

Др Милена Петровић*

*Изворни научни чланак
УДК: 347.925(497.11)*

МЕДИЈАТОР ИЗ ПЕРСПЕКТИВЕ СРПСКОГ ПРАВА**

Рад примљен: 12. 11. 2017.

Рад исправљен: 16. 12. 2017.

Рад прихваћен за објављивање: 25. 12. 2017.

Медијација је добровољан, флексибилан поступак, без обзира на назив, у коме странке у спору уз помоћ трећег неутралног лица (медијатор) путем преговарања настоје да постигну решење међусобног спора које би било обострано прихватљиво. Због предности које има у односу на редовну судску процедуру, медијација је не само адекватан метод решавања спорова, већ и адекватан инструмент њихове превенције.

Упркос чињеници да медијација првенствено зависи од воље странака, њен коначни исход је директно везан за личност медијатора. Од његових аналитичких, комуникацијских и процесних вештина, као и способности да у поступку користи адекватне алате преговарања, у великој мери зависи какав ће исход медијације бити – да ли ће странке постићи споразум и решити међусобни спор, или ће остати на почетним позицијама и одустати од тражења могућег решења.

Предмет овог рада је положај медијатора у светлу права Србије под којим се преваходно мисли на Закон о посредовању, али и на подзаконске акте којима се ближе одређују одређена питања медијације. У том смислу, у раду се анализира улога медијатора, шта није медијатор, вештине медијатора, ко може бити медијатор, обука медијатора, као и лиценцирање медијатора.

Кључне речи: *медијација, медијатор, вештине медијатора, преговарање.*

I УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Медијација је структуриран, флексибилан поступак, без обзира на назив, у коме стране у спору добровољно настоје да путем преговарања, уз помоћ трећег неутралног лица (медијатор) реше свој спорни однос. У

* Редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, mpetrovic@jura.kg.ac.rs

** Рад је написан у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Крагујевцу *Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније.*

питању је динамичан поступак који се базира на истраживању и интеракцији учесника.

Као врста алтернативних метода мирног решавања спорова (*alternative dispute resolution – ADR*), медијација је своју реафирмацију и експанзију најпре доживела у САД, а потом и у многим другим државама света. Разлог за њен нагли развој и просперитет лежи у прагматичној потреби да се санирају или бар смање слабости судовања виђене пре свега у његовој (не)ефикасности (велики број предмета, дуготрајне процедуре, те споро извршење пресуда), али и високим трошковима.

У односу на судски поступак медијација показује значајне предности виђене у томе што је поступак добровољан, поверљив, неформалан, брз, што странке самостално доносе одлуку о властитом спору, што имају контролу над поступком и што га могу прекинути у сваком тренутку. За разлику од судије или арбитра, медијатор не доноси одлуку, не изводи доказе, не одлучује која је страна у праву нити истражује истину. Он не сврстава странке у непријатељски однос, већ уместо свађе и надметања подстиче поверење, извињење и помирење. Зато из поступка успешне медијације странке не излазе као јасни победници или губитници. Ако се свему томе дода да је медијација брз и хитан поступак, уз то јефтин, а да односи међу странкама постају бољи или бар остају исти, јасно је да овакав поступак одговара интересима и потребама страна у спору. С друге стране, бенефит од поступка медијације имају и судови будући да опредељење странака за медијацију доприноси растерећењу судова и стварању могућности за њихово квалитетније и ефикасније поступање.

Као начин мирног решавања спорова, медијација је могућа у свим спорним односима у којима стране могу слободно располагати својим захтевима. Могућа је дакле, у свим имовинскоправним споровима, у породичним, привредним, управним стварима, споровима из области заштите животне средине, у потрошачким споровима, као и свим другим спорним односима у којима посредовање одговара природи тих односа и може да помогне њиховом разрешењу, као што су спорови и конфликти у области социјалне заштите, малолетничког правосуђа, злостављања на раду, у области дискриминације итд.

Потребу да афирмише медијацију и нормативно уреди ову област увидела је и Србија па је 2005. године донела први Закон о посредовању – медијацији (у даљем тексту Закон 2005).¹ Девет година касније, тачније 2014. године, Србија је добила други, сада актуелни Закон о посредовању у решавању спорова (у даљем тексту само Закон или ЗОП 2014).² Како је истакнуто на Јавној расправи о Радној верзији овог закона, циљ његовог доношења је растерећење правосуђа и решавање заосталих предмета кроз

¹ Закон о посредовању – медијацији, "Сл. гласник РС", бр. 18/2005.

² Закон о посредовању у решавању спорова, "Сл. гласник РС", бр. 55/2014.

повећање броја спорова који се решавају мирним путем, што је један од приоритета стратегије за реформу правосуђа и акционог плана за њено спровођење.³ Нови Закон је по броју чланова обимнији од претходног, а у фокусу нове регулативе су правила о посредницима, прецизније, издавање дозволе за посредовање, регистар посредника, као и правила о обуци посредника.

Овај рад је фокусиран на медијатора, изузетно важну личност у сваком поступку медијације, па ће се његов положај представити у светлу српског права – превасходно Закона о медијацији, али и у светлу релевантних подзаконских аката. Иако је за сваку медијацију кључна воља странака да спор реше на овај начин, ван суда, ток поступка и коначан исход се директно везују за личност медијатора. Од његових способности, вештина, емоционалне интелигенције и посвећености овом послу у великој мери зависи да ли ће странке разјаснити спорна питања, своје интересе и потребе, да ли ће установити свој стварни положај, своје предности и слабости, и да ли ће истрајати у жељи да пронађу опцију за решење спора. У том смислу, пратећи структуру Закона, у овом раду ће бити речи о улози медијатора, конфузији о томе шта јесте, а шта није медијатор, његовим вештинама, затим о томе ко може бити медијатор, програм обуке коју мора проћи, као и лиценцирање медијатора.

