

Др Александар Мојашевић,*
Доцент Правног факултета,
Универзитет у Нишу

НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 347.925(497.11:4-672EU)

Рад примљен: 01.09.2014.

Рад прихваћен: 01.12.2014.

ЕФИКАСНОСТ (СУДСКЕ) МЕДИЈАЦИЈЕ У СРБИЈИ У ОДНОСУ НА ПОЈЕДИНЕ ЕВРОПСКЕ ЗЕМЉЕ**

Апстракт: У овом раду аутор испитује ефикасност (судске) медијације у Србији у односу на поједине европске земље. Полазећи од, у теорији истакнута, три приступа у промоцији медијације у континенталном делу Европе: легалистичког, прагматичног и приступа базираног на промоцији културе медијације, желимо да установимо који је приступ примењен у Србији и да, на компаративној основи, увидимо предности и недостатке истог у односу на приступе који су примењени у појединим европским земљама. Притом, критеријум процене ефикасности различитих приступа биће учесталост покренутих поступака медијације и утицај на фреквенцију судских (пре свега, парничних) поступака. У том циљу, издвајамо Италију као типичног представника легалистичког приступа; Холандију и Данску као представнике прагматичног приступа; и Швајцарску као репрезента приступа базираног на култури. Резултати до којих смо дошли у овој компаративној анализи указују на то да, упркос предностима једног над другим, не постоји ефикасан универзални приступ који би био примењен у свим европским земљама, као и да је у Србији примењен очито погрешан приступ у промоцији медијације, те га је потребно значајно модификовати у правцу снажније едукације људи о овом АДР методу, али и промене појединих законских решења која су се показала као неефикасна у примени.

Кључне речи: ефикасност, медијација, Србија, Холандија, Данска, Италија, Швајцарска.

* mojasevic@prafak.ni.ac.rs

** Овај чланак је резултат рада у оквиру пројекта под називом *Заштита људских и мањинских права у европском правном простору*, финансираног од стране Министарства просвете и науке Републике Србије (референтни број 179046).

1. Увод

У Националној стратегији реформе правосуђа из 2006. године¹ *ефикасност правосуђа* истакнута је као једно од основних начела реформе. У оквиру овог начела реформе, као циљ је постављено *унапређење приступа правосуђу*, и то на два начина: развијањем система правне помоћи и *унапређењем система решавања спорова медијацијом*. С друге стране, у новој, и још увек актуелној, *Националној стратегији реформе правосуђа за период 2013–2018. године* (скр. Стратегија),² дата је тренутна оцена постојећег система медијације, а која се своди на следеће: нејасан правни статус и лоше функционисање Центра за медијацију; лоша координација Центра са другим институцијама, пре свега судовима, услед чега је дошло до гашења различитих програма медијације; као и недовољна популаризација ових програма широј јавности. Из тог разлога, формирана је Радна група за израду новог закона о медијацији,³ који би требало да успостави, како се у Стратегији истиче, „потпуно нов и функционалан систем медијације“. Да ли је за успостављање овог (легитимног) циља потребно донети само нови закон, или је неопходно предузети и друге реформске мере, представља питање које заокупља нашу пажњу. Да бисмо дошли до одговора на ово питање, наша истраживачка пажња усмерава се на оне земље које су успоставиле функционалан систем медијације, и нарочито на *факторе* који су довели до тога, као и на земље које имају потешкоћа да успоставе исти. Одређени аутори (De Palo, Harley, 2005: 469–479) у прву групу земаља издвајају: Холандију, Данску и Швајцарску, а у другу групу Италију. Наш циљ је установити законске, али и друге мере које Србија може да преузме од ових земаља, ради успостављања „потпуно новог и функционалног система медијације“.

2. Медијација у Србији

2.1. Почеци примене и нормативни оквир медијације

Почетак примене (судске) медијације у Републици Србији (Недић, Тоскић, 2012: 7–10) везује се за пилот-пројекат *Недеља поравнања*, који је отпочео са реализацијом 2002. године у Врховном суду Републике Србије. Иако је дао одређене резултате, пројекат није заживео због приговора Министарства

1 Стратегија је доступна на: http://www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti_sekcija.php?id=45678

2 Стратегија је доступна на: <http://www.mpravde.gov.rs/files/Nacionalna%20Strategija%20reformе%20pravosudja%20za%20period%202013.-2018.%20godine.pdf>

3 Радна верзија Нацрта закона из 2013. године доступна је на: <http://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>

правде да иновирани поступак није у складу с одговарајућим одредбама тадашњег ЗПП-а. Ипак, овај пројекат је дао замањ реализацији сличних пројеката медијације у другим судовима, не само у Београду (рецимо, у Првом и Другом општинском суду у Београду), већ и у другим већим српским градовима, попут: Ниша, Новог Сада или Суботице. Њихова реализација била је праћена стручном и финансијском подршком међународних организација и удружења, попут: Међународне финансијске корпорације (IFC) или Америчког удружења правника (ABA/CEELI).

