

VANJA BILIĆ
HUM (Hrvatska udruga za mirenje)

DRUGAČIJI PUT DO PRAVDE

1. Uvod

Sud rješava sporove. Takav stav se u posljednjih nekoliko stotina godina gotovo podrazumijeva. Društva se organiziraju u države zasnovane na pravu, a te države su postale sveobuhvatne i sveprisutne, goleme i birokratizirane. Nekada su stranke u sporu tražile od svećenika ili vladara da im podijele pravdu, što je naglašavalo uzvišeni (božanski) karakter tako podijeljene pravde. Moderna društva, sekularizirana i s moćnim državama, pravdu dijele preko svojih sudova, na temelju zakona koji bi trebao biti jednak za svakoga.

Iako države postaju sve moćnije, njihovi sudovi ne slijede taj trend. Sve jasnije postaje da su državni sudovi prešli zenit svojih mogućnosti i sada pokazuju brojna područja prikrate i nemogućnosti. Možda su žrtve prevelikih nagovještaja i očekivanja (iako je jasno da pravda koju dijele nije božanskog karaktera). Možda su članovi društva i država sve litigantniji jer je takvo što neizbjegno u emancipiranom, individualiziranom i internacionaliziranom društvu. Možda je naprsto krv opći princip razvoja prema kojemu svaka pojava ima razdoblje nastajanja, procvata i odumiranja, što se tiče i rješavanja sporova na sudu. Bez obzira na razlog, postaje evidentna potreba razmislit o ulozi državnih sudova u rješavanju sporova i o pronalaženju drugih načina kako rješavati sporove u nekom društvu. Svatko ima pravo na pristup суду, odnosno na pošteno i neovisno suđenje.¹ U suvremenim društvima, koja u svom poretku vrijednosti visoko rangiraju demokraciju i individualizam, nužno dolazi do sve većeg broja sporova. Između ostalog, posljedica je preopterećenost sudova problemima – neriješenim sporovima stranaka, a sve više i vlastitim problemima, bez obzira na stranke i njihove sporove. Hrvatsko pravosuđe ima veliki broj problema,² ali slična je situacija, u nekoj (reklo bi se, uglavnom manjoj) mjeri, u brojnim drugim pravosudnim sustavima.³

¹ V. European Convention of Human Rights (ECHR), NN MU 6/99, članak 6.1: Radi utvrđivanja svojih prava i obveza građanske naravi ili u slučaju podizanja optužnice za kazneno djelo protiv njega svatko ima pravo da zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud pravično, javno i u razumnom roku ispita njegov slučaj. Presuda se mora izreći javno, ali se sredstva priopćavanja i javnost mogu isključiti iz cijele rasprave ili njezinog dijela zbog razloga koji su nužni u demokratskom društvu radi interesa morala, javnog reda ili državne sigurnosti, kad interesi maloljetnika ili privatnog života stranaka to traže, ili u opsegu koji je po mišljenju suda bezuvjetno potreban u posebnim okolnostima gdje bi javnost mogla biti štetna za interes pravde.

² Iz obrazloženja Konačnog prijedloga Zakona o mirenju koji je podnesen Hrvatskom saboru, (P.Z. br. 797), usvojenog tijekom 37. sjednice Hrvatskog sabora: „Sudovi u Republici Hrvatskoj već duže vremena rade pri vršnom opterećenju. Redoviti prijev spisa ne savladavaju, pa se svake godine gomilaju neriješeni predmeti... [istinite su] tvrdnje (koje su već postale opće mjesto), da su sudovi preopterećeni, da su time i neefikasni, da postupci dugo traju, da se gomilaju zaostaci, itd.“.

³ Nije samo hrvatsko pravosuđe to koje radi presporo i nedovoljno kvalitetno; v. npr. Cavrois, M.-L., Dalle, H., Jean, J.-P., La qualité de la justice, *La Documentation Française*, Paris, 2002, str. 30: „za većinu francuskih

2. Mogućnost drugačijih načina rješavanja sporova

Pri pokušaju redefiniranja sustava rješavanja sporova često se ističu dvije ideje: prva, koja govori o potrebi poboljšanja efikasnosti i kvalitete suđenja u državnim sudovima takvima kakvi jesu, i druga, koja govori o potrebi korištenja drugih, alternativnih načina rješavanja sporova.⁴

Prva ideja, usprkos tome što pravosuđe sve teže i u sve manjoj mjeri izlazi u susret postavljenim zadacima, polazi od činjenice da se određeno društvo još uvijek ne može na zadovoljavajući način organizirati bez postojanja državnih sudova, do mjere da se pravo pristupa судu smatra jednim od osnovih ljudskih prava. Državno pravosuđe je potrebno radi rješavanja sporova, jednako kao što je potrebno učiniti ga boljim (efikasnijim) nego što jest: „čini se neophodnim pravosudnom sustavu dati novi cilj: procesuiranje svakog slučaja unutar optimalnog i predvidivog vremenskog okvira“.⁵

Druga ideja uzima u obzir određene nemogućnosti državnih sudova pri obavljanju svoje funkcije, te predlaže za neke sporove i okolnosti, dodatne mogućnosti rješavanja izvan sudova. Slijedom premise da u kompleksu pitanja o sporovima i njihovom rješavanju nije najbitnije ustrajavanje na uhodanim koncepcijama, nego je najbitnije rješiti spor, što prije, uz što manje troška, i ako je moguće što kvalitetnije, pokušavaju se pronaći novi – drugačiji putevi do pravde.

Na tragu takvih razmišljanja, u brojnim pravosudnim sustavima rješenja za poboljšanje efikasnosti i kvalitete sustava rješavanja sporova traže se u afirmaciji tzv. alternativnih načina rješavanja sporova u sustav rješavanja sporova. *Alternativa* (lat.) znači izbor između dviju mogućnosti, opredjeljivanje za jednu od dviju odluka⁶ (lat. *alternativus* – izmjeničan⁷). Alternativni načini rješavanja sporova donose mogućnost opredjeljivanja, novu – dodatnu mogućnost rješavanja sporova.⁸ Engleski akronim i međunarodno prepoznata kratica za ovu vrstu rješavanja sporova jest ADR. Bilo je više pokušaja da se taj izraz zamijeni nekim koji će govoriti ne samo o tome da se radi o alternativi u odnosu na sudski postupak, nego koji će obuhvatiti suštinu ili bar bitniji dio suštine onoga što predstavlja alternativno rješavanje sporova. Na tom tragu je i pokušaj pronalaženja izraza za rješavanje sporova izvan suda, koji ne naglašava alternativnost, nego učinkovitost pri rješavanju sporova. Govori se o *Effective Dispute Resolution* (EDR) umjesto *Alternative Dispute Resolution* (ADR).⁹ Ipak, za kraticu ADR

državljana, pravosudni sustav funkcioniра slabo (66%) i presporo (73%). O krizi pravosuđa u međunarodnom kontekstu usp. Zuckermann, A.A.S. (ur.), *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedure*, Oxford, 1999.

4 Alternativno rješavanje sporova; *Alternative Dispute Resolution – ADR*.

5 European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ): *A new objective for judicial systems: the processing of each case within an optimum and foreseeable timeframe*, Strasbourg, 11.06.2004. CEPEJ (2004) 19 REV 1.

6 Anić, Klaić, Domović, *Rječnik stranih riječi*, Sani-plus, Zagreb, 2002.

7 Ibid.

8 Alternativno rješavanje sporova je u terminološki drugost (drugotno) u odnosu na sudski postupak. Raspravlja se da li ta drugost znači i pravdu druge klase u odnosu na redovni sudski postupak. Usp. Verkijk, R., *Mandatory Mediation: Informal Injustice?*, *Public and Private Justice – Dispute Resolution in Modern Societies*, Intersentia Antwerpen - Oxford 2007. Uglavnom treba uzeti da drugost alternativnih načina rješavanja sporova nije drugost u vrijednosnom smislu.

9 V. CEDR (*Centre for Effective Dispute Resolution*) response to EU Commission Green Paper on Alternative Dispute Resolution t. 2.8. „teži se tretiranju ADR kao sasvim određenog postupka iako postoje značajne razlike

nije pronađena zamjena koja bi bila općeprihvaćena. Akronim ADR se globalno ustalio i gotovo emancipirao od (početnog) značenja. Teško je očekivati da će određeni prijedlozi da se odredi precizniji naziv urođiti plodom: kako je kratica uzeta iz engleskog jezika, pokušava se u engleskom jeziku pronaći drugačije tumačenje kratice, npr.: *amiciable dispute resolution* (priateljsko rješavanje sporova) ili *appropriate dispute resolution* (prikladno rješavanje sporova), no male su šanse za prihvaćanje.

Nedavno¹⁰ je predstavljena kratica ARPS (alternativno rješavanje potrošačkih sporova). Kako se radi o zakonskoj kratici, nema potrebe da je praksa potvrđuje, naprsto je imamo kao prvu kraticu koja govori o alternativnom rješavanju sporova.

Uobičajeni hrvatski izraz je mirenje, a ovo područje u hrvatskom zakonodavstvu regulira Zakon o mirenju,¹¹ koji u čl. 2. priznaje i druge nazive za alternativno rješavanje sporova: posredovanje, medijacija, konciliacija..., ne smatrajući ih pri tom istoznačnicama. Ideja alternativnog rješavanja sporova međunarodno je prihvaćena kao jedan od političkih i pravosudnih prioriteta.¹² Predlaže se i za hrvatski sustav rješavanja sporova, u pokušaju da se primjenom novih ideja ostvari pozitivna interakcija s tradicionalnim pravosuđem.

3. Kratki pregled povijesti mirnog rješavanja sporova

Povijest mirnog rješavanja sporova je po starosti usporediva s postojanjem sporova, odnosno potrebe da se ti sporovi rješavaju.¹³ Povjesno gledano, alternativno

s obzirom na vrstu spora, stranke, kontekst, itd. Zbog ovog razloga CEDR je ... [2001] počeo govoriti o *Effective Dispute Resolution*, ili EDR, čime se pokušava zamijeniti ADR. Odabранo je to dijelom da bi se pobjeglo od negativnog i neprimjereno etiketiranja medijacije kao 'alternativnog' postupka, suprotstavljenog uobičajenom načinu rješavanja sporova... Sudski postupak također može biti *Effective Dispute Resolution* za određene sporove u određeno vrijeme. Neprimjereno je polaziti od pretpostavke da se mogu uspostaviti jednostavna pravila ili upute za EDR - ADR je u tom smislu donekle drugačiji.“ Može se primijetiti da je u ovom citatu i cijelom tekstu odgovara na *Green Paper* ipak više puta upotrebljen izraz ADR, iako se CEDR zalaže za EDR, što samo za sebe govori o prepoznatljivosti i uvriježenosti izraza.

10 Od stupanja na snagu Zakona o alternativnom rješavanju potrošačkih sporova, 31.12.2016. (NN 121/16).

11 Zakon o mirenju, objavljen u Narodnim novinama br. 18/11. U izradi nacrta prijedloga toga zakona bilo je prijedloga da se mirenje nazove internacionalno prepoznatljivim izrazom - medijacija, no u saborskim odborima prevagnulo je stanovište da bi trebalo koristiti hrvatsku riječ. Već ikod izrade prvog Zakona o mirenju, 2003., postojala je opasnost da mirenje asocira na mirovna vijeća iz Zakona o mirovnim vijećima, što se ipak nije dogodilo (Zakon o mirovnim vijećima iz 1978. godine – Narodne novine 14/78 od 11.04.1978. nikada nije bio zaživio u praksi).

12 Europska unija dala je smjernice u temeljnomy dokumentu o mirenju koji je Europska komisija objavila u travnju 2002. (*Green paper*), gdje se na str. 5. navodi: „Alternativno rješavanje sporova je politički prioritet, kojeg su opetovano deklarirale institucije Europske unije, čiji je zadatak promicati ove alternativne tehnike, kako bi se osigurali uvjeti koji su stimulativni za njihov razvoj i kvalitetu.“ Važnost alternativnih načina rješavanja sporova naglašena je i na zasjedanjima Europskog Vijeća u Beču u prosincu 1998. te u Tampereu u listopadu 1999. kao dio šireg projekta stvaranja „područja slobode, sigurnosti i pravde u EU. Ovo je opredjeljenje ponovljeno na sastancima tijekom narednih godina. Za područje šire od Europske unije, Vijeće ministara Vijeća Europe izdalo je nekoliko preporuka o korištenju medijacije u građanskim, obiteljskim i kaznenim stvarima: Preporuka R (98)1 Vijeća ministara državama članicama o obiteljskoj medijaciji (usvojeno 21. siječnja 1998.), Preporuka R (99)19 Vijeća ministara državama članicama o medijaciji u kaznenim stvarima (usvojeno 15. rujna 1999.), Preporuka Rec (2002)10 Vijeća ministara državama članicama o medijaciji u građansko-pravnim stvarima (usvojeno 18. rujna 2002.). Radi harmonizacije ove materije, na području međunarodnog trgovackog prava UNCITRAL izdao *Model Law on International Commercial Conciliation* UN doc. A/CN.9/514; u velikoj mjeri rješenja toga model zakona prihvatio je hrvatski zakonodavac pri donošenju Zakona o mirenju.

13 Pri tome je sintagma „mirno rješavanje sporova“ treba uzeti kao suprotnost onoj vrsti rješavanja sporova koja

rješavanje sporova u današnjem smislu i sadržaju nije prvi pokušaj da se afirmira potreba i mogućnost mirnog rješavanja sporova. Postoje izvještaji o određenoj vrsti medijacije – mirnog rješavanja sporova u ranim danima ljudskih društava. Povjesničari prepostavljaju da su postojali slučajevi medijacije u trgovačkim sporovima kod starih Feničana, a vjerojatno i kod starih Babilonaca. Ta se praksa razvila u staroj Grčkoj, koja je u sporovima koji nisu bračni i obiteljski sporovi poznavala institut medijatora zvanog *proxenatas*. Stari Rimljani poznavali su određene postupke slične medijaciji, a u rimskom pravu se napomene o mirnom rješavanju sporova mogu naći u Justinianovim Digestama iz 530. – 533. Rimljani su medijatora zvali raznim imenima (*internuncius, medium, intercessor, philanthropus, interpolator, conciliator, interlocutor, interpres, i napokon, mediator*).¹⁴

Nekada se osoba koja posreduje pri rješavanju sporova smatrala svetom osobom, osobom koja zaslužuje posebno poštovanje. Radilo se o pojedincima koji su svojim osobinama i ili položajem u društvu imale apriorno povjerenje članova društva, pa tako i osoba u sporu. Može se postaviti pitanje je li iz njihove uloge proizišla uloga medijatora, arbitra ili suca;¹⁵ ako sve tri, kojim redom. Drugim riječima pitanje glasi: što je starije: mirenje, arbitraža ili suđenje? Moglo bi se tumačiti da je medijacija ili bilo kakav drugi način mirnog ili bar izvaninstitucionalnog rješavanja sporova obrazac koji su kasnije slijedili arbitraža i sud.¹⁶ Suprotno, može se kazati da je sporove primarno morao rješavati izvanjski autoritet – treća osoba pozivanjem na određene pravne koncepte i ili svete znakove.¹⁷ Pretpostavka je da su sporovi postojali i rješavali se od kada postoji ludska zajednica (društvo),¹⁸ a svakako prije postojanja države koja daje sucima pravo i autoritet da sude. Ipak, postojanje države nije presudni element kod odluke o starosti načina rješavanja sporova. Za postavljeno pitanje bitno je zaključiti je li do rješenja spora dolazilo voljom (dogovorom) stranaka u sporu ili voljom osobe koja posreduje, odnosno sudi ili arbitrira u sporu.¹⁹ O ovome se pak može samo nagađati,

se odvija pred određenim autoritetomiza kojega stoji nekakva (državna) hijerarhija, odnosno pravno utemeljeni (državni) represivni aparat; ne kao suprotnost nasilnom rješavanju sporova.

