

*Марко Кнежевић, сарадник у настави
Правног факултета у Новом Саду*

УЛОГА ПОСРЕДНИКА У ЗАКЉУЧЕЊУ СПОРАЗУМА У ПОСТУПКУ ПОСРЕДОВАЊА

Сажетак: Нефлексибилност и недовољна ефикасност и економичност судског поступка с једне стране, и жеља странака да реше свој грађанскоправни спор на обострани интерес с друге стране, довели су до успостављања алтернативних метода решавања грађанскоправних спорова о правима којима странке слободно располажу. Један од таквих метода је посредовање – поступак у којем странке споразумно овлашћују пређе неутрално лице – посредника да им помогне у закључивању споразума, али без могућности да им намећне обавезујуће решење. Специфична ознака овог поступка, у односу на остале методе мирног решавања спорова, јесте посредник и његова активност на споразумном решавању спора странака. Садржину поступка посредовања чине преговарачка делатност странака и посредничка активност посредника, чији се задатак састоји у томе да странке тактично усмеравају ка праведном решењу спора. Целокупан поступак зависи међутим од вештине и технике посредника, с обзиром да странке нису саме способне да директним преговорима реше свој спор. Стога је посредник централна фигура у овом поступку, а за успех посредовања – споразум странака – одлучујућа је улога посредника. Законодавац изричитим нормирањем појединих радњи посредника одређује и његову улогу у закључењу споразума. Не одобравајући му улогу најважнијег чиниоца поступка, анализом радњи које посредник може да обавља, може се закључити да Закон ипак даје пасивнију улогу посреднику у закључењу споразума странака, у градацији са могућим модалитетима.

Кључне речи: Грађанскоправни спор, поступак посредовања, посредник, улога посредника.

I УВОД

Већ дуже времена запажени су континуирани напори државе и целокупног друштва, усмерени ка омогућавању ефикаснијег и економичнијег пружања правне заштите, нарочито у домену грађанског судског поступка. Евидентно је да је редовни пут правне заштите повређених или угрожених грађанских субјективних права – парнични поступак – по својој природи сложен поступак. Неопходно је да се предвиде све процесне гаранције за пружање постулиране правне заштите, те стога, парница неминовно траје одређени, дужи или краћи, временски период који у сваком случају није у интересу странака, као ни самом правосуђу које постаје преоптерећено, а тиме споро и неефикасно. Дуго временско трајање парнице води са собом и велике трошкове поступка, који могу да буду и кочница самом тражењу правне заштите. Најзад и окончање поступка пресудом, по природи ствари значи губитак на једној страни, а не ретко обе странке се осећају губитницима. Изложено стање није само иманентно нашој држави. Са неефикасношћу судства и скупим и дугим судским поступцима суочени су готови сви правни системи без обзира на политичко уређење, па чак и најразвијеније државе.

Из овог разлога, нарочито у последњим деценијама, трага се за другачијим начинима решавања правних спорова који би били у стању да конкуришу судском поступку, али не и да га искључе – методи алтернативног решавања спорова (АРС). У оквиру појма АРС-а, као најрепрезентативнији наводе се преговори, посредовање и арбитража. Посредовање или медијација, поступак који доживљава афирмацију у целом свету, није непознат ни нашем правном систему. Иако је као метод АРС по својој природи недржавног и неформалног карактера, неопходност остваривања функције посредовања и афирмација овог метода, довела је до потребе законског нормирања поступка посредовања. Велика пажња посредовању поклоњена је и у оквиру Комисије УН за међународно трговинско право – УНЦИТРАЛ – која је израдила 1980. године Правила о миреноу, док је 2002. године израђен и Модел Закона о међународном трговинском миреноу (у даљем тексту УМЗ). И Европска Унија и Савет Европе активни су у афирмацији и увођењу посредовања у националне правне системе.¹

¹ В. Recommendation Rec (2002)10 of the Committee of Ministers to member States on mediation in civil matters [Препорука Савета Европе Rec (2002)10 о посредовању у грађанским стварима]; Green paper on alternative dispute resolution in civil and commercial law, COM(2002)196final [Зелени документ о алтернативном решавању спорова у грађанском и трговинском праву].

