

Проф. др *Душица ПАЛАЧКОВИЋ\**

## **ПОСРЕДОВАЊЕ У РЕШАВАЊУСПОРОВА У СРБИЈИ (осврт на поједине одредбе Закона о посредовању у решавању спорова)**

### **Резиме**

Предности посредовања, препознате на глобалном нивоу, као и неопходност поштовања међународно преузетих обавеза, посебно стандарда Савета Европе, условиле су прихватање овог начина решавања спорова и у Републици Србији. Нови Закон о посредовању у решавању спорова, као и претходни (Закон о посредовању - медијацији, из 2005), регулише овај алтернативни начин решавања спорова наопшти начин. Инвентарисањем појединих одредаба овог Закона уочавају се извесне недоследности и недостаци нормативног приступа. У раду су анализиране одредбе које се односе на врсте посредовања према улози коју може имати посредник, медијабилност спорова, нека од начела која Закон дефинише, посебно поверљивост и начин ргуписања доказних забрана, обавезно посредовање и време у коме је могуће приступити посредовању уколико је већ покренут судски или поступак пред другим органом. Такође, указано је на потребу прецизирања појединих одредаба, њихове измене или допуне, у циљу олакшишане и ефикасне примене Закона и шире примене посредовања у пракси.

**Кључне речи:** посредовање, улога посредника, поверљивост, прихватљивост доказа, временски оквир

### **I Уместо увода - појам и сврха посредовања**

Посредовање или медијација, као један од многобројних алтернативних начина за решавање спорова, дефинише се као "структурисани процес, без обзира на назив, којим две или више страна у спору настоје

---

\* Правни факултет Универзитета у Крагујевцу

саме, на добровољној основи, да постигну договор о решавању њиховог спора уз асистирање медијатора.<sup>1</sup> Важну допуну оваквог одређења чини то да посредник нема овлашћење да пресуђује, или: "Медијација је поступак заснован на добровољном учешћу странака, у коме један посредник (или више посредника) без овлашћења да пресуди систематично олакшава комуникацију између странака са циљем да омогући да саме странке преузму одговорност за решење њиховог спора".<sup>2</sup> Неке од дефиниција наводе и да се овај поступак може спроводити у суду, институцијама за мириње или и изван њих.<sup>3</sup> Општеприхваћени елементи који одређују медијацију су: да је реч о правно уређеном поступку; да га спроводи треће, неутрално лице; да му је сврха постизање консензуса (споразума) о решењу спора и да лице које га спроводи нема овлаштења да доноси обавезујуће одлуке.<sup>4</sup>

Полазећи од сврхе медијације, закључује се да њен резултат није утврђење која је од стране у спору у праву већ да се пронађе прихватљиво решење за обе, решење које је од заједничког интереса.<sup>5</sup> Уз решење кон-

1. Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters, члан 3(а) "Дефиниције", (у даљем тексту "Директива 2008/52"), доступно на: <http://eur-lex.europa.eu/>, приступљено 01.03.2018. Слично и наш законодавац, видети члан 2 Закона о посредовању у решавању спорова, Службени гласник РС, бр.55/2014 (у даљем тексту "ЗПРС"). Слично, као "структурисан процес преговарања у коме неутрално лице, медијатор, асистира странама у идентификоваша и одмеравању (процени) опција и постизању пријатељског споразума којим решавају свој спор", налазимо и у тзв. судским дефиницијама, доступно на: <http://www.fedcourt.gov.au/services/ADR/mediation>, приступљено 02.03.2018.О Директиви 2008/52 видети више M. Roth, "The EU Mediation directive", у "Право РС и право ЕУ - стање и перспективе", Зборник радова (ур. Стојановић, Н., Голубовић, С.), Ниш, 2009, стр. 97-110; В. Чоловић, "Директиве Европског парламента и Савета о одређеним аспектима медијације у грађанским и трговачким стварима", Европско законодавство, Год. VIII, бр. 29-30, стр. 49-56.
- 2). Klaus, Hop; F. Steffek,"Mediation: Comparison of Laws, Reulatory Models, Fundamental Issues", у"Mediation - Principles and Regulation in Comparative Perspective" (Ed. by Hopt, J. Klaus; Steffek, Felih), 2013, p. 11, доступно на: [https://scholar.google.com/scholar?q=mediation+principles+and+regulation+in+comparative+perspective&hl=sr&as\\_sdt=0&as\\_vis=1&oi=scholar&sa=X&ved=0ahUKEwjlm8af\\_tTZAhWR-6QKHfo\\_AQAQgQMJDAA](https://scholar.google.com/scholar?q=mediation+principles+and+regulation+in+comparative+perspective&hl=sr&as_sdt=0&as_vis=1&oi=scholar&sa=X&ved=0ahUKEwjlm8af_tTZAhWR-6QKHfo_AQAQgQMJDAA), приступљено 01.03.2018.
3. Тако Закон о мirenју Републике Хрватске (у даљем тексту "ZM RH"), Narodne novine, бр. 18/2011, члан 3.
4. A. Uzelac, "Komentar zakona o postupku medijacije Bosne i Hercegovine" (у даљем тексту "Komentar BiH"), у"Putevi medijabilnosti u Bosni i Hercegovini", Zbornik radova, Sarajevo, 2009, стр. 22.
5. То је најефикаснији начин решавања спорова на основу интереса при чему странке настоје првенствено узајамно идентификовати и размотрити интересе, артикулисати их и комуникацијом изнаћи заједнички интерес, М. Vukmir, "Prijedlog uvođenja obveznog informativnog sastanka o medijaciji i hrvatsko zakonodavstvo", стр. 2, доступно на: <https://mirenje.hr/wp-content/>