Узимајући у обзир да је реч о пионирском подухвату у имплементацији медијације у оквиру домаћег правног система, почетни резултати ових пројеката били су задовољавајући. Медијација је прихваћена у стручним круговима и наишла је на добар пријем опште јавности. У таквој друштвеној атмосфери приступило се изради законског прописа који би на целовит начин регулисао овај АДР метод. Тако је 2005. године донет *Закон о посредовању – медијацији*⁴ (у даљем тексту: Закон), као основни и кровни закон у овој материји. Након постављања нормативног оквира медијације, приступило се успостављању институционалне структуре за примену медијације, уз значајну финансијску подршку влада страних држава (рецимо, Владе Холандије) или међународних организација (споменути IFC). Тако је успостављен Центар за медијацију у Београду, али и бројна одељења за медијацију, просторно и организационо везана за основне судове у већим српским градовима.

Србија је кренула са пилот-пројектима медијације, успоставила нормативни оквир медијације, изградила какву-такву институционалну структуру за примену медијације, имала стручну и финансијску подршку појединих страних држава, организација и удружења, али упркос томе резултати у примени медијације у скоро десетогодишњем периоду могу се слободно оценити као поражавајући! Наиме, у целокупном периоду, од почетка примене Закона 2006. године до октобра 2013. године, *укупно је решено нешто више од 3.500 предмета у поступку медијације на националном нивоу*.⁵ Оволики број решених предмета у медијацији засигурно није могао да утиче на смањење броја предмета који чекају на решавање пред српским судовима опште надлежности. Довољно је погледати Извештај Врховног касационог суда Србије,⁶ рецимо за 2012. годину,⁷ и видети да је укупан број

4 Закон о посредовању – медијацији, *Сл. гласник РС*, 18/05.

5 Податак преузет са: <http://novosti.rs/vesti/naslovna/drustvo/aktuelno.290.html:460347-Gasi-se-Centar-za-medijaciju>, приступ: 10. март 2014. године.

6 Видети: http://www.vk.sud.rs/assets/files/o_sudu/izvestaji/statistika_2012.pdf

7 Исти закључак проистекао би из анализе Извештаја Врховног касационог суда Србије за 2011. годину (2.742.772 нерешена предмета на крају извештајног периода). Претходне, 2010. године, било је скоро милион нерешених предмета на крају извештајног периода,

нерешених предмета, на крају те године, износио *преко два и по милиона* пред српским судовима опште надлежности. Основно питање јесте: који су узроци слабе примене медијације у Србији? Ово питање нас води до квалификације и оцене приступа у промоцији и примени медијације у Србији.

2.2. Квалификација и оцена приступа у промоцији медијације у Србији

У Србији се кренуло са имплементацијом медијације *прагматично*, узимајући у обзир пилот-пројекте који су имали за циљ да уведу медијацију у наш правни систем, пре свега, преко судова. Прагматизам у примени новог правног института, недовољно познатог нашој општој, па и стручној јавности, дао је почетне добре резултате. Потом је уследио логичан корак ка *нормативном уобличавању* овог АДР метода, доношењем посебног Закона 2005. године. Од тада, као да је све кренуло „низбрдо“ (узимајући у обзир горенаведене податке о броју медијација на националном нивоу), те се стиче утисак да је узрок слабе заступљености медијације у Србији погрешно конципиран нормативни оквир! Да ли би ситуација била другачија да је био донет другачији закон (са битно другачијим концептом медијације), или се узроци (намерно инсистирамо на множини узрока) слабе примене медијације налазе ван нормативне сфере? Пажљив одговор на ово питање изискује првенствено емпиријску потврду могућих узорка, али пре тога, издвајамо оне факторе слабе заступљености медијације у Србији који се у домаћој теорији најчешће спомињу. Наиме, неки домаћи аутори (Недић, Арсић, 2011: 11) наводе следеће разлоге: лоша законска решења; приоритет у решавању неких других питања у транзиционом периоду; неразумевање суштине медијације у општој јавности; недостатак сарадње кључних институција и одговорних лица; схватање медијације као инструмента за остварење профита, слаба популаризација, итд. С друге стране, једна новија емпиријска студија (Мојашевић, 2014а: 103–245) указује на узроке слабе примене медијације у Србији, пре свега, када је реч о важећим законским решењима: законски усвојен концепт добровољне медијације и медијације по упуту суда који није дао резултате, али и законска одредница да склопљени споразум у поступку медијације има снагу вансудског поравнања; висока такса за покретање поступка медијације као фактор који је демотивисао странке да бирају медијацију, нарочито у

али је тај број *и даље висок* ако се упореди са бројем предмета решених у поступку медијације. Извештаји су доступни на: http://www.vk.sud.rs/assets/files/aktuelno/statistika_o_radu_sudova_za_2011.pdf, http://www.vk.sud.rs/assets/files/o_sudu/izvestaji/godisnji_izvestaj_o_radu_2010.pdf

споровима мале вредности; неинформисаност странака и других учесника у поступку о овом АДР методу; недостатак популаризације медијације у Србији, недостатак едукативних активности, и други.