II УЛОГА МЕДИЈАТОРА

Упркос чињеници да медијација зависи од воље странака, њен коначни исход је директно везан за личност медијатора. Отуда су оспособљени и вешти медијатори најбољи начин да се осигура широк приступ јавности оваквом начину решавања спорова.⁴ Без обзира што се медијација на глобалном нивоу спроводи на различите начине, медијатор се генерално сматра особом која поступак медијације спроводи на непристрасан и неутралан, као и ефикасан и прикладан начин. У принципу, медијатор мора, између осталих ствари, да створи повољне услове у којима ће стране покушати да реше свој спор, да им помогне у комуникацији и преговорима и охрабри их у проналажењу решења.⁵

³ Јавна расправа о Радној верзији Закона о посредовању у решавању спорова је одржана 21. октобра 2013. године у Привредној комори Србије.

⁴ Alfini, J.J., et al. 2006. *Mediation theory and practice*, 2nd ed. Newark: LexisNexis, према: С. Esplugues, *General Report: New Developments in Civil and Commercial Mediation – Global Comparative Perspectives*, у: С. Esplugues, L. Marquis, *New Developments in Civil and Commercial Mediation – Global Comparative Perspectives*, Springer, 2015, 48.

⁵ С. Esplugues, *op.cit.*, 48.

Другим речима, он мора осигурати лагани развитак поступка за странке и створити атмосферу међу њима која је погодна за постизање споразума.⁶

Циљ сваке медијације је да стране у спору постигну споразумно и обострано прихватљиво решење, а улога медијатора је да олакша поступак и помогне странама како би се тај циљ остварио. У том смислу, медијатор треба најпре да анализира сукоб или спор, да пронађе најбољи начин како би подупро комуникацију међу странама, као и да води сам поступак. Његова најважнија од наведених улога је да охрабри, подстакне и олакша дискусију међу странама о свим спорним питањима како би се дошло до решења које је за обе стране прихватљиво. Добро обучен медијатор зато подстиче стране на дијалог како би: 1) разјасниле спорна питања, своје интересе и потребе; 2) установиле свој стварни положај (предности и слабости) и 3) утврдиле могуће опције за решење спора.⁷ У том делању медијатор може користити различите стилове којима помаже странкама. На настанак и развој тих стилова утицало је постепено ширење праксе медијације на различите области живота, али и разлике у приступима које су у праксу уносили медијатори различитих професија – адвокати, судије, психолози, социјални радници и други. Тако се данас може говорити о директивном, евалуативном, фасилитативном, трансформативном, као и наративном стилу медијације. Разлика међу њима се базира на степену учешћа странака и медијатора у самом поступку медијације, укључујући и споразум, затим на начину и току вођења поступка што првенствено зависи од основне професије медијатора (бивше судије, породични терапеути, психолози), као и области примене медијације.⁸ Који ће се модел користити у конкретном случају зависи отуда од природе спора, фазе у којој се он налази, потреба и интереса странака, али и основне професије медијатора.

Ма који стил да користи, медијатор у свом поступању мора поштовати етичке и друге прописане принципе, као и прописана правила понашања, како би обезбедио интегритет и успех медијације. На то га обавезује највећи број националних права. Нека од њих постављају шири,⁹ нека ужи

⁶ Нопт, К.Ј., F. Steffek, *Mediation: Comparasion of laws, regulatory models, fundamental issues*, in: *Mediation principles and regulation in comparative perspective*, ed. K. J. Нопт, F. Steffek. Oxford: OUP, 2013, 74.

⁷ М. Петровић, *Медијација – принципи и поступак*, Арбитража, Београд, 2003, 99.

⁸ Т. Цамоња Игњатовић, С. Мрше, *Процес и фазе поступка медијације*, у: Т. Ц. Игњатовић, *Медијација – принципи, процес, примена*, Центар за примењену психологију, Београд, 2014, 84. и сл.

⁹ Вид. нпр. чл. 4. Закона о медијацији Словачке; чл. 9(1) Закона о мирењу Хрватске; чл. 2(2) Закона о медијацији Немачке; чл. 8(3) Закона о медијацији Словеније; чл. 10. и 12. Закона о медијацији Казахстана итд.

правни оквир¹⁰, али су сва сагласна о томе да медијатор треба да спроведе поступак медијације на професионалан, неутралан, независан и непристрасан начин, једнако третирајући стране у спору. На истој линији је и право Србије које чл. 33. ст. 1. Закона одређује да је медијатор физичко лице које на независан, неутралан и непристрасан начин посредује између страна у спорном односу. Он је дужан да: 1) посредује у складу са начелима посредовања и Етичким кодексом посредника;¹¹ 2) поступа у складу са начелом заштите најбољег интереса детета када су породични спорови у питању; 3) спроведе и оконча поступак посредовања у најкраћем року; 4) странама поднесе обрачун трошкова, и 5) министарству надлежном за послове правосуђа поднесе годишњи извештај о обављеним посредовањима који садржи податке о врсти спорног односа, месту у коме је спроведен поступак посредовања и начину окончања поступка, уз поштовање начела поверљивости.¹²

У спровођењу медијације медијатор мора бити неутралан будући да је неутралност једно од основних начела на коме се темељи овај поступак, а које је утврђено како Законом о посредовању (чл. 14), тако и Етичким кодексом посредника (у даљем тексту ЕКП).¹³ ЗОП не дефинише неутралност, али под тим свакако треба разумети да се медијатор не сме опредељивати ни за једну страну у спору. Оно што је међутим, нераскидиво везано за неутралност медијатора, а што није Законом постављено као основно начело, су независност и непристрасност медијатора, како у погледу предмета спора, тако и у погледу страна које су у спору. На ове обавезе медијатора упућује чл.2 2. Закона који се односи на изузеће посредника. Сходно наведеној одредби, медијатор не може водити поступак медијације у коме има лични интерес или уколико из неког другог разлога није у могућности да поступа непристрасно. Он је дужан да стране у спору обавести о свим околностима које би могле да доведу у сумњу његову непристрасност, након чега стране могу тражити његово изузеће или се сагласити да он ипак води поступак. Етички кодекс посредника је одређенији у овом питању будући да наводи да посредник не поступа непристрасно ако има лични или пословни однос са једном од страна, ако има финансијски или други интерес у односу на предмет посредовања, као и ако је деловао у корист једне од страна у поступку медијације. Он је дужан да одбије посредовање и то у било којој фази

¹⁰ Вид. М. Roth, D. Gherdane, *Mediation in Austria: The European pioneer in mediation law and practice*, у: *Mediation principles and regulation in comparative perspective*, ed. К. Ј. Норт, F. Steffek. Oxford: OUP, 2013, 297.

