miała nieodzownie charakter publiczny, a co za tym idzie publicznie musi zostać rozwiązana. Stąd na przykład publiczny charakter rytuału kończącego *Sulhę* oraz mediację opartą na *Kanunie*, na który zapraszane są osoby pełniące określone funkcje w lokalnej społeczności, znajomi, sąsiedzi. Przy tej okazji, jak my byśmy powiedzieli, wywlekane na widok publiczny są sprawy, które wolelibyśmy pozostawić zamiecione pod dywan – nie ma jednak takiej możliwości, rozwiązanie konfliktu, który jest konfliktem publicznym, a nie prywatnym, również musi nastąpić publicznie. Po drugie, rozumienie poufności staje się kluczowe w przypadku paralelnego prowadzenia postępowania sądowego. Na Zachodzie metody ADR są owszem, pozasądowe, ale uregulowane prawnie. Co za tym idzie uregulowana prawnie jest np. tzw. tajemnica mediatora, któremu umożliwione i nakazane jest zachowanie milczenia w odniesieniu do informacji, o których dowiedział się podczas prowadzenia mediacji. Składowi sędziowskiemu ujawniane jest jedynie końcowy efekt takiego postępowania. Co zrozumiałe w ten sposób zachęca się strony do większej otwartości podczas procesu mediacji, co znacznie zwiększa szanse na jego powodzenie. W przypadku procesów nieformalnych, opartych na prawie zwyczajowym, sytuacja jest trudniejsza. Rozwiązanie wypracowane w Izraelu jest wyjątkowo interesujące. *Jaha*, poprzez prawo zwyczajowe, jest również zobowiązana do zachowania poufności, zarówno w stosunku do osób trzecich (wliczając sądy) jak i drugiej strony konfliktu. Zwyczajowo, chociaż nie prawnie, jest przyjęte, że członkowie *Jaha* zeznają w sądzie tylko na temat samego porozumienia, a nie procesu, który do niego doprowadził. Mimo nieuregulowania tego zagadnienia prawnie funkcjonuje więc podobny mechanizm co na Zachodzie. Kłopotliwą okazywała się sytuacja, gdy sąd, zgodnie z prawem, żądał wglądu do podpisanego porozumienia – znajdowały się tam niewygodne dla stron fakty, które mogły być wykorzystane przeciw nim. Stąd od pewnego czasu tekst ten jest bardzo ogólnikowy i składa się ze zrytualizowanych stwierdzeń w rodzaju „w następstwie nieszczęśliwych wydarzeń”, etc. Po trzecie, o ile poufność obowiązuje zachodniego mediatora w stosunku do wszystkich informacji które w związku z prowadzeniem mediacji uzyskał, o tyle *Jaha*, a także albański mediator zwyczajowy, nie jest nią związani w stosunku do informacji, które w jej ocenie są pozytywne i mogą pomóc w budowaniu dobrej atmosfery i w ostateczności w rozwiązaniu konfliktu. Co więcej, w tym przypadku podzielenie się takimi informacjami z drugą stroną sporu lub z sądem jest wręcz oczekiwane – jest to pewna forma komunikacji zapośredniczonej, gdy zwrócenie się wprost jest z pewnych, kulturowych czy emocjonalnych przyczyn, niemożliwe¹².

¹² D. Pely, *Where...*, dz. cyt., s. 433–435.

W mediacji zwyczajowej na bazie *Kanunu* oraz w tej części procesu *Sulha*, która odpowiada zachodniemu rozumieniu mediacji, rozjemcy używają zarówno specyficznych technik (tu przykładem mogą być wspomniane przeze mnie wcześniej *besa* i *hodna* – terminowe zawieszenia broni), jak i takich, które odpowiadają tym używanym w Zachodnich formach ADR. Podstawą oczywiście są spotkania ze stronami konfliktu. Ze względu na jego napięty charakter oraz stawkę, którą jest nie tylko zatrzymanie rozlewu krwi, ale też zmazanie ujmy na honorze obu klanów, spotkania te muszą być przeprowadzane niezwykle ostrożnie. Nie ma też możliwości by w jednym momencie spotkały się ze sobą obie strony w asyście mediatora. Rozjemca musi odwiedzać obie rodziny osobno, a ich spotkanie następuje dopiero podczas pojednania¹³