Већ на први поглед се уочава, а то се могло и интуитивно наслутити, да нормативни оквир није, и не може бити, „главни кривац“ слабе примене овог АДР метода у Србији. Али, то не значи да је законописац лишен било какве одговорности. Доказ ове тврдње лежи у чињеници да је од 2008. године до данас формирано *неколико* радних група за израду *новог* закона о медијацији, са очекивањем да ће побољшати ефикасност овог правног института. И поред тога што поједини аутори (Мојашевић, 2014б) указују на то да нема места претераном оптимизму у погледу повећања ефикасности медијације *pro futuro* у Србији, уколико се сагледа последња *радна верзија Нацрта закона о посредовању о решавању спорова* из 2013. године, то не значи да не треба поправљати постојећи Закон. Питање је само у ком смеру (у погледу конципирања закона) треба ићи, сада након скоро десет година неефикасне примене медијације у Србији. Аутор овог рада је у својој студији (Мојашевић, 2014а: 236–245) издвојио и препоручио следеће (реформске) мере: усвојити обавезну медијацију у одређеним споровима, као привремено целисходно решење; поједноставити поступак давања извршне снаге споразуму у медијацији; снизити таксу за покретање поступка медијације; радити на подизању свести грађана о значају алтернативног решавања спорова, при чему увођење обавезне медијације управо томе и служи, итд. Иначе, концепт обавезне медијације је усвојен у Италији, са почетним солидним резултатима, упркос бројним отпорима, пре свега, од Адвокатске коморе Италије (Мојашевић, 2014в). У наставку, посвећујемо посебну пажњу медијацији у Италији.

3. Медијација у Италији

3.1. Почеци примене и нормативни оквир медијације

Типичан представник легалистичког приступа у промоцији и примени медијације јесте Италија. Подстакнута кризом у правосуђу, ова медитеранска земља постепено је почела да уводи медијацију у национални правни систем, почев од деведесетих година 20. века. Иначе, криза се огледала у томе да је, рецимо, просечно трајање парничног поступка износило скоро *1.300 дана*, док се на правоснажну пресуду, након покренутог жалбеног поступка, морало чекати *и више од десет година* (De Palo, Carmeli, 2005: 351). Такође, на (очити) закључак о лошем стању у италијанском правосуђу наводе и најновији подаци (прикупљени 2010.

године) *Европске комисије за ефикасност правосуђа – ЦЕПЕЈ* (Jean, Jorgu, 2013: 34), који казују да је у Италији, у грађанској материји, потребно 493 дана за решавање старих (заосталих) предмета, упркос томе што је италијанско правосуђе у стању да решава онолико (нових) предмета колико прими по години (тај индикатор износи преко 110%). Једноставније речено, Италија се суочава са великим бројем заосталих предмета, и поред чињенице да се 2010. године, у односу на претходне године, ситуација незнатно побољшала због увођења таксе на новопридошле предмете (енг. *tax on incoming cases*). У теорији (De Palo, Carmeli, 2005: 352) су означени и могући узроци таквог стања: ригидност и претерани формализам постојећег судског система, као последица феномена означеног као „путања зависности“, тј. инклинација одређених институција (првенствено судова и адвокатских комора) ка одржању постојећег стања и исказивању отпора ка било каквим променама у правосуђу.

Процес увођења медијације у Италији одвијао се постепено, у виду сукцесивног доношења бројних правних аката којима је нормирана медијација у различитим правним областима. На овом месту нећемо наводити све правне акте релевантне у овој материји, али издвајамо неколико (Bruni, Sitzia, 2013: 49–50). Пре свега, 1991. године, Парламент Италије створио је правну подлогу за конституисање посебног суда за мирно решавање спорова (енг. *Justice of the Peace*; итал. *Giudice di Pace*); потом, 1993. године, усвојен је Закон бр. 580, који је омогућио привредним коморама широм Италије да отворе центре за пружање услуга медијације; исте године, Законом бр. 281, удружењима потрошача дато је право да решење спорова са разним правним лицима потраже пред привредним коморама; затим, 2003. године Влада је донела Уредбу бр. 5 којом су предвиђене медијација и арбитража за решавање спорова у корпоративном сектору (укључујући банкарски и финансијски сектор); 2006. године усвојен је амандман бр. 55 на Грађански законик, којим је предвиђена медијација за решавање спорова приликом преноса породичне фирме на потомке; 2007. године, посебном Уредбом бр. 179 медијација је предвиђена и за решавање спорова на финансијском тржишту, између инвеститора и брокера; 2010. године, Законом бр. 183 прописана је обавеза покушаја мирног решења спора у поступку медијације између послодаваца и радника у вези с уговором о раду, итд. Но, вероватно најзначајнија промена на плану регулисања медијације одиграла се 2009. године, усвајањем Закона бр. 69, којим је Парламент пренео овлашћење Влади да регулише медијацију у грађанским и трговинским стварима, што је она и учинила доношењем *Уредбе 28/2010*. Овом Уредбом у правни систем Италије уведена је *обавезна медијација пре покретања судског поступка у грађанским и трговинским*

споровима. На овом месту нећемо анализирати све одредбе ове уредбе, већ ћемо пажњу усмерити на фреквенцију поступака медијације *пре и после доношења Уредбе*, како бисмо стекли увид у њену делотворност.

3.2. Учесталост поступака медијације у Италији

Након усвајања споменутог Закона бр. 580, 1993. године, дошло је до отварања бројних центара за медијацију широм Италије, махом при привредним коморама, али је број покренутих поступака медијације остао *занемарљив*. Следећи подаци поткрепљују овај став (De Palo, 2007: 2): од 1999. године до 2005. године, у АДР центру у Риму, највећем акредитованом центру за медијацију у Италији, покренуто је 327 поступака медијације, од чега је 277 поступака иницирано од једне стране у спору, 45 поступака јер је медијација била предвиђена као уговорна обавеза, три обавезна поступка медијације из телекомуникационог сектора и два поступка на предлог судије.