¹¹ ЗОП по први пут утврђује дужност медијатора да поступа у складу са етичким кодексом медијатора чиме истиче важност поштовања етичких правила у обављању послова медијације, што је стандард који важи свуда у свету.

¹² Чл. 34. ст. 1. ЗОП

¹³ Етички кодекс посредника, "Сл. гласник РС", бр. 146/2014. чл. 5.

поступка уколико процени да је његова непристрасност доведена у питање.¹⁴ Наведена два принципа су толико иманентна поступку медијације да су универзално прихваћена, пре свега због поверења које стране у спору треба да имају у медијацију и медијатора да је законодавац могао да их постави као основне принципе медијације.¹⁵

Надаље, како је равноправност страна у спору такође један од принципа на којима се темељи медијација, медијатор је дужан, уважававајући све околности случаја, да странама обезбеди равноправни положај. Уз поштовање правила поступка, он дакле, треба да поступа на једнак начин према њима.¹⁶

Медијатор је такође дужан да све податке, предлоге и изјаве дате у поступку медијације или у вези са њим, чува као тајну будући да је поверљивост једно од начела на коме се базира поступак медијације.¹⁷ Ово начело странкама даје прилику да спор реше у атмосфери узајамног поверења, даје им већу слободу у изношењу информација које се тичу спора и лишава их страха да би се оне могле употребити на њихову штету у неком каснијем поступку. Отуда ће медијатор бити одговоран за штету која настане кршењем ове обавезе. Од начела поверљивости медијатор може одступити само ако се стране о томе другачије споразумеју, као и ако се ради о подацима и изјавама који се морају саопштити на основу закона, а у циљу заштите јавног поретка, затим када је то потребно ради осигурања заштите најбољег интереса детета или ради спречавања наношења штете физичком или психичком интегритету лица.

Коначно, у циљу ефикасног вођења поступка, те поштујући потребу за што бржим окончањем спора, медијатор би требало да поступак спроведе без одлагања, у најкраћем могућем времену.¹⁸

Будући да је медијатор одговоран за сам поступак медијације, он одређује темпо преговора, чини напоре да смањи тензије између страна у

¹⁴ Чл. 5. Етичког кодекса посредника.

¹⁵ Постављање непристрасности и независности за основне принципе поступка медијације се може наћи у многим националним правима. То је учинило на пример, италијанско право (чл. 3. Legislative decree no. 28 из 2010, допуњен и измењен 2013. године); право Казахстана (чл. 4. Закона о медијацији из 2011. године); мексичко право (чл. 8. Alternative Justice Law of the МСНС); право Украјине (види: S. Fursa, *Mediation in Ukraine: Urgent Issues of Theory and Practice and Necessity of Legislative Regulation*, у: С. Esplugues, L. Marquis, *op. cit.*, 748) итд.

¹⁶ Чл. 10. ЗОП; чл. 4. ЕКП.

¹⁷ Чл. 13. ст. 1. ЗОП; чл. 7. ЕКП. Ова обавеза се односи на све учеснике у поступку медијације – странке, њихове законске заступнике и пуномоћнике, медијатора, трећа лица која присуствују поступку, као и на лица која обављају административне послове за потребе медијације (чл. 13. ст. 3. ЗОП).

¹⁸ Чл. 15. ЗОП; чл. 9. ЕКП.

спору, помаже им да направе реалне процене, истражује нове области дијалога и обезбеђује поштен и непристрасан поступак.¹⁹

III ШТА МЕДИЈАТОР НИЈЕ

Медијација је препознатљив израз у српској јавности, али су конфузије о томе шта медијатор јесте, а шта није, веома честе.

Медијатор није судија. Он није овлашћен да одлучује о спорном односу или да на било који други начин делује као судија. Такође, медијатор није ни арбитар. Он дакле, не доноси одлуку, не изводи доказе, не одлучује која је страна у праву, нити истражује истину. Он само води поступак, док стране саме контролишу исход спора. Право одлучивања о спору додељено је онима међу којима је спор и настао, те одлуку о датом спорном односу или конфликту доносе саме странке.²⁰ Наравно, оне то чине уз помоћ медијатора, будући да ван поступка медијације оне то нису желеле или нису могле да учине. Медијатор обично нема одређен резултат који би предочио странкама будући да увек постоји широка леза могућих решења до којих би странке могле доћи.²¹ Међутим, чак и да има решење, медијатор га не може наметнути странама у спору. Оне до њега морају доћи добровољно и сагласно. Такође, медијатор странама у спору не може да даје обећања и правне савете, нити да гарантује одређени исход медијације.²²

Медијатор није адвокат нити правни саветник странама у спору чак и ако је правног образовања.²³ Осим у изузетним случајевима²⁴, медијатор не

¹⁹ B. Picker, *Mediation Practice Guide: A Handbook for Resolving Business Disputes*, II ed. American Bar Association, 2003, 4.

²⁰ Према чл. 26. ст. 1. ЗОП, садржину споразума о решавању спора путем посредовања одређују стране у поступку посредовања.

²¹ G. J. Friedman, J.D., *A Guide To Divorce Mediation – How to reach a fair, Legal settlement at a Fraction of the Cost*, New York, 1993, 9.

²² Види чл. 34. ст. 2. ЗОП.