14 Usp. Flemisch, C. A., Streitbeilegung im internationalen Geschäft. Einführung in die Mediation als Methode der Streitbeilegung, *Außenwirtschaftliche Praxis (AW-Prax)*, 2006, Heft 2.; Flemisch, C. A.: Wirtschaftsmediation im Zeitalter der Globalisierung – Besonderheiten bei interkulturellen Wirtschaftsmediationen, *IDR*, 2006 Heft 1.

15 Iz kasnije rasprave, a posebno iz utvrđenja razlike mirenja, suđenja i arbitriranja utvrđit će se da razlika funkcija medijatora, suca i arbitra (treće osobe u sporu) ovisi uglavnom o sljedećim činjenicama: nastupa li ta osoba pri rješavanju spora privatno ili kao eksponent određenog autoriteta, te rješava li se spor voljom stranaka u sporu ili treće osobe, koja se, kao vjerojatno i same stranke, poziva na zakon ili božje znakove.

16 Paradigma se ne odnosi na metodu rješavanja spora, nego na shemu po kojoj postoje suprotstavljeni gledišta, najmanje dvije strane u sporu, te forum na kojem se iznosi spor i pokušava ga se riješiti. Pri tome je privremeno zanemaren za potrebe slijeda izlaganja najvažniji element: čijom se voljom dolazi do rješenja spora.

17 Sve takve pretpostavke temelje se na konceptima koje imamo danas, prema današnjim definicijama; nije nužno, dapače je malo vjerojatno, da takvi koncepti odgovaraju odrednicama prijašnjih vremena.

18 Kada se govori o rješavanju spora, odnosno izbjegavanju pribjegavanja nasilju, potrebno je pretpostaviti postojanje društvenih normi - određenog prava (pravnog poretka) ili pojma o volji viših sila, koju volju treba shvatiti i primjeniti da bi se došlo do rješenja spora. Tako shvaćeno pravo (volja viših sila) može biti sadržano u rješenju spora.

19 Sporovi nastaju o različitom viđenju činjenica i prava; ako postoje činjenice na koje se primjenjuje pravo, postoji pravni poredak, ili bar postoje određeni pravni koncepti, što podrazumijeva određeno uređenje društva. Postoje mišljenja koja dovode u sumnju pravnu prirodu medijacije (usp. Verkijk, R., *Mandatory Mediation: Informal Injustice?, Public and Private Justice – Dispute Resolution in Modern Societies*, Intersentia Antwerpen - Oxford 2007.); kada bismo mirenu odrekli pravnu prirodu, možda bi iz toga slijedio zaključak da je mirenje obrazac prema kojem je nastala arbitraža i suđenje, no pretpostavka se ne čini točnom.

pri čemu je odabir ishoda pitanje ukusa, a ne na argumentima utemeljene rasprave. Stoga je najbolje zaključiti da se ne može utemeljeno tvrditi da mirenje kao način rješavanja sporova prethodi arbitraži odnosno suđenju, kao ni obratno.

U literaturi se može naći mišljenje koje pripada tradiciji racionalističkog razmišljanja²⁰ o tome kako arbitraža prethodi suđenju. Neki pravni povjesničari iznose tzv. *Schiedsgerichtstheorie*: radi se o teoriji po kojoj je arbitraža primarni oblik građanskog procesa.²¹ Teorija je nastala u djelima koja su se bavila rimskim pravom u prvoj polovici dvadesetog stoljeća, kao odgovor na složena pitanja o izvorištima i razvoju rimskog građanskog procesa.²² Recentnije studije rimskog prava opisuju *Schiedsgerichtstheorie* kao racionalističku spekulaciju bez stvarnog uporišta u povijesnim zbivanjima: smatra se da su stari Rimljani, kao i drugi narodi, rješavali sporove zazivajući nadnaravne sile ili božanstva, u različitim postupcima koje su vodili svećenici ili proroci.²³

Tragovi o mirnom rješavanju sporova bitni za razvoj i recepciju ovog koncepta nalaze se u dokumentima o tzv. Leidenskim mirotvorcima²⁴ iz 16. stoljeća o kojima je u svojim člancima pisao Voltaire²⁵ i učinio ih poznatima francuskom čitateljstvu, kao i zakonodavcima u doba francuske revolucije, predstavljajući mirotvorce kao *Bureaux de Paix* i *Juges de Paix*, u Francuskoj i Nizozemskoj. Leidenske mirotvorce je Voltaire smatrao pretečama koncepta mirnog rješavanja sporova. Francuski model mirenja iz doba revolucije inspiriran je i često se povezuje s navedenim nizozemskim modelom mirenja,²⁶ a kao sukladan novim idealima buržoaske revolucije, našao je izraza u Uredbi iz 1790. godine. Ovakvo mirenje se našlo potom u zakonu iz 1806. (*Code de procédure civile* – Zakon o parničnom postupku) koji je Napoleon širio svojim

20 U racionalističkoj je tradiciji da se pretjerano naglašavaju mogućnosti trezvenog razmišljanja, tako i pri rješavanju sporova mernim putem, odnosno na način na koji se stranke u sporu suglase, makar samo birajući osobu koja je ovlaštena u njihovo ime riješiti spor.

21 Teoriju je formulirao Wlassak, na temelju Jheringove *Selbsthilfetheorie* koja je bila bazirana na ideji iznesenoj u djelu *Der Geist des römischen Rechts*, prema kojoj je samopomoć bila primarna forma rješavanja sporova, a samopomoć je supstituirana arbitražom. Opširnije o ovoj temi: Petrak, M., Arbitration as the Primary Form of Civil Proceedings Contribution to the Criticism of the Schiedsgerichtstheorie, *Croatian Arbitration Yearbook* 11 (2004) str. 83-98. Mišljenje da je arbitraža najstariji i originalni oblik građanskog postupka često se susreće u radovima o građanskom procesu i čini važan dio povijesti ideja o prirodi parničnog postupka.

22 Takve teze utemeljene su na teorijsko pravnim zamislima Jeringa i na filozofiji Hobbesa.

23 Znanstvenici koji se bave rimskim pravom, odbacili su *Schiedsgerichtstheorie* kao zastarjelu teoriju i smatraju je pravno teoretskim „racionalističkim mitom“ dvadesetog stoljeća, zamjenivši je novijim rekonstrukcijama rimskog procesnog prava kao bitnog dijela europske procesnopravne tradicije.

24 *Leidse Vredemakers*, engl. *Leyden Peacemakers*. Nije bilo neobično da sući u određenim okolnostima postaju mirovni suci i u sudnici obavljaju medijaciju (koncilijaciju), posebno u bračnim sporovima, najčešće u cilju očuvanja braka. U Nizozemskoj su prema tom uzoru (i Napoleonovnom zakoniku) duže vrijeme postojale odredbe o mirnom rješavanju sporova. Medijacija je prakticirana i izvan sudova, posebno u svezi s radnim sporovima i industrijskim odnosima, počevši od druge polovine 19. stoljeća. Jedno vrijeme je ta privatna inicijativa gotovo postala redovno sredstvo rješavanja sporova, s promjenjivim uspjehom. Smatra se da je ova vrsta medijacije bila uspješnija dok je bila dobrovoljna, dok ju je kasniji razvoj učinio prinudnom i stoga navodno manje uspješnom. V. de Roo A., Jagtenberg R., *Mediation in the Netherlands: Past – Present – Future*, <www.ejcl.org>.

25 V. de Roo A., Jagtenberg R., *Mediation in the Netherlands: Past – Present – Future*, <<http://www.ejcl.org/64/art64-8.html>>. Usp. peti stavak uvoda i f.n. 4.

26 Ova vrsta mirenja je bila pretpostavka za dovođenje pred sud određenog spora i mogla bi se nazvati obveznim mirenjem. V. o tome van Rhee, C.H., *European Traditions in Civil Procedure*, str. 186.

osvajanjima,²⁷ pa je tako mirenje koje prethodi parnici ušlo u sve pravne sustave koji su oblikovani Napoleonovim osvajanjima.²⁸ U Francuskoj su zabilježeni pokušaji da se prethodni pokušaji mirenja pomaknu prema nekom kasnjem stadiju spora pred sudom; ipak mirenje kao procesna pretpostavka nije izbačeno iz zakona sve do polovice dvadesetog stoljeća.²⁹ Prema današnjim zakonskim rješenjima u Francuskoj, mirenje može biti pokušano u svim stadijima postupka.³⁰

U Nizozemskoj³¹ je nešto brže napušteno načelo obveznog prethodnog mirenja, Zakonom o parničnom postupku iz 1838.³² Umjesto toga, predviđeno je da je sudac dužan pokušati mirenje kada to smatra prikladnim.³³ Relativno blisko početnoj ideji, godine 1923. nizozemska vlada predstavila je institut Državnog medijatora,³⁴ koji nije bio prihvaćen od strane radnika i sindikata, radi čega se postepeno ugasio, a poslije drugog svjetskog rata se ta institucija definitivno gasi. U Nizozemskoj označavaju prekretnicom 1992. godinu kada je skupina ljudi, većinom pravnika, počela raspravljati o mogućnostima i perspektivama medijacije. Neki iz te skupine, temeljem svoga iskustva, iskazali su nezadovoljstvo zakonskom ponudom načina rješavanja sporova, navodeći da se u sudskim postupcima često zaboravlja što zapravo stranke hoće.³⁵

U Danskoj su još 1683. postojale odredbe o mirnom rješavanju sporova. Slijedom sličnih ideja kao u Francuskoj i Nizozemskoj, takvo mirenje je 1795. učinjeno obveznim u građanskopravnim predmetima.³⁶

27 Vidi Wijffels, A., France, *European Traditions in Civil Procedure*, str. 235. nadalje. Vidi i Obernhammer, P., Domej, T., Germany, Switzerland and Austria, *European Traditions in Civil Procedure*, Antwerp/Oxford, Intersentia, 2005. str. 215. Takva medijacija, utemeljena na Napoleonovom zakonu iz 1806. imala je veliki uspjeh u većini švicarskih kantona u kojima se primjenjivalo pravo ove tradicije; slična medijacija istog utemeljenja postoji tim švicarskim kantonima i danas.

28 Kako navodi Wijffels, A., France, *European Traditions in Civil Procedure*, str. 197., ideja koncilijacije (mirenja) koja prethodi građanskom postupku, tipičan je primjer stava Napoleonovih zakonodavaca prema revolucionarnom pravu. Takva inovacija odražava ideal prema kojmu pravo mora biti jednostavno i lišeno šikane.

29 Do ukidanja odredbe, parničari su pribjegavali raznim načinima izbjegavanja odredbe o obveznom prethodnom mirenju, posebno u urbanim centrima. Usp. Ibid.

30 Ovo načelo uzdignuto je do razine jednog od općih načela Novog zakona o parničnom postupku (*Nouveau Code de procédure civile*). Nadalje, daljnjim razvojem ideje, od 1995. stranke mogu zajednički tražiti od suda da imenuje medijatora.

31 Iako je nizozemsko iskustvo mirenja paradigmata koju slijedi Napoleonovo zakonodavstvo, nizozemski pravni sustav proizlazi iz *Code de procédure civile*.

32 Zakonodac je prilikom donošenja ovog zakona iskazao mišljenje da mirenje koje obvezno prethodi parnici, poskupljuje postupak. O tome v. van Rhee, C.H., *European Traditions in Civil Procedure*, str. 186.

33 Štoviše, članak 19. nizozemskog Zakona o parničnom postupku ovlastio je suca da naredi strankama da se pojave na sudu radi pokušaja nagodbe. U praksi ova odredba je naprsto ignorirana više od stotinjak godina. Vidi Verkijk, r., *European Traditions in Civil Procedure*, str. 245. dalje. U istoj knjizi v. van Rhee, str. 186.

34 Nizozemski: *Rijksbemiddelaar*.

35 Što zbog povijesne uvjetovanosti, što zbog činjenice da je potpora države neophodna u vezi s financiranjem i komunikacijom s pravosuđem, od samog početka tražen je kontakt s vladom, a učešće vlade pokazalo se bitnim pri započinjanju i financiranju eksperimentalnih programa. Usp. de Roo A., Jagtenberg, R, *Mediation in the Netherlands: Past – Present – Future*. <www.ejcl.org>.

36 Dekret od 10.06.1795. Vidi Vindelev, V., *Mediation in Danish Law: In Retrospect and Perspective*, *Global Trends in Mediation*, 2006. Prvi od takvih zakona kojima se afirmira mirno rješenje spora donesen je za vrijeme kralja Kristijana V. (1683.) kada je predviđena mogućnost medijacije u svim građanskopravnim postupcima. Stotinjak godina kasnije (1795.) stupa na snagu odredba prema kojoj je medijacija postala obvezna. Radilo se o postupku mirenja koji nije bio vezan za sud. Godinama nakon toga raspravljalo se o tome kako uklopiti postupak mirenja u pravni sustav i koje bi kvalifikacije i osobine trebalo tražiti od treće osobe – medijatora. Nakon dugih

U Engleskoj nisu postojali mirovni suci koji bi se mogli usporediti s francuskim *juges de paix*.³⁷ Bez obzira na to, postojala je određena vrsta mirovnih sudaca, još od srednjovjekovnih vremena. Radilo se o državnim dužnosnicima koji su rješavali sporove, manje primjenom prava, a više na način da donose „solomonske“³⁸ odluke, pozivom na *common sense* i društvene konvencije.³⁹ Njihova je uloga podsjećala na ulogu arbitra koji je pozvan donijeti odluku *ex aequo et bono*. Arbitraža i konciliacija u industrijskom i radnom pravu datiraju još iz početka devetnaestog stoljeća, većinom kao privatna inicijativa, vezana uz poslovne pot hvate, iako je i država pokušavala doprinijeti u ovom polju: godine 1824. stupio je na snagu zakon prema kojemu industrijski i radni sporovi moraju biti izneseni pred mirovnog suca ili pred vijeće sastavljenod jednakog broja poslodavaca i zaposlenika.⁴⁰ Zakon je bio utemeljen na praksi francuskih *conseils des prud'hommes*.⁴¹ U šezdesetim i sedamdesetim godinama dvadesetog stoljeća u Velikoj Britaniji rasprava o alternativnim načinima rješavanja sporova bila je u najvećoj mjeri rasprava o američkom iskustvu i koncentrirala se na kritiku državnih institucija i ulogu države u pravosuđu.⁴² U osamdesetima, interes za materiju alternativnog rješavanja sporova se intenzivira, kao i s druge strane kritika neformalnog karaktera medijacije.⁴³ Raspravljaljalo se i problematiziralo pitanje rješavanja sporova bez pravnika i bez primjene prava⁴⁴ i s tim u vezi je izražavana rezerva prema novim idejama. Povećani interes za korištenje alternativnog rješavanja sporova za rješavanje sporova povezuje se s izbjijanjem u prvi plan problema s pristupom sudu (*access to justice*), odnosno, pokušajima prevladavanja ekonomskih, organizacijskih i proceduralnih zapreka za pristup forumu za rješavanje građanskopravnih sporova.⁴⁵

rasprava o tome je li mirenje dio pravnog sustava ili sustav svoje vrste, 1952. je tadašnja danska vlada zakonom isključila mirenje iz pravnog sustava. Te godine je u Zakon o parničnom postupku unesena odredba prema kojoj su suci dužni pokušati rješiti spor nagodbom. Takva odredba postoji u danskom zakonu i danas. O razvoju koncepta mirenja svjedoče i sljedeći podaci: U osamnaestom i devetnaestom stoljeću, dok je medijacija bila sastavni (ili pridruženi) dio danskog pravnog sustava, bavljenje medijacijom smatralo se zanimanjem i kao svako zanimanje imalo je određena pravila (sukladna tadašnjim općeprihvaćenim stavovima). Na primjer, ženama je bilo zabranjeno baviti se ovim poslom, sa sljedećom argumentacijom: pozicija medijatora podrazumijeva da je netko mudar i poštovan u svojoj zajednici, a takvo što se u to doba nije priznavalo ženama. Pravnici također nisu mogli biti medijatori.