У теорији (De Palo, Carmeli, 2005: 352) се као могући узроци слабе заступљености медијације у пракси најчешће наводе недостатак новчаних средстава и неинформисаност грађана о овом АДР методу. С тим у вези, анкета Италијанског института за међународну трговину, публикована 2001. године, показала је *да 98% италијанских извозно оријентисаних предузећа никада није чуло за медијацију*, док је студија из 2001. године Италијанског националног института за статистику показала *да само 4% италијанских грађана зна да привредне коморе уопште пружају услуге медијације* (De Palo, Harley, 2005: 472). Такође, подаци ЦПР Међународног института за превенцију и решавање конфликта (De Palo, Harley, 2005: 473–475) указују и на *очито негативан (равнодушан, игнорантски) став адвоката према медијацији*, као могући узрок неефикасне примене медијације у Италији. Но, гледано са ширег друштвеног аспекта, поред већ наведене „путање зависности“, италијанска правна теорија (De Palo, Harley, 2005: 476–478) препознаје и друге разлоге: јефтин и релативно једноставан приступ судском решавању спорова; потенцијално угрожавање пословних интереса поједних група (пре свега, адвоката); скептичан став странака ка медијацији, који је последица, претежно, декларативних одредаба закона, без прецизно дефинисаних инструмената за примену истих; постојање веома рестриктивних правила која се односе на регистроване организације за пружање услуга медијације, итд.

Управо је оваква статистика приморала законодавца у Италији да преиспита постојећи концепт добровољне медијације. Говори се (Gabellini, 2010: 64–65) о *два колосека* којима је кренуо италијански законодавац: један

у правцу (даље) законодавне реформе, што је резултирало у законском увођењу *обавезне медијације* у одређеним споровима (споменута *Уредба 28/2010*), и други у правцу побољшања квалитета услуга медијације, у виду увођења акредитације за медијаторе и посебних програма обуке.

Према јавно доступним подацима (Morek, 2013), од марта 2011. године (када је почела да се примењује обавезна медијација) до октобра 2012. године иницирано је 215.689 поступака медијације, са просечном стопом успеха од 12%. Притом, ако се узму у обзир поступци у којима су тужени прихватили да учествују, стопа успеха је знатно виша и износи око 50%. Затим, у периоду од марта 2011. године до марта 2012. године, *мање од три процента* медијација иницирано је *на предлог судије*, што је незнатно повећање у односу на првих девет месеци у истом периоду (када је износило *два процента*). Истиче се (De Berti, 2012) да ово незнатно побољшање можда рефлектује промену резервисаног става италијанских судија према медијацији. Даље, када је реч о овлашћењу медијатора да сачини предлог споразума за решење спора, указује се на то да су медијатори предузимали иницијативу у том правцу у само *један проценат* свих случајева, док су, с друге стране, странке захтевале да медијатор сачини предлог споразума у *0,5%* свих случајева (Colombo, 2012: 79). Коначно, увођење обавезне медијације имало је за последицу драстично повећање броја центара за пружање услуга медијације, као и повећање броја образовних институција. Наиме, док је 2008. године било 37 медијацијских центара у Италији, дотле је тај број повећан на 843 крајем априла 2012. године; број институција које се баве едукацијом у овој области повећан је са 35 на 309 у истом периоду (De Berti, 2012). С тим у вези, у италијанској теорији (Colombo, 2012: 78) поставља се (можда и оправдано) питање: *да ли је ово повећање броја центара и образовних институција заиста било неопходно и зар се тиме не губи на квалитету пружених услуга медијације?*

Све у свему, пре усвајања Уредбе, број медијација био је на веома ниском нивоу; њеним ступањем на снагу, број покренутих поступака медијације је повећан, али се генерална оцена о успешности медијације може дати тек након извесног протека времена.

4. Медијација у Швајцарској

4.1. Почеци примене и нормативни оквир медијације

У Швајцарској постоји дуга традиција мирног решавања спорова, пре свега, путем *концилијације (мирења)*. У овој земљи концилијација увек је имала израженију улогу у решавању спорова у односу на класичан, судски,

начин решавања спорова. Иначе, концилијација има више појавних облика: мирење на конференцији за склапање поравнања којом руководи мировни судија (енг. *justice of the peace*), мирење у оквиру посебних мировних судова (Schlichtungsbehörden) и мирење у оквиру институције (јавног и приватног) омбудсмана. У већини швајцарских кантона, концилијација је обавезна прелиминарна фаза судског поступка и углавном се спроводи на конференцији за склапање поравнања. Ове конференције имају солидну стопу успеха, будући да проценат склопљених поравнања износи преко 40% (Meier, 2006: 4–5).