Наш законодавац, водећи се свим наведеним разлозима донео је Закон о посредовању – медијацији 2005. године² који предствала нормативни основи за спровођење поступка посредовања – поступка у којем странке позивају треће лице да им помогне у мирном решавању њиховог спора. Да би се што потпуније приказала улога треће неутралне особе – посредника, неопходно је најпре сумарно приказати поступак посредовања и опште карактеристике посредника.

II ПОСТУПАК ПОСРЕДОВАЊА

Посредовање представља метод споразумног решавања спорова, где странке споразумно овлашћују треће неутрално лице – посредника да им помогне у закључивању споразума, али без могућности да им наметне обавезујуће решење.³ Према Закону, посредовањем се могу решавати спорови из имовинскоправних, трговинских, породичних, радних и других грађанскоправних односа, као и из управних и кривичноправних односа, о правима којим странке могу слободно да располажу, уколико није прописана искључива надлежност суда или другог органа.⁴ Сам назив овог поступка, према Закону није битан – то може бити сваки назив све док одговара изложеном појму посредовања. Ипак, важно је указати на поједине теримине који се данас користе као синоними посредовању, а то су мирење, односно концилијација. Гледано семантички, термин који користи Закон означава поступак према специфичној активности трећег лица, док мирење, односно концилијација стављању нагласак на резултат и циљ којем се тежи.⁵ Ипак, и поред могућег различитих значења ових термина⁶,

² Сл. Гласник РС бр. 18/2005, у даљем тексту: Закон.

³ Појам посредовања у чл. 2. Закона одговара изложеном, иако користи, сматрамо, погрешну терминологију. За означавање објекта споразумног решавања, користи се термин „спорни однос“, а не „спор“ који би више одговарао досадашњој домаћој правној теримнологији (В. чл. 1. ЗПП и чл. 1. Закона о арбитражи). Такође, Закон означава учеснике поступка „странама“, појмом који одговара материјалном праву, а не „странкама“ с обзиром да се ради о поступку, дакле о зони процесног права. Наводи се пак, да је у Закону „намерно изостављен теримин странке и уведен стране, јер се тиме указује на мирољубив ток и исход процеса (под.М.К.)“ Г. Михаиловић, *Коментар Закона о медијацији*, Београд 2007, стр. 16. Самим признањем да се ради о процесу, изложени став губи на вредности. Довољно је да се не прави разлика у називима самих странака да би се одразила природа поступка.

⁴ Чл. 1. Закона.

⁵ С. Трива, М. Дика, *Грађанско њарнично ѡроцесно ѡраво*, Загреб 2004, стр. 924.

⁶ У појединим правним системима постоји разлика између мирења (коцилијације) и посредовања (медијације). Прво представља поступак у којем миритељ само омогућава и поспешује комуникацију између странака, док у другом случају посредник предузима активнију улогу, и сам предлаже решења спора. Више: Г. Станковић, Б. Старовић, Н. Петрушић, Р. Кеча, *Арбиѡражно ѡроцесно ѡраво*, Ниш 1999, стр. 209. В. Егис ван Гинкел, *The*

данас се они сматрају синонимима, што најбоље показује УМЗ, из кога и наш Закон преузима одредбу о (не)значају назива поступка⁷, и томе следствено назива трећих неутралних лица.

Посредовање је према томе поступак решавања спора – скуп следећућих радњи субјеката који у њему учествују. Међутим, оно је поступак споразумног, мирног решавања спора, и по томе се разликује од судског поступка, у којем се спор не решава споразумно већ обавезујућом одлуком трећег. Од осталих врста метода АРС-а, посредовање се разликује по учешћу посредника, као треће неутралне особе и по његовој активности. Дакле разликује се и од преговора, где само странке учествују и директно преговарају, и од арбитраже где странке такође предвиђају учешће треће неутралне особе, али којој поверавају и ауторитативно решавање спора.⁸ Посредник међутим не сме странкама да намеће обавезујуће решење,⁹ већ им само помаже да споразумно реше спор.

Субјекти поступка посредовања су странке, лица која су у спору, без обзира да ли постоји множина лица у једној странци или обе, и посредник или више њих – треће неутралне особе, које својим методама и вештинама посредују између странака и помажу им да дођу до споразума.