³⁷ Francuski mirovni suci bili su koncentrirani na prevenciju sporova (mirenje), a tek ukoliko ne bi uspjeli u ovakvim pokušajima, „isukali bi mač javnih ovlaštenja“. Vidi Verkijk, R., *European Traditions in Civil Procedure*, str. 224.

³⁸ Usp. Mendelssohn-Bartholdy A., *Das Imperium des Richters*, Strassburg, Karl J. Trübner, 1908, str. 155. i 161.

³⁹ Usp. Damaška, M.R., *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*, New Heaven, Yale University Press, 1986. str 68. i 219.

⁴⁰ Usp. Weeks, J.D., *Industrial Arbitration and Conciliation*, *Lalor's Cyclopedie*, New York, Maynard, Merill and Co., 1899. <<http://www.econolib.org/library>>.

⁴¹ Ovaj zakon nije u velikoj mjeri korišten, kao ni kasniji slični zakoni iz 1867. i 1872. Kada su ova (arbitražna i konciliacijska) vijeća 1860. formirana kao stalna, zabilježen je veći uspjeh, odnosno, korištena su za rješavanje sporova u većoj mjeri. Ibid.

⁴² Usp. Alexander, N., *Global Trends in Mediation*, Kluwer Law 2006. str. 143.

⁴³ Abel, R.L., *The Politics of Informal Justice*, Volume 1: The American Experience; Volume 2: Comaparative Studies, *New York Academic Press*, 1982, de Sousa Santos B., *Law and Community: The Changing Nature of State Power in Late Capitalism*, kod Abel; Damaška, M.R., *The Faces of Justice and State Authority*, New Heaved and London: Yale University Press, 1996.

⁴⁴ Usp. Auerbach J.S., *Justice Without Law? Resolving Disputes Without Lawyers*, Oxford: Oxford University Press, 1983.

⁴⁵ Usp. Cappelletti, M., *Alternative Dispute Resolution within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement*, *Modern Law Review*, 1993. str. 282. Isto tako: *Report of Lord Woolf*, 1995., u kojem se

U Sjedinjenim Američkim Državama, pravni antropolozi i pravnici iz javnog sektora bili su pokretači moderne medijacije. Slično (nešto kasnije), u Njemačkoj su sociolozi, kriminolozi, socijalni radnici, te poneki suci i odvjetnici, dali početni poticaj razvoju medijacije; do druge polovine 1990-tih praksa nije slijedila interes teorije.⁴⁶

Za razliku od povijesti mirnog rješavanja sporova, povijest alternativnog rješavanja sporova u smislu u kojem se danas upotrebljava taj izraz, relativno je kratka. Osim osnovnog koncepta,⁴⁷ alternativno rješavanje sporova u smislu u kojem se danas poima, ima ograničenu sličnost s povijesnim pokušajima osmišljavanja koncepta mirnog rješavanja sporova.⁴⁸ Kada se govori o mirenju, medijaciji ili alternativnom rješavanju sporova, govori se o određenom načinu rješavanja sporova, različitom od pregovora i od postupka pred sudom ili arbitražnim tijelom, u kojem treća neovisna i nepristrana osoba pomaže strankama da se dogovore o spornim pitanjima. Smatra se da razliku između postupaka mirenja koje nalazimo u povijesti i mirenja u današnjem smislu te riječi, čine medijacijske tehnike koje su sistematizirane i prerađene na temelju američke, ali i sve razgranatije prakse u Europi i na ostalim kontinentima.

Bitna razlika odnosi se i na pristup materiji rješavanja sporova uopće: medijacija je često ponuđena uz sudski postupak, kao način rješavanja sporova različit i odvojen od parničnog postupka, s kojim ipak čini jedinstveni sustav rješavanja sporova.

4. Alternativno rješavanje sporova u europskom okviru

Za sam početak ideje o uvođenju alternativnih načina rješavanja sporova, može se kazati da je iskustvo iz SAD-a pobudilo je interes europskih pravnika. Ideja se dalje razvijala s obzirom na pojedine pravne tradicije, ne u svim državama istovremeno i ne u jednakom intenzitetu, ali sve više i u sve većem broju država. Inicijativu u tom smislu ima i sama Europska unija (kao zaseban entitet, ne kao zbroj članica). U Europskoj uniji interes za izvansudsko rješavanje parnica intenzivira se od 1996. kada je zbog preopterećenosti sudova i rastućih troškova parnice, za rješavanje potrošačkih tužbi predložen određeni oblik alternativnog rješavanja sporova. Od tada je Europska komisija usvojila niz mjera koje predviđaju primjenu određenih oblika izvansudskih načina rješavanja sporova, u područjima, između ostalog, potrošačkih prava, pravne pomoći, obiteljskih sporova⁴⁹ i elektroničke trgovine,⁵⁰ od čega se mogu nabrojiti:

preporučuje praćenje onoga što se događa izvan Engleske u vezi s alternativnim rješavanjem sporova (Recommendation 62) <<http://www.dca.gov.uk/civil/interim/recoms.htm>>.

46 Usp. Alexander, N., Mediation in Germany: The Long and Winding Road, *Global Trends in Mediation*, str. 224.

47 Pokušaj da se spor riješi voljom stranaka, uz pomoć treće neovisne osobe.

48 Moderna medijacija razlikuje se od drugih načina mirnog rješavanja sporova, kao što je to bio slučaj pred tzv. *justices of peace, juges de paix, Schiedsleute, conciliation courts* ili pak od dužnosti suda da pokuša mirno rješavanje spora. V. opširnije: Alexander, N., *Global Trends in Mediation*, Kluwer Law 2006. U Hrvatskoj Zakon o mirovnim vijećima (NN 14/78) predstavlja određeni pokušaj da se ostvari mogućnost i potakne rješavanje sporova izvan suda, no ne radi se o mirenju u današnjem smislu.

49 Prijedlog za regulaciju odgovarajućeg zakonodavstva i priznanje izvršenje sudskih odluka u bračnim i paternitskim sporovima, 03.05.2002. COM/2002/0222 final/2. Usp. na <http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&type_doc=COMfinal&an_doc=2002&nu_doc=222&lg=en>.

50 Usp. na <http://ec.europa.eu/internal_market/e-commerce/index_en.htm>. Direktiva 2000/31/EC o elektroničkoj trgovini, 08.07.2000.

Preporuka komisije 98/257/EC o načelima primjenjivima na tijela odgovorna za izvansudsko rješavanje potrošačkih sporova,⁵¹ Direktiva 98/10/EC o telefoniji i telekomunikacijama,⁵² Direktiva 2002/21/EC o općem regulatornom okviru za elektroničke komunikacijske mreže i davatelje usluga,⁵³ Preporuka komisije 2001/31/CC o načelima za izvansudska tijela uključena u suglasno rješavanje potrošačkih sporova,⁵⁴ Direktiva o pravnoj pomoći,⁵⁵ Prijedlog za regulaciju odgovarajućeg zakonodavstva i priznanje i izvršenje sudskih odluka u bračnim i paternitetskim sporovima⁵⁶ i Prijedlog direktive o medijaciji u građanskopravnim i trgovačkim sporovima.⁵⁷

Godine 2002. (19. travnja) Europska komisija je sačinila *Green Paper* o alternativnom rješavanju građanskopravnih i trgovačkih sporova,⁵⁸ s namjerom da potakne široku raspravu o određenom broju pitanja vezanih za alternativno rješavanje sporova. Odgovori su stigli od 160 izvora, uključujući vlade, odvjetničke udruge, organizacije za medijaciju, predstavnike poslovne zajednice, akademske zajednice i profesionalne udruge. Sabrani su u dokumentu koji zaključuje da su iskazani vrlo pozitivni stavovi o alternativnom rješavanju sporova, te da je potvrđeno da je „alternativno rješavanje sporova korisno samo po sebi i ne mora neophodno biti razmatrano kao odgovor na pitanja pristupa sudu“.⁵⁹ U ožujku 2003. nakon rasprave potaknute na navedeni način, Europski parlament je predložio zaključke između kojih se navodi da je alternativno rješavanje sporova u ekspanziji u cijeloj Europi, da tom širenju, eksperimentiranju i inoviranju ne treba opsežno i opterećujuće zakonodavstvo, te da treba pronaći mjeru europske koherencije u odredbama o alternativnom rješavanju sporova. Prema preporuci to najbolje može biti postignuto kroz naputke i upute o načelima vođenja postupka, te kroz promicanje najbolje prakse, odnosno, preporučeno je ne pretjerati s legislativnom djelatnošću. Zaključci podupiru i različite inicijative za podizanje razine znanja i svijesti o alternativnom rješavanju sporova, pilot projekte, monitoring projekte,

⁵¹ Commission Recommendation of 30 March 1998 on the principles applicable to the bodies responsible for out-of-court settlement of consumer disputes (98/257/EC). Usp. na http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=31998H0257&model=guichett. Preporuka usvojena 30.03.1998.

⁵² Usp. na <<http://ec.europa.eu/archives/ISPO/infosoc/telecompolicy/en/dir98-10en.htm>> Directive 98/10/EC of the European Parliament and of the Council, of 26 February 1998, on the application of open network provision (ONP) to voice telephony and on universal service for telecommunications in a competitive environment. Usp. na <<http://ec.europa.eu/archives/ISPO/infosoc/telecompolicy/en/dir98-10en.htm>>

⁵³ Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council, of 7 March 2002 - on a common regulatory framework for electronic communications networks and services (Framework Directive). Usvojeno 21. siječnja 1998. Usp. <<http://www.anacom.pt/content.jsp?contentId=93270>>.

⁵⁴ Commission Recommendation 2001/31/CC on the principles applicable to the bodies responsible for consensual commercial dispute resolution.

⁵⁵ Direktiva (Directive) o pravnoj pomoći od 18.07.2002. (Council Directive 2002/8/EC to improve access to justice in cross-border disputes by establishing minimum common rules relating to legal aid for such disputes, stupila na snagu 27.01.2003.) uključuje pružanje pravne pomoći u postupcima alternativnog rješavanja sporova.

⁵⁶ Usp. na <<http://europa.eu/scadplus/leg/en/lvb/l33194.htm>>. Proposal for a Regulation concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgements in matrimonial and in matters of paternal responsibility.

⁵⁷ Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects of mediation in civil and commercial matters, Brussels, 22.10.2004., COM(2004) 718 final, 2004/0251 (COD). Usp. na <<http://europa.eu/scadplus/leg/en/lvb/l33251.htm>>.

⁵⁸ Green Paper on Alternative Dispute Resolution in Civil and Commercial Matters, COM (2002) 196 final.

⁵⁹ Sažetak odgovora na Green Paper on alternative dispute resolution in civil and commercial law, General comments, t. 2. Usp. na <http://europa.eu.int/comm/justice_home/ejn/adr_ec_en.pdf>.

okupljanja stručnjaka i razvoj pan-Europske mreže osoba i organizacija koje se bave alternativnim rješavanjem sporova. Nakon toga, Europska komisija je donijela *The European Code of Conduct for Mediators* (Etički kodeks za medijatore)⁶⁰ i Prijedlog direktive o medijaciji u građanskopravnim i trgovačkim sporovima.

Green paper nije definirao medijaciju nego alternativno rješavanje sporova uopće, koje se opisuje kao postupak izvansudskog rješavanja sporova kojega vodi neutralna treća strana, isključujući arbitražu. Osim arbitraže, definicija isključuje stručna mišljenja,⁶¹ sustav prigovora⁶² i automatski sustav pregovora.⁶³ Prijedlog direktive o medijaciji u građanskopravnim i trgovačkim sporovima definira medijaciju kao: svaki postupak, bez obzira na to kako je nazvan, u kojem dvije ili više stranaka u sporu, uz pomoć treće strane, pokušavaju postići sporazum o predmetu spora, bez obzira jesu li su postupak same pokrenule, ili ga je naložio sud ili zakon zemlje članice.⁶⁴ Dodaje se da medijacija ne uključuje pokušaje nagodbe koju je predložio sudac radi rješavanja spora unutar parničnog postupka koji je u tijeku. Definicija uključuje dobrovoljnu i naloženu medijaciju, te sudu pridruženu i izvansudsku medijaciju, dok isključuje postupak radi postizanja nagodbe kojega vodi sudac koji vodi parnični postupak (što se u nekim pravnim sustavima definira kao koncilijacija). Prijedlog se zadržava na tome da iz opsega medijacije isključi postupak koji vodi parnični sudac; ne daje definiciju concilijacije, niti ističe eventualne razlike medijacije i concilijacije. Definicija ne govori o neutralnosti i nepristranosti treće strane, te povjerljivosti postupka, već je tom pitanju posvećen članak 6. (dostupnost dokaza u građanskopravnom sudskom postupku).

5. Pravni okvir

Iako harmonizacija prava u Europskoj uniji nije (osim potrošačkih prava) obuhvatila područje medijacije, *Green paper* i preporuke o medijaciji kreću se prema usuglašavanju zakonskih parametara za medijaciju. Pri tome treba imati na umu različita polazišta pojedinih pravnih sustava.⁶⁵

60 Usvojen 02.07.2004. u Bruxellesu.

61 *Expert determination*, npr. mišljenja pribavljenia za arbitražu.

62 *Complaint handling systems*, npr. sustavi dostupni potrošačima preko udruga u kojima postupak vodi stranka u sporu.

63 *Automated negotiation systems* - sustavi koji ne vode ljudi, koje nude neki davatelji IT usluga.