кретног спора посредовање често има и далекосежније циљњеве - избегавање будућих спорова, ублажавања негативних ефеката самог спора<sup>6</sup> или одржавање пословне сарадње, нпр. Такође, над самим процесом и његовим резултатом странке имају потпуну контролу, што је посебна предност овог начина решења спора.<sup>7</sup> Сами мирительи истичу да је и "мирење без нагодбе у правилу (је) благотворно јер су странке након дугог времена имале прилику међусобно комуницирати, измијенити ставове и приближити барем нека од спорних питања те тиме знатно ублажити почетну супротстављеност коју парница разбуктава. На тај начин и унаточ наставку парнице имају прилику спаси свој однос", док се у случају преуђења такав однос прекида управо стога што се пресудом проглашава победник и губитник.<sup>8</sup>

Предности медијације препознате су глобално. Поред растерећења судова и утицаја на очување пословних (или личних) односа странака, нису занемарљиви ни економски ефекти. Обимна студија Европског парламента 'Rebooting' the Mediataion Directive, из 2014. године процењује да би у случају даграђанскоправним споровима претходи медијација непосредна уштеда на трошковима у ЕУ била између 15 и 40 милијарди евра, а уштеда на времену на годишњем нивоу 8 милијарди година.<sup>9</sup>

Први закон којим је на општи начин уређена медијација у Србији усвојен је 2005. године,<sup>10</sup> а нови Закон о посредовању у решавању спора 2014. године.<sup>11</sup> Уз наведене предности посредовања, разлоги регулиса-

---

[tent/uploads/Mladen-Vukmir-Prijedlog-obveznog-informativnog-sastanka-u-medijaciji-1.pdf](http://www.mojpravilnik.gov.rs/uploads/Mladen-Vukmir-Prijedlog-obveznog-informativnog-sastanka-u-medijaciji-1.pdf),  
приступљено 15.03.2018.

6 S. Šimac, "Mirenje - alternativni način rješavanja sporova", *Zbornik PF Sveučilišta u Rijeci* (1991), v. 27, br. 1, стр. 613.

7 Ibidem, стр. 612.

8 S. Šimac, судија Високог Трговачког суда Републике Хрватске и председним Хрватског удружења за мирење, интервју за "Lider", 10.август 2012, доступно на: <http://mirenje.hr/wp-content/uploads/Lider-intervju-kolovozi-2012-%C5%BDalbeni-postupak-je-povoljan-trenutak-za-mirenje.pdf>, приступљено 03.03.2018. Наводи се да истраживања у САД показују да је од задржавања старог партнера у пословном односу шест пута скупље пронаћи новог.

9 European Parliament, 'Rebooting' the Mediataion Directive: Assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU, доступно на: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI\\_ET\(2014\)493042\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET(2014)493042_EN.pdf), приступљено 15.03. 2018.

10 Закон о посредовању - медијацији, Службени гласник РС, бр. 18/2005.

11 Уз ЗПРС усвојени су и: Правилник о вођењу регистра посредника, Правилник о програму основне обуке посредника, Правилник о издавању, обнављању и одузимању дозволе за посредовање и обрасцу дозволе за посредовање и Етички кодекс посредника, сви објављени у Службеном гласнику РС, бр. 146/2014.

ња ове материје су и преузете међународне обавезе, посебно испуњавање стандарда СЕ. Непосредан повод, који се наводи и у Образложењу ЗПРС је унапређење нормативног оквира, поспешивање примене посредовања, позитивни ефекти у функционисању правосудног система и усклађивање са Правилима UNCITRAL о мирују,<sup>12</sup>UNCITRAL Модел-законом о међународном трговачком мирују<sup>13</sup> као и Директивом 2008/52 и Препоруком (2002)10 о медијацији у грађанским стварима.<sup>14</sup>ЗПРС неумјиво представља позитиван помак у нормирању посредовања, али се чини да је анализа решења која садржи потребна у циљу олакшањањегове примење и евентуалних побољшања.

