

Posredni pregovori

- Do poravnanja na osnovu pregovora put je dug i, ponekad, trnovit.
- Oskudica dobara i suprotni interesi strana u sukobu često zamagljuje perspektivu, otežavaju direktne pregovore.
- Prepuštene same sebi, uz osećaj neprijateljstva, strane ovaj put ponekad, ne mogu preći same.
- Potrebna im je pomoć trećeg, tzv. posrednika.

- Pod posrednikom u pregovorima podrazumeva se treće fizičko lice, ili kolektivitet, koji su neutralni u odnosu na sukob i koji pokušavaju da pomognu stranama u sukobu da dođu do optimalnog sporazumnog rešenja.
- Prisustvo posrednika, već samo po sebi, menja odnos strana u konfliktu, i to nabolje, smanjujući količinu destruktivnosti.
- To usmerava strane u sporu ka putu njegovog konstruktivnog rešavanja.
- Kao posrednici u pregovorima javljaju se najčešće medijatori, miritelji, evaluatori i sl.

Uloga posrednika

- Uloga posrednika može biti formalna ili neformalna.
- Formalnom se smatra ona uloga koja proizlazi iz pravila neke zakonske procedure, ili podzakonskog, ponekad autonomnog akta, izvora prava.
- Formalnu ulogu u pojedinim zemljama, pa i u nas, po toj podeli, ima medijator čije se učešće u medijaciji i funkcija zakonom definišu.
- Naspram toga, funkcija neformalnog posrednika odvija se iza scene i bez ikakve zakonske osnove.

- Svojstvo posrednika, može biti inicirano pozivom koji dolazi od strana u sukobu, ili može biti spontano inicirano, bez ikakvog oficijelnog poziva (ugledni predstavnik lokalne zajednice koji samoinicijativno posreduje u socijalnom konfliktu među njenim članovima).

- Najzad, uloga posrednika može biti orijentisana na pitanja procedure, ili na sadržinska, meritorna pitanja.
- U prvoj soluciji zadatak posrednika je da pazi da se stranke ponašaju u skladu sa unapred utvrđenim proceduralnim pravilima igre.
- U drugoj soluciji posrednik se bavi supstancijalnim pitanjima.

Medijacija (posredovanje) – pojam

- Pod medijacijom (posredovanjem), kao vidom posrednih pregovora, podrazumeva se bilo koji postupak u kome strane mirnim putem rešavaju sporni odnos uz pomoć posrednika koji nije ovlašćen da strankama nameće rešenje, dakle, koji nema naredbodavna, već ima samo savetodavna ovlašćenja.
- Navedena zakonska definicija može se upotpuniti time da je posrednik obostrano prihvatljiva, nepristrasna i neutralna osoba, a da postignuti sporazum ima da razreši spor, da na nov način uredi međusobna prava i obaveze, a sve u interesu zadržavanja dobrih odnosa u budućnosti.

- Ako izuzmemo arbitražu, medijacija je, danas uporednopravno posmatrajući, najrasprostranjeniji i najčešće korišćen metod ADR.
- Bitna karakteristika medijacije je da njena upotreba ne isključuje sudsku zaštitu.
- Ovo znači da obraćanje centrima za medijaciju i sprovođenje postupka medijacije ne isključuje mogućnost naknadnog obraćanja državnim sudovima ili arbitražama kao krajnjem garantu zaštite prava fizičkih i pravnih lica.
- Medijacija multiplikuje puteve zaštite, ne eliminiše nijedan.

Medijacija – osnovne karakteristike

- Medijacija je: (a) sporazumni, neakuzatorski i (b) neadjudikativni (vansudski) način rešavanja sporova.
- (a) Početak postupka medijacije vezuje se, umesto za tužbu jedne od stranaka, za prihvatanje predloga za medijaciju.
- Iz toga proizlazi da je autonomija volje, konsensualizam *condictio sine qua non* ovog koncepta.
- S obzirom na to da ne otpočinje akuzacijom, formalnopravno posmatrano ni spor, koji je uvek osnov medijacije, ni postupak medijacije, nemaju aktivnu i pasivnu procesnu stranu (legitimaciju), već su obe (svi) učesnici u istoj procesnoj poziciji.
- Kako nema tužioca (napadača), niti tuženog (koji se brani), gube se i agresija i odbranaški stav, što je početna psihološka prednost nad suđenjem.