64 *Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects of mediation in civil and commercial matters*, Brussels, 22.10.2004., COM(2004) 718 final, 2004/0251 (COD), čl. 2(a): „*Mediation*” shall mean any process, however named or referred to, where two or more parties to a dispute are assisted by a third party to reach an agreement on the settlement of the dispute, and regardless of whether the process is initiated by the parties, suggested or ordered by a court or prescribed by the national law of a Member State. [It shall not include attempts made by the judge to settle a dispute within the course of judicial proceedings concerning that dispute.]

65 Treba li harmonizirati europska procesna pravila pitanje je o kojem se može raspravljati. U svakom slučaju, za potrebe te rasprave prethodno treba utvrditi (1) izvorišta procesnopravnih odredbi u Europi i (2) razlike i sličnosti između pojedinih vrsta postupaka. U Europskoj uniji mogu se razlikovati tri procesnopravne obitelji: procesnopravna skupina proizišla iz francuskog *Code de procédure civile*, skupina zemalja njemačkog govornog područja i *common law* skupina. Najveći broj sličnosti u procesnopravnim sustavima kontinentalne Europe vuče podrijetlo iz pravila tzv. rimsko-kanonskog postupka, nastalih u dvanaestom stoljeću. Što se tiče *common law* sustava, rimsko-kanonska pravila od manje su važnosti, iako se mogu prepoznati, dok se veći utjecaj može pripisati pravilima države New York iz 19. stoljeća. O tome opširnije van Rhee C.H. (ed.), *European Traditions in Civil Procedure*, Antwerp/Oxford, Intersentia, 2005.

Povjerljivost se u svim dokumentima smatra ključnom za medijaciju. U članku 6.1. Prijedloga direktive za medijaciju utvrđuje se striktna dužnost povjerljivosti za medijatora i svaku treću osobu uključenu u medijaciju. Navodi se da medijatori, kao i bilo koja osoba uključena u administriranje medijacijskih usluga, neće u građanskopravnom sudskom postupku svjedočiti o: (a) pozivu stranke da sudjeluje u medijaciji ili činjenici da je stranka voljna sudjelovati u medijaciji; (b) stavovima ili sugestijama koje izrazi stranka u medijaciji u svezi s mogućim sporazumom o predmetu spora; (c) tvrdnjama ili priznanjima stranke za vrijeme medijacije; (d) prijedlozima medijatora; (e) činjenici da je stranka izrazila spremnost prihvatiti prijedlog nagodbe koji je iznio medijator; (f) ispravi sačinjenoj isključivo za svrhe medijacije.

Navedene odredbe primjenjuju se bez obzira na to u kojem obliku su dati iskazi ili dokazi koji se odnose na navedeno. Na isti način, sud ne smije narediti odavanje nabrojanih činjenica i dokaza u sudskom postupku, a ako takve činjenice ili dokaze ponudi stranka, sud ih ima smatrati nedopuštenima. Izuzetak takvog pravila je: (a) ukoliko se zahtjev odnosi na primjenu ili provedbu nagodbe postignute u medijaciji; (b) u slučaju potrebe zaštite javnog poretka, posebno kada je to potrebno da bi se osigurala zaštita djece ili prevencija oštećenja fizičkog ili psihičkog integriteta osobe; ili (c) ako se medijator i stranke suglase o tome.

Odredbe o povjerljivosti primjenjuju se bez obzira na to vodi li se postupak o predmetu koji je bio predmet medijacije ili o nekom drugom predmetu.

Ako bi određeni dokaz bio dopušten da nije upotrijebljen u medijaciji, samim tim ne postaje nedopušten. Ovakvom se odredbom želi spriječiti zloupotreba prava, odnosno upotreba određenog dokaza u medijaciji samo da se isti dokaz ne bi mogao upotrijebiti u sudskom postupku.

Green paper je o pitanju zastare postavio pitanje: „treba li usuglasiti zakonodavstva država članica na način da svaka članica uz pokretanje nekog od alternativnih načina rješavanja sporova veže prekid zastare?“⁶⁶ Nakon prikupljanja odgovora, iako nisu bili unisoni⁶⁷ i iako je zakonodavstvo članica različito po ovom pitanju, predložen je⁶⁸ prekid zastare kod pokretanja medijacijskog postupka, bez obzira je li pokrenut voljom stranaka ili suda, odnosno radi li se o sudu pridruženoj ili privatnoj medijaciji. Pokretanjem medijacije bi se zastara prekidala od trenutka: kada se stranke sporazume o medijaciji; kada medijaciju naloži sud; kada obveza medijacije postoji prema zakonima države članice. Ukoliko je medijacija okončana bez postignute nagodbe, tijek zastare bi se nastavljao od trenutka kada je medijacija dovršena sporazumom stranaka ili kada medijator prekine medijaciju.

Prijedlog direktive utvrđuje ne samo dužnost stranaka da osiguraju ovršivost prema važećem pravu, nego obvezuje i države članice da odrede bar jedan sud ili neki drugi organ koji bi mogao ispunjavati takve zahtjeve stranaka.⁶⁹ Da li će stranke opskrbiti

⁶⁶ Pitanje br. 9.: *Should the legislation of the Member States be harmonised so that in each Member State recourse to an ADR mechanism entails suspension of the limitation periods for the seizing of the courts?*

⁶⁷ CEDR je u svom odgovoru iskazao sklonost suprotnom rješenju.

⁶⁸ *Preliminary draft proposal for a directive on certain aspects of mediation in civil and commercial matters.* u čl. 7.

⁶⁹ Ibid. Članak 5(1).

nagodbu iz medijacije ovršnošću pred sudom⁷⁰ ili pred arbitražnim organom⁷¹ ili pak na neki drugi način, trebala bi biti odluka samih stranaka, ovisno o konkretnom slučaju.

6. Medijatori

Europska komisija je u srpnju 2004., u suradnji s predstavnicima organizacija za medijaciju, profesionalnim i potrošačkim udrugama donijela *The European Code of Conduct for Mediators*.⁷² Namjera je ovoga dokumenta osigurati kvalitetu medijacije bez narušavanja fleksibilnosti postupka, odnosno ne opterećujući ga suvišnom legislativom. Od medijatora se traži određena razina stručnosti i znanja o medijaciji. Daju se parametri stručnosti i znanja koji podrazumijevaju odgovarajuću obuku, te kontinuirano obrazovanje i prakticiranje medijacijskih vještina. Obuka medijatora u pojedinim zemljama članicama varira s obzirom na trajanje i obim, pa EU dokumenti ne određuju detaljno kriterije, već se zadržavaju na okvirnim zahtjevima. Ne govori se o minimumu kvalifikacija, niti se određuje koje bi strike trebali biti medijatori. *The European Code of Conduct for Mediators* određuje etičke standarde za medijatore, te posebno ističe: neovisnost i nepristranost medijatora; pošteno i transparentno vođenje postupka; povjerljivost medijacije.

Prijedlog direktive pod naslovom „Osiguravanje kvalitete medijacije“ navodi se da će Komisija i zemlje članice poticati donošenje etičkih kodeksa za medijatore i obuku medijatora.⁷³ Za odvjetnike kao medijatore, Vijeće odvjetničkih i pravničkih udruga Europske zajednice (*Council of the Bars and Law Societies of the European Union – CCBE*) 1988. je usvojilo odgovarajući etički kodeks (*Code of Conduct for the Lawyers in the European Union*).⁷⁴ Utvrđuje se dužnost odvjetnika da uvijek postupaju u najboljem interesu svojih stranaka, da interese stranaka moraju staviti ispred svojih ili interesa kolega. Ova dužnost znači i to da su odvjetnici dužni obavijestiti svoje stranke o svakom efikasnom načinu rješavanja sporova, što uključuje i alternativno rješavanje sporova.⁷⁵

70 Obveza priznavanja presuda zemalja članica EU utvrđena je Buxelleskom konvencijom Odredbom (Regulation) 44/2001.

71 Međunarodna ovrha pravorijeka (odluke arbitražnog tijela) uređena je raznim međunarodnim konvencijama, a postupak je obično jednostavniji od međunarodne ovrhe presuda državnih sudova. To se uglavnom ima zahvaliti činjenici što je najvažniju konvenciju koja uređuje ovo područje, Konvenciju o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka (skraćeno Newyorška konvencija) ratificiralo više od 123 zemlje, a broj raste svake godine. Detaljnije o Newyorškoj konvenciji, kao i o drugim konvencijama od važnosti za ovo područje na internet stranici Juris International <<http://www.jurisint.org>>. Druge važnije konvencije: Konvencija o rješavanju ulagačkih sporova između država i državljana drugih država, Washington, 18.3.1965. Poznatija kao ICSID konvencija – njome se osniva Međunarodni centar za rješavanje ulagačkih sporova, ustanova Svjetske banke za promicanje rješavanja međunarodnih ulagačkih sporova, Interamerička konvencija o međunarodnoj trgovačkoj arbitraži (Panama, 30.1.1975.), Europska konvencija o međunarodnoj trgovačkoj arbitraži (Ženeva, 21.4.1961.), Arapska konvencija o trgovačkoj arbitraži (Aman, 14.4.1987.).

72 V. na <http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_en.htm> *The European Code of Conduct for Mediators*.

73 *Proposal for a directive on certain aspects of mediation in civil and commercial matters*, Članak 4.

74 *Code of Conduct for the Lawyers in the European Union*, usvojen 28.10.1988. dopunjeno 28.11.1998. i 06.12.2002.: <http://www.ccbe.org/doc/En/code2002_en.pdf>

75 „Odvjetnik je dužan u svako vrijeme nastojati postići rješenje (spora, za svoju stranku) koje zahtjeva najmanje troška i dužan je savjetovati svoju stranku u prikladnom stadiju postupka o poželjnosti pokušaja mirnog rješenja spora i/ili obraćanja na alternativne načine rješavanja postupka.“ Usp. ibid.

7. Definiranje mirenja

Obrazac A (pravosudni sustav)	Obrazac B (medijacija)
Druga stranka se smatra protivnikom; koncepcija odvojenosti.	Stranke se vide u zajedničkom sporu; koncepcija međuovisnosti.
Traženje materijalne istine dovodi do ishoda definiranog u terminima pobjede i poraza.	Prihvaćanje mogućnosti različitosti istina može dovesti do ishoda definiranog u terminima dodane vrijednosti
Važno je postići određeno rješenje – „riješiti spor“.	Često nije bitan ishod postupka, nego sam postupak.
Odgovornost za rješenje spora prenesena je na treću stranu.	Odgovornost za rješenje (rješavanje) spora ostaje na strankama.
Za provođenje odluke u život potrebno je primjeniti prisilu (ili bar zaprijetiti određenim sankcijama).	Za provođenje odluke u život u načelu nije potrebno primjeniti prisilu (prijetiti sankcijama).

S obzirom na gornju podjelu i elemente razlikovanja dva obrasca rješavanja sporova istaknute u ovom radu, razlike (koje korespondiraju sa širom definicijom mirenja) mogu se definirati na sljedeći način: parnični postupak je jedan postupak, alternativno rješavanje sporova obuhvaća više postupaka; parnični postupak je formalan, postupci alternativnog rješavanja sporova su neformalni (ili u mnogo manjoj mjeri formalni); autoritet suda u parničnom postupku različit je od autoriteta foruma alternativnog rješavanja sporova; u parničnom postupku sud donosi odluku, u postupku alternativnog rješavanja sporova stranke donose odluku (uz pomoć treće neutralne osobe); parnični postupak je u načelu javan, alternativni postupci su povjerljive prirode; sud sudi primjenom prava, alternativno rješavanje sporova razmatra interes u pozadini spora; sud gleda unazad, alternativno rješavanje sporova unaprijed: sudski postupak je retrospektivan, alternativni postupak prospektivan; na više mjesta se kao razlika između alternativnog rješavanja sporova i parničnog postupka ističe pitanje troškova (utroška vremena i materijalnih sredstava): izvansudski postupci su u načelu znatno jeftiniji i omogućavaju brže rješenje spora.

Mogu se zapaziti i određene sličnosti:⁷⁶ (1) suđenje i mirenje prepostavljaju postojanje treće neovisne i nepristrane osobe;⁷⁷ (2) mirenje može imati evaluacijski karakter.⁷⁸

8. Definicija mirenja

Alternativno rješavanje sporova je skup metoda rješavanja sporova, pa stoga postoje

⁷⁶ Osim prve, evidentne sličnosti, prema kojoj se radi o načinima rješavanja sporova.

⁷⁷ Sudac i izmiritelj imaju drugačiju ulogu u postupku rješavanja određenog spora; bez obzira na to, radi se o trećim osobama u sporu i pred njih se postavlja zahtjev da budu neovisne i nepristrane.

⁷⁸ Mirenje uz facilitacijske, ima i određene evaluacijske elemente, koji mogu biti sastavni dio mirenja, a posebno dolaze do izražaja kod određenih alternativnih načina rješavanja sporova, kao npr. kod neutralne evaluacije, određenih vrsta ekspertiza, utvrđenja činjenica i sl.

brojne definicije mirenja,⁷⁹ od kojih neke obuhvaćaju sve izvansudske metode rješavanja sporova, uključujući adjudikativne kao što je arbitraža.⁸⁰ Ipak, najveći broj definicija sadrži slične elemente.

Zakon o mirenju daje definiciju prema kojoj je mirenje (posredovanje, medijacija, konciliacija) svaki postupak, bez obzira na njegov naziv, u kojem stranke nastoje sporazumno rješiti svoj spor uz pomoć jednog ili više izmiritelja koji strankama pomažu postići nagodbu, bez ovlasti da im nametnu obvezujuće rješenje.

Iz ovoga ne bi trebalo zaključiti da je ZM smatrao mirenje, posredovanje, medijaciju i conciliaciju sinonimima,⁸¹ nego da je zakon donesen za sve vrste alternativnog rješavanja sporova, bez obzira kako se zovu. U postupku izrade Zakona postojao je prijedlog da se nazove Zakonom o medijaciji, što bi bio međunarodno prepoznat izraz i izbjegla bi se opasnost da se mirenje poistovjeti s nekim institutima koji nisu uspješno uneseni u pravni sustav.⁸² Ostao je naziv „mirenje“ iz dva razloga: (1) mirenje je riječ iz Hrvatskog jezika, (2) Zakon o mirenju je kao predložak koristio UNCITRAL-ov model zakon o conciliaciji, pa je mirenje prijevod za izraze medijacija i conciliacija.

Kada se kaže da je mirenje postupak u kojemu treća, neutralna osoba pomaže strankama u sporu postići nagodbu, bez ovlasti da donese obvezujuću odluku,⁸³ daju se minimalne koordinate medijacije u kojima se ističe postojanje treće, neutralne osobe koja vodi postupak i koja nema ovlaštenje nametati strankama odluku,⁸⁴ što ukazuje na činjenicu da je svrha postupka postizanje suglasnosti stranaka o obostrano prihvatljivom rješenju spora.⁸⁵

79 Mirenje je hrvatski prijevod za medijaciju ili ADR (*Alternative dispute resolution*). Ne samo teoretski, nego i praktično, „medijacija“ nema svugdje ista značenja, zbog potrebe prilagođavanja određenim specifičnim potrebama rješavanja sporova. Alternativni načini rješavanja sporova predstavljaju skup načina rješavanja sporova koji obično pri nabranjanju završava rezidualnom skupinom (...i drugi).