## II Врста посредовања према ЗПРС и медијабилност

Уобичајена подела у оквиру алтернативних начина реглисања спорова је на фацилитативну, евалуативну и трансформативну медијацију. Из одредбе члана 26 став 3 ЗПРС: "Посредник учествује у састављању и изради споразума, уколико се стране у поступку сагласе" не проистиче и јасан закључак о ком типу поседовања је реч. Наиме, одредница "у састављању и изради споразума" пре упућује на формалну улогу посредника него на његово овлашћење да предлаже садржину споразума.<sup>15</sup>Но, одредба члана 26 став 1 изричito предвиђа: "Садржину споразума о решавању спора путем посредовања одређују стране у поступку посредовања", па би се оне могле споразумети и о улози посредника. И редослед ставова у члану 26, односно лоцирање наведене одредбе о учешћу посредника у састављању и изради споразума после одредбе о томе да његову садржину одређују странке, могао би навести на закључак да странке посредника

12 UNCITRAL Conciliation Rules, UN Commission on International Trade Law (UNCITRAL), Resolution 35/52, доступно на: <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/conc-rules/conc-rules-e.pdf>, приступљено 10.03.2018.

13 Текст UNCITRAL Model Law on Internationa Commercial Conciliation видети у "UNCITRAL Model Law on Internationa Commercial Conciliation with Guide to Enactment and Use",UN, New York, 2004, доступно на: [https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-conc/03-90953\\_Ebook.pdf](https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-conc/03-90953_Ebook.pdf), приступљено 10.03.2018.

14 Recommendation Rec (2002)10 of the Committee of Ministers to Member States on mediation in civil matters, доступно на: [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectID=09000016805e1f76](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805e1f76), приступљено 04.03.2018.

15 Тако, изричito, ZM RH, члан 11, као и члан 36 Zakona o posredovanju Crne Gore, *Službeni list RCG*, бр. 30/2005 и *Službeni list RCG*,бр. 29/2012 (у даљем тексту "ZP CG"), да посредник на захтев странака може у свакој фази поступка посредовања "давати предлоге за решење спора и учествовати у изради поравнања".

могу овластити и да предлаже решење спора. Ако би се пошло од оваквог тумачења закључак би био да је законодавац веома широко захватио и обухватио различите типове посредовања. Оваквом закључивању доприноси и одредба члана 23 став 1, под рубром "Спровођење поступка", да посредник, између остalog, упознаје стране и са "улогом посредника" која свакако може бити и предлагање решења спора. Како је овде поступак посредовања већ отпочео по споразуму, претпоставка је и да се сагласношћу страна почетна улога посредника може изменити. И регулисање садржине споразума о посредовању, из члана 19, иако уопштено, изузев у делу о "потврђивању избора посредника", одређује да то могу бити "и друга питања од значаја за спровођење посредовања" што свакако даје могућност и да се стране унапред, пре почетка самог поступка, договоре да посредник предлаже решење спора. Ипак, из одредбе члана 2 ЗПРС следи да посредник само "помаже" странкама да постигну споразум што би се могло тумачити као прихватање фацилитативне, а не евалуативне улоге посредника.

Свакако да и ова, површна анализа упућује на неопходност јаснијег одређења улоге посредника у одредбама ЗПРС, односно да својим споразумом странке заправо одређују и улогу медијатора који учествује у састављању и изради споразума о решењу спора, али може и предлагати његову садржину. Нејасна позиција посредника може утицати и на успешност посредовања што би требало избећи.

У погледу медијабилности спорова законодавац користи мешовит метод. Прво се, уопштено, одређује да се посредовање примењује у "спорним односима у којима стране могу слободно да располажу својим захтевима, ако другим законом није прописана искључива надлежност суда или другог органа" (члан 3 став 1). Друго, конкретизује се да је посредовање могуће "нарочито" у имовинскоправним споровима чији је предмет испуњење обавезе на чинидбу, другим имовинскоправним споровима, у породичним, привредним споровима, споровима из области заштите животне средине, у потрошачким споровима и свим другим, али уз услов да посредовање одговара природи спорних односа и може да помогне њиховом разрешењу (члан 3 став 2).<sup>16</sup>

16 Уз наведене, као медијабилни одређени су и спорови у управним стварима под истим условом, затим, у случају кривичних и прекрајних ствари подобни за посредовање су искључиво имовинскоправни захтеви и захтеви за накнаду штете, а радни спорови ако посебним законом није другачије прописано (члан 3 ставови 2 и 3). Потпуно су искључени спорови у вези са утврђивањем и наплатом јавних прихода. Треба рећи да низ посебних закона предвиђа посредовање као начин решавања спорних односа код нас.

