

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

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 347.925:330

Рад примљен: 27.02.2014.

Рад прихваћен: 25.03.2014.

ЕКОНОМСКА АНАЛИЗА ПОЈЕДИНИХ РЕШЕЊА ИЗ НАЦРТА ЗАКОНА О ПОСРЕДОВАЊУ У РЕШАВАЊУ СПОРОВА**

Апстракт: У овом раду аутор анализира поједина нова решења из Нацрта закона о посредовању у решавању спорова из 2013. године, за која је током јавне расправе истицано да ће допринети повећању ефикасности рада судова, пре свега, у виду растерећења од прекобројних предмета и снижењу трошкова судског поступка. Акцент се ставља на три питања: начин спровођења поступка медијације, извршност споразума закљученог у поступку медијације и трошкови медијације. Циљ је установити да ли су, и у којој мери, предвиђања о позитивним ефектима будућег Закона, базираног на споменутом Нацрту, утемељена. Ради остварења тог циља, у раду се излажу налази економске теорије о споменутих питањима, као и резултати емпиријске студије о ефикасности медијације спроведене у Одељењу центра за медијацију Основног суда у Нишу. Базични налаз у погледу ефеката будућег Закона јесте да се не може очекивати значајно побољшање ефикасности поступка медијације, самим тим, и парничног поступка, упркос чињеници да Нацрт садржи поједина иновативна решења у односу на решења из важећег Закона о посредовању – медијацији.

Кључне речи: Нацрт, Закон, медијација, ефикасност, споразум, трошкови.

* mojasevic@prafak.ni.ac.rs

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

1. Увод

У Републици Србији, од 2005. године на снази је *Закон о посредовању – медијацији* (у даљем тексту: Закон).¹ Само неколико година примене овог Закона било је довољно да се јасно увиди да исти није дао очекиване резултате, у виду растерећења судова од прекобројних предмета и снижења трошкова парничног поступка. Према јавно доступним подацима,² од почетка примене медијације у Србији, тек нешто више од *3.500 предмета* окончано је споразумом у овом поступку. Из тог разлога, Министарство правде и државне управе приступило је изради новог Закона који би на другачији начин регулисао овај АДР метод. Атмосфера у којој је то чињено обиловала је супротстављеним идејама и ставовима у погледу конципирања новог Закона, са крајњим исходом у виду (*друге*) *радне верзије Нацрта закона о посредовању у решавању спорова* из 2013. године (у даљем тексту: *Нацрт закона*).³ Будући да коначну верзију Предлога закона, Влада РС тек треба да усвоји, и да исти треба да прође скупштинску расправу, циљ овог рада огледа се у (критичком) преиспитивању појединих одредби *Нацрта закона*, на основу налаза економске теорије. Конкретније речено, у фокусу пажње је следеће питање: *да ли ће Закон, ако буде усвојен на основу решења из Нацрта закона, допринети побољшању ефикасности рада судова, тј. растерећењу судова од прекобројних предмета и снижењу трошкова парничног поступка*.⁴ На неки начин, настојимо да антиципирамо ефекте појединих одредби *Нацрта закона* на ефикасност медијације, самим тим, и ефикасност парничног поступка, ослањајући се првенствено на резултате теоријског и емпиријског истраживања спроведеног током 2011. и 2012. године у вези с овом темом (Мојашевић, 2014). С обзиром на предвиђање позитивних ефеката примене будућег Закона од стране појединих чланова Радне групе током јавне расправе 2013. године,⁵ нашли смо за сходно да упоредимо та предвиђања са закључцима из споменутог истраживања. У том светлу, биће обрађена следећа питања: обавезност (добровољност) медијације, извршност споразума склопљеног у медијацији и трошкови поступка медијације.

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

2 Видети: <http://novosti.rs/vesti/naslovna/drustvo/aktuelno.290.html:460347-Gasi-se-Centar-za-medijaciju>, приступ: 13.1.2014.

3 Нацрт закона са образложењем доступан: <http://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>

4 У овом раду, фокусирамо се на *ефикасност парничног поступка*, свесни чињенице да је медијација могућа и у другим врстама судских поступака.

5 Видети: <http://www.webtv.rs/play/60407/javna-rasprava-o-radnoj-verziji-zakona-o-posredovanju-i-resavanju-sporova>, приступ: 20.1.2014.

2. Контрoверзе у припреми Нацрта закона о посредовању у решавању спорова

У нашој земљи, почев од 2010. године до данас, актуелна је јавна дебата око усвајања новог Закона који би регулисао медијацију. На почетку дебате издвојиле су се две (супротстављене) стране са својим предлозима у погледу суштине Закона. Једну страну представљао је Центар за медијацију, а другу, стручни тим Радне групе Министарства правде РС. Не наводећи све појединости супротстављених идеја двеју страна,⁶ напоменимо то да је Радна група заступала став о *упућивању на медијацију од стране суда*, док се Центар залагао за *мандаторну медијацију у имовинским споровима*. Центар је тврдио да би мандаторна медијација требало да допринесе следећем: повећању броја медијација; смањењу прилива нових предмета у судове; ажурнијем решавању већ процесуираних предмета; уштеди директних трошкова судова и трошкова учесника у спору, као и трошкова у државном буџету у ситуацији када је држава учесник спора. Затим, Центар је истицао да пракса земаља ЕУ, као и пракса у нашој земљи, није потврдила да је упућивање на медијацију дало значајне ефекте. Коначно, Центар је заступао став да би споразум закључен у поступку медијације требало да има *снагу извршне исправе*, јер би то допринело повећању броја медијација. С друге стране, Радна група заступала је став да би споразум требало да има снагу *вансудског поравнања*.