С друге стране, *медијација*, као друга подједнако значајна (али не толико успешна) форма АДР-а у Швајцарској, отпочиње свој развитак 1980. године, пре свега, под утицајем развоја ове правне установе у Америци и Канади. Првобитно, медијација је погодно тло за примену нашла у породичноправној материји, али је постепено почела да шири подручје примене и на друге гране права, попут: трговинског права, радног права, еколошког права, у случају спорова између кантона, или спорова између кантона и федерације, итд. Тако је 2005. године медијација озакоњена у кантону Женева у грађанскоправној материји; то је дало подстицај и другим швајцарским кантонама да нормирају овај АДР метод у грађанској и кривичној материји. Но, медијација је нормирана и на федералном нивоу, и то у управном поступку и кривичном поступку за малолетнике. Затим, 2007. године, Швајцарска привредна комора и индустрија усвојила је тзв. *Правила медијације* (енг. *Swiss Mediation Rules*) са намером даљег промовисања овог АДР метода. Потом, 1. јануара 2011. године, на федералном нивоу, ступио је на снагу *Швајцарски грађански законик (ШГЗ)*, у којем је предвиђена медијација као метод решавања грађанскоправних спорова. Карактеристично је то да швајцарски законодавац није нашао ослонац за регулисање медијације у Директиви Савета Европе која је релевантна за ову материју.⁸ Поред тога, швајцарски законодавац није регулисао посебно поступак медијације, већ само *однос* овог поступка и парничног поступка. Према одредбама ШГЗ, странке се могу заједнички обратити надлежној институцији за спровођење поступка концилијације и тражити супституцију поступка концилијације поступком медијације. Ако је судски поступак у току, странке могу упутити заједнички захтев суду за отпочињање поступка медијације; у том случају, судски поступак ће бити аутоматски суспендован. Видимо да се одредбе ШГЗ односе само на тзв. *судску медијацију* (која представља алтернативу поступку концилијације), али не и на поступак медијације који је инициран *независно* од покренутог судског поступка (Baizeau, Kunz, 2013: 93, 95).

⁸ Директива 2008/52/ЕС. Ова директива се не може директно применити у Швајцарској, јер ова земља није чланица ЕУ.

4.2. Карактеристике медијације у Швајцарској

Можемо издвојити неколико карактеристика ове правне установе у Швајцарској (Baizeau, Kunz, 2013: 93, 95). Прво, у овој земљи доминира концепт *добровољне медијације*; једино је, према одредбама ШГЗ, концилијација обавезна прелиминарна фаза након иницирања парничног поступка, али која се може супституисати, као што је речено, поступком медијације. Иначе, судија је овлашћен да *информише и саветује* странке о могућности решења спора медијацијом, али ако странке не поступи према препоруци судије, неће трпети никакве санкције. Штавише, и у породичној материји, судија не може *присилити* странке да иду на медијацију; то може да учини једино орган старатељства, под условом да је то у интересу детета. Друго, у Швајцарској је доминантна *приватна медијација* коју спроводе многобројне (приватне) организације. Но, осим медијације која се спроводи независно од судског поступка (вансудска медијација), паралелно постоји и *судска медијација*, тј. медијација која је везана за покренути (парнични) поступак. Треће, у овој земљи, доминира *фацилитативан тип медијације* и медијације која је усмерена на *интересе страна у спору*. Притом, медијатор може држати заједничке, али и одвојене састанке са странама у спору. Коначно, за разлику од обавезне концилијације која се може подичити високом учесталашћу (што је природна последица њене обавезности) и солидном стопом успеха (око 40%), таква тврдња не може се изрећи за медијацију. Можда учесталост медијације у Швајцарској најбоље описује следећа тврдња: „Висока понуда [*услуга медијације*] наспрот ниској тражњи“ (Meier, 2006: 18). Дакле, ако се изузму спорови из породичноправне материје и, донекле, радноправне материје, фреквенција поступака медијације у овој земљи није на задовољавајућем нивоу, посебно ако се узму у обзир карактеристике културе ове земље. А ову земљу карактерише *култура дијалога и мирног решавања спорова* (пре свега, непосредним преговарањем и мирењем), што за последицу има придавање мањег значаја, за разлику од Србије, судском начину решавања спорова. Стога, можда је најбоље закљутити овај одељак речима горенаведеног аутора (Meier, 2006: 19) да фокус пажње у Швајцарској није на повећању фреквенције поступака медијације како би се снизио број покренутих судских поступака, *већ на повећању коришћења медијације у рангу непосредног преговарања и концилијације!*

5. Медијација у Холандији и Данској

5.1. Медијација у Холандији: историјски развој

Почетак развитка медијације у Холандији (De Roo, Jagtenberg, 2002: 128–133) везује се за 16. век и институцију под називом *Leidse Vredemakers* (енг. *Layden Peacemakers*), која је касније, под утицајем законодавних промена условљених Француском револуцијом, променила назив у *Bereaux de Paix*, односно *Juges de Paix*. Од тада у Холандији постала је уобичајена пракса да судија, током судског поступка, и то у случајевима из породичноправне материје (најчешће разводи бракова) поступа као медијатор. С друге стране, у другој половини 19. века, дошло је до постепене примене медијације, али и других АДР метода (концилијације и арбитраже), у радноправној области, махом у споровима између послодаваца и радника. Ови поступци мирног решавања радних спорова углавном су били иницирани на добровољној основи и спровођени су ван судова. Затим, у 20. веку, у Холандији су осниване различите институције за пружање услуга медијације, рецимо, *Владин медијатор*, као државна институција за посредовање у радним споровима (која је укинута после Другог светског рата), или *Одбори за решавање спорова* у области права потрошача, који су, за разлику од претходно наведене институције, оправдали своје постојање, првенствено због неформалног карактера поступка посредовања. Коначно, седамдесетих и осамдесетих година 20. века, Холандија се суочила са кризом у правосуђу (слична ситуација постојала је и у Италији, и код нас у новије време), која се манифестовала у преоптерећености судова, претераном формализму и високим трошковима судског поступка, дуготрајним поступцима, итд. Но, за Холандију је ова криза у правосуђу представљала *изазов* на који је требало одговорити применом одговарајућих мера, од којих је примена и даља афирмација АДР метода, под утицајем америчког покрета за развој медијације и других АДР метода, представљала најподеснији избор. Притом, холандска држава није стајала по страни, већ је препознајући значај медијације и АДР метода, пружила финансијску и другу подршку приватној иницијативи за развој медијације. Тако је 1993. године основан *Холандски институт за медијацију* (скр. *ХИМ*), у сврху информисања шире јавности о медијацији и подстицања примене и унапређења медијације у пракси. Оснивање овог института представљало је *прекретницу* у институционалном развоју медијације у Холандији. ХИМ се сматра „кровном“ институцијом, води регистар акредитованих медијатора, сарађује са другим институцијама и државним органима. Ако се узме у обзир податак (De Roo, Jagtenberg, 2002: 130) да су, рецимо, у петогодишњем периоду (1996–2001), пред овим