²³ *Ibid.*

²⁴ У одређеној врсти спорова, као што су на пример, спорови у којима се стране међусобно не познају од раније, немају интерес да наставе контакт и сарадњу, и само су стицајем околности у конфликту који нема емоционалну компоненту (спорови у области осигурања на пример, у коме је спорно питање везано за наплату), медијатор би могао странама у спору да укаже на то шта су позитивне, а шта негативне стране њихових правних позиција ослањајући се при том на сопствену процену о томе какву би одлуку суд у конкретном случају донео. Другим речима, медијатор даје правне савете и размишља са становишта права страна у спору, не узимајући у обзир њихове интересе и потребе, док емоције игнорише. Овакво поступање је слично поступању судије или адвоката и представља евалуативни стил медијатора у поступку медијације који је највише био коришћен у Америци 80-тих и 90-тих година прошлог века. Више: Т. Цамоња Игњатовић, С. Мрше, *Процес и фазе поступка медијације*, у: Т. Ц.

даје предлоге нити износи своје мишљење о „правичном“ решењу спора. Он не може нудити правне услуге странкама јер би то наметнуло другу врсту уговорног односа између медијатора и странака. Осим тога, било би неприкладно и немогуће заступати обе сукобљене стране чија су права и интереси супротстављени. За потребе заступања странке могу ангажовати адвоката и у поступку медијације.

Медијатор није психотерапеут, нити је медијација терапија. Стављање у везу ова два процеса ипак није случајно. Наиме, у споровима који обилују емоционално исцрпљујућим стањима какви су брачни спорови и спорови у сектору социјалне заштите, странама у конфликту или спору стоје на располагању различите стратегије међу којима су најважније терапија, саветовалиште и медијација. За неупућене, разлика међу њима је занемарљива и безначајна. За практичаре ових професија разлика је велика. Иако се ови процеси у извесној мери преклапају јер су сви усмерени на то да олакшају и помогну странама у спору, ширина и дубина фокуса њихових се разликују.²⁵ Према циљу који се жели постићи, медијација је ужа и од саветовања и од терапије. У њеном фокусу је решавање одређеног спора, односно конкретних спорних питања, док се саветовање, а посебно терапија, односе на много шира питања због којих се конфликти и сукоби јављају и понављају те трају. Циљ медијатора није у томе да странке открију зашто су у сталном конфликту и како ствари и понашање могу учинити другачијим како би те конфликти избегли (терапија), већ је циљ да у међусобној комуникацији вођеној од стране медијатора, дођу до решења спорног односа које је прихватљиво за обе стране.²⁶ Иако медијација успева поправити приступ и односе које странке имају једна према другој, ипак, медијатор није психотерапеут странака.

Полазећи од природе спорава у области социјалне заштите, као и додатних начела на којима се поступак медијације у овој области темељи, наш Закон о социјалној заштити је медијацију одредио као услугу социјалне заштите и сместио је у групу са саветодавно-терапијским и социјално-едукативним услугама социјалне заштите.²⁷ Овакво нормативно позиционирање наведених поступака указује на став српског законодавца да међу њима има елемената који се преклапају, али да су они самостални и одвојени.

Игњатовић, *Медијација – принципи, процес, примена*, Центар за примењену психологију, Београд, 2014, 85.

²⁵ G. Direnfeld, *Couple Therapy vs Counseling vs Mediation: Difference?* Доступно на: <https://garydirenfeld.wordpress.com/2016/03/02/couple-therapy-vs-counseling-vs-mediation-difference/>, приступљено 19. 10. 2017.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Закон о социјалној заштити, "Сл. гласник РС", бр.24/2011, чл. 40. ст. 1. т. 4.

IV KO MOЖE БИТИ МЕДИЈАТОР

Иако се генерално може рећи да медијатор може бити свако ко је по својој природи миротворац,²⁸ Закон о посредовању у чл. 33. ст. 2. врло експлицитно одређује ко може бити медијатор. Сходно наведеној одредби, то може бити лице које испуњава следеће услове: 1) да је пословно способно; 2) да је држављанин Р Србије; 3) да је завршило основну обуку за посредника; 4) да има високу стручну спрему; 5) да није осуђивано на безусловну казну затвора за кривично дело које га чини недостојним за обављање послова посредовања; 6) да има дозволу за посредовање и 7) да је уписано у Регистар посредника. У одређеним областима законом могу бити прописани и додатни, посебни услови (чл. 33. ст. 3. Закона).

Поред домаћих држављана, послове медијатора у Србији може обављати и страни држављанин, али само под условом: 1) да се ради о међународној медијацији и медијацији у прекограничним споровима; 2) да је то лице овлашћено да се бави медијацијом у другој држави и 3) да постоји узајамност са државом чији је он држављанин.²⁹

Такође, Закон изричито наводи да послове медијације могу обављати активне судије, али искључиво ван радног времена и без накнаде (чл. 33. ст. 6. ЗОП). Међутим, то не могу бити судије које поступају у предмету поводом спорног односа, односно службена лица која одлучују о захтеву страна у вези са спорним односом у управном или неком другом поступку.³⁰

Наведени услови углавном прате услове постављене Законом о посредовању из 2005. године, с тим што су неки услови нешто измењени, док су неки искључени. Тако, из актуелног Закона је искључена одредба према којој се од лица које жели да се бави пословима медијације захтева да има најмање пет година радног искуства у поступцима решавања спорова и конфликта³¹ (актуелни Закон овај услов не поставља). Осим тога, више не постоји списак посредника који је водио председник суда или старешина другог органа који именује посредника, како је то било предвиђено Законом из 2005. године,³² већ Регистар посредника који води министарство надлежно за послове правосуђа.³³ Такође, Закон из 2005. године је захтевао да медијатор не може бити лице које је под истрагом или које је осуђено за намерно почињено кривично дело, док актуелни

²⁸ Позната сентенца Фореста Мостена, F. S. Mosten, *Mediation Career Guide: A Strategic Approach to Building a Successful Practice*, Jossey-Bass, San Francisco, 2001.

²⁹ Чл. 33. ст. 4. ЗОП.

³⁰ Чл. 21. ЗОП (искључење посредника).

³¹ Чл. 20. ст. 1. т. 2. ЗОП (2005).

³² Чл. 19. ЗОП (2005).

³³ Чл. 42. ЗОП.

