

MIRENJE KAO ALTERNATIVA SUĐENJU

Alan Uzelac

I. Uvodne napomene – u potrazi za alternativom

1. Europski pravosudni sustavi suočavaju se u posljednjem desetljeću prošloga i prvom desetljeću ovoga milenija s ozbiljnim izazovima, koji u mnogim zemljama imaju sva obilježja krize. Premda je stanje u raznim državama različito, problema nije pošteđen gotovo nitko, bez obzira na pravnu tradiciju i stupanj razvoja.¹ Intenzitet i ishodišta poteškoća koje pravni sustavi imaju u pružanju pravne zaštite svima kojima se nalaze pod njihovom jurisdikcijom mogu se veoma razlikovati, no čini se da neke zajedničke crte postoje svuda. Jedna od njih je u tome da pravosuđa demokratskih zemalja (i zemalja koje tome idealu teže) tendiraju tome da postanu žrtve svoga posebnoga i povlaštenog položaja, kao i ugleda – i očekivanja javnosti – koje sudovi uživaju u sustavu podjele vlasti. Dinamika modernih pluralističkih država proizvodi po svojoj prirodi konflikte – sukobe i nesuglasice – a oni se u sve većoj mjeri u pluralističkom društvu u kojem ne postoji apsolutni i neograničeni politički arbitar iznose upravo pred sudove. Danas se jednim od najtemeljnijih prava građana smatra pravo na pristup nezavisnom i nepristranom sudu, pa gotovo da više i ne postoji država koja ga ne bi proklamirala. No, nusproizvod takvog razvoja je i činjenica da se državni sudovi nalaze pred izazovima kojima teško mogu odgovoriti: pravosuđe u izvjesnoj mjeri postaje talac vlastitog uspjeha. Povjeravanje rješavanja velikog važnih socijalnih pitanja na sudove dovode u mnogim državama do povećanog trajanja sudskih postupaka. Društveni ugled koji u sustavu podjele vlasti imaju sudovi i pravna profesija kao takva dovode do povećanja cijene pružanja pravne zaštite. Zaštićeni položaj i sve izraženija profesionalna i statusna nezavisnost, ili čak autonomija pojedinih ključnih profesija u pravnoj struci (sudaca, odvjetnika i drugih) dovode do svojevrsne autarhičnosti i smanjuju sposobnost za brze promjene i prilagođavanja.

2. Zbog svih ovih razloga, u Europi je danas aktualnija no ikada ranije potraga za alternativom – traga se za metodama koje bi otvorile građanima i druge puteve rješavanja njihovih sporova, uz zaobilaznje često sporog, neučinkovitog, skupog, a ponekad i nekvalitetnog suđenja pred tijelima državne sudbene vlasti. Ovo postaje imperativ kako zbog građana, kojima država treba zajamčiti prikladne institucionalne metode rješavanja njihovih sporova, tako i radi samih sudova, jer bi alternative sudskom postupku mogle preuzeti barem jedan dio pritiska koji sudovi osjećaju, rasteretiti ih dijela posla, a samim time i ubrzati i poboljšati njihov rad.²

3. Ideja traženja alternative sudskom postupku svakako nije nova. Autonomne metode rješavanja sporova postojale su otkako postoji i pravo kao sustav društvene regulacije. I samo se suđenje povijesno razvilo kao ekstenzija nastojanja da se pomogne stranama u sukobu da samostalno i nenasilno prevladaju međusobne probleme. Međutim, u drugoj polovici devetnaestog stoljeća i u dvadesetom stoljeću, razvoj državnog birokratskog aparata u određenoj je mjeri zasjenio druge metode rješavanja sporova, pa su i danas u većini europskih država pravno obrazovanje i praksa zasnovani na tezi da je sudski postupak standardna,

¹ Za raspravu o krizi pravosuđa u međunarodnom kontekstu usp. Zuckermann, A.A.S. (ur.), *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedure*, Oxford, 1999; u hrvatskom kontekstu u kontekstu dijagnoze stanja pravosuđa objavljeno je mnogo stručnih radova. V. između ostaloga *Hrvatsko pravosuđe u krizi*, Zagreb, 2000.

² Za razne pravce razvoja medijacije u Europi v. Serverin, E., What place is there for civil mediation in Europe?, Strasbourg (CoE), CJ-EJ (2000) 6 (ekspertno izvješće za radnu skupinu o efikasnosti pravosuđa Vijeća Europe).

redovita, a ponekad i isključiva metoda rješavanja pravnih sporova. Nasljeđe državnog apsolutizma dovelo je do toga da se rješavanje sporova u pravnoj struci, pa i u politici, do nedavno primarno promatralo odozgora, iz perspektive državnog aparata koji intervenira u društvene odnose primjenjujući apstraktne pravne norme na pojedinačne slučajeve. Iz te se perspektive nerijetko zaboravljalo na druge mogućnosti, ili ih se marginaliziralo. K tome, iz te je perspektive i sam spor između stranaka bio sagledavan tek kao povod da se aktivira državni pravosudni aparat, koji mora demonstrirati kako se pravda vrši na djelu čak i bez obzira na želje i interese stranaka – a nekad čak i protiv njihovog interesa.