институтом инициране 1.222 медијације и, притом, тај број упореди са бројем акредитованих медијатора (рецимо, од 1993. године до 2002. године било их је преко 2.000, са даљом тенденцијом раста), уочава се феномен, који је, иначе, присутан и у Швајцарској – *знатно виша понуда услуга медијација у односу на тражњу за тим услугама*. Такође, новији подаци Цепеја (СЕРЕЈ, 2012: 139) јасно указују на постојање великог броја акредитованих медијатора у Холандији: *преко двадесет на 100.000 становника, или у апсолутној вредности: 4.015*, што је највећи број у односу на посматране европске земље.

Министарство правде Холандије је своју активну улогу у промоцији медијације показало и развијањем посебних пројеката *судски анексираних медијација*. Тако су 1996. године реализована два таква пројекта, да би се наредних година наставило са сличним активностима. Рецимо, од 2000. до 2003. имплементиран је пројекат под називом *Алтернативно решавање спорова и медијација*, који је садржао два специфична пројекта: *Судски иницирана медијација*, са циљем даљег развијања система судског упућивања странака на медијацију, и *Медијација и правна помоћ*, са циљем превентивног решавања спорова пре иницирања судског поступка и развијања система пружања правне помоћи странама у спору.

Напошетку, рецимо и то да је у Холандији развој ове правне установе био праћен публикавањем посебних часописа о медијацији (рецимо, *Journal for Mediation*), као и оснивањем приватних институција за пружање обуке медијаторима, што је касније утицало и на развијање посебних курсева о медијацији, претежно на правним факултетима.

5.2. Нормативни оквир и учесталост медијације у Холандији и Данској

У Холандији не постоји општи и основни закон који би регулисао медијацију на целовит начин, попут Србије или других земаља. Поред тога, ваљало би споменути (Pel, 2012) и то да је холандски Парламент покушао да регулише одређена питања везана за медијацију на бази Директиве 2008/52/ЕС. Ипак, ови напори нису уродили плодом. Но, упркос непостојању општер нормативног оквира, могу се издвојити *Правила медијација ХИМ-а* из 1995. године, са одређеним изменама из 2000. године. Постоје три базична принципа која извиру из ових *Правила медијације*, која су, иначе, базирана на *УНЦИТРАЛ-овим правилима о мирењу из 1980. године*:⁹ а) принцип добровољности, б) принцип независности и непристрасности медијатора, и в) принцип поверљивости и приватности. Истакнута позиција првог

9 Видети: Art. 2, 7, 14, 20 of UNCITRAL Conciliation Rules, A/RES/35/52, 10.12.1980.

принципа указује на то да је у Холандији доминантан *концепт добровољне медијације*, упркос томе што се и у овој земљи водила дебата око тога да ли се принцип добровољности односи само на одлуку странака да спор реше медијацијом, или, рестриктивније тумачено, само на слободу странака да прихвате или не прихвате предлог споразума у поступку медијације; ако би се овај принцип тумачио рестриктивније, то би отворило врата и *концепту обавезне медијације*, око чега, постоје подељена мишљења у Холандији (De Roo, Jagtenberg, 2002:135, 145). У сваком случају, у Холандији странке могу слободно покушати да реше спор пред бројним институцијама за пружање услуга медијације, од којих је водећи Холандски институт за медијацију. Поред тога, као што је речено, у овој земљи постоји и *институционално упућивање странака на медијацију*, пре свега од стране суда, које је, између осталог, и установљено ради популаризације медијације међу грађанима.

С друге стране, када је реч о учесталости медијације у Холандији, примера ради, 2011. године било је око 52.000 поступака медијације, од чега највише у породичноправној материји (17.058 или 33%) и радноправној материји (12.922 или 25%) (Pel: 2012). Затим, према једном истраживању из 2010. године (Vogels, van der Zeijden, 2010: 47) у већини случајева (тачније, у око 69% случајева) медијација је допринела (потпуно или делимично) разрешењу спора, при чему је највећи успех овог АДР метода у домену породичног и радног права (36,7%, односно 34,4%). Но, исто истраживање (Vogels, van der Zeijden, 2010: 49) *није показало значајнију предност медијације на другим формама АДР-а*, будући да би у три четвртине случајева странке поново бирале онај АДР метод (медијацију или други) који су претходно користиле за решење спора.