80 Može se smatrati općeprihvaćenim da se arbitraža ne smatra alternativnim rješavanjem sporova u užem smislu.

81 Medijacija se negdje razlikuje od conciliacije (većinom u procesnopravnim sustavima proizišlim iz *Code de Procédure Civile*), a negdje se upotrebljava kao sinonim. U nekim europskim pravnim sustavima conciliacija je izraz koji se upotrebljava za mirno rješenje spora pred sudom, pri čemu uredujući sudac vodi postupak. Preporuka Rec (2002)10 Vijeća ministara državama članicama o medijaciji u građanskopravnim stvarima (usvojeno 18. rujna 2002.) upotrebljava termin medijacija. UNCITRAL-ov model zakon govori o conciliaciji (u smislu u kojem prethodno citirana preporuka govori o medijaciji).

82 Ovo se u prvom redu odnosi na mirenje prema Zakon o mirovnim vijećima iz 1978. (Narodne novine 14/78 od 11.04.1978.).

83 Većina relevantnih odredbi tako definira mirenje. Npr.: UNCITRAL-ov Model zakon (čl. 1. st. 2.); Preporuka o medijaciji Vijeća Europe Rec(2002)10, pod I. (definicija medijacije); Zakon o mirenju, čl. 2. st. 1. a. V. i definicije u zemljama članicama EU.

84 Postoje određeni (evaluativni) postupci u kojima osoba koja vodi postupak (treća neutralna osoba) iskazuje određenu odluku ili mišljenje o predmetu sporova, ali ipak nema ovlaštenje nametati takvu odluku strankama – na njima je da je prihvate ili ne – što takav postupak svrstava u kategoriju alternativnog rješavanja sporova. Kada je postupak facilitativne prirode, treća neutralna osoba (koja vodi postupak) može u tijeku postupka mirenja na zahtjev stranaka davati određena mišljenja o predmetu spora, ali takvo mišljenje nema karakter odluke niti procjene, nego prijedloga zajedničkog rješenja spora kojega određuju stranke.

85 Upravo u ovom elementu (prema kojemu treća neutralna strana ne može nametnuti obvezujuće rješenje spora) stoji jasna razlika između mirenja s jedne i suđenja i arbitraže s druge strane. U sudskom postupku sudac ima pravo i obvezu izricati obvezujuću meritornu odluku – presudu ili ponekad rješenje, a u arbitražnom postupku, premda sam postupak počiva na dobrovoljnosti, stranke sporazumno ovlašćuju arbitre da donešu (meritornu) odluku – pravorijek. I odluka suda i arbitražnog tijela su pod određenim prepostavkama obvezujuće i može se pokrenuti postupak prisilnog provođenja u život takve odluke.

9. Definicija po karakteristikama

Ako je se pokušava dati šira definicija, mogu se obuhvatiti još neke karakteristike mirenja:⁸⁶

- a) dispozitivnost, neformalnost i fleksibilnost,
- b) dobrovoljnost,
- c) povjerljivost,
- d) interesna orientacija i široki krug mogućih rješenja,
- e) prospektivnost i regulatornost,
- f) niska cijena i brzina postupanja.

Ad a) Prvi nacrt prijedloga Zakona o mirenju sadržao je odredbu⁸⁷ prema kojoj su se stranke mogle sporazumjeti o isključenju ili izmjeni bilo koje od odredaba Zakona, osim o opsegu primjene i definicijama,⁸⁸ te o nepristranosti i pravičnosti treće neutralne osobe.⁸⁹ Ova odredba je izbačena iz konačne verzije Zakona uz obrazloženje da se dispozitivnost podrazumijeva za materiju mirenja.⁹⁰ Mirenje se razlikuje od suđenja ili arbitraže po svojoj dispozitivnosti, fleksibilnosti i neformalnosti. Stranke u pregovorima slobodno raspolažu svojim pravima. Mirenje je utoliko slično pregovorima stranaka i predstavlja nastavak njihovih samostalnih i autonomnih nastojanja da vlastitim snagama riješe svoj spor.

Sudski postupak predstavlja niz pravila – formi postupanja, u arbitražnom postupku je ta razina formalnosti nešto niža, dok je u mirenju razina formalnosti sasvim niska.⁹¹ U parnici se spor odvija prema unaprijed određenim pravilima o vođenju postupka, dok se u kod alternativnog rješavanja sporova postupak odvija na način prilagođen konkretnom predmetu spora; jedna od posljedica je da je parnični postupak formalan, a alternativni postupci to nisu. Forma sudskog postupka je garant pravednosti, jednakog tretmana svih stranaka i potrebna je da bi se došlo do pravednog ishoda spora, zasnovanog na točnim činjenicama i na propisanom pravu.⁹² Ovo se izražava ne samo kroz strukturu parničnog postupka, nego i na druge načine.⁹³ Stranke često

86 Pri tome treba imati na umu da mirenje nije postupak nego postupci (množina), što u određenoj mjeri otežava pokušaj definiranja zajedničkih karakteristika i uvjetuje njihovo svođenje na osnovne elemente koji su gore navedeni.

87 Tadašnji čl. 3. st. 1. nacrta prijedloga Zakona o mirenju.

88 Tadašnji čl. 1. i 2. nacrta prijedloga Zakona o mirenju.

89 Tadašnji čl. 6. st. 1. i čl. 7. st. 3. nacrta prijedloga Zakona o mirenju.

90 Navedeno u primjeni nije do te mjere samopodrazumijevajuće, odnosno, izgleda da bi bolje bilo da su osobine dispozitivnosti, neformalnosti i fleksibilnosti izričito istaknute u samom zakonu.

91 Zbog ove osobine (neformalnosti) neki autori dovode u pitanje pravnu prirodu medijacije uopće, odnosno, smatraju da mirenje ima primarno faktičnu prirodu – v. Verkijk, R., *Mandatory Mediation: Informal Injustice?, Public and Private Justice, Dispute Resolution in Modern Societies*, Intersentia, Antwerpen – Oxford 2007, str. 190.

92 „Jednakost stranaka, suprotno od nejednakosti kada uzimaju pravdu u svoje ruke, namjeravana je svrha praničnog procesa“. Van Boneval Faure 1893., cit. prema: Verkijk, R., *Mandatory Mediation: Informal Injustice?, Public and Private Justice, Dispute Resolution in Modern Societies*, Intersentia Antwerpen – Oxford 2007.

93 Npr.: neovisnost i profesionalnost suca; formalnu jednakost stranaka (stranke imaju jednakopravo biti saslušane i izjašnjavati se, dobijati pravnu pomoć, itd.); fizičku udaljenost između stranaka, formaliziranu razmjenu informacija; formalnosti koje nas podsjećaju na više, javne vrijednosti sudskog postupka (sudska zgrada, sudske uniforme, itd.). V. Delgado, R. et al., *Fairness and Formality: Minimizing the Risk of Prejudice in Alternative Dispute Resolution*, *Wisconsin Law Review*, 1985, str. 1359.-1404.

nemaju ravnopravnu poziciju u sporu. Predviđenim formama postupanja kompenzira se njihova nejednakost, dovodi ih se u sličnu poziciju. Iako forma postupanja u parnici ima svoje razloge i opravdanje, kod alternativnog rješavanja sporova se upravo neformalnost odvijanja postupka i s tim u vezi prilagodljivost potrebama konkretnog spora smatraju jakom stranom koncepta. Neformalnost i fleksibilnost (prilagodljivost) otvaraju put kreativnim rješenjima spora, kakva nisu moguća u parnici.⁹⁴

Iako je mirenje neformalan postupak, ipak postoje određeni obrasci postupanja koji ga definiraju, dijelom pravno, a dijelom s obzirom na preporučene metode do kojih se došlo iskustveno: (1) ako je već suglasnošću stranaka pokrenut postupak mirenja, podijeljene su određene uloge – stranke svaka sa svoje strane raspolažu svojim pravima, postoji treća neutralna osoba, moguće je sporazumno rješenje spora...; (2) treća neutralna strana mora kroz cijeli tijek postupka ostati neutralna i nepristrana, odnosno nenaklonjena bilo kojoj od stranaka i bez očekivane koristi u odnosu na rezultat postupka, pri čemu se radi o odredbi koju stranke ne mogu mijenjati svojim sporazumom; (3) tijek mirenja ima određenu strukturu – strukturiran je prema određenim iskustvima i načelima o vođenju postupka mirenja, pa ima određenu formu iako je s pravnog stanovišta uglavnom neformalan.

Kada se govori o strukturi postupka medijacije, govori se o sedam faza medijacije:⁹⁵ Zakazivanje predmeta, priprema, početno ročište, prva privatna ročišta (odvojeni sastanci), sljedeća ročišta i prateći sastanci nakon ročišta, okončanje, dokumentacija sporazuma ili nastavak.⁹⁶

94 V. obrazloženje presude u predmetu *Dunnet v Railtrack [2002] 2 ALL ER 850*.

95 *The Seven Stages of Mediation* – <www.jamasadr.com/mediation_guide.asp>. Tekst o sedam faza medijacije se temelji na praksi američke organizacije za mirenje (JAMS) i korišten je na treninzima za mirenje organiziranim u Hrvatskoj. U literaturi varira broj faza mirenja; recentniji izvori upućuju na šest faza ...

96 Postupak medijacije se može podijeliti u sedam faza. 1. Zakazivanje predmeta: mirenje započinje dogовором da će se koristiti ta metoda rješavanja spora, odabirom medijatora, datuma i mjesta. Medijator se pri tom u načelu prilagođava strankama. Cilj procesa zakazivanja je osigurati da svi sudionici razumiju proces i imaju ista očekivanja. Stranke u sporu i medijator dogovaraju strukturu procesa, uključujući dogovor o tome tko ima pravo govoriti i koliko dugo, tko treba biti nazočan, te jesu li potrebne daljnje pripreme, ako jesu koje. Postupak zakazivanja je isto tako trenutak da se definira trajanje i troškovi. 2. Priprema: stranke i medijator surađuju kako bi razumjeli probleme i prepreke pri nagodbi. Ovisno o složenosti predmeta, medijator se može odlučiti za individualne preliminarne rasprave sa strankama, prije početnog ročišta. Od stranaka se očekuje da se primjereno pripreme za mirenje, kao što bi se pripremale za suđenje. Očekuje se da su stranke već odredile sljedeće: idealnu nagodbu i prihvatljive alternative; strategiju pregovaranja; ulogu svakog člana ekipe; relativno jake i slabe strane predmeta; kako učinkovito koristiti medijatora; kakav će biti pristup druge stranke mirenju; kako postići da ključna osoba pri donošenju odluke prihvati ponudu nagodbe. 3. Početno ročište: većina mirenja započinje zajedničkim ročištem u kojem medijator „otvara ročište“ opisom procesa i neformalnim temeljnim pravilima, uključujući obveze stranaka i medijatora o čuvanju tajne. Medijator provodi pravila civilizirane rasprave, moderira raspravom, pomaže postaviti dnevni red, ublažuje međusobne osobne konflikte, osigurava da se svi sudionici osjećaju ugodno dok govore i održava tijek pregovora pomažući da se postigne zaključak. Od svake se stranke traži da dâ kratku izjavu o pitanjima spora, sažimajući relevantne činjenice i/ili pravne argumente koji podržavaju njihove stavove. Čak i kada su prisutni savjetnici očekuje se izravno sudjelovanje stranaka i njihovih predstavnika. Medijator postavlja pitanja kako bi ispitao perspektivu i argumentaciju stranaka, iskristalizirao pitanja i sužio raspon pitanja u raspravi. U evaluativnom mirenju koje se često koristi za teže slučajeve sa složenim pitanjima i visokim ulozima, izlaganja stranaka su temeljiti i usredotočenija, s posebnom pozornošću na pravnim pitanjima, teorijama uzroka, stručnim vještacnjima (tamo gdje se primjenjuju) i procjeni štete. 4. Prva privatna ročišta (odvojeni sastanci): privatna ročišta počinju nakon početnog ročišta. Za vrijeme prvih sastanaka, svaka stranka dobiva mogućnost preispitati početno ročište te reagirati na njega. U nekim se predmetima prenose povjerljive informacije. Medijator započinje skupljati povratne informacije postavljajući pitanja strankama. Ovisno o prirodi i statusu spora, razgovara se o početnim idejama o strukturi nagodbe i/ili ponuda. Stranka može zatražiti da se konkretnе

Mirenje se može pokrenuti i odvijati u skladu s odgovarajućim zakonskim odredbama, ali i sporazumno modificiranim; za vrijeme parnice ili arbitraže, ali i bez postojanja bilo kakvog postupka; uz prethodno postignuti sporazum ili medijacijsku klauzulu, ili bez toga. Stranke su ovlaštene u potpunosti slobodno raspolagati svojim pravima i iznositi inicijative za postizanje suglasnosti.

Načelo dispozitivnosti uvjetuje u zakonodavnom segmentu ove materije relativnu kratkoću zakona. Zakon o mirenju regulira samo najnužnije, a takvi su i usporedni zakoni o medijaciji.⁹⁷

Ad b) Iz dispozitivnosti proizlazi druga bitna osobima postupka mirenja – dobrovoljnost. Postupak mirenja stranke u pravilu pokreće i vode sporazumno,⁹⁸ na način kako se sporazume, onoliko dugo koliko se dogovore. Mogu postići sporazum o predmetu spora (dijelu predmeta spora). Dobrovoljnost ne isključuje mogućnost da se u nekim slučajevima unaprijed ugovorom stranaka odredi obveza pokušaja mirenja, sporazumom o mirenju ili medijacijskom klauzulom u ugovoru.⁹⁹ U određenim

informacije koje podijeli s medijatorom zadrže u tajnosti te da se ne prenesu drugoj stranci. 5. Sljedeća ročišta i prateći sastanci nakon ročišta: odvijaju se zbog potrebe za dalnjom raspravom kako bi se postiglo razumijevanje relativnih interesa i dobila povratna informacija vezana uz ponude. Za vrijeme ročišta medijator balansira među strankama, iznoseći različite prijedloge nagodbe te izražavajući druge interese i potrebe stranaka. Medijator može ponovo sazvati stranke zajedno kako bi one izravno iznijele svoje ponude jedna drugoj ili ušle u raspravu oko rješenja problema. Ovisno o složenosti spora, proces pregovaranja može se nastaviti duže vrijeme. Nije neuobičajeno da medijatori nastave raditi na postizanju rješenja putem pratećih telefonskih vijećanja tako da stranke imaju vremena za daljnje istraživanje i evaluaciju. 6. Okončanje: u ovoj fazi mirenja, neutralni sudionici i stranke usredotočeni su na nadilaženje bezizlaznih situacija stvaranjem kreativnih rješenja. U nekim predmetima medijator igra aktivniju ulogu, pomažući smisliti ta rješenja, a u nekim predmetima su stranke same u stanju postići vlastiti dogovor. 7. Dokumentacija sporazuma ili nastavak: na temelju spoznaje da usmeni sporazumi često znaju izgubiti na jasnoći nakon rješenja, većina mirenja završava pisanim sporazumom koji se sklapa nakon što je postignuta nagodba i potpisuju ga stranke i njihovi savjetnici. Ako sporazum zahtijeva potpis stranaka koje nisu nazočne, sklapa se „načelni sporazum“ koji izričito navodi potrebne pristanke, ili moguće nepredvidive okolnosti. U nekim predmetima se uključuje klauzula o rješenju spora koja navodi kako se bilo koje pitanje koje proizlazi iz sporazuma o nagodbi ima rješiti učinkovitom, obvezujućom arbitražom medijatora ili osobe koju on/ona imenuje.