- Za razliku od suda ili arbitraže koji su vezani tužbenim zahtevom, medijator to nije.
- To znači da je uloga medijatora fleksibilnija u odnosu na sudiju i arbitra: on je slobodniji jer nije omeđen predmetom i visinom tužbenog zahteva.
- Dok je cilj sudskog ili arbitražnog postupka presuda kojom se utvrđuje koja stranka ima pravo i u čemu, cilj medijacije je pomirenje.
- Dok sudija (ili arbitar) ima mandat da donese odluku, medijator ima mandat da pomiri, tj. doprinese pomirenju.

- U skladu s tim, postupak medijacije ne okončava se presudom (odlukom suda, ili arbitraže), već jednim od tri sledeća ishoda:
 - 1. sporazumom stranaka (poravnanjem), ukoliko medijacije uspe,
 - 2. odlukom posrednika, donetom posle konsultacija sa strankama, da se postupak obustavlja,
 - 3. izjavom neke od strana da od postupka odustaje.

- U komparaciji sa adjudikativnim postupcima, prednost medijacije je ogromna – presuda kojom se adjudikativni postupak okončava uvek je van kontrole stranaka, a u rukama je samo sudije, odnosno arbitra.
- Sa druge strane, okončanje postupka medijacije može predstavljati pobedu svih („win-win“).

- Na istoj liniji sa otpočinjanjem i okončanjem postupka nalaze se i njegova bazična načela. Tako se na spisku načela nalaze:
 - dobrovoljnost,
 - neformalnost,
 - jednakost i ravnopravnost,
 - privatnost,
 - poverljivost i
 - hitnost.

Svojstva medijatora

- Nepristrasnost i neutralnost su najvažniji i najčešći kvaliteti koji se od medijatora traže kao obavezni (iako i pristrasan posrednik može nekada biti koristan).
- Pitanje je moraju li posrednici imati i neka specijalna zvanja, znanja, veštine, ili druge kvalitete, ili ovu funkciju može obavljati svaki nepristrasan i neutralan poslovno sposoban čovek?

- Odgovor na ovo pitanje zavisi od koncepta medijacije koji je ustoličen u državi u pitanju.
- Ukoliko se medijacija shvati kao privatni “posao”, privatni metod kojim sukobljene strane pokušavaju da nađu izlaz iz svog konflikta uz pomoć trećeg, onda bi posrednik moglo biti svako poslovno sposobno ljudsko biće, bez obzira na njegovo obrazovanje ili veštine koje poseduje.
- Takva medijacija nema nikakve veze sa državom i njenim sudovima.

- Međutim, paralelni, “kvazijavni” koncept medijacije, kao takođe legitiman, daje izvestan legitimitet državi za intervenciju.
- Naime, ukoliko se medijacija shvati kao jedan od oficijelnih, državnih metoda rešavanja sporova koje ova nudi sukobljenim stranama, ili, eventualno, kao sastavni deo sudskog postupka (njegova inicijalna faza), onda je ona “kvazijavni, kvazidržavni posao”, za koji država postaje legitimno zainteresovana.

- Kao takva, država bi mogla da propiše posebne uslove koji se tiču:
 - 1. obrazovanja (na primer, visoko obrazovanje),
 - 2. specijalizacije (na primer, pravnik za spoljnu trgovinu),
 - 3. iskustva (na primer, pet godina rada na poslovima rešavanja sporova),
 - 4. veštine (da je završio kurs za medijatore),
 - 5. zvanja, statusa (na primer, advokat, sudija) medijatora.
- U takvom konceptu država može i nametnuti obavezu da se medijator mora izabrati samo sa neke liste koju vodi (na primer) Ministarstvo pravde, Vrhovni sud, i sl, a pravo na licenciranje (stavljjanje na listu) mogla bi zadržati za sebe.

