#  *А Д В О К А Т*

#  *ДЕЈАН С. КРСТИЋ*

**Београд, Булевар краља Александра 422/30, тел/факс: 011/26-27-849, моб: 061/29-99-345,**

**e-mail:idkrstic@yahoo.com**

**АДВОКАТСКА КОМОРА СРБИЈЕ**

**Председнику и члановима управног одбора**

**Дечанска 13, 11000 Београд**  Београд, 10. септембар 2019. године

**ПРЕДМЕТ: Примедбе и сугестије на радни текст Националног стратешког оквира/Стратегије и Акционог плана за унапређење медијације у Републици Србији који је сачини Врховни касациони суд уз подршку организације „ЕУ за Србију“**

Поштоване колеге,

Одлуком Управног одбора Адвокатске коморе Србије са 51. редовне седнице Управног одбора, одржане дана 8. септембра 2019. године, као једна од активности у склопу учешћа Коморе у законодавном раду, конкретно изради Предлога Закона о изменама и допунама Закона о посредовању, предвиђено је и изјашњење Коморе на радни текст Националног стратешког оквира/Стратегије и акционог плана за унапређење примене медијације у Републици Србији (у даљем тексту: Стратегија)

Као свој лични појединачни акт у склопу заједничког напора, овим дописом бих скренуо пажњу на неке основне примедбе на достављени текст Стратегије, уз наду да ће помоћи у формулисању заједничког става чланова Управног одбора.

Општи утисак по читању предложеног текста Стратегије је да она садржи све оно што јој није неопходно, а да не садржи ништа од онога што је реално потребно да би се систем медијације, по замисли Владе Републике Србије, поставио на солидне основе и у некој будућности дошао до пројектованог резултата.

Општи контекст доношења Стратегије на првом месту поставља питање сврховитости успостављања једног система који, по констатацији садржаној у самој Стратегији, безуспешне покушаје чини још од 2005. године. Очигледно је да аутору текста промиче једна стара правна истина – да живот кроји право, а не обрнуто.

Сваки пропис мора поћи од реалне животне потребе да регулише некакву нову појаву, решење или институт у правном систему, али је већ са горе реченог јасно да у случају медијације таква потреба заправо и не постоји. Зашто? Па просто зато што се суштина медијације, као поступка мирног решавања спора, у правном саобраћају и те како остварује у оној мери у којој то постојећа законска решења и реалне потребе правног саобраћаја захтевају и омогућавају.

Суштина мирног решења спора је договор супротстављених страна, при чему је најближа позитивном исходу ситуација у којој су обе стране спремне да одустану од максималног захтева. У огромном броју случајева сам живот и рационално промишљање страна у спору доводи до договора супротстављених страна и пре подизања тужбе, па се у том смислу медијација просто већ остварује и има своје место и функционалне механизме у правном систему.

Сами учесници једног правног односа увек могу да се договоре, и најчешће то тако и бива, па би у већини случајева код потенцијалног посредника странке већ дошле са спремним договором, а када је тако, шта ће им посредник?

У горе наведеним ситуацијама је од огромног значаја улога адвокатуре, јер је Законом о адвокатури, и то чланом 3 став 1 тачка 5, прописано да у пружање правне помоћи, као основну делатност адвокатуре, без сумње спада и посредовање у решавању спорова. Поступак, однос према странкама и сви остали елементи поступања адвоката у посредовању су јасно регулисани Законом о адвокатури, Статутом АКС и Кодексом преофесионалне етике адвоката. Са те стране гледано, потреба државе да уреди медијацију кроз посебан поступак заправо ни не постоји, јер има и законодавни оквир и потпуно функционалан стручни кадар који је у стању да ту потребу задовољи и оствари друштвену функцију коју јој Стратегија намењује.

Даље, Законом о парничном поступку је на сасвим задовољавајући начин правно уоквирена формална могућност странака у спору да мирно реше свој проблем пре, на почетку, или током парничног поступка. Ово је све у складу са остваривањем на првом месту Уставом Републике Србије загарантованих права и слобода грађана, а затим и остварење принципа добровољности и аутономије воље у заснивању или раскидању правних односа у оном ужем правном оквиру који формира корпус грађанског/их права, првенствено облигационог.

Сваки посебан закон чији је предмет била медијација као некакво претпостављено средство растерећења судова и успостављање ефикаснијег система решавања спорова је само додатно закомпликовао ситуацију, а није довео до реалног повећања броја спорова решених мирним путем, нити су грађани похрлили да своје парнице замене лагодним и брзим медијацијама и поред упорне кампање медијске промоције тог института. Најефикаснији решење за проблем преоптерећености судова је веома очигледно: повећати број извршилаца, односно изабрати још судија и запослити још административног особља, како би уопште физички било могуће обрадити толики број предмета.

Стратегијом је предвиђено да у пет година њене примене циљ буде 10% парничних предмета решених медијацијом, при чему се не наводи да ли би се у тај број рачунао и број судских предмета завршених поравнањем, или на неки други начин договором странака, или би се то односило само на предмете формално завршене пред посредником и у поступку посредовања, односно медијације.

Очигледно је да ни сам циљ Стратегије није јасно дефинисан, и да највећи део текста заправо представља описивање правног оквира и носилаца активности на спровођењу реформе, али да нема даље разраде и оперативног плана, при чему се нигде не могу наћи одговори на нека од најважнијих питања која се постављају у елементарном правнологичком смислу.

Није познато чак ни то који су основни принципи на којима би био постављен систем медијације.