97 UNCITRAL-ov Model zakon sadrži 15 članaka, a hrvatski Zakon o mirenju sadrži 18 članaka. Nešto je duži austrijski zakon Zivilrechts-Mediation-Gesetz, „ZivMediatG“ koji ima 36 članaka. U ožujku 2003. nakon rasprave potaknute temeljnim dokumentom o mirenju (*Green paper*), Europski parlament je predložio zaključke između kojih se navodi da je alternativno rješavanje sporova u ekspanziji u cijeloj Europi, da tom širenju, eksperimentiranju i inoviranju ne treba opsežno i opterećujuće zakonodavstvo, ali da treba pronaći mjeru europske koherencije u odredbama o alternativnom rješavanju sporova. Preporuka je da to najbolje može biti postignuto kroz naputke i upute o načelima vođenja postupka, te kroz promicanje najbolje prakse, odnosno, preporučeno je ne pretjerati s legislativnom djelatnošću. Preporučene su izvanzakonske aktivnosti promoviranja alternativnog rješavanja sporova, pa su zaključci poduprli i različite inicijative za podizanje razine znanja i svijesti o tome, pilot projekte, monitoring projekte, okupljanja stručnjaka iz područja alternativnog rješavanja sporova i razvoj pan-Europske mreže osoba i organizacija koje se bave alternativnim rješavanjem sporova. V. na <<http://www.coe.int/>>.

98 Od ovoga ima izuzetaka. Prema hrvatskom Obiteljskom zakonu postoji obvezno posredovanje (mirenje – medijacija) prije pokretanja parnice. Obvezni pokušaji mirenja postoje i u pravu Danske, Kanade, Italije, Grčke, Njemačke, a njihovo uvođenje razmatraju i druge države. U Engleskoj sud može stranke uputiti na medijaciju, a propuštanje udovoljavnja ovome pozivu može se posredno sankcionirati kroz dosudivanje troškova neovisno o ishodu parnice. Češće su ipak situacije u kojima je medijacija preporučljiva opcija na dispoziciji strankama.

99 ZM u čl. 15. st. 2. o ovom pitanju daje sljedeću uputu: Ako su se stranke koje su se sporazumjеле o provođenju mirenja izričito obvezale da tijekom točno određenoga vremenskog razdoblja ili do nastupanja točno određenog uvjeta neće pokretati ili nastavljati sudske, arbitražne ili druge postupke, takav sporazum ima obvezujući učinak. U tom slučaju, sud, arbitri ili druga tijela kod kojih se pokuša pokrenuti postupak odbacit će na zahtjev druge stranke akt kojim se postupak pokreće ili nastavlja kao preuranjen, osim ako bi, u svjetlu svih okolnosti spora, odgoda pokretanja ili nastavljanja postupka mogla voditi teškim i nepopravljivim posljedicama.

slučajevima moguća je uputa suda u mirenje. Takva uputa sama po sebi u hrvatskom pravu nije obvezujuća; stranke ne riskiraju sankcije ukoliko ne postupe po uputi suda. Za pokretanje postupka mirenja nužna je suglasnost stranaka o ulasku u postupak mirenja, a ta suglasnost mora postojati kontinuirano i u dalnjim fazama mirenja. Za razliku od suđenja ili arbitraže, mirenje nije moguće u odsutnosti jedne od stranaka, ili protiv njene volje.

Ad c) Daljnji bitni element je povjerljivost, koja se smatra ključnom za postupak mirenja. Javnost parničnog postupka je pitanje demokratskih standarda sudovanja. Bitno je da građani vide da sud radi i da se pravda provodi; djelovanje suda bi trebalo navesti građane na ispravno postupanje. Ograničenje javnosti je u parničnom postupku iznimka.

U mirenju stranke moraju kod pregovaranja biti sigurne da neće biti vezane svojim ustupcima iz medijacije u slučaju neuspjeha mirenja i moraju osjećati slobodu u tom smislu. U postupku mirenja stranke nude ustupke koji imaju određeni kontekst ili uvjet (u ustupcima druge stranke) i ne žele biti vezane takvim ponudama. Stoga je bitno da ni suprotna stranka ni treća neutralna osoba, kao ni osobe koje na bilo koji način učestvuju u mirenju, nisu ovlaštene koristiti podatke iz postupka mirenja u eventualnim sukcesivnim postupcima pred sudom ili arbitražnim tijelom.

Ad d) Mirenje se bitno razlikuje od suđenja i arbitraže po interesnoj orientaciji. Sud sudi na temelju ustava i zakona, arbitar je što se tiče toga slobodniji,¹⁰⁰ dok u medijaciji medijator usmjerava stranke na samostalno rješenje spora na temelju njihovih interesa koji leže u osnovi spora. U sudskom postupku sud je pozvan dati pravo (ocjenu prava) onome tko mu ponudi činjenice. Parnica se može, uz određena pojednostavljenja, svesti na silogizam u kojem je *praemissa minor* činjenična podloga spora, *praemissa major* mjerodavno pravo, a *conclusio* sudska odluka. Sud radi zakonsku grešku ako zahvaća stvarnost izvan tužbe, tužbenog zahtjeva ili zahtjeva jedne od stranaka.¹⁰¹ Prekoračenje tužbenog zahtjeva je razlog za žalbu¹⁰² i reviziju,¹⁰³ odnosno, radi se o apsolutno bitnoj povredi odredaba parničnog postupka.

Nasuprot tome, u postupku alternativnog rješavanja sporova medijator pomaže strankama razmotriti uzroke spora koji su često izvanpravne prirode, pronaći nit koja vodi do onog mesta koje možda nema nikakve veze s predmetom spora, ali je moguća točka početka razrješenja spornog (spornih) odnosa.¹⁰⁴ U parničnom postupku se

100 V. Zakon o arbitraži (NN 88/01) čl. 18.: 1. Ako to nije u protivnosti s odredbama ovoga Zakona, stranke se mogu sporazumjeti o pravilima postupka kojih će se arbitražni sud pridržavati ili tako da ih same odrede ili upućivanjem na određena pravila, zakon ili na drugi prikladan način. 2. Ako takvog sporazuma nema, arbitražni sud može, ako to nije u protivnosti s odredbama ovoga Zakona, provoditi postupak na način koji smatra prikladnim. Ovlaštenja arbitražnog suda uključuju i ovlaštenje da pravila postupka odrede samostalno ili upućivanjem na određena pravila, zakon ili na drugi prikladan način te ovlaštenje za odlučivanje o dopustivosti, važnosti i dokaznoj snazi predloženih i izvedenih dokaza.

101 Nakon izmjena i dopuna ZPP-a koje su stupile na snagu 1. prosinca 2003. činjenična podloga spora je za sud u načelu ona koju mu ponude stranke (osim u slučaju iz čl. 3. st. 3. Zakona o parničnom postupku).

102 Čl. 354. st. (2) t. 12).

103 Čl. 385. st. (2).

104 Postupak mirenja nema zadatak riješiti (eventualni) ukupan konflikt među strankama; primarni cilj je rješenje pojedinog spora koji je ipak pravne prirode, no to rješenje (rješavanje) u postupku mirenja započinje u načelu razmatranjem interesa koji stoji u temelju spora. Taj interes ne mora biti identičan, pa niti sličan pravu (koje je

utvrđuju činjenice da bi bile podloga za primjenu prava i donošenje odluke, dok alternativne metode zanima koji interesi pokreću spornu situaciju.¹⁰⁵ U postupku mirenja ne utvrđuje se koja je stranka u pravu, a koja to nije; pokušava se riješiti spor koji je pravne prirode, ali ne na način da se utvrđuju određene činjenice da bi se na njih primijenilo pravo, nego na način da se utvrđuju namjere, interesi i primarni motivi stranke, što može poslužiti za pronalaženje obostrano prihvatljivog rješenja spora. Ovakva (interesna) orientacija omogućava širi izbor rješenja spora, odnosno omogućava postizanje rješenja koje nije moguće postići u parničnom postupku ili u arbitraži.¹⁰⁶

Ad e) Mirenjem se rješava spor, kao bilo kojim načinom rješavanja sporova. Ipak, za razliku od sudskog postupka ili arbitraže, u kojima se u najboljem slučaju pokušava uspostaviti stanje slično prijašnjem (koje je poremećeno iz određenih razloga), mirenje je usmjereno i prema budućnosti – ono nastoji biti prospективno u većoj mjeri nego retrospektivno. Mirenjem se može postići vrsta rješenja spora kao i u parnici ili arbitraži – može se uspostaviti prijašnje stanje, ali se može iskoristiti prilika i postići rješenje određenog spornog odnosa na način da to rješenje prevenira kasnije probleme i konflikte. Ova osobina mirenja otvara mogućnost održavanja osobnih ili poslovnih kontakata nakon spora, kao i mogućnost rješenja spora bez određivanja pobjednika i poraženog,¹⁰⁷ što je posebno bitno u situacijama kada stranke imaju interesa zadržati određene osobne ili poslovne kontakte.¹⁰⁸ S obzirom na ovu osobinu, kaže se da je postupak alternativnog rješavanja sporova prospективan (gleda unaprijed).

Ad f) Kao vrlo bitna osobina mirenja obično se ističe pitanje troškova (utroška novca i vremena): navodi se da je mirenje znatno jeftinije i brže od suđenja.¹⁰⁹ U Hrvatskoj

filter kroz koji spor promatra sud u parničnom postupku), ali ipak, taj interes je glavni motiv stranke za pokretanje spora, odnosno za traženje da se riješi određena sporna situacija.

105 Medijacija je po ovom svojstvu slična pregovorima. Stoga pravila pregovaranja vrijede i za postupke alternativnog rješavanja sporova. Obično se navode četiri, tzv. Harvardska pravila: (1) odvojiti ljude od problema (izbjegavanje argumenata „*ad hominem*“); (2) tražiti rješenja na temelju interesa a ne pozicija, (3) tražiti rješenja u interesu obiju stranaka, (4) uspostaviti objektivna mjerila za rješavanje suprotstavljenih interesa.

106 Radnopravna teorija govori o donekle drugačijem razgraničenju interesnog rješavanja spora od rješavanja spora na temelju prava. Navodi se da je spor, iako nije neizostavan dio međuljudskih odnosa, čest kao posljedica nesuglasja očekivanja (pa tada ima interesni aspekt), ili ponašanja (kada predstavlja izraz nesuglasja oko pravnog aspekta radnih odnosa). V. Gotovac, V., Mirenje: Metode rješavanja sporova u radnom okruženju, *Mirenje u građanskim trgovackim i radnim sporovima*, Tim press Zagreb 2004., str. 46. Nadalje: u komparativnoj radnopravnoj teoriji sporadično se spominje mogućnost da i individualni sporovi imaju interesni aspekt. No, praktično nigdje, komparativno ni u Hrvatskoj, nije došlo do ostvarenja mogućnosti da i individualni sporovi budu uređeni kao interesno utemeljeni kao što je to slučaj kod kolektivnih radnih sporova, odnosno da i za njih bude predviđen poseban put zaštite. V. Gotovac, V., Zakon o radu – komentatorske bilješke odredbi o mirenju, *Mirenje u građanskim trgovackim i radnim sporovima*, Tim press Zagreb 2004., str. 118.

107 Obično se skraćeno kaže da je moguće postizanje *win – win* ishoda spora.

108 Prospektivnost, kao i neformalnost i fleksibilnost, ima veze s mogućnošću pronalaženja kreativnih rješenja spora. Imajući u vidu navedeno, sud je u predmetu *Dunnet v Railtrack [2002] 2 ALL ER 850* naveo „...vješti medijatori mogu postići rezultat koji bi bio zadovoljavajući za obje stranke u sporu, što je dalje od mogućnosti bilo odvjetnika, bilo suda. Žalbeni sud ima saznanja o slučajevima s visokim emocionalnim nabojem ... u kojima su stranke, kada su dovedene na neutralan teren, uz vještog medijatora, riješile sporna pitanja. Moguće je da je medijator sposoban postići da stranke jedna drugoj pruže ruke i otidu s osjećajem da su riješili spor na način da budu time zadovoljni. Medijator može postići rezultat koji je dalje od moći suda. Sudu su poznate su okolnosti o tužbama protiv policije, u kojima su uključene strasti kao i u ovom slučaju u kojem su stradali tužiteljičini dragocjeni konji, u kojima je isprika tužitelju zapravo sve što tužitelj traži, te otpadne novčana strana problema.“

109 O troškovima sudova i državnih odvjetnika, udjelu tih troškova u državnom proračunu, broju zaposlenih

pitanje direktnog materijalnog troška nije ključno sa stanovišta stranaka,¹¹⁰ jer je parničenje pred sudovima relativno jeftino u smislu pristojbi, ali je bitno pitanje trajanja suđenja u odnosu na mirenje. Nekada se kaže da je vrijeme novac. To nije uvijek tako: vrijeme je neponovljiv i nenadoknadiv resurs, bitno važniji od novca. Vrijeme je samo u poslu (u ekonomskom smislu) novac; sporovi među ljudima nisu samo posao. Mirenje u usporedbi s drugim načinima rješavanja sporova nudi jeftinije i znatno brže rješenje spora.

To što se ova osobina navodi pod f) a ne pod a) ne znači da je najmanje važna.¹¹¹ Dapače, često se kao glavna prednost alternativnih načina rješavanja sporova navodi upravo činjenica da je alternativno rješavanje sporova jeftinije, brže i efikasnije.

10. Zaključci

Uvodno iskazano načelo prema kojem sporove rješava sud, sve teže se probija do stvarnog života. Pravna praksa ukazuje na to da je dugotrajnost jedna od najistaknutijih karakteristika sudskih postupaka. Radi se o globalnom trendu, ali u Hrvatskoj se simptomi toga trenda čine dodatno izraženima.