Када су ове, објективне границе медијабилности у питању,<sup>17</sup>оне се свакако односе на споровео "правима" којима странке могу слободно располагати па израз "захтев" који користи законодавац треба схватити као захтев у материјалноправном, а не у процесноправном смислу.<sup>18</sup>

Такође, прилично исцрпно набрајање из наведеног става 2 нема, према мишљењу изреченом у теорији, сврху енумерације већ представља "илюстративну листу медијабилних предмета",<sup>19</sup>односно само егземлификативно навођење неких врста спорова који су медијабилни,<sup>20</sup>па смо стога склони закључку да није ни било неопходно, а може условити проблеме.<sup>21</sup> Тако, на непотребност указује, нпр., то да код имовинскоправних спорова није реч о навођењу примерице стога што две наведене формулатије из става 2 заправо обухватају све врсте имовинскоправних спорова, а не "нарочито" неке врсте. Истовремено, лексика става 2 спорна је због употребљене формулатије "да посредовање одговара природи спорних односа". Ако се ова формулатија доведе у везу са изразом "нарочито" и одредбом става 1, то значи да мора бити реч о правима којима стране могу слободно да расположују, што би потврдило закључак о беспотребности набрајања неких од таквих спорова. Ако се, паљ, што је у условима законске непрецизности могуће, формулатија да посредовање одговара природи спорних односа шире тумачи, онда одредба става 2 није само примерице навођење неких медијабилних спорова из става 1 већ се успостављају другачији услови медијабилности. Такође, навођење у ставу 2 услова да посредовање "може да помогне" разрешењу спора је беспотребно јер је реч о општем услову приступања посредовању.

- 
- 17 О границима медијабилности, које уз објективне могу бити и субјективне и организационо-компетенцијске, видети S. Triva;M. Dika, *Gradansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 2004, стр. 925, 926.
- 18 Захтев у процесноправном смислу (тужбени захтев) је само правна претензија о чијој основности треба да се одлучи, или тврђња тужиоца да из чињеница које наводи у тужби простиличе правна последица одређене садржине о којој тражи одлуку суда. Видети S. Triva;M. Dika, нав. дело, стр. 410; Б. Познић, *Коментар Закона о парничном поступку (Према тексту Закона из 1976. године са доцијум изменама и допунама)*, Београд, 2009, стр. 409:419; Б. Познић; В. Ракић-Водинелић, *Грађанско процесно право*, Београд, 2015, стр. 308-311.
- 19 В. Павић; М. Ђорђевић, "Новине у правном оквиру за АДР у Србији", *Harmonius* 2014, стр. 257,
- 20 Видети коментар сличне формулатије ранијег Закона о мирењу Хрватске код S. Triva;M. Dika, нав. дело, стр. 926.
- 21 У Образложењу доношења ЗПРС наводи се да је набрајања неких од медијабилних спорова условљено потребом да се укаже на неке нове области у којима је посредовање могуће и да не представља ограничenu листу медијабилних спорних односа, Образложение ЗПРС, доступно на: <https://www.google.rs/search>, приступљено 06.03.2018.

Можда је, стога, било довољно навести одређене врсте спорова (грађанскоправне, привредне, радне, имовинскоправне) као медијабилне уз услов слободног располагања правима и обавезама из ових односа, а за све друге спорове, без набрајања, навести услов да то одговара природи правног односа и да за њих нису законом прописана другачија правила.<sup>22</sup>

Формулација става 2 члана 3 ЗПРС може се довести у везу и са околношћу да до посредовања долази и пре покретања судског (или другог) поступка, када медијабилност спора процењују стране у спору и медијатори, дакле најчешче правни лаици.<sup>23</sup> При томе, медијатори су завршили само тзв. основну обуку у трајању од пет дана.<sup>24</sup> Није предвиђена ни могућност саветовања са институцијама или стручним лицима одговарајуће специјалности.<sup>25</sup> При оваквом стању регулативе се тек у поступку принудног извршења постигнутог споразума процењује да ли је било дозвољено његово закључење.<sup>26</sup>

### **III Добровољно и обавезно посредовање**

Поред добровољног, упоредноправно се прихвата и обавезно мирење,<sup>27</sup> а ни Директиве 2008/52 га не забрањује, под условом да се тиме не крши право на приступ правосуђу, односно гаранције из члана 6 Европске конвенције.<sup>28</sup> И Европски суд правде прихвата став да је обавезан покушај мирења у оквирима допуштених ограничења права на приступ суду, односно да такво ограничење није диспропорционално јер је циљ ефикасније и

22 Тако, нпр., ZM RH, члан 1 став 2, док нпр., ZPCG, члан 1, не ограничава да је реч о споровима о правима којима странке могу слободнијо да располажу, али се односи на имовинскоправне спорове (мада невешто формулисано).