Поступак посредовања почива на основним начелим, која одсликавају суштину споразумног решавања спорова и служе да оно заиста освари своју пројектовану сврху. Ради се о начелима диспозиције, добровољности, приватности и поверљивости, неформалности, једнакости странака и хитности.

Начело диспозиције, израз инструменталног карактера сваког поступка у којем се решавају спорови грађанскоправне природе, последица је аутономије воље у домену материјалног права. Од воље странака зависи да ли ће покренути поступак, да ли ће и на који начин вршити радње у поступку и колико ће трајати поступак.¹⁰ И завршетак поступка, успешан или неуспешан, зависи од странака.

UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation – A Critical Appraisal, Journal of International Arbitration, vol.21/1, 2004, p. 1-65;

⁷ Чл. 1. ст. 3. УМЗ. В. *Uncitral Model law on international commercial conciliation with guide to enactment and use 2002*, United Nations, New York 2002, para. 7. p. 11.

⁸ Према ставу да арбитража спада у метод АРС-а можемо изразити резерву. Арбитража је по владајућем ставу у литератури одређена као паралелно судство, те стога и врши функцију суђења. Несумњиво да је арбитража алтернатива судском поступку, али је по својој функцији истоветна судском поступку. Зато се наводи да у методе АРС-а спадају сви они поступци који немају за резултат обавезујућу одлуку. В. А Узелац, *Мирење као алтернатива*, у *Мирење у грађанским, трговачким и радним споровима*, Загреб 2004, стр. 15-32.

⁹ Чл. 2. ст. 2. и чл. 25. ст. 2. Закона.

¹⁰ Ипак прави се изузетак у случају да је поступак покренут у току парничног или другог поступка – посредовање тада може да траје само 30 дана, осим ако суд или други орган не продужи време трајања поступка посредовања из оправданих разлога. В. чл. 13. Закона.

Међутим, начело диспозиције у поступку посредовања поприма другу димензију у односу на судски поступак – добровољност, као фундаментално начело посредовања. Само на основу изричите сагласности странака може се водити овај поступак.¹¹ Зато чуди одредба члана 12. Закона, која предвиђа да када „стране предложе или суд оцени да би спор могао да се реши посредовањем, упутиће стране на поступак посредовања“.¹² Уколико Закон као основно и прво начело предвиђа добровољност, зашто се омогућава да суд „упућује странке“, када од странака зависи целокупан поступак. Поучени прошлошћу, од обавезног посредовања не може се пуно очекивати.¹³ Можда би била боља опција да ако суд оцени да је могуће споразумно решење спора посредовањем, треба да странкама препоручи овај поступак, па тек ако странке прихвате да одреди застој поступка.

Начело приватности и поверљивости, представљају фундаментална начела поступка посредовања без којих се не може очекивати успех посредовања. Неопходност изричитог нормирања ова два начела је и довела до законског уређења читавог поступка.¹⁴ У поступку је искључена јавност, и сви учесници су дужни да поштују приватност поступка. Све што се изнесе у поступку посредовања у циљу измирења не може се користити у било ком другом поступку, док суд или други орган који поступа у потоњем не сме да прихвати такве информације, предлоге и изјаве.¹⁵

Неформалност поступка одговара природи овог поступка. Странке се могу саме споразумети како ће се поступка спровести, а ако се не споразумеју, посредник одређује начин спровођења поступка водећи рачуна о околностима спора, интересима странака и захтеву хитности.¹⁶

Сваки поступак решавања спорова тежи да обезбеди неопходну равнотежу положаја странака. Ово је нарочито наглашено у поступку посредовања, где су странка у свему изједначене и равноправне.¹⁷ У поступку посредовања нема супротних странака, нема активне и пасивне странке. Обе странке су у једнаком положају са једнаким правима.

Потреба за што бржим решењем спора, изражена је већ као разлог за успостављање метода АРС-а. Зато се и за поступак посредовања предвиђа начело хитности¹⁸, које пак није ближе операционализовано роковима, те га треба испиративно тумачити током целог поступка.

¹¹ Чл. 3. Закона.

¹² Идентична је одредба садржана и у чл. 327. ст. 1. ЗПП са додатном операционализацијом да ће суд застати са поступком.