Закон овај услов ублажава и предвиђа да медијатор не може бити лице које је осуђивано на безусловну казну затвора за кривично дело које га чини недостојним за обављање послова медијације.³⁴

Услов да онај ко жели да се бави пословима медијације мора имати високу стручну спрему је био предвиђен и Законом из 2005. године. Међутим, већ тада је захтев за испуњење овог услова критикован од стране стручне јавности која је сматрала да у зависности од врсте спора, улогу медијатора може квалитетно обављати и лице без стручне спреме (на пример, аутомеханичар у спору који се тиче квалитета извршене поправке аутомобила) па су била очекивања да овај услов неће бити предвиђен новим законом о медијацији.³⁵ Можда наведени пример није најсрећније изабран јер је за ову врсту спора можда погоднији неки други метод алтернативног решавања спора, али у сваком случају, за наведено правило се могу наћи аргументи и за и против. Инсистирање на високој стручној спремности медијатора није међутим, неуобичајено у упоредном праву. Тако на пример, према праву Чешке, медијатор који је регистрован од стране министарства правде које води листу регистрованих медијатора, између осталих услова мора имати мастер диплому стечену или признату у Чешкој.³⁶ Према италијанском праву, један од услова је да лице има бар трогодишњу универзитетску диплому или да је уписано у професионално удружење.³⁷ Медијатори могу бити различитих професија и имати различито академско образовање, па се међу њима могу наћи професори, правници, инжењери, психолози итд.

V ВЕШТИНЕ МЕДИЈАТОРА

Својим деловањем медијатор помаже странама да постигну споразум који решава њихов спор, те наново уређује однос међу њима. Та помоћ се базира на посебним техникама и вештинама које медијатор поседује и користи у поступку медијације и све оне се могу груписати у

³⁴ Вид. чл. 20. Закона из 2005.г. и чл. 33. Закона из 2014. г.

³⁵ Вид. В. Павић, М. Ђорђевић, *Новине у правном оквиру за АДП у Србији*, Хармониус, 2014, 265.

³⁶ М. Pauknerova, М. Pfeiffer, *Act on Mediation – Significant Step on a Long Way to Make Mediation Work in the Czech Republic*, у: С. Esplugues and L. Marquis, *New Developments ... op. cit.*, 231. Поред регистрованих медијатора, право Чешке познаје још једну категорију медијатора (нерегистровани медијатори) који поступак медијације спроводе у складу са правилима Закона о добијању лиценце у трговини (Trade Licensing Act) и другим релевантним општим законима. За њих се не постављају посебни услови који се односе на обуку, искуство или лиценцу. *Ibid.*, 230.

³⁷ А. De Luca, *Mediation in Italy: Feature and Trends*, у: С. Esplugues, L. Marquis, *New Developments... Ibid.*, 352.

комуникацијске, аналитичке и процесне вештине.³⁸ Све наведене вештине су подједнако важне и неопходне за сваку медијацију која претендује да буде успешна. Другим речима, поред добре воље странака да реше свој спор, успех медијације у великој мери зависи од вештине медијатора да преговоре усмери у правцу тражења заједничких интереса и да странке удаљи од почетних позиција и ставова који отежавају решење спорног односа. Неке од вештина медијатор стиче кроз различите програме обука, а неке су део саме личности медијатора.

Аналитичке вештине чине вештина прикупљања информација, дефинисање и анализа проблема.³⁹ Прикупљање информација се чини у фази истраживања, када медијатор прикупља све информације које су му битне и неопходне да би идентификовао проблем, тачке конфликта и интересе страна, па су за ову фазу поступка веома значајни одвојени сусрети медијатора са странкама.⁴⁰

Кад идентификује спорна питања међу странама, њихове почетне позиције у погледу њихових интереса и потреба, медијатор улази у фазу преговарања која представља најважнију и најкомплекснију фазу поступка чији исход у највећој мери зависи од комуникацијских вештина самог медијатора. Будући да је комуникација континуиран, двосмерни процес, који укључује не само говор и понашање, већ и мисли, вредновање и ставове о онима који у том процесу учествују, познавање и примена комуникацијских вештина омогућавају медијатору да обезбеди добру и отворену комуникацију међу странама, без вређања и вербалног обрачуна, да каналише размену информација, контролише емоције, доведе до тога да чују једни друге и да стране преусмери ка размишљању о постизању обострано прихватљивог споразума.⁴¹

Под комуникацијским вештинама се углавном подразумевају вештине слушања, охрабривања, постављања питања, парафразирања, преоквиравања, преговарања, сумирања.

Вештина активног слушања подразумева не само да медијатор мора да чује шта нека страна у поступку говори, већ и да разуме шта говори, као и да сагледа проблем из угла те стране. Ова вештина захтева стрпљивост медијатора, фокусираност на учеснике и процес, ћутање, али и давање невербалних сигнала којима саговорнику поручује да га слуша, као што

³⁸ Д. Петровић, *Вештина медијатора: слушање, парафразирање, сумирање и преоквиравање*, 2013. доступно на:

http://moodle.f.bg.ac.rs/file.php/202/Vestine_medijatora_-slusanje_preokviravanje.pdf

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ З. Пажин, *et al.*, *Приручник за обуку медијатора – ПОСРЕДНИКА*, Центар за посредовање Црне Горе, Подгорица, 2009. стр. 61.

⁴¹ *Ibid.*, 76.

захтева и то да медијатор буде заинтересован и да изгледа заинтересовано за све што чује.⁴²

Да би добио квалитетну информацију и усмерио комуникацију, медијатор мора да поставља добра питања. Знајући да нека подстичу отвореност и дијалог, док друга доводе до прекида комуникације, вешт медијатор питања поставља циљано: да добије информације ради бољег разумевања странака и разјашњења нејасних чињеница, да помогне странкама у преиспитивању сопствених ставова, а посебно да ли су они реални, да преусмери разговор како би се избегао конфликт, да омекша став странке која истрајава на почетној позицији и помогне јој да сама дође до сазнања да њени захтеви и очекивања нису реални итд.