23 За посреднике видети услове из члана 33 став 2 ЗПРС, који упућују на то да не мора бити реч о дипломираним правницима.

24 Видети Правилник о програму основне обуке посредника, *Службени гласник РС*, бр. 146/2014.

25 Видети, нпр., одредбу члана 34 ZP CG, лоцирану, додуше, у оквиру правила поступка. Као генерална одредница била би свакако корисна у одређивању медијабилности спора.

26 Видети одредбу члана 27 став 2 ЗПРС.

27 Упоредноправни преглед о обавезном поступку мирења за Немачку, Италију, Енглеску и Хрватску, видети K. Knol Radoja, "Obvezno mirenje - osvrt na rešenja iz komparativnog i hrvatskog prava", *Pravni vjesnik*, God. 31, br. 2, 2015, стр. 116 и след., а за право Аустрије о посредовању видети шире C. Leon; I. Rohrachere, "EU Mediation, Law and Practice" (ed. G. De Palo; B.M. Trevor), 2012, стр. 11-18, доступно на: <https://books.google.rs/>, приступљено 12.03.2018.

28 Видети члан 5 Директиве 2008/52.

јефтиније решавање спорова.<sup>29</sup> ЗПРС прихвата концепт обавезног посредовања. Тако се, одредбом члана 9 став 1, у оквиру начела добровољности, захтева "изричита" сагласност странака, али и упућује на могућност обавезног посредовања које мора бити предвиђено посебним законом "као услов за вођење судског или другог поступка". Тиме обавезно посредовање добија значајпосебне процесне претпоставке, односно услова допуштености судске или друге заштите (допуштеност тужбе).<sup>30</sup> Општа дефиниција посредовања, из члана 2 ЗПРС, која инсистира на добровољности, није, међутим, усаглашена са одредбом члана 9. Ова контрадикција упоредноправно је избегнутатиме што се не инсистира на добровољности у дефинисању појма мирења и не дефинише посебно начело добровољности,<sup>31</sup> или се ово начело дефинише са аспекта слободне воље странака за учешће у поступку посредовања,<sup>32</sup> што и одговара смислу овог начела. Наиме, ни упућивање на посредовање нема смисао обавезног учешћа у поступку, осим ако је прихваћен систем санкционисања, нпр. у случају неразумног одбијања.<sup>33</sup> Да је учешће добровољно према ЗПРС следи како из формулатије самог начела у члану 9, тако и из одредбе члана 30ЗПРС којом се утврђује право странака "које су се уговором обавезале да у случају спора покушају да спорни однос реше посредовањем пре покретања судског или другог поступка правне заштите, (да) могу од поступка посредовања одустати у сваком тренутку". Мада ова формулатија упућује искључиво на случајеве када је претходно закључен споразум о посредовању, а не и на случајеве када је суд "упутио" на посредовање по посебном закону или "указао" на такву могућност, а странке је прихватиле и закључиле споразум, треба рећи да су одредбом члана 24, као општом, утврђени начини окончања поступка посредовања, између осталих и "изјавом једне странке да одустаје од даљег спровођења поступка..."(став 1 тачка 3) што потврђује добровољност учешћа у сваком случају.

Могло би се рећи да обавезно посредовање код нас успоставља дужност за суд или други орган пред којим је поступак покренут да упути странке на посредовање уз давање свих неопходних разјашњења о овом

29 Предмет *Rosalba Alassini and Others v. Telecom Italia SpA*, C-317/08, C-318/08 and C-320/08, of 18 March 2010.

30 Недостатак испуњености овог услова води одбацању тужбе, према општем ставу теорије грађанског процесног права, уместо свих, Б. Познић; В. Ракић-Водинелић, нав. дело, стр. 51-56.

31 Видети, нпр., одредбу члана 3 ZM RH.

32 Видети одредбу члана 3 ZP CG: "Странке у поступку посредовања учествују добровољно".

33 Тако, у Енглеској, у случају обавезног посредовања неразумно одбијање учешћа води обавези исплате трошкова противно принципу "губитник плаћа", али се у најновијој пракси шире његова примена на све случајеве неразумног одбијања посредовање, чак и неизјашњавања о предлогу противне странке за посредовање, видети K. Knol Radoja, нав. дело, стр. 117-121.