¹³ Мировна већа, која су била надлежна за обавезно мирење (посредовање) у одређеним поступцима, нису дала никаквог резултата, већ су предствљала само одлагање парнице.

¹⁴ В. Eric van Ginkel, *op.cit.*, loc.cit.

¹⁵ Чл. 6. и 7. Закона.

¹⁶ Чл. 9. Закона.

¹⁷ В. Чл. 4. Закона.

¹⁸ Чл. 7. Закона.

III ПОСРЕДНИК

Посредник је трећа неутрална особа кога странке споразумно овлашћују да посредује између њих у циљу споразумног решавања њиховог спора. Они су овлашћени да само помажу странкама у решавању њиховог спора – не могу наметати обавезујуће решење.¹⁹ Такође, посредник не може давати обећања нити гарантовати странкама одређени резултат поступка, већ је дужан да само посредује између странака и то без икаквих предрасуда.²⁰ Он мора да поступа једнако са сваком странком, непристрасно и независно. Уколико постоје околности које доводе у сумњу његову пристрасност, као нпр. лични интерес за исход поступка, посредник се мора изузети, и има обавезу да странке обавести о свим околностима које би могле да доведу у сумњу његову непристрасност.²¹ С друге стране, посредник се мора искључити уколико је судећи судија, арбитар или ако суди истим странкама у другом спору или је лице које поступа или је поступало у неком другом поступку.²² Посредник има права да се упозна са предметом и има права на трошкове, док су странке дужне да му пруже потребне информације у вези спора.²³

Посредник може бити начелно свако лице, без обзира на професију. Закон само наводи да то могу бити судије, адвокати и други истакнути стручњаци из различитих области. Ипак, од пресуђујућег значаја је личност посредника, његова вештина и умеће посредника, те се стога поклања велика пажња едукацији посредника.²⁴ Услове које треба да испуни лице да би обављало посредовање могу се поделити на апсолутне и релативне. Апсолутни услови су достојност за обављање посредовања²⁵ и негативни услов да лице није под истрагом и да није осуђиван за намерно извршено кривично дело.²⁶ Релативне услове²⁷ испуњава лице које: има

¹⁹ Чл. 2. ст. 2. Закона наводи да посредник није овлашћен да „странама намеће обавезан споразум“, што сматрамо такође погрешном терминологијом. Логички је неодрживо да се споразум може наметнути, уколико је споразум сагласност воља. Међутим, у чл. 25. ст. 2. Закона се ипак наводи да посредник „не може странама да намеће решење“. И УМЗ користи исту терминологију, као и наведени 25. члан Закона.

²⁰ Чл. 25. Закона.

²¹ Чл. 23. Закона.

²² Чл. 22. Закона. Посредник такође не може бити лице које је као адвокат заступало или заступа једну од странака, или је, односно ако је било законски заступник или старалац.

²³ Чл. 26. Закона.

²⁴ В. Н. Петрушић, *Спорови у правним односима и медијација*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 198-1999, стр.127.

²⁵ Чл. 20. ст. 1. т. 6. Закона

²⁶ Чл. 20. ст. 1. т. 5. Закона. Сматрамо да је редакцијска грешка кумулативни захтев да лице није под истрагом и да није осуђено за намерно извршено кривично дело. Језичким тумачењем, дошли бисмо до закључка да одређено лице, иако је осуђено за намерно извр-

високу стручну спрему; има најмање пет година радног искуства у поступцима решавања спорова и конфликта; завршило је програм обуке за посредника;²⁸ уписано је на списак посредника.²⁹ Наведени услови су релативни, јер Закон омогућава, додуше изузетно, да посредник може бити лице и које не испуњава наведене услове.³⁰