Procedura i modeli medijacije

- Tok postupka medijacije ne bi trebalo da bude zakonom regulisan (nema ni primarne ni supsidijarne primene Zakona o parničnom postupku),
- Zato zakon o postupku medijacije ne postoji.
- Strankama i(li) posredniku je prepušteno da postupak sprovedu po svom najboljem umeću i zamisli.
- Međutim, uprkos uvažavanju potrebe za fleksibilnošću, ne treba gubiti iz vida činjenicu da pravila procedure olakšavaju rad na rešavanju problema, te da im se u nauci ipak posvećuje izvesna pažnja.

- U književnosti se govori o fazama medijacije:
 - 1. ona otpočinje fazom otvaranja sesije, nastavlja se
 - 2. fazom prikupljanja činjenica i informacija, potom se produžava
 - 3. fazom utvrđivanja interesa stranaka, pa preko
 - 4. faze razvoja i vrednovanja mišljenja, okončava se
 - 5. zaključcima.

Facilitativna i evaluativna medijacija

- U nauci se govori o **dva osnovna modela medijacije** – medijacija koja olakšava komunikaciju (*facilitative mediation*) i medijacija koja sadrži vrednosni sud medijatora (*evaluative mediation*).
- **U facilitativnoj medijaciji** medijator ne igra, ni u naznakama, ulogu pravnika, sudije.
- On ne presuđuje, ne ocenjuje, ne vrednuje položaj stranaka i moguće ishode spora.
- Njemu nije neophodno pravničko obrazovanje.

- On samo formuliše dnevni red uz saglasnost stranaka, uvodi stranke u probleme, njihovu analizu i sakuplja predloge rešenja, koordinira ih, pomaže u njihovom usklađivanju.
- On provocira stranke da otvoreno iznesu svoje interese i viđenje rešenja.
- Komunicira sa strankama i organizuje sastanke, odvojene ili zajedničke.
- On je, jednom rečju, katalizator pregovaračkog procesa.

- **U evaluativnoj medijaciji** pravničko iskustvo je dragocenije.
- Za razliku od prethodnog vida, medijator je ovlašćen da daje svoju procenu uspeha stranaka u eventualnoj parnici i da ih plaši posledicama neuspeha medijacije.

Dobrovoljna i obavezna medijacija

- Sa procesnog aspekta, primetno je uplitanje države (zakonodavaca) u postupak inicijacije medijacije.
- Pored **dobrovoljne medijacije**, kao modela koji odgovara izvornom konceptu, a po kojem se stranke same, potpuno dobrovoljno opredeljuju za ovaj metod rešavanja sporova, u zakonima se pojavljuje **obavezna, mandatorna medijacija**, koja egzistira u tri poznata vida, kao:

- 1. Zakonska obavezna medijacija, u kojoj se stranke, ukoliko je zakon propisao obaveznost medijacije, moraju opredeliti za medijaciju kao put rešavanja svoga sukoba.
- 2. Sudska obavezna medijacija, u kojoj sudija *ad hoc*, po proceni situacije, naređuje stranama u sporu medijaciju.
- 3. Kvaziobavezna medijacija u kojoj je obaveza stranaka zasnovana na zakonu, ali je one smeju ignorisati, s obrazloženjem, pa čak i bez njega, a u svakom slučaju bez pravnih posledica zbog svoga odbijanja.

- Mogu se naći razumni argumenti kojima se obaveznost medijacije može pravdati, kao što su:
 - nužnost dalje popularizacije medijacije,
 - slamanje otpora sredine,
 - povećavanje njenog kvaliteta kroz rast broja slučajeva, kvantitet,
 - pružanje mogućnosti za sticanje veštine i iskustava medijatorima.
- Uprkos tome, mandatorna medijacija ostaje inkompatibilna sa načelom konsensualizma kao temeljom ovog metoda.