поступку, али не и дужност застранке да у њему учествују.<sup>34</sup> Такође, без обзира на то да обавезно посредовање мора бити изричito предвиђено посебним прописом, што подразумева и последице по допуштеност тужбе или друге иницијалне радње, било је добро и у ЗПРС унети одредбу о одбацивању акта којим се покреће судски или други поступак у случају да су се стране изричito обавезале да ће се спровести поступак посредовања, односно да у одређеном року или до наступања одређеног услова неће покретати или наставити судски или други поступак.<sup>35</sup>

Треба рећи и да одредба става 2 члана 9 није адекватно формулисана. Наиме, суд у случају обавезног посредовања "указује" странкама на могућност већих, напротив, "упућује" на поступак ИЗПП, одредбом члана 11, изричito одређује да ће суд "упутити" странке на медијацију или на информативно рочиште за медијацију,<sup>36</sup> у складу са законом. Стога је "указивање" резервисано за све друге медијабилне спорове који су већ покренути пред судом или другим органом, на шта упућује наставак формулације наведеног члана: "...а није предвиђено обавезно посредовање", односно, рекли бисмо исправније, обавезан покушај посредовања.

#### IV О неким од начела посредовања према ЗПРС

Када је реч о начелу добровољности, формулатија члана 9 став 2, којом је предвиђено да суд или други орган, који је у складу са посебним законом дужан да странкама укаже на могућност примене посредовања морају странкама да пруже сва потребна обавештења о могућности спровођења посредовања оправдано је критикована у теорији уз аргументацију да јој није место у оквиру начела добровољности, већ да се мора наћи у процесним законима.<sup>37</sup> Чини се и да овде није реч о давању обаве-

34 Тако Породични закон Републике Србије, "Службени гласник РС", бр. 18/2005, 72/2011- др. закон и 6/2015, који предвиђа обавезно посредовање у брачном спору покренутом тужбом једног супружника обавезује своди на то да суд позива странке на рочиште за посредовање, али од њихове воље зависи да ли ће се одавати и узети учешћа јер се мирење сматра неуспелим ако се један од супружника не одазове позиву, видети члан 232 и члан 237 став 1. У литератури се, такође, истиче да се и обавезни покушај решења индивидуалних радних спорова непосредним преговорима своди на задовољавање формалности, без стварне воље да се спор на овакав начин и реши, А. Uzelac; S. Aras; M. Maršić; M. Mitrović; Ž. Kauzlaric; P. Stojčević, "Aktualni trendovi mirnog rješavanja sporova u Hrvatskoj: dosezi i ograničenja", *Zbornik radova PF u Zagrebu*, нав. према, K. Knol Radoja, нав. дело, стр. 122

35 Овакву одредбу садржи ZM RH, члан 18.

36 Очигледна је неусклађена терминологија ЗПРС и Закона о парничном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 49/2013 - одлука УС, 74/2013 - одлука УС и 55/2014 (у даљем тексту: "ЗПП").

37 В. Павић; М. Ђорђевић, нав. дело, стр. 260.

штења о "могућности" спровођења посредовања већ о обавезном покушају, што је требало потенцирати, а у том смислу и подробније регулисати тзв. информативно рочиште. У теорији је већ истакнуто и да остаје нејасно зашто је законодавац на ниво начела уздигао правило насловљено као "прихватљивост доказа у другим поступцима" (члан 16), а има и ставова да би правила из овог дела ЗПРС требало обухватити кроз начело поверљивости<sup>38</sup> на шта упућује и став 1 наведеног члана. Ипак, између поверљивости, која је санкционисана обавезом накнаде штете за кршење обавезе чувања тајне о подацима, предлогима и изјавама у вези посредовања и доказне забране из члана 16 не може се ставити знак једнакости собзиром на последице. И сам начин на који је члан 16 редигован ствара извесне дилеме. Пре свих, овде није реч о "прихватљивости" доказа, већ о доказној забрани, дакле "неприхватљивости" која је, заправо, увођење изузетка од расправног начела слободне оцене доказа,<sup>39</sup> на шта упућује одредба става 3. Сврха правила је двострука: прво, да се обезбеди прикладна атмосфера у поступку посредовања, односно релаксирање странака гаранцијом да изјаве или предложи неће бити искоришћени против њих у случају покретања или наставка већ започетог судског или другог поступка који ће следити неуспешном окончању посредовања и, друго, да се прецизира које изјаве и предложи дати у овом поступку не могу бити искоришћени као доказ у судском или другом поступку.<sup>40</sup> Допуна члана 16 став 2, у смислу да се признање чињеница и признање захтева које није саставни део споразума о решењу спора не може користити у судском или другом поступку допринела би овим циљевима.<sup>41</sup>

Забрана из члана 16 односи се на одређене (набројане) категорије лица. При томе, може се поставити питање да ли забрана важи и за сва "трећа" лица, односно и она која нису учествовала у поступку као и на суд или други орган. Посебно се забрана може довести у везу са истражним овлашћењима која има, нпр., парнични суд у односу на контролу допу-

38 В. Павић; М. Ђорђевић, нав. дело, стр. 261.