Начело страначке аутономије и консесуалности долази до изражаја и код одређивања (именовања) посредника. Странке споразумно одређују посредника, односно посреднике.³¹ Међутим, прави се разлика између ситуације када се поступак посредовања покреће пре судског или другог поступка, и када се покреће након покретања судског или другог поступка. У потоњем случају, Закон налаже странкама да могу да бирају посредника само са Списка. Закон изричито не захтева да странке бирају посредника са Списка када се посредовање спроводи пре судског или другог поступка.³² Поставља се питање, зашто се не даје слобода странкама да одреде лице ван Списка за посредника и након покретања судског поступка, када већ суд нема никаквог надзора над вођењем самог поступка, односно посредовање у овом стадијуму се ниучему не разликује од онога пре покретања судског поступка, осим што је временски ограничено. Ипак, временско ограничење трајања поступка и овлашћење судије да продужи поступак, немају никакве везе са посредником и његовом припадношћу Списку. У оба случаја пак, ако се странке не договоре о личности посредника, председник суда или другог органа одређује посредника са Списка који се води у његовом суду, односно органу. Следеће питање јесте да ли странке могу да овласте неког трећег да одреди уместо њих посредника – орган именована, *per analogiam* са арбитражним поступком.³³ Сматрамо да је могуће да странке уговоре ову могућност, јер Закон само говори о надлежности

шење кривичног дела може бити посредник, јер није под истрагом, и обрнуто. Ипак циљно тумачећи, треба оба услова посматрати изоловано, одвојено једно од другог. *Ratio legis* је да се лица која изазивају и најмању сумњу онемогуће да буду посредници.

²⁷ Чл. 20. ст. 1. т. 1-4. Закона.

²⁸ Програм обуке за посредника прописује министар надлежан за послове правосуђа. В. *Правилник о програму обуке за посредника*, Сл. Гласник РС бр. 44/2005.

²⁹ Списак посредника се води кој судова и других органа на тај начин што Председник суда или другог органа именује посредника, на захтев заинтересованог лица, из реда истакнутих стручњака који испуњавају захтеване услове. У даљем тексту: Списак; В. чл. 19. Закона.

³⁰ Чл. 20. ст. 2. Закона.

³¹ Закон само на једном месту спомиње могућност постојања више посредника – чл. 2, док у даљем тексту не спомиње више такву могућност. Међутим, овде није потребно, за разлику од арбитражног поступка, предвидети да њихов број буде непаран јер посредници не доносе одлуке већ помажу странкама, те нема препреке да их буде паран број.

³² Уп. ст. 1. и 2. члана 21. Закона.

³³ В. чл. 26. Закона о арбитражи.

председника суда да одреди посредника када странке не могу да се споразумеју, што није исти случај са органом именована. Наиме странке органу именована споразумно делегирају право да одабере посредника, што свакако није дефинитивно. Уколико орган именована то не учини, саме странке се могу споразумети о личности посредника, или ће се обратити председнику суда да им одреди. На крају, овакав став је у потпуности у складу са начелом добровољности и страначке аутономије, као и начелом неформалности.

IV УЛОГА ПОСРЕДНИКА

Специфична ознака овог поступка, у односу на остале методе мирног решавања спорова, јесте посредник и његова активност на споразумном решавању спора странака. Садржину поступка посредовања чине преговарачка делатност странака и посредничка активност посредника, чији се задатак састоји у томе да странке тактично усмеравају ка праведном решењу спора.³⁴ Целукопан поступак зависи међутим од вештине и технике посредника, с обзиром да странке нису саме способне да директним преговорима реше свој спор. Оне покретањем поступка посредовања то на крају крајева и признају. Стога је и посредник централна фигура у овом поступку, а за успех посредовања пресудна је улога посредника.³⁵ Његова улога је, с друге стране усмерена ка једном циљу, а то је споразум странака, па и све радње које предузима су радње помагања странкама да закључе споразум.

У литератури се, а следствено томе и на нормативном плану, разликују различити модели поступка посредовања по критеријуму улоге посредника у самом поступку. Према томе, разликују се фацитативно и евалуативно посредовање. Фацитативно посредовање подразумева да посредник „упућује и усмерава странке да идентификују и размотре свако спорно питање, да спор сагледају у временској ретроспективи, да приближе своје ставове“.³⁶ Дакле улога посредника је само да омогући и поспешу комуникацију између странака, да им помогне у њиховим преговорима, што одговара и називу.³⁷ Евалуативно посредовање обухвата све наведене активности посредника, али му се даје још активнија улога. Он има овлашћење и да даје правне процене спора странака, односно правне проце-

³⁴ Н. Петрушић, *Поравнање у процесу медијације*, Правни живот 12/2000, стр. 180.