Kako su i stranke i sudovi zarobljenici vremenskog pravca, dugotrajnost postupka je obrnuto proporcionalna smislu rješavanja spora. Vrijeme potrebno za rješavanje spora, odnosno uspostavljanje određene pravde pred sudom, treba staviti u odnos s trajanjem ljudskog života. Kada se prosječni ljudski vijek usporedi s desetogodišnjim, dvadesetogodišnjim ili dužim trajanjem parnice (što nije rijetkost) očito se čekanje na pravdu ukazuje nesrazmernim s obzirom na rezultat; takvo čekanje konzumira preveliki dio ljudskog života,¹¹² a neki put se prenosi na naslijednike. Brojni su primjeri iz pravne prakse kod kojih je neminovno zapitati se o smislu traženja pravde na sudu.¹¹³ Iskazano potvrđuje i zakonodavac navodeći da „sudovi u Republici Hrvatskoj već duže vremena ... redoviti priljev spisa ne savladavaju, pa se svake godine gomilaju neriješeni predmeti... [slijedom čega su] sudovi preopterećeni,... neefikasni,... postupci dugo traju, ... gomilaju [se] zaostaci, itd.“¹¹⁴

sudaca, državnih odvjetnika i sudskog osoblja, broju sudova, učinku, itd. v. na <<http://www.coe.int/t/dg1/legalcooperation/cepej/>>. (*European commission for the Efficiency of Justice: European Judicial Systems 2002: Facts and figures on the basis of a survey conducted in 40 Council of Europe Member States, Strasbourg, 10 December 2004*).

110 U Hrvatskoj je pitanje troškova suđenja bitno sa stanovišta države koja je suočena sa sve većim izdacima za pravosuđe. Ovo je jedan od razloga zbog kojega država potiče alternativno rješavanje sporova, iako time gubi dio vlasti (s obzirom na to da je alternativno rješavanje sporova na određeni način povezano s deetatizacijom funkcije rješavanja sporova).

111 *The last, but not least.*

112 Tužena iz primjera br. 4. u Prilogu III ovom radu, čekala je 23 godine na rješenje relativno jednostavnog spora: prvostupanjsku presudu je dočekala u svojoj devedeset i trećoj godini života; očekivati je da još bar tri godine potraje rješavanje spora u drugom stupnju.

113 Slaba je utjeha što se i najduže parnice kad – tad završe, pa je, prema Guinnessovoj knjizi rekorda, najduža parnica okončana 28. travnja 1966. u Puni, Indija nakon ukupno 761 godinu, kada je Balasaheb Patlodzi Torat dobio parnicu koju je njegov predak Malodzi Torat započeo 1205. god. Predmet spora je bilo pravo vođenja javnih skupova i prednosti na religijskim svečanostima.

114 V. obrazloženje Konačnog prijedloga Zakona o mirenju (P.Z. br. 797), usvojenog tijekom 37. sjednice Hrvatskog sabora, 1. listopada 2003.

U teoriji, države počivaju na tri stupa vlasti, od kojih je jedan stup sudske vlast koja dijeli pravdu na temelju zakona koji je jednak ili bi trebao biti jednak za svakoga. U praksi, slika pravosuđa daleko je od idealne i prikazuje pretrpane sudove i predugo čekanje na pravdu.¹¹⁵ Opće ubrzanje životnog ritma, nove vrijednosti koje bi trebalo štititi promptnom reakcijom, niska razina povjerenja u kvalitetno rješenje spora na sudu – sve su to razlozi koji nameću potrebu ponovo razmisliti o nekim aspektima parničnog postupka. U takvim okolnostima, alternativno rješavanje sporova se ukazuje u prvom redu kao simptom.

10.1. Alternativno rješavanje sporova kao pokazatelj stanja pravosuđa

Alternativno rješavanje sporova je način rješavanja sporova; ipak, za razliku od parničnog postupka, radi se o pretežno nepravnim intervencijama usmjerenim k rješenju određenog pravnog spora. Alternativno rješavanje sporova je nepravno strukturirani postupak traženja kreativnih rješenja određenog spora, nesputan unaprijed zadanim formama, vođen prema najboljem iskustvu izmiritelja o načinu pristupa sporu i strankama. U kontekstu neformalnosti, kreativnih rješenja i najboljeg iskustva, zakon nije neprikošnovenno uporište postupka mirenja.

Val afirmacije nepravnih alternativa sudu – ideja o rješavanju pravnih sporova nepravnim načinima, evidentan je pokazatelj problema koji se mogu pripisati sudskej postupku. Radi se o indikatoru nemoći suda ili bar činjenice da je ideja o rješavanju sporova na sudovima, u parničnom postupku, prevalila zenit svojih mogućnosti i da je u opadanju.

O alternativnom rješavanju sporova se govori kao o načinu rješavanja problema efikasnosti sustava rješavanja sporova, no prije toga se radi o simptomu neefikasnosti parničnog postupka i pokazatelju nepovjerenja u njegove mogućnosti.¹¹⁶ U toj mjeri se ne radi o opredjeljenju za određene promjene, nego o neminovnosti, zadanoj situaciji kojom se eventualno može na određeni način upravljati.

10.2. Divergencija prava i metoda rješavanja sporova

Alternativno rješavanje sporova, kao koncept i kao praksa rješavanja sporova, označava udaljavanje od prava, odnosno udaljavanje od pravnim formama uokvirenog sustava rješavanja sporova. Ako arbitraža predviđa mogućnost odstupanja od bezuvjetne primjene prava pri rješavanju sporova,¹¹⁷ mirenje je tu mogućnost podiglo

¹¹⁵ Sve je izraženja potreba stavljanja parničnog postupka u predvidivi vremenski okvir. V. European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ): *A new objective for judicial systems: the processing of each case within an optimum and foreseeable timeframe*, Strasbourg, 11.06.2004. CEPEJ (2004) 19 REV 1.

¹¹⁶ Osamdesetih godina dvadesetog stoljeća autori su iskazivali rezervu prema postizanju pravde bez prava. V. Auerbach J.S., *Justice Without Law? Resolving Disputes Without Lawyers*, Oxford: Oxford University Press, 1983. U kasnijim radovima, autori su manje upozoravali na ovaj aspekt odnosa parničnog i alternativnog postupka, a prevladali su stavovi koji ističu mogućnosti koje nudi alternativno rješavanje sporova. Valja priznati da se, kada se pravni sporovi nastoje riješiti nepravnim načinima, na prvi pogled čini da nema garancije pravednosti, jednakog tretmana stranaka i pravednog ishoda spora zasnovanog na točnim činjenicama i propisanom pravu, odnosno da su elemenati koji garantiraju pravedan ishod postupka rješavanja sporova dovedeni su u pitanje.

¹¹⁷ U arbitražnom postupku, prema 27. st. 3. Zakona o arbitraži (NN 88/01) arbitražni sud odlučit će o sporu po pravičnosti (*ex aequo et bono, en qualité d'amiable compositeur*) samo ako su mu stranke izričito dale takvo ovlaštenje.

na razinu načela.

Na sličan način na koji se dogodio pomak od prava prema drugim načinima rješavanja sporova, pomak se može prepoznati i unutar samo sudskog postupka.

Forma sudskog postupka zamišljena je kao garant pravednosti, jednakog tretmana svih stranaka na putu do pravednog ishoda spora, zasnovanog na točnim činjenicama i na propisanom pravu. U praksi je došlo do odmaka od zamišljenog modela, u prvom redu zbog posvemašnje neefikasnosti sudova u obavljanju primarnih zadataka – rješavanja sporova. Problem se, između ostalog, pokušava riješiti izmjenom procesnih odredaba i parnične prakse.

Zbog predugog trajanja postupaka forma nije garant pravednosti nego labirint u kojem se pravda lako izgubi. Stoga se izmjenama i dopunama procesnih odredaba pokušava skratiti postupak na način da se ukinu ili učine manje složenima određeni koraci na putu do rješenja spora, nekada pod svaku cijenu, do mjere da se u slučaju postavljanja alternative koja bi skraćeno glasila: pravednost ili efikasnost, zakonodavac mahom opredjeljuje za efikasnost; takav bi se stav mogao nazvati općim opredjeljenjem.

Činjenice koje su podloga za rješavanje spora, sve manje su materijalna, a sve više stranačka istina, pa činjenice bivaju istaknute i razmatrane samo ukoliko su usko intersubjektivna istina stranaka.

Propisano pravo u srazmjerno velikom broju primjera nije ono na čemu bi stranke htjele zasnovati rješenje svoga spora i graditi nastavak svojih života, jer nema odgovora na zadana pitanja. Zakon predviđa paradigmatske situacije i relativno sporo reagira na životne pojave, pa je u situaciji rješavanja konkretnih sporova često prokrustovski. Stoga se i u okviru parničnog postupka stranke potiču na sklapanje nagodbe, odnosno pronalaženje kreativnih rješenja koja nisu nužno i zakonom predviđena.

Evidentno je da formalni sudski postupak nije u mogućnosti na primjeren način odgovoriti na zahtjeve suvremenog društva, a izmjene zakonskih rješenja i prakse sudova, koje se tiču forme postupka, te činjenica koje se utvrđuju i prava koje se primjenjuje, ukazuju na pomak prema alternativnom rješavanju sporova, odnosno prema sličnim, nepravnim idejama iz kojih proizlazi alternativni koncept rješavanja sporova.

10.3. Alternativno rješavanje sporova i efikasnost pravosuđa

Alternativno rješavanje sporova nije samo simptom stanja pravosuđa i skup ideja kojima se približava parnični postupak; način iskazivanja nepovjerenja u mogućnosti parničnog postupka ujedno je i mjeru rješavanja toga problema. Sustav rješavanja sporova se pokušava, između ostalog, poboljšati uvođenjem alternativnih načina rješavanja sporova. Smatra se da takva intervencija pruža priliku za osmišljavanje skladnijeg sustava, koji nudi kvalitetu više u odnosu na zbroj kvaliteta pojedinih elemenata.¹¹⁸

¹¹⁸ „Optimalni sustav rješavanja sporova je onaj koji proizvodi pravedne rezultate na kraju pravedne procedure. Taj sustav je, osim toga, pristupačan, pošten, ekspeditivan, u izravnom odnosu prema predmetu i štiti čast i privatnost stranaka. Sve u svemu, takav sustav trebao bi utjecati na povjerenje u integritet, neovisnost i predanost

Ideja o mirnom rješavanju sporova nije nova. Povijesno gledajući, postojali su pokušaji osmišljavanja shema mirnog rješavanja sporova, posebno u uvjetima nastanka i razvijanja građanskih društava. No alternativno rješavanje sporova nije samo prijedlog da se sporovi rješavaju izvan suda, mirnim putem – dogовором stranaka; radi se o strukturiranom postupku koji se emancipirao od koncepta pregovora stranaka i postao način rješavanja sporova – način traženja kreativnih rješenja određenog spora prema najboljem iskustvu medijatora o načinu pristupa sporu i samim strankama.

Rješavanje sporova izvan sudova u suvremenom smislu – alternativnim načinima, u sve većoj mjeri se afirmira kao način rješavanja sporova. Početak ideje se može vezati za SAD, ali se sve značajnije prihvaćanje zapaža i u drugim dijelovima svijeta. To vrijedi i za Europsku zajednicu, gdje se alternativno rješavanje sporova smatra jednim od političkih prioriteta, neovisno od inicijativa samih država članica. Tema je uglavnom uvjetovana pitanjem efikasnosti pravosuđa, koje je najčešće polazna točka, ali i pitanjima koja se tiču kvalitete sustava rješavanja sporova.

10.4. Reorganiziranje sustava rješavanja sporova

Sustav rješavanja sporova sastoji se od skupine procesa (u kojima se rješavaju sporovi). Pri odvijanju nekog procesa, očekivati je da određeni elementi rješavanja i samog rješenja spora nisu odredivi unaprijed, bez obzira na eventualno poznavanje činjeničnih i pravnih okolnosti slučaja, iako se sporovi rješavaju u određenom, društveno dogovorenom okviru koji definiraju pravila postupanja. Čak i jednostavni i repetitivni procesi po svojoj su prirodi kaotični, a to se svakako odnosi i na složene i nelinearne procese i njihove skupine (sustave).¹¹⁹

S obzirom da je sustav rješavanja sporova kaotičan i da je kaos zapravo sustav,¹²⁰ moguće je odrediti i predvidjeti do određene mjere okvir događanja unutar sustava. Isto tako, moguće je odrediti elemente koji na određeni način utječu na sustav.¹²¹ S obzirom na to, sustav je moguće rušiti i graditi nanovo, ili dorađivati – intervenirati na određene elemente.¹²² Okvir rješavanja sporova može se, kao i svaki sustav,

pravosuđa pravdi. To je nemjerljiv izazov koji niti jedan pojedini način rješavanja sporova nije u mogućnosti savladati u svim vrstama sporova. Zdrav razum sugerira da bi ispunjavanje standarda idealnog sustava zahtijevalo razvijanje cijelog niza mehanizama rješavanja sporova, različito usmjerenih, različito vođenih i različito upotrijebljenih“. Rosenberg, M., Resolving Disputes Differently: Adieu to Adversary Justice? 21 *Creighton L. Rev.* 801, 809 (1988).

119 V. Gleick, J., *Kaos – Stvaranje nove znanosti*, Zagreb 1996. Teorija kaosa vrijedi kako za nelinearna gibanja (npr. vodeničnog kola) tako i za određene društvene (pravne) procese. Prvi sustav kaosa koji je opisao Edward Lorenz odgovara mehaničkom uređaju: vodeničnom kolu. Protivno očekivanju, ovaj jednostavni uređaj pokazuje začuđujuće složeno djelovanje: tijekom dugog razdoblja, okretanje mijenja smjer mnogo puta, a da pri tom nikad ne postane ravnomjerno ili se ponovi u bilo kojem predvidljivom obliku.

120 Sustav pretpostavlja red, a kaos je na prvi pogled nered. Zapravo, različiti elementi sustava, promatrani u nekom periodu, tvore manje ili više suvisli, manje ili više predvidljivi okvir događanja i očekivanja. Stoga se za sustav može reći da je kaotičan (što nije vrijednosni sud), a za kaos da je sustav.

121 Ti elementi mogu biti promjenjivi i nepromjenjivi ili teško promjenjivi. Racionalna intervencija upućena je na promjenu lako promjenjivih elemenata, odnosno onih koji će s manje ulaganja dati bolji rezultat.

122 Rješenje spora često na početku izgleda kao kontradikcija ili bar kao paradoks: suprotstavljene stranke ili bar jedna stranka, u nekom trenutku prihvate (prisilno ili voljno) poziciju koja u određenoj mjeri nije njihova početna pozicija. Radi se o spletu intelektualno – emotivno – psihološko – socijalnih itd. okolnosti, te o slobodnoj volji stranaka. Logično bi bilo da trenutak kada stranka prihvati odstupanje od svoje početne pozicije bude onaj u kojem shvati da nije (u potpunosti) u pravu, ili, u trenutku kada to mora – kada je netko, tko raspolaže intelektualnim

usavršavati da bi funkcionirao bolje.

Sustav rješavanja sporova je donedavno bio postupak pred sudom – u građanskopravnim postupcima bio je to parnični postupak. Od kada se pojavila alternativa kao pokazatelj stanja pravosuđa i ponuda rješenja toga stanja, sustav rješavanja sporova, reklo bi se, može uključivati i alternativno rješavanje sporova. Zapravo, kako je gore navedeno, ideje o alternativnom načinu rješavanja sporova su se same uključile u sustav rješavanja sporova. Stoga opseg mogućnosti intervencije uključuje primjereno shvaćanje i prihvatanje promjena, te upravljanje promjenama u mjeri u kojoj je to moguće.