To, na co chciałbym zwrócić uwagę w kontekście techniki bezpośrednich spotkań ze stronami konfliktu, to fakt, że gdy sprowadzić tą technikę to formy najbardziej podstawowej, jasnym będzie, że jest to po prostu komunikacja – między mediatorem i stroną konfliktu. A komunikacja jest czymś, co jest bardzo mocno uwarunkowane kulturowo. W tym konkretnym przypadku, zarówno kultura północnej Albanii, jak kultura świata arabskiego, są to kultury wysokiego kontekstu. Różnice pomiędzy kulturami wysoko i nisko skontekstualizowanymi przejawiają się na płaszczyźnie przekazywania komunikatu. W zależności od tego, jaka ilość informacji jest przekazywana w kodzie bezpośrednim, a jaka część zinternalizowana jest w człowieku lub przekazywana jest w zakodowanej formie, mówimy, że mamy do czynienia z kulturą niskiego lub wysokiego kontekstu. W kulturach wysokiego kontekstu większość informacji bądź zawiera się w fizycznym kontekście, bądź jest zinternalizowana w człowieku, a tylko nieznaczna jej część mieści się w zakodowanej, bezpośrednio nadawanej części przekazu. Komunikacja właściwa niskiemu kontekstowi charakteryzuje się tym, że większość informacji mieści się w kodzie bezpośrednim¹⁴.

Praktyczną konsekwencją powyższej różnicy w sposobie komunikowania się jest konieczność przyjęcia przez mediatora nieco innych strategii, niż to ma miejsce w przypadku mediacji prowadzonej w kręgu kultury Zachodu. W tym miejscu chciałbym wypunktować kilka spośród wielu istniejących różnic. (1) Zdecydowane działania mediatora zorientowane na bezpośrednie zakończenie sporu zostaną najprawdopodobniej przez strony odebrane jako aroganckie i wysoce niestosowne, skutkując utratą szacunku stron, a w konsekwencji legitymacji do prowadzenia postępowania. (2) Technika polegająca na oddzieleniu konfliktu od jego stron, wyodrębnieniu go i ujęciu in abstracto niewątpliwie zawiedzie, ponieważ konflikt i jego aktorzy są w kulturach wysokiego kontekstu nierozdzielnie połączeni. (3) Odrzucanie przez strony nieakceptowanych propozycji nigdy nie będzie miało miejsca wprost i bezpośrednio, a raczej poprzez unikanie jakiegokolwiek odpowiedzi, co powinno zostać właściwie przez mediatora zinter-

¹³ Tamże, s. 435.

¹⁴ J. Barkai, *What's a Cross-Cultural Mediator to Do? A Low-Context Solution for a High-Context Problem*, "Cardozo Journal of Conflict Resolution" 2008, vol. 10, s. 56–59.

pretowane. (4) Ogromne znaczenie będą miały powtarzające się przy każdym spotkaniu rytuały, a także pozornie nie posuwające postępowania na przód niemal towarzyskie spotkania, które zbudują relację między stroną a mediatorem.

Podsumowując dotychczasowe rozważania chciałbym zwrócić uwagę na istotne podobieństwo głównych konceptów składających się na obydwie omawiane powyżej instytucje prawa zwyczajowego. Mimo formalnych różnic w strukturze obu procesów, a także innych pomniejszych odmienności można wyróżnić pewien wspólny fundament. Składają się na niego m.in.: (1) honor będący czynnikiem legitymizującym zarówno konflikty klanowe jak i procedury ich rozwiązywania, (2) odejście od koncentracji na winie, na rzecz skupienia na odpowiedzialności, (3) publiczny charakter sporu oraz pojednania, (4) wysokokontekstualny charakter komunikacji, a także (5) cel, którym jest restauracja zerwanych więzi społecznych i relacji.

Ważnym jest by docenić praktyczną doniosłość omawianych zagadnień. W XXI wieku, gdy migracje i społeczeństwa wielokulturowe są czymś powszechnym, wielokrotnie zdarza się, że podmiotem prawa wytworzonego na kanwie kultury Zachodu staje się człowiek, którego korzenie sięgają kultur wysokiego kontekstu, społeczeństw klanowych. Uczestnictwo takiego podmiotu w procesie przed sądem, przed mediatorem, przed urzędnikiem, będzie przebiegało bezkonfliktowo tylko wtedy, gdy odpowiednio będzie przebiegał proces komunikacji między wszystkimi aktorami takiego procesu. A aby tak się stało wszyscy aktorzy muszą być świadomi zasad które tą komunikacją rządzą, znaczeń terminów, których używają, celów do których dążą. Taką świadomość można uzyskać tylko poprzez wiedzę, ponieważ największe błędy biorą się z ignorancji i niewrażliwości.