39 "Странке су дужне да изнесу све чињенице на којима заснивају своје захтеве и да предложе доказе којима се утврђују те чињенице", члан 7 став 1 ЗПП.

40 A. Uzelac, "Zakon o mirenju (Objavljen u Narodnim novinama br. 163/2003, od 16. listopada 2003, stupio na snagu 24.listopada 2003), Komentar" (у даљем тексту "Zakon o mirenju"), доступно на: [http://www.alanuzelac.from.hr/pubs/D01Zakon%20o%20mirenju\\_s\\_kom\\_biljeskama.pdf](http://www.alanuzelac.from.hr/pubs/D01Zakon%20o%20mirenju_s_kom_biljeskama.pdf), приступљено 12.03.2018.

41 Упореди одредбу члана 15 став 1 ZM RH. Мишљења смо да ни коришћење појма "захтев" у овом контексту није исправно. Реч је о признању захтева у материјалноправном смислу, односно регулисању међусобних (материјалних) права и обавеза. Појам "захтев" асоцира на процесни, нпр., тужбени захтев.

штености страначких диспозиција (члан 3 став 3 ЗПП). У теорији се прихвата став да је реч о субјективно апсолутној забрани.<sup>42</sup> Но, када је реч о врсти података или информација, одредба члана 16 мора се довести у везу са поверљивошћу из члана 13, односно да се странке могу споразумети да се искључи забрана изношења "података, предлога и изјава", а то подразумева и доказне предлоге, као и да забрана не важи ако се они морају саопштити по закону, ради заштите јавног поретка, заштите најбољег интереса детета, спречавања наношења штете физичком или психичком интегритету лица и због спровођења споразума странака.

Недостатак регулативе када је реч о доказним забранама постоји када је реч о изношењу исправа. ЗПРС искључује могућност њиховог коришћења уколико су припремљене искључиво за потребе поступка посредовања. Општост формулатије условљава да су обухваћене и исправе које су нужнепо закону за спровођење или извршење постигнутог споразума. Оне би, међутим, морале бити изузете од забране како би се обезбедили услови за спровођење или извршење споразума. Из члана 13, којим је регулисана поверљивост, то и следи, али би одредби било пре место у оквирима изузетака од доказних забрана. Такође, када су у питању исправе, доказна забрана не би требало да важи за оне које се на било који начин односе на трећа лица, односно прејудицирају правну позицију трећих лица која нису учесници поступка посредовања.<sup>43</sup>

### V Време покретања поступка посредовања према ЗПРС

За разлику од закона држава у окружењу, одредбе члана 30 ставови 1 и 2 ЗПРС, омогућавају странкама покретање поступка посредовања пре или након покретања судског поступка, али и у току поступка по правним лековима или у току поступка извршења, односно све до окончања поступка извршења. При томе, помиње се само судски поступак, а генерално се поступак посредовања може водити пре и у току и других поступака.<sup>44</sup> Да ли је законодавац хтео да обухвати само судске поступке, или је реч о непрецизности, остаје нејасно.

Такође, ма колико да, на први поглед, овако екстензиван приступ може допринети сврси, односно циљевима посредовањем, отвара и неке-дилеме. Пре свих, сам ЗПРС односи се на решавање "споре", а у току поступка извршења спора више нема, он је разрешен у поступку из кога

42 S. Triva; M. Dika, нав. дело, стр. 933, 934; A. Uzelac, Zakon o mirenju, стр. 30.

43 S. Triva; M. Dika, нав. дело, стр. 934.

44 У руброму овог дела ЗПРС и стоји "Онос посредовања и судског или другог поступка".

потиче извршна исправа. Мада је неспорно да неки вид "посредовање" може да се препозна у улози јавног извршитеља који асистира у договору извршног повериоца и дужнику о самом извршењу, то није област коју регулише ЗПРС,<sup>45</sup> а јавни извршитељи нису посредници(немају квалификације) и оваква њихова активност није посредовање у решавању спора. Стога се мора закључити да је и овде реч окласичном посредовању после доношења првостепене судске одлуке. Ако би, при томе, већ постојала извршна исправа, а извршни поступак на основу ње није још покренут, то би значило, ако се закључи споразум у поступку посредовања и стекне својство извршности да онставља ван снаге постојећу извршну исправу као основ за извршење. Но, овде се мора поставити питање, шта би био интерес лица које има извршну исправу и које је успело у спору, да "од готовог прави версију" и учествује у поступку посредовања како би се спор у коме је већ победио опет решавао и то компромисом. Једино у случају делимичног успеха у судском или другом поступку за обе странке посредовање би имало смисла, али је питање може ли се овде компромисом странака постићи повољнији исход за обе стране.