Парафразирање је значајно за медијатора, а још више за странке у спору. Тиме што ће медијатор својим речима поновити оно што је странка рекла, саговорник ће проверити да ли га је медијатор добро разумео и ако није имаће прилику да то исправи. Странама у спору парафразирање показује да их медијатор слуша и даје им прилику да се поново врате на поруку коју су послали и модификују је ако то желе. Парафразирање се односи на кључне тачке поруке које захтевају потврду, уважавање, понављање или појашњавање.⁴³

Сумирање се односи на оно што је урађено у поступку медијације, оно што следи и на питања којима се тек треба позабавити. Вешто сумирање обезбеђује опште разумевање будући да медијатор подсећа странке на то докле се одмакло у поступку медијације и шта је остало неразјашњено.

Процесне вештине медијатора су значајне колико и све друге о којима је било речи. Оне се односе на стварање атмосфере поверења, изградњу односа међу странкама, као и на само управљање поступком медијације. Будући да је медијација добровољан поступак, медијатор га мора водити у складу са жељама страна у спору. Но, како оне углавном мало знају о овом поступку, на уводном заједничком састанку медијатор треба да им објасни шта је медијација, да их упозна са основним начелима медијације, улогом медијатора, током поступка, као и његовим могућим завршетком. Медијатор посебно треба да нагласи да је поступак медијације поверљив што би требало да подстакне странке на отворену и искрену комуникацију. С обзиром да је у питању један неформалан поступак, без крутих правила, медијатор треба да управља њиме на начин који одговара како врсти спора који се у њему решава, тако и типу, односно карактеру самих страна, а све у циљу да се постигне споразум и реши спор међу њима.

⁴² Д. Петровић, *op. cit.*

⁴³ *Ibid.*

VI ОБУКА МЕДИЈАТОРА

Будући да се од медијатора очекују бројне вештине за вођење поступка медијације, Законом о посредовању је прописано да је за обављање посла медијације неопходно да се заврши основна обука медијатора.⁴⁴ Под овим се подразумева организовано стицање и усавршавање практичних знања и вештина потребних за самостално, ефикасно и успешно обављање послова медијације.⁴⁵ Обука медијатора може бити основна и специјализована при чему је завршена основна обука услов за стицање својства медијатора, док се специјализована обука организује за поједине области или врсте спорова, на пример, за спорове који се односе на дискриминацију, мобинг, банкарске услуге, лизинг, осигурање итд.⁴⁶ И док се програм основне обуке утврђује актом министра, програм специјализоване обуке се уз сагласност министарства, утврђује посебним актом струковног удружења за одређену област.⁴⁷ У том смислу, Министарство правде је донело Правилник о програму основне обуке посредника којим се утврђује број часова и тема, почев од општих тема као што су појам медијације, основна начела, етичка питања, појам и улога медијатора итд., преко вештина и техника вођења поступка медијације, до спровођења практичних вежби.⁴⁸

Програм обуке (и једне и друге) спроводе државни органи, други органи и организације, као и правна лица који су на основу дозволе министарства акредитовани за обављање ове врсте посла.⁴⁹ Они су надлежни и за издавање уверења о завршеној основној и специјализованој обуци (чл.46. ЗОП). Евиденцију о издатим дозволама за спровођење медијације, као и о издатим уверењима о завршеној обуци води министарство.⁵⁰

Инсистирање на формалној обуци медијатора је у делу академске јавности виђено као нешто што нема много оправдања.⁵¹ Поређење је прављено са квалификацијама арбитра, па је наглашено да Закон о арбитражи не поставља овакав захтев за арбитре иако они доносе одлуке које су по снази изједначене са правноснажним и извршним судским одлукама. Наведени аргумент апсолутно стоји ако се посматра само из тог угла. Међутим, треба имати у виду да су у питању потпуно различити поступци. За разлику од судског и арбитражног поступка који су за

⁴⁴ Чл. 33. ст. 2. т. 3. ЗОП.

⁴⁵ Чл. 43. ст. 1. ЗОП.

⁴⁶ Чл. 43. ст. 2, 3 и 4. ЗОП.

⁴⁷ Чл. 44. ЗОП.

⁴⁸ Правилник о програму основне обуке посредника, 'Сл. гласник РС' бр. 146/2014.

⁴⁹ Чл. 45. ЗОП.

⁵⁰ Чл. 45. и 46. ЗОП.

⁵¹ Вид. В. Павић, М. Ђорђевић, *op.cit.*, 265.

туженог принудни поступци, медијација је добровољна, у првима се изводе докази и утврђује право, док се у поступку медијације преговара, утврђују интереси и траже најбоља решења. Вођене преговарачком вештином медијатора који ће их подстицати и охрабривати у комуникацији и уз узајамно попуштање, странке ће доћи до решења које ће за обе бити добитак, за разлику од арбитражног или судског поступка из кога би једна изашла као победник, а друга као губитник. С друге стране, верујем да се наш законодавац определио за ово бар из два разлога. Један разлог је жеља и потреба да се осигура квалитет медијације. То је свакако један од основа успешне медијације,⁵² а само успешна медијација може да изгради поверење странака у овај механизам решавања спорова и да повећа број спорова који ће се решавати на овај начин, дакле, ван суда. Други разлог за увођење обавезне обуке медијатора је потреба да се наше законодавство, између осталог и у овој области, усклади са стандардима и решењима у ЕУ. Постојећим нормативним решењима, укључујући и обавезну основну обуку за медијаторе, српски законодавац је, чини се испунио оба циља. Подсећамо да је европски законодавац Директивом о неким аспектима мирне у грађанским и трговачким стварима из 2008. године,⁵³ у циљу даљег подстицања употребе медијације, између осталог, прописао да државе чланице треба да подстичу почетно и додатно оспособљавање медијатора како би осигурале да се медијација води на делотворан, непристрасан и стручан начин у односу на странке.⁵⁴ Тако је, примера ради, ово правило имплементирано у немачко право (наравно, то су урадиле и друге државе чланице) па сходно пар. 5 (1) Закона о медијацији из 2012. године, сваки медијатор мора да осигура да је прошао одговарајућу обуку и да редовно учествује у континуираној едукацији

⁵² Да би се подстакла и користила медијација, држава треба да створи предвидив правни оквир и делотворним механизмима да осигура квалитет пружања услуга медијације. Међутим, то неће бити довољно ако се не предузму одговарајуће мере како би се мењала свест и већ стечена навика грађана да све своје спорове углавном решавају пред судом. Управо ово потоње је био разлог да у оквиру националне стратегије реформе правосуђа за период 2013-2018. године Врховни касациони суд, Високи савет судства и Министарство правде донесу 28. јуна 2017. године Упутство за унапређење медијације у Р Србији (доступно на сајту Министарства правде) посвећено широј примени метода алтернативног решавања спорова које би требало да се спроводи континуирано, као редовна активност, а чији су носиоци министарство надлежно за правосуђе, Правосудна академија и судови. Све мере које се предузимају управо су усмерене на даље упознавање стручне и опште јавности са решењима Закона о посредовању, а у циљу подизања свести о медијацији као алтернативној методи решавања спорова.