4. Danas se ova perspektiva u velikoj mjeri promijenila. Sve više raste pritisak na državu da osigura građanima i pravnim osobama prikladne mehanizme rješavanja sporova, a taj pritisak dolazi odozdo, od samih građana te njihovih organizacija, u prvom redu iz poduzetništva i javnih medija. I pogled struke sve se više mijenja, čak i u državama normavne, deduktivne pravne tradicije – postaje važniji pragmatički elemenat: kako brzo i efikasno riješiti spor, a ne kako utvrditi apstraktnu istinu i pravdu pod svaku cijenu (*fiat iustitia, pereat mundus*). Zato, dok se u pojedinim državama europske pravne tradicije još do pred nekoliko desetljeća iz državne perspektive svaki autonomni i nedržavni mehanizam rješavanja sporova smatrao svojevrsnom nelojalnom konkurencijom državnom pravosuđu, koje je prema njemu gajilo određene sumnje, pa čak i neskrivene antipatije, danas alternative aktivno traži i potiče i država i njeno pravosuđe, u nadi da će tako i sebi olakšati posao. Poticanje alternativnih metoda rješavanja sporova danas je proglašeno političkim prioritetom u Europskoj Uniji.³ Alternativne metode – medijacija i concilijacija – potiču se na globalnom i regionalnoj razini, i od međunarodnih organizacija kojima Hrvatska već pripada, kao što su Ujedinjeni narodi i Vijeće Europe.⁴

II. Alternativno rješavanje sporova (ADR) - o izrazu i njegovom značenju

5. Izraz „alternativno rješavanje sporova“ potječe upravo iz opisane psihologije, u kojoj je sve što nije sudski postupak smatrano iznimkom. Izraz „alternativa“ već je po sebi predstavljao svojevrsan napredak, jer je davao legitimitet pokušajima koji su u nekim zemljama bili čak i proskribirani. Međutim, izraz „alternativa“ indicirao je i da se radi o nečem rijetkom – nečemu što se tolerira na rubovima „pravoga“ pravnog establišmenta. Napretkom i rastom takvih „alternativa“ počelo se mijenjati i shvaćanje o njihovom mjestu, pa i o prikladnosti izraza, tako da se upravo u državama anglosaksonske pravne kulture koje su i uvele pojam

³ Vidi smjernice Europske Unije izražene u temeljnom dokumentu o mirenju koji je Europska komisija objavila u travnju 2002. kao tzv. Zelenu knjigu: „ADR 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“. *Green Paper on alternative dispute resolution in civil and commercial law*, COM(2002)196fin., http://www.europa.eu.int/comm/off/green/index_en.htm (u daljnjem tekstu: Zelena knjiga EU), str. 5. Važnost alternativnih načina rješavanja sporova bila je naglašena 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. Usp. Zelena knjiga, par. 14-15.

⁴ U kontekstu UN, usp. napore na promicanju mirenja u sklopu nastojanja za harmonizacijom međunarodnog trgovačkog prava (v. sažetak u *Guide to Enactment and Use of the UNCITRAL model Law on International Commercial Conciliation*, UN doc. A/CN.9/514, par. 13-17). Za Vijeće Europe usp. više preporuka o korištenju mirenja (medijacije) u građanskim, obiteljskim i kaznenim stvarima. Vidi preporuku Vijeća ministara Rec(2002)10 od 18. rujna 2002 (o medijaciji u građanskim stvarima); Rec(1998)1 od 21. siječnja 1998 (o obiteljskoj medijaciji); Rec(99)19 od 15. rujna 1999. (o medijaciji u kaznenim stvarima) – sve preporuke dostupne na http://www.coe.int/T/E/Legal_Affairs/Legal_co-operation/Operation_of_justice/Efficiency_of_justice/Documents/4List_rec.asp.

„alternativnog rješavanja sporova“ (eng. *alternative dispute resolution*) počeli javljati sve snažniji glasovi u prilog promjene izraza, jer ono što je nekada bila alternativa, barem u nekim je slučajevima postao redovit slučaj. U međuvremenu je, međutim, engleska kratica ADR postala gotovo globalno prihvaćena, tako da se barem u dogledno vrijeme ne očekuje njezina zamjena drugim izrazom.⁵

6. U samim počecima, izraz ADR obuhvaćao je sve izvansudske metode rješavanja sporova, uključujući u te metode i arbitražu – suđenje pred nedržavnih sudom sastavljenom od osoba od povjerenja stranaka, kojima one svojim sporazumom daju pravo da donese obvezujuću odluku o njihovom sporu, koju stranke mogu po potrebi i prisilno izvršiti uz asistenciju državnog aparata prisile. Ubrzo se, međutim napustilo takvo shvaćanje. Naime, arbitraža kao način rješavanja sporova ima drugačiju (u mnogim državama i dužu) tradiciju od drugih nedržavnih metoda rješavanja sporova, pa i mnoge osobine koje je čine sličnijom sudskom postupku, negoli metodama obuhvaćenima izrazom mirenje (medijacija, concilijacija). K tome, u zemljama u kojima se paralelno razvila intenzivna praksa i u pogledu arbitraže, i u pogledu medijacije, u izvjesnoj su se mjeri ove djelatnosti specijalizirale, tako da se, unatoč mnogim dodirnim točkama, promatraju kao dvije kompatibilne, no ipak različite metode rješavanja sporova.