Септембра 2012. године, *Решењем Министра правде и државне управе РС*,⁷ формирана је нова *Радна група*, са задатком да, поред рада на измени и допуни других закона, изради и радни текст новог Закона који би регулисао медијацију. Потом, наредне, 2013. године, новим *Решењем Министра правде и државне управе РС*,⁸ бива прекомпонована претходна Радна група, са (истим) задатком да припреми текст радне верзије Закона који би регулисао овај АДР метод.⁹ Ова радна група израдила је (другу)

6 Анализа која следи базирана је на два незванична документа до којих је аутор дошао у Одељењу центра за медијацију Основног суда у Нишу: *Образложење Предлога Закона о медијацији Центра за медијацију и Предлози Закона о медијацији – поређење*.

7 Решење Министарства правде и државне управе РС о образовању радне групе за израду радног текста Закона о медијацији, бр. 119-00-9/2012-08 од 11.9.2012.

8 Решење Министарства правде и државне управе РС о образовању радне групе за припрему текста радне верзије Закона о посредовању у решавању спорова, бр. 119-01-00132/2013-01 од 10.6.2013.

9 Интересантно је то да став 1. *Решења Министра* гласи: „Образује се Радна група за припрему текста радне верзије *Закона о посредовању – мирењу (медијацији)* [подвукао А.М.]“. Требало је водити рачуна да овај појединачни правни акт буде тако конципиран да не доводи до терминолошких забуна, будући да се термини *медијација*, *мирење* и *посредовање* користе као синоними. Тим пре, ова примедба долази до изражаја ако

радну верзију Нацрта закона о посредовању у решавању спорова, и исту упутила на јавну расправу, која је окончана крајем 2013. године.

Будући да је важећи Закон на снази од 2005. године, и да је након пет година од његове примене покренута јавна дебата која је трајала безмало четири године, и то са веома дисонантним тоновима у погледу суштине самог Закона, мишљења смо да је наслов овог поглавља у потпуности оправдан.

3. Обавезна медијација

3.1. Како економска теорија гледа на питање обавезне медијације?

У економској теорији (Brown, Ayres, 1994) питање обавезне медијације повезује се са два добро позната проблема: *проблемом моралног хазарда* и *проблемом негативне (неприродне) селекције*.¹⁰ Иначе, проблем моралног хазарда подразумева ризичније и неопрезније понашање једне уговорне стране које настаје услед немогућности контроле или скупог надзора друге уговорне стране. Шире посматрано, морални хазард јавља се увек када привредни субјекат не сноси негативне последице (трошкове) својих одлука (Беговић, Лабус, Јовановић, 2008: 381-383). Концепт моралног хазарда налази своју примену и у односима оних субјеката који *преговарањем*, и то чињењем узајамних уступака, могу остварити неку заједничку корист. У таквој ситуацији, када морални хазард омета или, у крајњој инстанци, онемогући две стране да остваре заједничку корист, увођење *медијатора*, као трећег неутралног лица, показује се као рационалан избор.¹¹ У теорији (Myerson, 1986: 323-358) се спомињу посебне технике, попут *технике бацања новчића*, којима медијатор помаже преговарачима да остваре за њих повољан исход. Тиме медијатор, у ствари, побољшава координацију између преговарача, чинећи повољан исход више вероватним. Узимајући то у обзир, рационални преговарачи бивају подстакнути да *добровољно* оптирају овај АДР метод, те би закључак економске теорије гласио: *морални хазард у уговорним односима не представља разлог који би оправдао увођење обавезне медијације* (Brown, Ayres, 1994: 385).

се погледа *Образложење Нацрта закона* у којем се овај правни акт среће под називом *Закон о посредовању у решавању спорова* (очита је неподударност назива Закона у два различита акта који прате текст Радне верзије нацрта закона: у Решењу и Образложењу).

¹⁰ У наставку текста, користићемо термин *негативна селекција*.

¹¹ Наглашавамо да медијатор не може да ублажи проблем моралног хазарда једне уговорне стране, *већ само морални хазард две или више уговорних страна, у ситуацији када постоји потреба за координацијом уговорних обавеза*.

Када је реч о односу *мандаторне медијације* и *негативне селекције*, ситуација је другачија. Напоменимо да се проблем негативне селекције испољава у различитим уговорним односима. Рецимо, на тржишту осигурања, будући да су осигураници боље обавештени о наступајућим ризицима, осигуравајуће друштво не може да раздвоји високо ризичне од ниско ризичних група осигураника. Због тога су осигуравајућа друштва приморана да одреде цену по *просечној вероватноћи наступања ризичног догађаја*. У том случају, боље пролазе високо ризични осигураници него ниско ризични осигураници, јер плаћају премију за ризик, која је нижа од њиховог стварног ризика. Логична последица таквог начина одређивања цене премије осигурања јесте да полисе осигурања више купују високо ризични осигураници. Таква појава на тржишту осигурања назива се *негативна селекција осигураника* (Лабус, 2006: 394-397).