Уколико је, међутим, већ покренут поступак извршења споразум постигнут посредовањем би требало да садржи и договор да извршни поверилац повуче предлог за извршење<sup>46</sup>, што има за последицу обуставу поступка извршења. Оваква сагласност могућа је и у случају посредовања после правноснажности решења о извршењу. Друга могућност је да странке постигну сагласност о одлагању извршења из члана 121 ЗИО. Примена института обуставе по службеној дужности према члану 129 став 1 ЗИО могућа је у околностима које су изричito набројане, као и "из других разлога одређених овим или другим законом", при чему ЗПРС о томе нема одредбу. Ипак, чини се да је и овде кључно питање интереса извршног повериоца да учествује у посредовању, посебно стога што је већ предујмио и трошкове поступка извршења.<sup>47</sup>

Што се поступак по правним лековима тиче такође је кључно питање интереса странке која је успела, посебно потпуно, у судском или другом поступку, да у поступку посредовања учествује. Помињање генерално правних лекова подразумевало би и редовне и ванредне правне лекове. Уколико је реч о ванредним, пресуда, односно одлука је постала

45 О томе одредбе садржи Закон о извршењу и обезбеђењу, Службени гласник РС, бр. 106/2015, 106/2016 - аутентично тумачење и 113/2017 - аутентично тумачење.(у даљем тексту "ЗИО"),

46 Видети одредбу члана 65 ЗИО

47 Видети члана 33 став 1 ЗИО

правноснажна, а под условом протека париционог рока, уколико је кондемнаторна, и извршна. За претпоставити је да ће странка која је успела покренути одмах поступак принудног извршења, па се поставља питање мотива за сагласност на покретање поступка посредовања. Чак и када посредовање није само начин решења текућег спора, већ, нпр., очувања добрих пословних односа и будуће сарадње, судски или други поступак који је претходио сасвим је сигурно даље продубио насагласности и допринео поремећају односа међу странкама па је тешко претпоставити пристанак на посредовање и успешно окончање. Питање је, такође, када је реч о посредовању у поступку по правним лековима да ли је довољан мотив пристанка странке која је успела у првостепеном поступку, а посебно када је успела и у поступку по жалби противне странке, само то да постоји потенцијална опасност од успешности ванредног правног лека. При томе и та странка треба да "попушта" јер посредовање захтева компромис, можда да се одрекне трошкова поступка, да пристане на обавезивање друге странке у мањем обиму или под неповољнијим условима.

Чини седа прави смисао посредовања има пре покретања судског или другог поступак заштите као и у почетним фазама ових поступака. Већ у даљем току првостепеног поступка странка која има добре изгледе на успех према развоју расправе у меритуму губи мотивацију за посредовање, а посебно је то у случају успеха у спору. Стога је информисање о предностима медијације уместо судских или других поступака, на бројне и различите начине, и кључно за његову ширу примену.

**Prof. Dr Dušica PALAČKOVIĆ**  
University of Kragujevac Faculty of Law

**MEDIATION IN RESOLVING DISPUTES IN THE REPUBLIC  
OF SERBIA**

**(Review of Certain Provisions of the Law on Mediation  
in Resolving Disputes)**

**Summary**

*The advantages of mediation, recognized at global level, as well as the necessity to comply with the internationally assumed obligations, particularly the standards of the European Council, influenced the Republic of Serbia to accept this method of resolving disputes. The new Law on mediation in resolving disputes, as well as the previous one, the Law on mediation from 2005, regulates this alternative way of disputes resolution in a general way. Analyzing certain provisions of this law, we could discern some inconstancy and deficiency in the normative approach. In this paper, the author examines the provisions related to the types of mediation classified according to the role assumed by the mediator, disputes "mediability", some of the principles defined by this law, particularly the principle of confidentiality and the way of regulating evidence acceptability, compulsory mediation and the time when the mediation can take place, in cases when the court trial or other type of procedure has already commenced before a relevant body. In addition, the author has pointed that it is necessary to make some of the provisions more precise, even to change or amend them in order to facilitate the effective application of the law and allow its wider use in practice.*

**Keywords:** mediation, the role of mediator, confidentiality, evidence acceptability, time frame.