³⁵ Н. Петрушић, *Спорови у правним односима и медијација*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 198-1999, стр.127.

³⁶ Н. Петрушић, *op.cit.*, стр. 127.

³⁷ Фацитатација – олакшавање, омогућавање.

не могућих решења спора. Посредник води више рачуна о правним аспектима спора, за разлику од фацитације, где посредник више пажње поклања интересима странака. У погледу могућности давања предлога могућег решења, између ова два модела посредовања постоји разлика. У фацитативном посредовању, посредник не даје предлоге решења спора, као нпр. предлог поравнања.³⁸ Напротив, код евалуативног посредовања, посредник то може да чини, и то је у складу са његовом активнијом улогом.

Закон у складу са начелом неформалности не регулише детаљно поступак посредовања, па тиме ни радње посредника. И заиста, поступак посредовања не би могао да оствари свој циљ уколико би се прецизно регулисао. Флексибилност поступка и могућност прилагођавања поступка околностима случаја и жељама странака од прворазредног су значаја.³⁹ Такође, наводи се да је неформалност у потпуности оправдана, с обзиром да посредник не доноси обавезујућу одлуку као судија, па ни нема разлога за строгу форму која би требало да обезбеди процесне гаранције.⁴⁰ Најзад, детаљно регулисање радњи посредника било би у супротности са самом природом његове улоге. Посредник је тај који треба да својим методама и техникама омогући поновно оживљавање комуникације странака, превазилажење проблема и на крају споразумно решење спора. Строге норме закона, само би онемогућиле мисију посредника. Изричито се нормирају пак, само поједине радње посредника, односно начин на који треба да предузима и то у мери у којој је то заиста потребно – у појединим случајевима то је неопходно да би се одржала физиономија поступка и омогућило реално функционисање посредовања; у другим случајевима, изричитим нормирањем радњи посредника, законодавац се заправо опредељује за један од модалитета поступка посредовања према улози посредника.

И поред немогућности да се чврсто одреде делови и фазе поступка посредовања, могуће је идентификовати поједине етапе које прате сваки поступак посредовања, и које су мање више везане за различиту улогу посредника у оквиру глобано одређене.

³⁸ С. Трива, М. Дика, *Грађанско њарнично ѡроцесно ѡраво*, Загреб 2004, стр. 924; Супротно, Л. Карамарковић, *Поравнање и медијација*, Београд 2004, стр. 339. Аутор сматра да и у фацитативном посредовању посредник може да предлаже решење спора. Разлика је више теоретске природе, јер законодавац, или аутономни акти посредничких институција, сами регулишу могућност предлагања решења спора. Међутим, више аргумената иде у прилог ставу да фацитација не даје могућност предлагања решења, полазећи барем од језичкосемантичког значења појма.

³⁹ *Uncitral Model law on international commercial conciliation with guide to enactment and use 2002*, United Nations, New York 2002, para. 9. p. 12.

⁴⁰ *Ibidem*.

Прва етапа је упознавање посредника са странкама и са спором. У овој етапи, посредник прикупља релевантне информације везане за спор, те ова етапа има припремни карактер. Ово је и прилика да посредник дефинише правила поступка, наравно на оквиран начин, и да створи атмосферу у којој ће странке заиста желети да на миран начин реше свој спор. Закон у оквиру права посредника посебно нормира његово право да се упозна са околностима случаја, и дужност странака да му доставе потребне информације и своје виђење спора.⁴¹ Рецепција свих значајних информација о спору, а нарочито ставова странака и њиховог виђења спора, од пресудног је значаја за успешан наставак, и на крају, окончање поступка споразумом странака. Када странке изнесу своје виђење спора посредник је у стању да идентификује могуће изворе проблема, и да се усредреди на њихово елиминисање.