Базични проблем због кога настаје негативна селекција огледа се у томе што једна уговорна страна *крије* информације о неким својим карактеристикама од друге уговорне стране или их, пак, *лажно представља* пре закључења неког уговора. Речником економске теорије (Cooter, Ulen, 2004: 279-280), једна страна поседује неку *приватну информацију* коју настоји да искористи на уштрб друге стране (јер је она не зна), што је подстиче да се понаша *стратегички*. Такво стратегијско понашање може бити препрека ефикасном окончању преговора ради закључења неког уговора, или преговора ради окончања неког спора. У овом другом случају, у теорији преговарања (Fisher, Ury, 2003: 49-54) наводи се ситуација када једна страна крије од друге стране информацију о *вредности своје најбоље алтернативе преговарачком споразуму* – скр. *БАТНА* (енг. *Best Alternative to a Negotiated Agreement*).¹² Рецимо, најбоља алтернатива преговарачком споразуму једне стране у преговорима може бити *одлазак на суђење*, те од очекиване вредности судске пресуде управо зависи понашање те стране, а тиме и сам исход преговора. То имплицира да кооперативно решење игре није унапред загарантовано, услед чега би стране требало да приступе одређеној врсти, било индиректне било директне комуникације, у смислу размене приватних информација. Индиректна комуникација подразумева учешће *медијатора* који би требало да спречи настанак

¹² Вредност *БАТНЕ* једне стране у преговорима може пренети већу количину информација другој страни од, рецимо, *резервационе цене*. Иначе, резервациона цена означава максималну цену по којој је купац спреман да купи одређено добро или услугу, односно минималну цену по којој је продавац спреман да прода одређено добро или услугу. Овај (економски) појам резервационе цене користи се и у игри преговарања, као линија испод односно изнад које преговарачи неће учинити уступак другој страни у преговорима око поделе *кооперативног вишка*, који представља распон између ове две граничне или резервационе цене.

негативне селекције, која се огледа у томе да *одређени преговарачи, одустајањем од преговора, неће закључити споразум* (иако корист од размене реално може да постоји), *или да ће себе непотребно исцрпљивати у дугачким преговорима* (чак и ако корист од размене реално не постоји). Према томе, ланац дешавања у оваквој игри преговарања јесте следећи: приватне информације → стратегијско понашање → негативна селекција → неефикасно решење спора. У теорији (Brown, Ayres, 1994: 335) се наводе посебне технике медијатора за спречавање оваквог следа догађаја, попут *увећања трошкова стратегијског понашања подстицањем да се преговори прекину ако нема користи од размене*. При том, медијација може бити ефикасан метод решења спора ако и само ако преговарачи још увек нису спознали своје резервационе цене (БАТНЕ), јер од момента спознаје истих може отпочети стратегијска борба са већ описаним (негативним) исходом. У прилог томе, у једној студији (Myerson, Satterthwaite, 1983) доказано је да игра са медијацијом, у којој стране још увек нису спознале резервационе цене, генерише виши ниво очекиване друштвене користи у односу на било коју игру у којој стране знају своје резервационе цене. Но, будући да преговарачи неће самостално приступити *преговорима око начина решења спора* све док не спознају своје резервационе цене (БАТНЕ), поставља се питање како остварити овај друштвено пожељан исход. Једна од могућности јесте *обавезивање страна да покушају да спор реше овим АДР методом*. Према томе, закључак економске теорије гласи: *будући да медијатор може ублажити проблем негативне селекције, и делимично отклонити друштвену неефикасност преговарања, обавезати стране да иду на медијацију има економског оправдања* (Brown, Ayres, 1994: 385-386).

3.2. Разлози за и против обавезне медијације са освртом на праксу појединих земаља

У прилог обавезној медијацији, у теорији (Corney, 2007: 12-19) се наводи: медијација, генерално гледано, има високу стопу успешности; покушај увођења обавезне медијације не може да шкоди; успех медијације не доводи се у питање чак и у случајевима када судија *наређује* странкама да иду на медијацију. Затим, одређена истраживања у Аустралији (Mask, 2003) показују да је учесталост склапања поравнања у судски обавезној медијацији приближно иста као и учесталост склапања поравнања у добровољној медијацији. Тиме се пружају одређени докази да обавезивање страна да иду на медијацију не смањује фреквенцију склопљених поравнања. Даље, у теорији (Hardy, 2008: 5-8) постоје и овакви аргументи: многе странке непотребно троше ресурсе у судском поступку, који се на крају оконча поравнањем; увођење обавезне медијације може допринети

афирмацији оних одлика медијације због којих је стекла популарност: брзина решавања спорова, неформалност поступка, економичност; медијација има предност над судским поступком због смањења тензије и страха међу странкама, итд.