Имајући у виду да у нашем правном и судском систему постоје принципи слободног приступа суду, права на коришћење правног средства, права да о захтеву странке одлучи суд у законитом поступку, и томе слично, јасно је да медијација не сме бити постављена као обавезна фаза која претходи подношењу тужбе у парничном поступку.

Било какво условљавање подношења тужбе претходно покушаним поступком медијације или обавезним првим састанком пред медијатором је на првом месту противуставно, затим нелогично, и на крају губљење времена.

Јасно је да је основни принцип медијације добровољност, и да то законодавац увек мора имати у виду.

Други принцип је сам по себи логичан, а односи се на ефикасност као претпостављени квалитет поступка медијације. Ефикасан законом уређени поступак у својој суштини мора да подразумева да њиме руководи стручно лице, те да учесници поступка морају имати и адекватну правну помоћ, поступање мора бити у кратким временским роковима, при чему исход поступка мора бити правни акт који би имао својство правноснажности и извршности, иначе цела идеја губи смисао.

Стартегија не даје одговоре на питање какве квалификације би морала имати лица која воде поступак, али се некако само по себи намеће да би то морали бити правници са положеним правосудним испитом, јер поступак регулисан законом не би смело да може да води неко ко није правник, будући да је лаицима по правилу тешко да разумеју и материјалноправне и процесноправне појмове и механизме, што их наравно лишава и способности да схвате значај евентуалне одлуке коју произведе поступак медијације по права, имовину или статус учесника поступка.

Према томе, било каква идеја у смеру омогућавања правним лаицима да, осим као странке, учествују у поступку је сама по себи нелогична и „на прву лопту“ отежава остваривање принципа ефикасности.

Стварање некаквих нових „правосудних“ или „пара-правних“ професија никако није решење проблема, јер би се омогућавањем лицима било које друге струке осим правне да буду посредници – медијатори, заправо кршила и одредба члана 67 став 2 Устава Републике Србије, а тиме би се на мала врата омогућило пружање правне помоћи лицима којима то Устав не дозвољава, што је посебан проблем.

Зар је заиста могуће озбиљно бранити став да у било каквом посредовању може столар, хирург, политиколог, какву год обуку да прође, да предочи или на било који начин допринесе помирењу до крви завађених парничних странака, осим да их најљубазније лепо замоли да се они, ето, помире и седну да мирно реше спор? Посредник мора имати озбиљно искуство у правним питањима и поступцима, преговарачке вештине и осећај за правично, а те особине већ на први поглед упућују на неког судију, или пак добронамерног и стручног адвоката.

Као основни механизам спровођења Стратегије замишљена је измена Закона о посредовању, али те измене би извесно захтевале измене и неких других, системских прописа, чије измене по правилу доводе до додатног одуговлачења и лутања у тражењу ефикасних решења, па ни то није аргумент у корист Стратегије.

Стратегијом је, на пример, предвиђено да као једна од активности на унапређењу примене медијације буде спроведена, поред унапређења законодавног оквира, стварања неопходних стручних, техничких и административних предуслова, и тако даље, још и успостављање система лиценцирања и едукације релевантних актера за медијацију у складу са најбољом међународном праксом…

Питања која се овде постављају су: ко би вршио ту едукацију? Шта едукација обухвата? У чему је сврха лиценци? Ко би их издавао? Да ли би сврха едукације била стварање некакве нове правосудне професије, која би омогућила лицима која нису правници да учествују у правосудном систему у истој равни са судијама или адвокатима? Због чега држава тежи лаицизацији права? То је била одлика самоуправног социјалистичког система, а модерна демократска друштва би требало да теже професионализацији правосудног система, демократичности, ефикасности, олакшању приступа суду, а то се не може постићи без јасно уочених и дефинисаних проблема, изналажења практичних, сврховитих и законитих решења, те препознавања адекватних носилаца пројектованих реформистичких захвата у правосудни систем.

На крају, као једна од битних компоненти на којима Стратегија инсистира је и хуманији карактер медијације као начина решавања спорова, те њена социјална функција која није баш најјасније објашњена, па би то могла бити једна од тема за даљу дискусију, ако дискусију не заустави непорецив став да је хуманије грађанину омогућити да у складу са Уставом и законима оствари своје право пред судом, него да му се намеће да свој проблем реши у поступку пред новоустановљеним полудржавним органом који по замисли законодавца не мора да познаје ни материјално право ни било какав други поступак, већ ваљда људску душу…

Оно где Стратегија погађа у суштину је што констатује да ни грађани нису претерано заинтересовани за поступак медијације, па је већ сама та чињеница требало да државу натера на размишљање у ком правцу је примена медијације требало да буде промовисана, те на који начин.

Закључак би био да за Стратегију и унапређење медијације заправо не постоји ratio legis ни у оном свом примарном, најсуштаственијем смислу, односно то се из предложеног текста не може установити, па је потребно текст Стратегије засновати на реалном сагледавању да ли уопште постоји потреба за увођењем система посредовања у решавању спорова, затим осмислити ефикасне начине и механизме увођења новог формалног поступка, ако се већ без тога не може, и на крају сагледати и дефинисати руководиоце и учеснике тог поступка, те правни значај и дејство одлуке која би била исход таквог поступка.

Тек тада би се могло рећи да Стратегија има циљ, метод, решења и сврху, а у овом тренутку, бојим се, би се јако тешко могао бранити такав став.

С поштовањем и колегијалним поздравом,

Дејан С. Крстић, адвокат у Београду