⁵³ Директива 2008/52/ЕЗ Европског парламента и Савета од 21. јуна 2008, L 136/3.

⁵⁴ Вид. чл. 4(2) Директиве 2008/52.

тако да поседује довољно теоријског и практичног знања на основу кога може стручно и ефикасно да води странке кроз поступак медијације.⁵⁵

Обука медијатора се апсолутно може сматрати оправданом с обзиром на то да је медијација специфичан поступак који се разликује и од арбитражног и од судског поступка, па је стицање теоријског и практичног знања у овој области неопходно за делотворно и стручно вођење овог поступка. Наравно, овоме треба додати и да нека лична својства медијатора, као на пример, емпатија и емоционална интелигенција, доприносе у значајној мери квалитету медијатора, а тиме и самој медијацији. С друге стране, у системима у којима медијација још није заживела у мери у којој би могла, у којима се још увек ради на промовисању и развоју овог начина решавања спорова, свака едукација, и почетна и додатна, без сумње је потребна.

VII ЛИЦЕНЦИРАЊЕ МЕДИЈАТОРА

Законом о посредовању је уведен систем лиценцирања тако да сваки медијатор мора имати дозволу за посредовање коју издаје, обнавља и одузима министарство надлежно за послове правосуђа у складу са процедуром прописаном Законом.⁵⁶ Сврха увођења овог система би требало да буде стварање предуслова за перманентно унапређење медијаторске праксе и обезбеђење задовољавајућег нивоа квалитета медијације. На то указују одредбе Закона о обнављању дозволе за медијацију према којима медијатор може обновити дозволу уколико има одређен број часова стручног усавршавања, као и одређен број медијација за време важења дозволе.⁵⁷

⁵⁵ Више, Urs P. Gruber, I. Bach, *Germany у: Civil and Commercial Mediation in Europe – Cross-Border Mediation*, ed. C. Esplugues, Vol. II 2014, 169. Ставом 2. и 3. наведеног пар. 5. Закона о медијацији прописан је и други ниво едукације према коме медијатор који има завршен посебан програм и који учествује у континуираним специјалним тренинзима, може да се назове "сертификованим медијатором". Тако, мада немачки Закон о медијацији не захтева сертификат да би неко лице могло да се бави медијацијом, он нуди могућност да се он добије. Ово све због тога што се полази од претпоставке да је сертификовани медијатор стручнији и достојнији поверења од медијатора који није прошао све обуке и с тога није сертификован. У целој овој причи не можемо да се не осврнемо и на другачија мишљења према којима је инсистирање на обуци плод успешног лобирања јер су медијацијске обуке и тренинзи уносан посао. Више, B. Hess, N. Pelzer, *Mediation in Germany: Finding the Right Balance between Regulation and Self-Regulation*, у: C. Esplugues, L. Marquis, *New Developments...* *op. cit.*, 299.

⁵⁶ Вид. чл. 36-42 Закона.

⁵⁷ Чл. 38. ст. 3 т. 1. и 2. Закона.

Право на добијање дозволе за посредовање има свако лице које жели да се бави медијацијом и које испуњава услове прописане Законом (чл. 33. ст. 2. тач. 1 до 5 и ст. 3. Закона).⁵⁸ Дозвола се издаје на захтев лица које жели да се бави медијацијом са роком важења од три године,⁵⁹ с тим што се по протеклу рока на који је издата, а на захтев медијатора, може обновити са роком важења од пет година.⁶⁰ Обнављање дозволе, као што је већ речено, није безусловно. Поред испуњења општих услова за издавање дозволе, медијатор мора испуњавати и додатне услове под којима се подразумева најмање десет часова стручног усавршавања у току једне године и најмање пет медијација за време важења дозволе. Осим тога, у поступку обнављања дозволе посебно се води рачуна о поштовању Етичког кодекса у испуњавању обавеза медијатора прописаних Законом као и подзаконским актима.⁶¹

Услови за обнављање дозволе за обављање послова медијације које наш Закон прописује би били разумљиви и реални да је Србија земља у којој је медијација широко прихваћена те да се велики број спорова решава управо на овај начин. Међутим, како то још увек није случај, није извесно којим ће се темпом реализовати основни и специјализовани програми обуке за медијаторе, а још мање је извесно да ће медијатори имати прописан број медијација. У овом тренутку потоњи услов се не чини баш реалним јер број медијација које ће спровести медијатор не зависи само од његове стручности и посвећености овом поступку, већ зависи од свеопштег односа грађана према оваквом начину решавања спорова. А, у којој мери ће грађани схватити и прихватити чињеницу да спорове могу решавати ван суда, у једном поступку који је бржи, јефтинији и једноставнији је питање које је директна последица и резултат ангажовања релевантних институција на промовисању, унапређењу, па и популаризацији медијације. Зато се чини да бар у неколико наредних година, док медијација не "заживи", обнављање дозволе не би требало условљавати бројем спроведених медијација, што би значило и промену, односно укидање овог законског услова.