Један од основних аргумента (Hardy, 2008: 8) *против* обавезне медијације јесте да постоје случајеви који, једноставно, нису подобни за медијацију (случајеви насиља). Затим, не мање важан аргумент (Кнежевић, Павић, 2009: 234) огледа се у томе да увођење обавезне медијације може поткопати темељни принцип на којем је изграђена ова правна установа – *принцип добровољности*. Даље, истиче се (Hardy, 2008: 9) да стварање система базираног на доминацији медијације над редовним судским поступком, може угрозити *принципе правде* на којима почива тај поступак: транспарентност, одговорност и јавност. Додајмо и општепознате аргументе: увођење обавезне медијације у правни систем једне земље генерише *додатне трошкове*; када медијација не уроди плодом долази до *непотребног расипања ресурса*;¹³ да у поступку медијације може доћи до *злоупотребе моћи једне стране*, нарочито ако медијацију води неискусан или недовољно обучен медијатор.

Када је реч о пракси појединих земаља, при федералним судовима великог броја америчких држава постоје *медијације припојене суду* (енг. *court-annexed mediation*). Рецимо, 1995. године, у држави Флорида преко 75.000 предмета окончано је судском медијацијом (Милутиновић, 2006: 11-12, фуснота 5). Затим, у неким државама Аустралије, судије имају право да, без сагласности странака, упуте предмет на медијацију (Mask, 2003: 74-75). Потом, у судској пракси појединих држава, попут Енглеске и Велса,¹⁴ дешавало се да судија *нареди* странкама да иду на поступак медијације (Corney, 2007: 13). За ове државе може се рећи да су остале привржене добровољној медијацији, али уз могућност да судија алоцира парничне трошкове на терет оне стране која је у судском поступку одбила медијацију из *неразумних разлога*.¹⁵ Коначно, Италија је земља која је увела обавезну медијацију, упркос отпорима адвокатског лобија (Mogek, 2013).

Када је реч о нашој земљи, важећи Закон¹⁶ дао је приоритет концепту *упућивања на медијацију од стране суда*. У нашој теорији (Кнежевић, Павић, 2009: 240), постоји тумачење да овај концепт подразумева *судски обавезну*

13 Као да до непотребног расипања ресурса не долази у скупим и дуготрајним парницама!

14 Видети, на пример, судски случај *Kinstreet Ltd v Balmargo Corporation Ltd* [1999].

15 Видети, рецимо, судски случај *Dunnett v Railtrack Plc* [2002] EWCA Civ 303; [2002].

16 Чл. 12. Закона о посредовању – медијацији.

медијацију, јер у првостепеном поступку, за разлику од поступка по жалби,¹⁷ по упуту суда странке морају ићи на поступак медијације.¹⁸ При том, није искључена могућност да се правила поступка медијације предвиђена Законом примене и на поступак медијације који је покренут и без упута суда или другог органа, пре или после покретања поступка за решавање спорног односа.¹⁹ У сваком случају, важећи концепт медијације у нашој земљи јесте концепт добровољне медијације. Начело добровољности јесте једно од основних начела поступка медијације, будући да се медијација може спровести само на основу изричите сагласности страна.²⁰ И судска пракса потврђује примену овог начела.

4. Емпиријска студија о ефикасности медијације у нашој земљи

Крајем 2011. и почетком 2012. године, у Парничном одељењу и Одељењу центра за медијацију Основног суда у Нишу, спроведено је експлоративно истраживање, квалитативног и квантитативног типа, оријентисано на испитивање ефикасности медијације (Мојашевић, 2014). Циљ истраживања огледао се у утврђивању фактора (не)ефикасности нашег система решавања грађанскоправних спорова медијацијом, односно, установљавању стварног доприноса медијације минимизацији парничних и судских трошкова, растерећењу судова од прекобројних предмета и других фактора. Не улазећи на овом месту у све појединости овог истраживања, фокусираћемо се на она питања која су у уводу рада издвојена као битна.

Прво, када је реч о *обавезној медијацији*, истакнуто је да уштеда трошкова може представљати снажан подстицај странкама да се поравнају што је могуће пре у поступку, било непосредно било посредно (преко медијатора). Но, парнице које су обрађене у овој студији указују на то да некада прође пуно времена пре него што странке уопште приступе медијацији. Идентификовани су бројни разлози каснијег одласка странака на медијацију, почев од њихове неинформисаности о овом поступку, до

17 У поступку по жалби потребна је сагласност странака за одлазак на медијацију. Видети: чл. 14. Закона о посредовању – медијацији.

18 Но, интервју који је обављен са координатором Одељења центра за медијацију у Нишу, у оквиру емпиријске студије (видети следеће подглавље), показао је да су судије углавном поштовале вољу странака приликом упућивања на медијацију („Тек ако странке хоће, судија их упућује на медијацију“). Очита је дискрепанца између теоријског тумачења ове важне одредбе Закона која рефлектује суштину концепта медијације и тумачења и примене исте у пракси од стране судија, бар када је реч о Основном суду у Нишу.

19 Чл. 1. ст. 2. Закона о посредовању – медијацији.

20 Чл. 3. Закона о посредовању – медијацији.

психолошких баријера. С тим у вези, закључено је да ако би оне имале законску обавезу да покушају да реше спор медијацијом, и то пре покретања поступка, смањила би се могућност дугог трајања парничног поступка и одржавања великог броја рочишта. Можда не би све странке решиле спор у овој фази, али би просечно гледано, огромна већина њих то учинила.