Дакле, Холандија је, уз подршку надлежних државних институција, експерименталним путем кренула са применом медијације, при чему је приватни сектор препознао свој интерес и подржао развој ове правне установе. На тај начин, Холандија је индиректно пружила доказе да легалистички приступ у промоцији медијације (*тзв. приступ одозго-надоле*) није *condition sine qua non* успеха у примени медијације, како би се на први поглед могло закључити. Но, поред Холандије, и Данска потврђује ову тезу. У Данској се медијација нашироко користи, упркос минорној законодавној активности у овој области. За разлику од других скандинавских земаља, судска медијација у Данској нема толики значај, као ни медијација прописана законом, али је учесталост ове правне установе у пракси висока (De Palo, Carmeli, 2005: 349). С друге стране, најновији Извештај Цепеја из 2012. године, (СЕРЕЈ, 2012: 132–141) указује на то да у Данској доминира медијација иницирана од стране суда или друге јавне институције, као и медијација коју спроводи судија, као и да

не постоји медијација на предлог јавног тужиоца. Притом, у грађанским, трговинским и породичним стварима, примењује се судска медијација и медијација коју спроводи судија. У домену породичног права, медијацију спроводе и друге јавне институције, поред суда. У другим споровима (нпр. управним или кривичним), медијација се не користи у овој земљи. Додајмо да је у овој земљи предвиђена и правна помоћ странкама за учествовање у овом поступку.

6. Закључак

Анализа ефикасности медијације у посматраним земљама (Србија, Италија, Швајцарска, Холандија и Данска) јасно је показала да приступ у промоцији медијације игра важну улогу у степену прихватања ове правне установе, самим тим, и њеној заступљености у пракси. Медијација је постигла највећи успех, у смислу заступљености, у земљама које су користиле приступ *одоздо-нагоре*, тј. које су експериментално кренуле са применом медијације, да би се потом окренуле законодавној активности у овој области (Холандија и Данска). Наравно, и ове земље имају одређених проблема у примени медијације, али су ти проблеми квалитативно другачији у односу на друге посматране земље, првенствено у односу на Србију. С друге стране, Италија је земља у којој је реформа у овој области изведена прилично *хетерогено*, са крајњим исходом у виду ниске фреквенције поступака медијације. Зато је ова земља 2010. године увела мандаторну медијацију, пре свега, у сврху популаризације ове правне установе, а какав ће бити крајњи резултат, остаје да се види.

Будући да је Србија земља у којој ова правна установа није постигла завидан успех, поставља се питање шта може да научи из искуства других (за потребе наше анализе изабраних) европских земаља. Прво, то што Србија има општи закон који регулише ову материју, упркос испољеној неефикасности легалистичког приступа, не мора да буде лоше. Потребно је само поправити одређена законска решења ради популаризације ове правне установе. Према нашем мишљењу, и узимајући у обзир скоро десетогодишње (лоше) искуство са применом добровољне медијације, једна од (значајних) мера била би увођење добро осмишљеног *система обавезне медијације*, као привременог целисходног решења. Ово би требало да допринесе решавању горућег проблема у примени медијације у Србији: недовољној информисаности о овој правној установи. Поред тога, швајцарско искуство нас учи да је потребно улагати (материјално и на други начин) у *едукацију* и подизање свести грађана о значају медијације. До културе дијалога и мирног решавања спорова, између осталог, може

се доћи интензивирањем едукативних активности, при чему, школа, као институција, има пресудну улогу, наравно, уз подршку надлежног министарства.

На самом крају, ваљало би истаћи да не постоји јединствени приступ у промоцији и примени медијације који би био применљив у свим земљама, као и да легалистички приступ не мора нужно да буде неефикасан. Ову тврдњу потврђује систем медијације у Америци, у којој је законодавна активност у овој области веома интензивна, а притом ова земља има огроман успех у примени медијације и других АДР метода. Стога, добро осмишљен приступ у промоцији и примени медијације подразумева узимање у обзир карактеристика културе једне земље, уз продубљено компаративно проучавање ефикасности ове правне установе са другим (пре свега, културолошки) сличним земљама. У случају Србије, чини нам се да је италијанско искуство најкорисније.

Литература

- Baizeau, D., Kunz, A. C. (2013). Switzerland. U Renate Dendorfer-Ditges (Prir.), *Mediation in 16 jurisdictions worldwide 2013*. London: Law Business Research Ltd.
- Bruni, A., Sitzia, M. (2013). Italy. U Renate Dendorfer-Ditges (Prir.), *Mediation in 16 jurisdictions worldwide 2013*. London: Law Business Research Ltd.
- Colombo, F. G. (2012). Alternative Dispute Resolution (ADR) in Italy: European Inspiration and National Problems. *Ritsumeikan Law Review*. 29. 71–80
- De Berti, G. (2012). *Mandatory mediation: the Italian experience, two years on*. [Electronic version]. Retrieved 21, April 2014, from <http://www.international-lawoffice.com>
- De Palo, G. (2007). *Cross-Border Commercial Mediation: How Legislation Affects Mediation Use*. [Electronic version]. Retrieved 7, May 2014, from http://www.europarl.europa.eu/comparl/juri/hearings/20071004/depalo5_en.pdf
- De Palo, G., Carmeli, S. (2005). Mediation in Continental Europe: A Meandering Path Toward Efficient Regulation. U C. Newmark i A. Monaghan (Prir.), *Butterworths Mediators on Mediation: Leading Mediator Perspectives on the Practice of Commercial Mediation*. Manchester: Tottel Publishing
- De Palo, G., Harley, P. (2005). Mediation in Italy: Exploring the Contradictions. *Negotiation Journal*, 21(4). 469-479
- De Roo, A., Jagtenberg, R. (2002). Mediation in the Netherlands: Past – Present – Future. *Electronic journal of comparative law*. [Electronic version]. Retrieved 28, April 2014, from <http://www.ejcl.org/64/art64-8.pdf>