Kada se sustav sastoji od više elemenata, umjesto od jednog, dolazi do potrebe organiziranja i međusobnog usklađivanja, uz uvažavanje činjenice da, s obzirom na kaotičnu narav sustava, posljedice bilo kakve intervencije nisu u potpunosti, jasnim konturama, niti unaprijed odredive.

Prethodno je poželjno ispravno shvatiti karakter mirenja i njegove domete, te uskladiti to s ostalim elementima sustava rješavanja sporova na način da se između parničnog postupka i alternativnog rješavanja sporova omogući pozitivna interakcija koja može rezultirati efikasnim i kvalitetnim sustavom rješavanja sporova. Moguće je jednako tako zauzeti pasivni stav i očekivati da će se elementi sami posložiti na određeni način, no to vjerojatno nije primjereno način rješavanja problema.

10.5. Razlozi i ciljevi uvođenja alternativnog rješavanja sporova

Alternativno rješavanje sporova se najčešće povezuje s pitanjem efikasnosti pravosuđa i pristupa sudu.

Istiće se i to da je „... korisno samo po sebi i ne mora neophodno biti razmatrano kao odgovor na pitanja pristupa sudu.“¹²³ Kada se raščlanjuje za što je korisno alternativno rješavanje sporova, govori se o, uključujući pitanje efikasnosti, šest ciljeva mirenja:¹²⁴ (1) poboljšanje efikasnosti pravosuđa, smanjenje sudskih zaostataka, preuzimanje dijela sudskog opterećenja; (2) omogućavanje strankama da prevaziđu ekonomski, organizacijski i proceduralne zapreke na putu do rješenja spora; (3) samoodređenje stranaka: cilj medijacije je dati strankama priliku da igraju važniju ulogu u upravljanju svojim sporom na način da aktivno utječu u postupak rješavanja spora, prepoznaju svoje potrebe i interes, pronalaze mogućnosti rješenja spora koje bi trebale zadovoljiti potrebe objiju stranaka i maksimalizirati ispunjenje njihovih interesa, te kreiraju svoja rješenja spora; (4) transformacija: u medijaciji stranke dobijaju šansu da izmijene (transformiraju) međusobni odnos, što implicira mogućnost da u određenoj mjeri

autoritetom i/ili pravom prisile, na to natjera, ili pak kada doneše pogrešan zaključak. Ipak to nije lako predvidjeti jer stranke raspolažu slobodnom voljom koja nije bezuvjetno vezana za razloge; stranka naprsto u određenom trenutku napravi raspolaganje svojim pravima i dužnostima, odnosno prihvati rješenje spora – sklopi nagodbu ili prihvati presudu. Činjenica je da se sporovi rješavaju. U SAD-u se u 95% slučajeva u nekoj fazi postupka stranke nagode. U Hrvatskoj, otprilike pola sporova se rješi sudskom odlukom, a pola na drugi način (povlačenjem tužbe, priznajem tužbenog zahtjeva, nagodbom, itd.).

¹²³ Sažetak odgovora na *Green Paper on alternative dispute resolution in civil and commercial law*, <http://europa.eu.int/comm/justice_home/ejn/adr_ec_en.pdf>.

¹²⁴ V. Alexander, N., *Global Trends in Mediation, second edition*, Kluwer Law 2006.: 1.5.1. *Six Objectives of Mediation*.

prevladaju vlastiti (*self*) interes i prihvate *meta* interes koji ih povezuje; (5) društvena transformacija: dugoročni cilj društveno socijalne transformacije kulture parničenja; (6) društvena kontrola: rješavajući sporove izvan javne domene i bez zaštitne sjene vladavine zakona, industrija, institucije i organizacije upotrebljavaju medijaciju da bi unaprijedili svoje interese, bez utjecaja izvanskih, društvenih, moralnih, kulturnih i zakonskih normi.

Iako navedeno može izgledati kao popis dobrih želja, radi se o određenim iskustveno verificiranim mogućnostima koje mogu biti uzete u obzir. S druge strane, nije za pretpostaviti da je dovoljno slijediti određeni recept da bi pozitivan ishod bio zagarantiran; svaka odluka i svaka akcija sadrži potencijalnu energiju cijelog spektra mogućnosti, od dobrih do loših, povezanih u određenoj mjeri i s kontekstom i načinom primjene.

10.6. Pozitivni i negativni potencijali uvođenja alternativnog rješavanja sporova u sustav rješavanja sporova

Osim iznesenih razloga i ciljeva, mirenju se nadalje pripisuju određene osobine od kojih se neke smatraju načelnom prednošću pred parničnim postupkom. Ukoliko se sinkronizira sustav rješavanja sporova, očekuje se od mirenja da taj sustav dopuni izražavajući upravo načelno pozitivne osobine; s druge strane, od sustava se očekuje da omogući njihovu afirmaciju. Mirenju se u tom kontekstu pripisuju dispozitivnost, neformalnost i fleksibilnost, dobrovoljnost, povjerljivost, interesna orientacija i široki krug mogućih rješenja (mogućnost postizanja kreativnih rješenja spora), prospективnost (preveniranje daljnjih sporova, održavanje dobrih odnosa stranaka) i regulatornost, te posebno (možda inicijalno najvažnije) niska cijena i brzina postupanja.

Moguće je nabrojati i osobine mirenja koje se mogu nazvati načelno negativnima, uspoređeno sa sudskim postupkom. Povjerljivost postupka mirenja dopušta sumnju da se stranke dogovaraju o rješenju spora na štetu treće strane, ili protivno prisilnim propisima odnosno moralu. Isto tako, s obzirom da se spor rješava dalje od očiju javnosti, izostaje društveno edukativna komponenta primjene zakona. Nadalje, stranke ne moraju biti jednake s obzirom na sposobnosti, socijalnu poziciju, obrazovanje, imovno stanje i/ili druge mogućnosti. Kada im se prepusti da rješavaju spor same (iako uz pomoć medijatora) moguće je da početna nejednakost rezultira nepravednim ishodom spora. Uporno poticanje ili obvezivanje stranke na mirenje može se svesti na negaciju prava na pravedno suđenje pred neovisnim sudom.

Polazna točka i interes pravosuđa za implementaciju alternativnog rješavanja sporova najčešće je niska cijena i brzina postupanja, te nada da će mirenje rasteretiti sud i omogućiti rješavanje problema efikasnosti suda i pristupa sudu. Pri tome, nestrpljenje na putu do rezultata, neopravdane i pogrešno primjenjene mjere pritiska na stranke da koriste mirenje, itd. mogu dovesti do loših rješenja – pogrešno osmišljenih shema mirenja,¹²⁵ što može dovesti do rezultata koji su suprotni od očekivanih: negativne percepcije javnosti, odbijanja i eventualno izražavanja upravo lošijih strana mirenja, posebno utiska o pritisku na slabiju stranku i zaprekama na putu do suda i pravde.

¹²⁵ U ovom kontekstu se može podsjetiti na rješenje iz čl. 186.a ZPP-a.

10.7. Navođenje stranaka na mirenje

Pravni okvir mirenja može predviđati u određenim slučajevima i obvezatni pokušaj mirenja, kao što je to slučaj sa svim zakonima iz zakonodavnog okvira mirenja u Hrvatskoj osim Zakona o mirenju.¹²⁶

Na skali od zakonodavnog i/ili sudskog poticanja na mirenje, uvjetovanog najboljim interesom stranke, preko raznovrsnih pritisaka na stranke, do zakonom predviđenog obvezatnog pokušaja mirenja, stranke sve manje imaju priliku zadržati utisak o upravljanju sporom i o mogućoj koristi od mirenja za njih same, što uvjetuje i jači otpor prema pokušaju mirenja i manje angažirane dobre volje za traženje kreativnih rješenja spora. Stoga, što je pritisak jači i nasumičniji, manje je opravдан, ne samo sa stanovišta stranke koja od suda traži pravnu zaštitu, nego i sa stanovišta sustava rješavanja sporova. Posebno je neopravdan pritisak na slabije stranke u sporu – takav pritisak ne samo da može izgledati, nego i jest nepravda, negiranje prava na rješavanje spora pred neovisnim sudom. Mirenje je strankama najlakše prihvati kada je načelno neobvezatno, što ne isključuje poticanje mirenja – upoznavanje stranke s mogućnostima rješavanja spora, s mjerom potrebnom da se stranka navede da napravi izbor u svoju korist.

Problem efikasnosti sustava rješavanja sporova i politički zahtjev za rješavanjem toga problema, često uvjetuje nestrpljenje zakonodavca i uvođenje u zakon odredaba o obvezatnom pokušaju mirenja. Takve odredbe su najčešće samo zapreke na putu do suda i teško vode k mogućnosti otvorenog razmatranja mirnog rješenja spora; pomoći pri rješavanju pitanja efikasnosti pravosuđa prije se može očekivati od mirenja kakvo je predviđeno Zakonom o mirenju, uz uvažavanje mogućnosti i nemogućnosti mirenja kao načina rješavanja sporova.

Pri tome nije neopravdan poticaj zakonodavca i suda na korištenje alternativnih načina rješavanja sporova, ukoliko je taj poticaj usmјeren boljem obavještavanju stranke o mogućnostima nalaženja rješenja spora.

Sa stanovišta poboljšanja opće efikasnosti sustava rješavanja sporova i omogućavanja primjerenog korištenja kapaciteta suda, nije neopravdano niti poticanje, ponekad i pritisak ili obvezivanje na korištenje alternativnih shema rješavanja sporova, posebno ako je to usmјereno na jaču stranku u sporu i stranku s velikim brojem parnika, radi onemogućavanja nepotrebnog zaokupljanja sudske kapacitete. Pri tom je, u smislu gore navedenog, potrebno iskazati dodatni oprez da bi se izbjegle pogrešne procjene o tome koja je stranka u sporu jača i koja se stranka objesno parniči.

10.8. Treće osobe u postupku rješavanja sporova

Zbog činjenice da se daleko najveći broj mirenja provodi u shemama суду pridružene medijacije, sudac je osoba koja je često u prilici procijeniti kada neki spor kanalizirati

¹²⁶ Zakonodavni okvir mirenja u Hrvatskoj, osim Zakona o mirenju koji sadrži odredbe o načelno neobvezatnom mirenju, sastoji se od zakona koji sadrže odredbe o mirenju koje je obvezatno u zakonom predviđenim slučajevima, što se odnosi na čl. 186.a ZPP-a, Zakon o odgovornosti za štetu nastalu uslijed terorističkih akata i javnih demonstracija, Obiteljski zakon i Zakon o radu.

prema mirenju, a kada ga rješavati u sudskom postupku.

Bez obzira na eventualnu dvojbu da li je paradigma treće nepristrane osobe u postupku rješavanja sporova (1) osoba koja rješava spor ili (2) osoba koja pomaže strankama da same riješe spor, sudac je znatno duže u sustavu rješavanja sporova u odnosu na izmiritelja, koji je tu odnedavno (kada se uzme u obzir definicija alternativnog rješavanja sporova u suvremenom smislu).

Suprotno očekivanju, ne samo zbog potrebe osposobljavanja sudaca za pravilnu procjenu o tome da li je neki predmet podoban za mirenje, ne očekuje se da izmiritelji usvajaju znanja koja imaju suci: očekuje se da suci usvoje znanja o alternativnom rješavanju sporova, s obzirom na stav da ta znanja pozitivno utječu na sposobnost dobrog i efikasnog vođenja sudskog postupka. Postaje očigledno da samo pravna znanja nisu dovoljna za rješavanje sporova, što se može protumačiti kao posljedica trenda divergencije prava i općeg koncepta rješavanja sporova. Delegacija određenih elemenata pravosuđenja organizacijama za mirenje i izmiriteljima samo je dedukcija iste ideje.

10.9. Dijalektika mirenja

Odnos alternativnih načina rješavanja sporova i parničnog postupka treba promatrati na način na koji se mogu pomiriti određene, iako često prividne kontradikcije, uzimajući u obzir da je mirenju immanentna određena dijalektika.¹²⁷

Zbog iskazanih problema pravosuđa, nužno je tražiti dodatne načine rješavanja sporova, no izvansudski i izvanpravni načini rješavanja sporova se nameću sami po sebi kao simptom nemogućnosti pravosuđa, ujedno i kao predloženi način intervencije: alternativno rješavanje sporova je pokazatelj nemoći sustava rješavanja sporova, ali i način rješavanja istih problema.

Mirenje se potiče da bi pomoglo rješavanju problema efikasnosti sudova (rasteretilo sudove). Pri tom je najbolja mjera za afirmaciju mirenja – efikasan i kvalitetan rad sudova.

Mirenje je način privatnog uspostavljanja pravde, ali najbolje funkcioniра potaknuto od strane države.

Država nužno iskazuje nestrpljenje za rješavanje problema efikasnosti pravosuđa, radi čega potiče stranke na mirenje, no kako je najbolji poticaj onaj koji daje stranci dojam da kontrolira spor, mora prepustiti strankama da odluče o upuštanju u mirenje na temelju slobodne procjene svoje pozicije i nadati se da će ta pozicija koincidirati s općim interesima.

Alternativno rješavanje sporova podrazumijeva deetatizaciju suđenja, razbijanje

¹²⁷ Prema Hegelu, jedna od osnovnih predrasuda logike sastoji se u shvaćanju da proturječnost nije toliko bitna i immanentna odredba kao identitet; čak ako bi bilo govora o rangu i ako bi se obje ove odredbe fiksirale kao odvojene, proturječnost bi trebalo smatrati dubljom i bitnijom; identitet u sravnjenju s proturječnošću samo je odredba proste neposrednosti, mrtvog bića, dok je proturječnost korijen svakog kretanja i života: samo ukoliko nešto ima u sebi samom proturječnost, kreće se, ima impuls i djelatnost.

monopola države pri rješavanju sporova, ali pomaže pravosuđu da riješi svoje probleme i tako održi dominantnu poziciju pri rješavanju sporova.

Izmiritelji preuzimaju posao sucima; ipak, većina sudaca se aktivno zauzima za afirmaciju alternativnog rješavanja sporova.

Alternativno rješavanje sporova ne bi trebalo poticati samo zbog potrebe da sustav rješavanja sporova bude efikasniji, ipak, pitanja efikasnosti sustava su dominantna do mjere da se često ne uzimaju u obzir ostale osobine i ciljevi mirenja; odustanak od bezuvjetnog ustrajavanja na isticanju pitanja efikasnosti vjerojatno bi doveo do boljih rezultata upravo na području ukupne efikasnosti sustava rješavanja sporova.

Navedenu dijalektiku mirenja je relativno lako shvatiti i prihvati u svjetlu kapacitiranja sustava rješavanja sporova za kvalitetno, no u prvom redu efikasno rješavanje sporova.

Mirenje je drugačiji put do pravde nastao nasuprot klasičnom državnom sudovanju.

Moglo bi se reći da je mirenje između ostalog i propitivanje ustaljenih obrazaca uspostavljanja pravde usmjereno na to da bi se društvena funkcija sudovanja (uključujući pravdu koja se postiže na sudovima) učinila boljom, bržom i kvalitetnijom.