Друго, полазна теза да би споразум закључен у поступку медијације, који би имао *извршну снагу*, генерисао већи број медијација, али и већи индекс успешности медијације, потврђена је овим истраживањем. Наиме, према мишљењу скоро свих испитаних судија и огромне већине адвоката, споразум у медијацији са извршном снагом подстакао би странке да иду на медијацију, а већа фреквенција одлазака на медијацију значи и већи број успешних медијација. Закључено је да би законско нормирање споразума који би имао извршну снагу требало да има позитиван ефекат у правцу отклањања, или ублажавања, према мишљењу већине судија, базичног недостатка нашег система решавања спорова медијацијом – *малог броја медијација који не доводи до растерећења судова од прекобројних предмета*.

Треће, установљено је да не постоји статистички значајно повећање броја медијација у Одељењу центра за медијацију у Нишу, од 2006. године до 2012. године, праћено по годинама. Један од кључних фактора малог броја медијација, између осталог, јесте и *висина таксе за покретање поступка медијације*. Наиме, минимални износ таксе за покретање поступка медијације износио је, а и даље износи, *115 евра*.²¹ У споровима мале вредности, то није занемарљив износ и представља фактор одвраћања странака од поступка медијације.

Генерални закључак ове студије, када је реч о законском нормирању медијације у Србији, гласи: *уколико би на горенаведеним решењима била базирана будућа (правна) реформа система решавања спорова медијацијом у Србији, ефикасност ове правне установе дошла би до изражаја у правом смислу те речи*.

5. Осврт на поједина нова решења из Нацрта закона из 2013.

Ваљало би истаћи да је сам назив Закона – *Закон о посредовању у решавању спорова*, у основи, погрешан. Према нашем мишљењу, *Закон о медијацији* је подеснији назив од Закона о посредовању у решавању спорова, посебно ако се узме у обзир то да постоје различити видови посредовања у решавању спорова. Рецимо, мирење је облик посредовања који се разликује од медијације, упркос бројним сличностима. Консеквентно, и појам *медијатор* је адекватнији од појма *посредник*, који се користи у Нацрту закона.

21 Тарифа о накнадама у поступку медијације, <http://www.medijacija.rs/cenovnik.html>

Друго, у Нацрту закона предвиђено је да се *поступак посредовања спроводи добровољно, на основу изричите сагласности страна, осим у спорним односима у којима је посебним законом покретање поступка посредовања предвиђено као услов за вођење судског или другог поступка.*²² Овај члан недвосмислено указује на то да је (кровним) Законом остављена могућност да посебним законима буде прописана обавеза страна да покушају да спор реше у поступку медијације, пре покретања судског поступка или поступка пред другим органом. Но, остаје отворено питање о којим поступцима се конкретно ради?²³ С друге стране, у важећем Закону²⁴ стоји да се *поступак посредовања спроводи на основу изричите сагласности страна, без остављања могућности прописивања неког вида законски обавезне медијације.* Јасно је да решење из Нацрта закона из 2013. године, у погледу начина спровођења поступка медијације, а који рефлектује и саму суштину концепта медијације, *представља одређену новину у односу на постојеће решење.*

Треће, за разлику од важећег Закона²⁵ који предвиђа да споразум у медијацији има снагу *вансудског поравнања* и да може имати снагу судског поравнања, ако га на записник узме судија након оцене да је сагласан са јавним поретком, Нацрт закона²⁶ прописује да споразум о решавању спора путем посредовања може имати *снагу извршне исправе*, ако су (кумулативно) испуњени следећи услови: *споразум има за предмет испуњење обавезе на чинидбу; споразум садржи изјаву дужника којом прихвата исти као извршни наслов; и ако су потписи страна и посредника на споразуму оверени од стране суда или јавног бележника.* Затим се додаје *да се неће дозволити принудно извршење споразума о решавању спора путем посредовања ако закључење овог споразума није дозвољено, ако је споразум супротан јавном поретку, ако споразум није подобан за извршење или је предмет извршења немогућ.*²⁷ Овакво решење Радна група оправдава позивањем на одговарајући члан Директиве Европског парламента и Савета ЕУ²⁸ и, при том, тумачи исти

22 Чл. 6. Нацрта закона.

23 У Образложењу Нацрта закона наводи се само *да када то оправдавају специфичности одређене врсте правних односа могуће је посебним прописом предвидети примену посредовања као услова за покретање судског поступка.* При том, представници Радне групе наводе да су *таква решења, као изузетак од принципа добровољности, позната у упоредном праву.* Нигде одговора на питање у којим поступцима може бити предвиђена обавезна медијација.

24 Чл. 3. Закона о посредовању – медијацији.

25 Чл. 16. ст. 4. и 6. Закона о посредовању – медијацији.

26 Чл. 24. ст. 1. Нацрта закона.

27 Чл. 24. ст. 2. Нацрта закона.

28 Чл. 6. ст. 1. Директиве 2008/52/ЕС.