Законом су предвиђени и уређени и услови и поступак за одузимање дозволе. Тако, сходно чл. 39. ст. 1. Закона, медијатору се одузима дозвола ако се накнадном контролом утврди да у тренутку када је дозволу добио, није испуњавао законом прописане услове. Такође, дозвола му се може одузети уколико се утврди да се у поступцима медијације коју је спроводио није придржавао правила поступка предвиђених Законом. Предлог за одузимање дозволе може поднети суд или други орган који

⁵⁸ Чл. 37. ст. 2. Закона.

⁵⁹ Чл. 37. ст. 3. Закона.

⁶⁰ Чл. 38. ст. 1. Закона.

⁶¹ Чл. 38. ст. 3. Закона.

води поступак, као и министарство (чл. 39. ст. 2. Закона). Сам поступак за одузимање дозволе се спроводи пред комисијом коју именује министар.⁶² На основу предлога те комисије министар доноси одлуку о одузимању дозволе за посредовање (чл. 40. ст. 3. Закона).

Медијатор који је добио дозволу за обављање тог посла треба да се упише у Регистар посредника са подацима који су таксативно наведени у чл. 42. ст. 2. Закона. Регистар медијатора је јаван, објављује се на интернет страници министарства и води се као јединствена јавна централна база података.⁶³ У циљу заштите личних података медијатора садржаних у Регистру, Законом је прописано да се он има водити у складу са законом којим се уређује заштита података о личности (чл. 42. ст. 5. Закона).

На питање да ли медијатор мора бити лиценциран и регистрован, као што је то случај у нашем праву, упоредно право даје различите одговоре, те се може рећи да постоје различити правни режими уподобљени приватној и „обавезној“ медијацији. Тако, за разлику од земаља у којима постоји јединствен режим, у неким земљама коегзистирају и регистровани и нерегистровани медијатори. За странке у спору ово разликовање је посебно значајно у случајевима када саме иницирају поступак и то у погледу питања организације поступка медијације и извршења споразума уколико се он постигне.⁶⁴

Није спорно да систем лиценцирања треба да обезбеди задовољавајући ниво квалитета медијације и створи предуслове за континуирани развој медијаторске праксе. Такође, није спорно да држава мора имати механизам контроле квалитета пружања услуга посредовања. Међутим, ако се има у виду да је издавање, обнављање и одузимање дозвола за посредовање комплетно у надлежности Министарства правде, не може се не приметити да су овом министарству дате превелике надлежности.⁶⁵ Ово тим пре што је нацрт закона о медијацији који је био усвојен од стране Владе 2011. године и упућен Скупштини на усвајање, предвиђао оснивање Коморе медијатора као професионалне организације медијатора, под назором ресорног министарства, у чијој надлежности је требало да буде, између осталог, обављање послова који се везују за поступак издавања, обнављања и одузимања дозвола за медијаторе, вођење јединственог регистра медијатора, акредитација програма обуке за медијаторе и низ других послова. Од ове идеје се очито одустало јер су сва овлашћења у

⁶² Чл. 40. ст. 2. Закона.

⁶³ Чл. 42. ст. 3. и 4. Закона.

⁶⁴ Уместо свих: С. Esplugues, *General Report: New Developments in Civil and Commercial Mediation – Global Comparative Perspectives*, у: С. Esplugues and L. Marquis, *New Developments in Civil and Commercial Mediation – Global Comparative Perspectives*, Springer, 2015, 46.

⁶⁵ *Ibid.*, В. Павић, М. Ђорђевић, *op. cit.*, 269.

овом погледу концентрисана и централизована у рукама Министрства што се не може сматрати добрим решењем. Управљање системом медијације из једног центра, није најбољи начин за развој медијације. Чини се да би у условима огромне оптерећености и неефикасности судског система томе више допринело постојање што више локалних институција и организација које би развијале капацитет за коришћење медијације пре упуштања у судски или неки други формални начин решавања спора. Координација и контрола поступака медијације би дакле, могла да се расподели између струковних организација за медијацију и државе.

VIII ЗАКЉУЧАК

Иако је за сваку медијацију кључна воља странака да спор реше ван суда, ток поступка и коначан исход се директно везују за личност медијатора. Од његових способности да анализира проблем који је у основи спора, од његових вештина и техника преговарања, емоционалне интелигенције и посвећености овом послу у великој мери зависи да ли ће странке разјаснити спорна питања, своје интересе и потребе, да ли ће установити свој стварни положај, своје предности и слабости, и да ли ће истрајати у жељи да пронађу опцију за решење спора.

Медијација је специфичан поступак и да би се осигурало његово делотворно и стручно вођење, медијатор треба да поседује одређена знања и вештине који се стичу кроз различите програме основних и специјализованих обука и тренинга за медијаторе. ЗОП је ово поставио као услов за обављање медијације што се може сматрати оправданим с обзиром на стање употребе медијације у Србији. Међутим, сам Закон је непотребно оптерећен бројним и детаљним одредбама које уређују ово питање, нарочито ако су та иста питања уређена подзаконским актима. Одредбе те врсте и треба да буду у релевантним правилницима, а не у Закону.

У погледу лиценцирања и обуке медијатора сва овлашћења су у рукама Министарства правде што није добро за развој медијације. Зато би контрола и координација у систему медијације требало да се расподели између државе и професионалних струковних организација.

Milena Petrović, LL.D*

MEDIATOR FROM THE SERBIAN LAW PERSPECTIVE

Summary

Mediation means a structured process, however named or referred to, whereby two or more parties to a dispute attempt by themselves, on a voluntary basis, to reach an agreement on the settlement of their dispute with the assistance of a mediator.

Despite the fact that mediation depends on the will of the parties, the final outcome of mediation is directly linked to the person of the mediator. Hence, competent mediator uses a wide variety of skills and techniques to guide the process in a constructive direction and to help the parties find their optimal solution. As the mediation practice gained popularity, training programs, certifications and licensing followed, producing trained, professional mediators committed to the discipline.

This paper analyses the position of mediator in the Serbian law which is referring to the role of mediator in mediation process, some confusion on the line judge – mediator, the mediator's skills, who can be a mediator, educative training program for mediators, as well as, licensing and registration of mediators.

Key words: *mediation, mediator, mediator's skills, negotiation.*

* Full-time professor, Faculty of law, University of Kragujevac