Директива 2008/52/ЕС Европског парламента и Савета ЕУ од 21. маја 2008. године о одређеним аспектима медијације у грађанским и трговинским стварима

European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), Council of Europe. *European judicial systems, Edition 2012 (data 2010): Efficiency and quality of justice.* (2012)

Gabellini, R. (2010). *The Italian Mediation Law Reform* (ADR Bulletin, 12(3), Article 4). [Electronic version]. Retrieved 1, May 2014, from <http://epublications.bond.edu.au/adr/vol12/iss3/4>

Извештај Врховног касационог суда Србије за 2012. годину, http://www.vk.sud.rs/assets/files/o_sudu/izvestaji/statistika_2012.pdf

Извештај Врховног касационог суда Србије за 2011. годину, http://www.vk.sud.rs/assets/files/aktuelno/statistika_o_radu_sudova_za_2011.pdf

Извештај Врховног касационог суда Србије за 2010. годину http://www.vk.sud.rs/assets/files/o_sudu/izvestaji/godisnji_izvestaj_o_radu_2010.pdf

Jean, J., Jorry, H. (2013). *Judicial systems of the European Union countries: Analysis of data by the European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), Council of Europe*

Meier, I. (2006). *Mediation and Conciliation in Switzerland.* [Electronic version]. Retrieved 27, April 2014, from <http://www.175jahre.uzh.ch>

Мојашевић, А. (2014а). *Економска анализа медијације: теоријско-емпиријска студија*. Ниш: Центар за публикације Правног факултета у Нишу

Мојашевић, А. (2014б). Економска анализа појединих решења из Нацрта закона о посредовању у решавању спорова. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 66

Мојашевић, А. (2014в). *Ефикасност (судске) медијације у Италији и Србији: компаративна анализа*, mimeo

Morek, R. (2013). *Mandatory Mediation in Italy – Reloaded.* [Electronic version]. Retrieved 23, April 2014, from <http://kluwermediationblog.com/2013/10/09/mandatory-mediation-in-italy-reloaded/>

Национална стратегија реформе правосуђа из 2006. године, http://www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti_sekcija.php?id=45678

Национална стратегија реформе правосуђа за период 2013–2018. године, <http://www.mpravde.gov.rs/files/Nacionalna%20Strategija%20reforme%20pravosudja%20za%20period%202013.-2018.%20godine.pdf>

Недић, Б., Арсић, Ј. (2011). *Препоруке за развој и примену медијације у Србији*. Београд: Међународна финансијска корпорација (IFC).

Недић, Б., Тоскић, А. (2012). *Примена медијације у Србији: достигнућа и изазови*. Београд: Партнери за демократске промене

Pel, M. (2012). [Electronic version]. Retrieved 28, April 2014, from <http://kluwer-mediationblog.com/2012/03/07/promotion-and-legislation-on-mediation-in-the-netherlands/>

Радна верзија Нацрта закона о посредовању у решавању спорова из 2013. године. Доступна на: <http://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>

UNCITRAL Conciliation Rules, A/RES/35/52, 10.12.1980

Vogels, R.J.M., van der Zeijden, P.Th. (2010). *The Situation Regarding Mediation in the Netherlands*. Rotterdam: The Netherlands Mediation Institute

Закон о посредовању – медијацији. *Службени гласник РС*. Бр. 18(2005). <http://novosti.rs/vesti/naslovna/drustvo/aktuelno.290.html:460347-Gasi-se-Centar-za-medijaciju>

Aleksandar Mojašević, LL.D.
Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Niš

Efficiency of (Judicial) Mediation in Serbia as Compared to some European Countries

Summary

Analysis of efficiency of (judicial) mediation in Serbia and other European countries (Italy, Switzerland, the Netherlands and Denmark) illuminates the causes of poor representation of this legal institution in our country. Analysis of mediation in Italy, culturally most closely resembling country to Serbia, indicates that a legalistic approach to the promotion and implementation of mediation, especially if it is heterogeneous, is not efficient. On the other hand, countries that have implemented a bottom-up approach (“first applied, and then regulate”), such as the Netherlands and Denmark, have developed efficient mediation system. Switzerland, a country that relied on an approach based on the promotion of culture of mediation, has a mediation system that has not been developed to the extent to the developed system of conciliation. In any case, the Italian experience has taught us that the regulation of mediation is not a sure path to success in the implementation of this legal institution; Swiss experience highlights the importance of developing a culture of peaceful settlement of disputes; Dutch and Danish experience emphasizes pragmatism in the promotion and implementation of mediation. Since Serbia lacks an efficient regulatory framework of mediation, culture of peaceful dispute settlement and pragmatism in implementation of this legal institution, it seems that the experiences, for the purpose of analysis, observed countries are more than useful.

Key words: efficiency, mediation, Serbia, the Netherlands, Denmark, Italy, Switzerland.