на следећи начин: „[...] државама [се] налаже да омогуће једноставне процедуре у циљу обезбеђења извршности споразума постигнутих у поступку посредовања“.²⁹ Такође, извршност споразума у медијацији Радна група упоређује са извршношћу *зложне изјаве*,³⁰ наводећи да иста може бити лакше злоупотребљена у односу на споразум, али јој се ипак даје снага извршне исправе.³¹ Очит је заокрет у Нацрту закона у односу на решење из важећег Закона, у правцу давања извршне снаге споразуму у медијацији, када је реч о споровима који за предмет имају испуњење обавезе на чинидбу и под другим горенаведених условима.³²

Коначно, када је реч о трошковима, новину у Нацрту закона³³ представља то да се *стране ослобађају плаћања судских, односно административних такси у случају постизања споразума након покренутог судског или другог поступка, до закључења првог рочишта за главну расправу*. Очито је да оваквим решењем стране бивају подстакнуте да, након покренутог судског поступка, бирају медијацију као метод решења спора. Новина је и да се висина награде за рад и висина накнаде трошкова посредника одређује према Тарифи коју доноси *министар* надлежан за послове правосуђа, ако се стране другачије не споразумеју.³⁴ Према важећем Закону, Тарифу прописује Центар за медијацију, а не надлежно министарство.³⁵ С тим у вези, отворена је и могућност да се посебним законом пропишу услови који су потребни за *ослобађање страна од плаћања трошкова поступка*

29 Видети: Образложење Нацрта закона.

30 Видети: чл. 15. Закона о хипотеци, *Сл. гласник РС*, 115/05.

31 Видети: Образложење Нацрта закона.

32 Интересантно је то да је у чл. 25. *Нацрта закона од 5.8.2013. године (прва верзија)* било предвиђено да *споразум (аутоматски) има снагу извршне исправе након овере потписа страна и посредника на споразуму од стране судије или јавног бележника*. Овај члан, али и бројни други, изазвали су подозрење појединих чланова Радне групе, због чега су упућене бројне критике (видети: *Коментар чланова Радне групе поводом Радне верзије Закона о посредовању о решавању спорова од 5.8.2013.*). Све у свему, можемо претпоставити да су управо ове критике утицале на измену члана који се тиче извршности споразума у медијацији у *другој верзији Нацрта закона*.

33 Чл. 28. Нацрта закона.

34 Чл. 26. ст. 3. Нацрта закона.

35 Критика је упућена и овом члану Нацрта. Наиме, постављено је питање оправданости прописивања тарифе од стране министарства у ситуацији када се медијација спроводи ван суда, рецимо, у привредној или лекарској комори. С тим у вези, предложено је да тарифу прописује организација или установа која спроводи поступак медијације, а не министар надлежан за послове правосуђа. Према нашем мишљењу, овај предлог се чини оправданим.

медијације.³⁶ Овакво решење Радна група оправдава позивањем на одговарајући члан Директиве Савета ЕУ о правној помоћи, у којем стоји да правна помоћ треба да буде проширена и на *вансудске поступке*, под одређеним условима.³⁷

6. Закључак

Економска анализа Нацрта закона о посредовању у решавању спорова из 2013. године показала је да предложена решења у погледу обавезности медијације, извршности споразума у медијацији и трошкова поступка медијације, представљају одређену новину у односу на важећа решења из Закона о посредовању – медијацији. Очито је то да се трагало за новим решењима из простог разлога што медијација, као правна установа, није заживела у нашој земљи. Тачније речено, ефикасност ове правне установе, која је требало да се испољи у снижењу трошкова судског поступка и смањењу прекобројних предмета, није дошла до изражаја. Као што је у уводу речено, поједини представници Радне групе са оптимизмом очекују да ће предложена, али и друга решења, ако буду усвојена, допринети повећању ефикасности медијације, самим тим, и ефикасности судског поступка. Да ли је овакав исход вероватан, бар када је реч о *парничном поступку*? У одговору на ово питање, кренимо редом.

Прво, у основи, задржавање постојећег концепта добровољне медијације значи да се не може очекивати значајно повећање фреквенције поступака медијације, самим тим, ни повећање индекса успешности медијације. Речено је да главни недостатак система решавања спорова медијацијом у нашој земљи представља *веома низак број покренутих поступака медијације*. Будући да, на основу предложеног решења, стране немају обавезу да учествују у овом поступку, с тим да је остављена могућност да се посебним законима пропише таква обавеза, *али без навођења о којим поступцима се конкретно ради*, јасно је да се по овом основу не може очекивати значајно повећање учесталости поступака медијације. Додуше, остаје да се види на које ће то случајеве да се односи законски обавезна медијација, чије је увођење овим Нацртом само наговештено, под условом да се исти преточи у законски акт, наравно. У сваком случају, повећање броја медијација могуће је на друге начине, попут оних који су у споменутој студији издвојени као битни: побољшање информисаности странака и других учесника у поступку о појму и значају медијације; популаризација АДР метода средствима масовне комуникације; едукација грађана о алтернативним

³⁶ Чл. 26. ст. 4. Нацрта закона.

³⁷ Видети: чл. 10. Директиве 2002/8/ЕС.