Šta je medijabilno (medijativno)

- U zemlji u kojoj medijacija ima duboke korene i koja je danas verovatno, najveće medijacijsko čvorište sveta, u SAD, istorijski, već početkom XX veka, biti medijator postaje priznato zanimanje.
- Prva masovnija primena postupka medijacije vezuje se za radnopravne sporove.
- Sa tog terena ona se prenosi na trgovačke sporove, a potom na teren rasne, polne, etničke diskriminacije, pa u škole i na fakultete za rešavanje međusobnih sukoba studenata, sukoba ovih sa upravom i sl.
- Dalje, ona osvaja i teren krivičnog, potom porodičnog prava, gde ima široku lepezu primene (razvodi, usvojenja, roditeljsko pravo, odnosi između supružnika u kojim se pojavljuje nasilje itd), da bi se još kasnije proširila na pitanja stvarnog prava, potrošačke sporove itd.

- Kod nas, medijaciji se mogu podvrći:
 - 1. sporovi koji se mogu okončati poravnanjem (sporovi u kojima strane mogu slobodno da raspolažu svojim pravima),
 - 2. ukoliko za pojedini spor nije propisana isključiva nadležnost domaćeg suda ili kog drugog organa.

- *Exempli causae*, pravne oblasti (odnose) u čijoj se sferi nalaze medijabilne stvari jesu:
 - imovinskopravni odnosi,
 - trgovački,
 - porodični,
 - radni (osim otkaza ugovora o radu i isplate minimalne zarade),
 - ostali građanskopravni odnosi,
 - upravne stvari i
 - krivičnopravne stvari.
- Dakle, domen medijacije dosta je široko postavljen.

- Druga zakonom postavljena granica medijabilnosti odnosi se na isključenje sporova za koje je predviđena isključiva nadležnost suda ili drugog organa.
- Tu materijalnopravne ili procesne norme propisujunsudsku nadležnost kogentnim propisima (npr. porodične i bračne stvari, stečajne stvari, privremene i prethodne mere, derivativne tužbe iz Zakona o privrednim društvima i sl).

Efekti medijacije: šta posle?

- Od tri pravna izlaza kojima se postupak medijacije može okončati samo je prvi – sporazum stranaka – meritoran.
- Druga dva načina (obustavljanje postupka odlukom medijatora i odustanak od medijacije odlukom jedne od strana u sporu) nemaju značajnije pravne posledice ni u meritornom ni u procesnom delu.

- Spor koji se iznosi pred medijatora najčešće će biti posledica nekog prethodnog pravnog odnosa kome je, opet, najčešće izvor neki pravni posao, tj. ugovor.
- Posle sprovedenog postupka posredovanja, širokim sagledavanjem stvari i uzajamnim popuštanjem, stranke u sporu dolaze, ni do čega drugog, već do do jednog novog sporazuma.
- Ovo stoga što je redovna, zakonska posledica uspeha postupka medijacije poravnanje, koji se može zaključiti u formi sudskog ili vansudskog poravnanja.
- Sudsko poravnanje jeste kategorija Zakona o parničnom postupku , a vansudsko potpada pod regulativu Zakona o obligacionim odnosima.
- Pravi problem nastaje povodom drugog od njih.

- Dok sudsko poravnanje ima značaj presuđene stvari (efekat *res iudicata*), za njega važi *ne bis in idem*, a na bazi njega se može pokrenuti direktno postupak izvršenja, problem je što je vansudsko (materijalno) poravnanje, opet ugovor.
- Njegova jedina pravna zaštita počiva na nivou parničnog prava (utuženje).
- Iz rečenog sledi da će država, ukoliko se ugovarači ne ponašaju u skladu sa ugovorom o vansudskom poravnanju, aktivirati prinudu tek po pravosnažnom okončanju parnice, čime se potkopava načelo efikasnosti u rešavanju konflikata medijacijom.