Када посредник стекне увид у целокупну ситуацију, може се рећи да отпочиње његова посредничка активност у ужем смислу. Посредници тада на заједничким или одвојеним разговорима „настоје да мотивишу странке да узајамним концесијама и евентуалном корекцијом својих захтева дођу то заједнички прихватљивог решења спора.“⁴² Уколико се странка сагласи, посредник може пренети другој страни предлоге и ставове које је изнела у одвојеном разговору са њим.⁴³ Овим је прихваћена, сматра се модернија опција која предвиђа претпоставку поверљивости у односу на другу странку. Напротив, УМЗ није предвидео одвојене разговоре на овај начин, већ је предвидео да постоји претпоставка сагласности странке да се доставе информације другој.⁴⁴ Улога посредника је да странке наведе да преиспитају своје позиције, да ускладе своје интересе, да изнађе пут до споразума странака. Међутим, посредник неће инсистирати на споразуму, нити ће моћи да намеће споразум. Његова функција је да допринесе споразуму, тако што ће их подстицати на споразум, указивајући на предност мирног решења спора. Конструктивним разговорима, посредник треба да доведе до приближавања међусобних позиција странака.⁴⁵ У овим радњама, сходно чл. 9. ст. 4. Закона, посредник не може да даје предлог самог решења, већ може да да „предлог могућих начина за решавање спора“. Дакле законодавац јасно забрањује посредницима да предлажу решење самог спора, што значи да посредници не могу да предлажу нпр. поравнање конкретне садржине. Ипак, овлашћење да посредник може само давати предлог могућих решења спора, уноси нејасноћу у законски текст. Шта то заправо значи? Одредница „могући начини за решавање спора“ указивала би да

⁴¹ Чл. 25. Закона.

⁴² Г. Станковић, Б. Старовић. Н. Петрушић, Р. Кеча, *op.cit.*, стр. 229.

⁴³ Чл. 9. ст. 3. Закона.

⁴⁴ Чл. 8. УМЗ; Више: Eric van Ginkel, *op.cit.*, p. 9, 37.

⁴⁵ Л. Карамарковић, *op.cit.*, стр. 339.

посредник може предлагати само модалитете решења спора, у смислу шта би требало свака страна да уради, као нпр. о чему и у ком смислу могу постићи поравнање.⁴⁶ Чини нам се да се другачије тумачење ове одреднице не може дати, уколико се изричито забрањује предлог самог решења. Зато се и поставља питање, уколико се даје овлашћење посреднику да предлаже шта би свака странка требало да уради да би се мирно решио спор, зашто се не даје могућност посреднику да то и формулише у конкретном предлогу? У прилог оваквом решењу, наводи се да посредник не би требао да намеће своју процену спора. Свакако да посредник не сме да намеће нити споразум странкама, нити сме да износи своју правну оцену спора. На исти начин као што странкама може давати предлоге о начинима решења спора, посредник би могао, када процени да је однос између странака сазрео, да предложи и решење спора. Било би превише од странака тражити да саме дођу до споразума, без предлагања конкретног решења, наравно поштујући све смернице и дужности посредника. Најзад и УМЗ као узор нашег Закона, предвиђа у чл. 6 могућност предлога поравнања, и то у сваком стадијуму поступка. Законодавац се наведеним решењем определио за пасивнију улогу посредника у овој веома важној фази поступка, која се тиме и рефлектује на његову целокупну улогу у поступку као целини.

Успешан завршетак поступка посредовања представља закључење споразума странака. За разлику од УМЗ-а и неких упоредноправних решења где је успешно окончање поступка закључење поравнања странака, у Закону о посредовању успешан завршетак поступка се везује за закључење „споразума“ странака.⁴⁷ Такође, закључење поравнања се означава само као једна од опција споразума странака.⁴⁸ Без обзира на сам карактер споразума, посредник има одређене дужности и права везане за ову завршну етапу. На захтев странака, посредник ће учествовати у сачињавању и изради споразума. С обзиром да се чланом 9. забрањује посреднику да предлаже конкретан споразум, улога посредника при сачињавању и изради споразума строго узев, техничке је природе. Посредник треба само да помогне у самој изради писаног споразума.⁴⁹ Ипак, посредник у асиситирању и учествовању израде споразума има важну улогу, јер је врло важно да се споразум прецизно „номотехнички“ сачини, и да сва права и обавезе странака у споразуму буду јасно одређене. Посредник има дужност и да обаве-

⁴⁶ С. Трива, М. Дика, *op.cit.*, стр. 929.

⁴⁷ Чл. 10. ст. 1. т. 1. Закона

⁴⁸ В. чл. 16. Закона.