начинима решавања спорова, итд. Све ово захтева значајан напор и издатке надлежног министарства, али и других институција и појединаца који су заинтересовани да медијација заживи у Србији, попут судија, професора и адвоката. Без одређеног напора у том правцу, а у одсуству законске обавезе да покушају да спор реше медијацијом, не може се очекивати да ће стране, према сопственом нахођењу, бити подстакнуте да одлазе на поступак медијације. Напослетку, додајмо да ако нешто може да допринесе популаризацији медијације, као и повећању свести грађана о значају овог АДР метода, онда је то, свакако, *обавезна медијација*. При том, ваља истаћи да теорија и пракса познају *различите видове обавезности учествовања у овом поступку*. У теорији (Quek, 2010: 488-490) се говори о одређеном континуууму обавезности учествовања у медијацији, у којем једино медијација која подразумева обавезно упућивање предмета на медијацију без икаквих изузетака и са одговарајућом санкцијом за непоштовање ове обавезе, представља оксиморон! У другим случајевима, она може бити и те како оправдана, али превасходно као *привремено целисходно решење* које доприноси горенаведеним циљевима (популаризацији и повећању броја поступака медијације).

Друго, када је реч о извршности споразума у медијацији, очито је да предложено решење, ако буде усвојено, може утицати на повећање фреквенције поступака медијације, бар када је реч о споровима који за предмет имају испуњење обавезе на чинидбу. Према важећем Закону, споразум у медијацији, са снагом вансудског поравнања, мора се преточити у судско поравнање, узимањем на записник од стране судије. У ту сврху, потребно је покренути посебан ванпарнични поступак. Следи да је препуштено странкама да се саме старају о извршности закљученог споразума. Бојазан да то није најбоље решење исказана је у теорији (Кнежевић, Павић, 2009: 239), а поткрепљује се карактеристикама наше правне културе. С друге стране, споменута студија показала је да споразум као извршна исправа отклања неизвесност и ризик неизвршења истог,³⁸ као и да подстиче странке да иду на медијацију, што свакако може допринети снижењу укупних трошкова парничног поступка. Гледано из тог угла, споразум са извршном снагом може имати оправдања, упркос бројним контрааргументима. Штавише, може се рећи да актуелна дебата није око тога да ли споразум треба да има извршни наслов, већ око *начина* како споразум учинити извршним. Питање је само како разрадити

38 Стране могу да промене мишљење од момента склапања споразума до тренутка добијања извршности, јер некада прође пуно времена. Такође, сама процедура подразумева додатно ангажовање судије који споразум узима на записник, и додатно ангажовање странака, јер морају ићи на ванпарнични поступак и платити таксу за покретање истог, која додуше није висока.

најефикаснији механизам да споразум добије снагу извршне исправе. Овај који је предложен у Нацрту чини нам се једноставнијим у односу на постојећи.

Треће, решење којим се стране ослобађају судских, односно административних такси, ако до рочишта за главну расправу склопе споразум, представља добро решење, јер их усмерава у правцу мирног решења спора. С тим у вези, остаје да се види како ће бити конципирана Тарифа о наградама и накнадама у поступку посредовања, при чему би посебно требало водити рачуна да висина таксе за покретање поступка медијације код *спорова мале вредности* не буде демотивишућа за стране у погледу избора медијације.

Јасно је да пуно фактора утичу на то да ли ће стране изабрати медијацију, након покренутог судског поступка, као и на то да ли ће медијација бити призната и препозната као ефикасна правна установа у једном правном систему. При том, очекивати да ће *само* избором законских решења медијација заживети у једној земљи представља наивно становиште. Сходно томе, потребно је учинити пуно на друштвеном, а не само на правном (законодавном) плану, ради афирмације медијације и других АДР метода. Такође, план имплементације медијације унутар једног правног система подразумева квалитетну техничку, стручну, административну и другу подршку, тачније речено, подразумева један *организован систем* који мора бити брижљиво унапред конципиран. Истраживање које је спроведено указује на бројне пропусте на том плану.

Полазећи управо од ових аргумената, мишљења смо да нема места претераном оптимизму, нарочито не унапред најављеном, у погледу значајнијег унапређења ефикасности медијације, консеквентно, и парничног поступка, бар не у скорије време. Оптимизам се може базирати једино на покушају изградње *одрживог система медијације*, за који су потребна добра законска решења подложна сталном проверавању и, по потреби, иновирању, као и на *перманентној* едукацији и информисању стручне и опште јавности, што изискује *константан* напор одговорних појединаца.

Литература

- Беговић, Б., Лабус, М., Јовановић, А. (2008). *Економија за правнике*. Београд: Издавачки центар Правног факултета Универзитета у Београду
- Brown, J. G., Ayres, I. (1994). Economic Rationales for Mediation. *Virginia Law Review*. 80 (2). 323-402

Cooter, R., Ulen, T. (2004). *Law and Economics*. Boston, San Francisco, New York, London, Toronto, Sydney, Tokyo, Singapore, Madrid, Mexico City, Munich, Paris, Cape Town, Hong Kong, Montreal: Pearson Addison-Wesley

Cornes, D. (2007). Commercial Mediation: the Impact of the Courts. *Reprinted from (2007) 73 Arbitration* 12-19. London: Sweet & Maxwell Limited. [Electronic version]. Retrieved 28, January 2014, from http://www.mediatewithcornes.co.uk/CIArb%20Article%202007_1.pdf

Директива 2002/8/ ЕС Савета од 27. јануара 2003. године за побољшање приступа правди у прекограничним споровима успостављањем минимума заједничких правила о бесплатној правној помоћи за такве спорове

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

Dunnett v Railtrack Plc [2002] EWCA Civ 303; [2002] 1 W.L.R. 2434

Fisher, R., Ury, W. (2003). *Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In*. Second Edition by Fisher, Ury and Patton, Random House Business Book. [Electronic version]. Retrieved 27, January 2014, from <http://6thfloor.pp.fi/fgv/gettingtoyes.pdf>

Hardy, W. (2008). Mandatory Mediation. [Electronic version]. Retrieved 1, February 2014, from <http://willhardy.com.au/legal-essays/mandatory-mediation/view/>

Kinstreet Ltd v Balmargo Corporation Ltd [1999] ADR.L.R. 07/23

Кнежевић, Г., Павић, В. (2009). *Арбитража и АДР*. Београд: Издавачки центар Правног факултета Универзитета у Београду

Коментар чланова Радне групе поводом Радне верзије Закона о посредовању о решавању спорова од 5.8.2013. Доступан на: <http://www.partners-serbia.org/wp-content/uploads/2013/09/Komentar-%C4%8Dlanova-RG-na-radnu-verziju-Zak-o-Medijaciji-od-05-8-2013.pdf>

Лабус, М. (2006). *Основи економије*. Београд: Центар за публикације Правног факултета Универзитета у Београду

Mack, K. (2003). *Court Referral to ADR: Criteria and Research*. NADRAC and Australian Institute of Judicial Administration

Милутиновић Љ. (2006). *Медијација у Србији*. Београд: International Finance Corporation

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

Morek, R. (2013). Mandatory Mediation in Italy – Reloaded. [Electronic version]. Retrieved 4, February 2014, from <http://kluwermediationblog.com/2013/10/09/mandatory-mediation-in-italy-reloaded/>

Myerson, R. B. (1986). Multistage Games with Communication. *Econometrica*. 54 (2). 323-358

Myerson, R. B., Satterthwaite, M. A. (1983). Efficient Mechanisms for Bilateral Trading. *Journal of Economic Theory*. 29 (2). 265-281

Образложење (друге верзије) Нацрта закона о посредовању у решавању спорова из 2013. године. Доступно на: <http://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>

Образложење Предлога закона о медијацији Центра за медијацију и Предлози закона о медијацији – поређење (незванични документи)

Quek, D. (2010). Mandatory Mediation: An Oxymoron? Examining the Feasibility of Implementing a Court-Mandated Mediation Program. *Cardozo Journal of Conflict Resolution*. 11. 479-509

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>

Решење Министарства правде и државне управе РС о образовању радне групе за израду радног текста Закона о медијацији. Број: 119-00-9/2012-08 од 11.9.2012. године, <http://arhiva.mpravde.gov.rs/images/Radna%20grupa%20za%20izradu%20nacrt%20izmena%20i%20dopuna%20VPZ.pdf>

Решење Министарства правде и државне управе РС о образовању радне групе за припрему текста радне верзије Закона о посредовању у решавању спорова. Број: 119-01-00132/2013-01 од 10.6.2013. године, <http://www.mpravde.gov.rs/files/Resenje%20posredovanje%20radna%20grupa.pdf>

Тарифа о накнадама у поступку медијације, <http://www.medijacija.rs/cepnovnik.html>

Закон о посредовању – медијацији. *Сл. гласник РС*. Бр. 18 (2005)

Закон о хипотеци. *Сл. гласник РС*. Бр. 115 (2005)

<http://www.webtv.rs/play/60407/javna-rasprava-o-radnoj-verziji-zakona-o-posredovanju-i-resavanju-sporova>

<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

Economic Analysis of Certain Legal Solutions in the Draft Mediation Act

Summary

The Mediation Act has been applied in the Republic of Serbia since 2005. In the past period, the application of this Act has pointed out to a number of drawbacks and deficiencies in the system of resolving disputes through mediation. The dominant features of the current mediation system are some inadequate legal solutions, poor organization and insufficient preparation of the courts to internalize mediation, failure to provide relevant information about mediation to litigants and other participants in the judicial process, insufficient judicial training and education of lawyers and parties on mediation and other ADR methods, etc. Considering that the primary purpose of mediation is to diminish the litigation caseload and reduce the costs of court proceedings, the basic goal of introducing mediation into the Serbian legal system has not been accomplished.

In order to improve the mediation system, the Serbian authorities launched a public debate in 2010 on designing a new legislative act which would eliminate the shortcomings of previous act and improve the efficiency of mediation. After nearly four years, the extensive debate and confrontation of different mediation concepts led to adopting a new Draft Mediation Act in 2013. As compared to the applicable 2005 Mediation Act, the Draft Mediation Act contains some innovations, such as the enforceability of a mediation agreement under specific conditions and the opportunity of introducing mandatory mediation in some cases.

In this paper, the author analyzes the above issues on the basis of findings of economic theory and the results of the empirical study on the efficiency of mediation in Serbia in civil matters. In this context, the author argues that the achievement of the above objectives (to reduce the caseload and legal costs) calls for establishing a sustainable mediation system. In addition to instituting good legal solutions (such as mandatory mediation), the system should be supported by joint efforts and financial resources of responsible institutions and individuals. In a nutshell, mediation may come to life only if the legislative efforts are accompanied by a large-scale social action aimed at promoting this form of dispute resolution.

Keywords: Draft Mediation Act, mediation, efficiency, mediation agreement, costs.