⁴⁹ Усмени споразум се не искључује, али је тешко да ће до тога доћи у пракси. Такође, по природи ствари, у највећем броју случајева споразум ће се закључити као уговор о поравнању (вансудско поравнање), а да би такав споразум „имао снагу вансудског поравнања“ неопходно је да буде у писаној форми – *forma ad solemnitatem*. В. чл. 16. ст. 4. Закона.

сти странке о дејствима споразума и о начину испуњења обавеза које се преузимају. Према томе, посредник треба да да странкама нарочиту врсту правног савета, што значи да посредник мора бити упознат са правом. Закон не захтева правно образовање посредника, нити се може у обуци предвидети правна едукација посредника који нису правници довољна да посредник може да да неопходна објашњења странкама у вези постигнутог споразума. Уколико странке улазе у поступак посредовања без пуномоћника, и ако изаберу посредника који није правник, како ће се моћи испунити ова дужност посредника, и да ли ће странке тада бити адекватно заштићене? Најзад, у члану 26. Закона прописује се дужност странака да посреднику доставе доказе који су потребни ради оцене да ли је постигнут споразум у супротности са јавним поретком. Ипак, посредник у овом случају не може ништа више да уради, него да укаже странкама на супротност њиховог споразума са јавним поретком, што заправо потпада у дужност обавештавања странака о дејствима споразума. Сагласност посредника на постигнути споразум се не тражи као услов пуноважности истог, па евентуална оцена посредника да је споразум противан јавном поретку нема никакво правно дејство.⁵⁰ Сасвим је друга ствар чињеница да је такав уговор (споразум) апсолутно ништав по правилима облигационог права.⁵¹

V ЗАКЉУЧАК

Странке, које овлашћујућу посредника да им помогне споразумном решавању њиховог спора, признају да саме нису у стању да реше спор мирним путем, и очекују да их посредник доведе до закључења споразума. Од вештине, технике и умећа посредника зависи да ли ће странке уопште доћи до споразума странака. Стога је и улога посредника у успешном окончању поступка посредовања – закључењу споразума странака – од пресудног значаја. Све радње посредника усмерене су према томе ка споразуму странака. Не оспоравајући му улогу најважнијег чиниоца поступка, анализом радњи које посредник може да обавља, може се закључити да Закон ипак даје пасивнију улогу посреднику у закључењу споразума странака, у градацији са могућим модалитетима. Најзначајнији аргумент у прилог томе је да Закон не овлашћује посредника на предлагање самог решења спора. Имајући ово у виду, улога посредника је фацитативне природе – поновно оживљавање комуникације и омогућавање преговарања самих странака, уз асистирање при сачињавању и изради већ постигнутог споразума.

⁵⁰ Изричито се предвиђа у чл. 16. ст. 1. да „дејства споразума постигнутог у поступку посредовања зависе од воље страна и форме у којој је споразум закључен“.

⁵¹ Чл. 10. и 103. ст. 1. Закона о облигационим односима.

*Marko Knežević, assistant
Novi Sad School of Law*

THE ROLE OF MEDIATOR IN CONCLUSION OF AGREEMENT IN MEDIATION PROCESS

Abstract

Inflexible and insufficiently effective and economical court litigation at one hand, and parties' wish to resolve their civil law dispute within mutual appreciation on the other hand, have led to the development of methods of alternative resolution of civil law disputes in which parties can dispose with their rights freely. One of these methods is mediation – process where parties by agreement entitle third neutral person – mediator to help them in making agreement, but with no authority to impose them a binding solution. Differentia specifica of this process, in comparison to other alternative dispute resolution methods, is mediator and his activity on providing amicable dispute resolution. The content of mediation proceeding is parties' negotiating action and mediation activity of mediator. Nevertheless, the whole process depends of mediator's skills and techniques, as parties are not capable to resolve their dispute via direct negotiations. Relying on that, the mediator is the central figure in this process, and for success of mediation – agreement of the parties – the role of mediator is determining. By explicit regulating of particular mediator's actions, legislator determines role of mediator in conclusion of agreement. Notwithstanding fact that he's most important factor in process, by analysis of actions which mediator is entitled to take, we could conclude that legislator provided rather passive role of mediator in conclusion of parties' agreement, in comparison to possible modalities.