7. Danas se zato uglavnom smatra da arbitraža nije obuhvaćena izrazom ADR, nego da se u alternativne načine rješavanja sporova ubrajaju samo oni postupci u kojima sam rezultat nije obvezujuća odluka.⁶ K tome, čini se da se iz različitih se razloga, posebno u zemljama izvan engleskoga govornog područja, pokušava pronaći jedan drugi općeniti izraz koji bi obuhvatio kontinuum ovih metoda, premda do sada još nije prihvaćen jedinstveni standard. Najčešće su u uporabi izrazi latinskih korijena – izraz medijacija (posredovanje) te izraz concilijacija (mirenje), no čak i na međunarodnom planu različite institucije preferiraju različite izraze, a još su uvijek snažne i struje koje ovim izrazima žele dati različita, uglavnom uža značenja.

8. Izraz „alternativno rješavanje sporova“ valja razgraničiti u još jednom smjeru. U njemu je već sadržana indikacija da se odnosi na *sporove*, a ne na svaki tip nesuglasica, konflikta ili sukobe. U tome smislu, iako je rješavanje sporova kod mirenja, medijacije i drugih alternativnih metoda široko postavljeno, pa može obuhvatiti i interese stranaka, pa i druge, nepravne konflikte koji među strankama postoje, u središtu je ipak *pravni spor* – dakle spor o strankama o sadržaju uzajamnih prava i obveza. Drugi „sporovi“ (osobne, emocionalne, psihološke ili druge prirode) mogu biti incidentalno uzeti u obzir, no samo funkcionalno - s obzirom na značenje koje imaju u kontekstu rješavanja spora o sadržaju uzajamnih prava i obveza stranaka.

⁵ Svjesni toga, u engleskom govornom području pobornici izvansudskih metoda rješavanja sporova pokušavaju zadržati kraticu ADR, uz pronalaženje alternative za „alternativno“ (*alternative*). Govori se tako npr. o *amicable dispute resolution, appropriate dispute resolution* itd. (prijateljsko rješavanje sporova, prikladno rješavanje sporova). Čini se da zbog uronjenosti u jedno govorno područje ovi pokušaji nemaju globalnog izgleda na uspjeh. Sporadični pokušaji da se na domaće jezike prevede kratica ADR (npr. kao ARS) doimaju se nezgrapno i imaju male šanse za širim prihvaćanjem.

⁶ Razlika u odnosu na arbitražu sadržana je već u definiciji alternativnih metoda rješavanja sporova u programskom dokumentu EU - vidi *Green paper*, str. 6: „Alternative methods of dispute resolution, for the purposes of this Green Paper, are defined as out-of-court dispute resolution processes conducted by a neutral third party, *excluding arbitration proper*.“

III. Tipologija metoda rješavanja sporova

9. Kako se uporaba pojmova još globalno nije ustalila, teško je ili nemoguće dati njihove jednoznačne općeprihvaćene definicije. Velika prednost različitih nesudskih metoda rješavanja sporova jest njihova fleksibilnost. Ona međutim dovodi i do toga da se u praksi razvio aglomerat dosta difuznih praksi i tehnika koje su dobivala različita imena, ovisno o mjestu i izvoru njihova postanka. Umjesto deskripcije različitih takvih metoda, pokušat ćemo kroz modelsku analizu, dati kriterije opće tipologije metoda rješavanja sporova, u koju bi se potom pojedine tehnike i metode rješavanja sporova mogle smjestiti.

10. Podjela metoda rješavanja sporova može se provesti prema više kriterija. Pri tome je moguće da se po različitim kriterijima metode uzajamno kombiniraju, tako da je teško ili čak nemoguće imati sasvim konzistentnu podjelu koja bi beziznimno razlučila dva ili tri modela (npr. suđenje, arbitražu i ADR) po svim kriterijima. Kriteriji po kojima se pojedine metode mogu dijeliti jesu:

- sudjeluje li u postupku rješavanja sporova neutralna treća osoba;
- postoji li u postupku ovlaštenje za donošenje odluke te je li eventualna odluka obvezujuća za stranku ili ne;
- može li se rezultat postupka, ako ima obvezujuću snagu za stranke, neposredno podvrgnuti ovrsci;
- provodi li se unutar ili u vezi postupka pred državnim sudom ili nije povezan sa sudom;
- provodi li postupak osoba koja ima status državnog dužnosnika/slужbenika ili je riječ o privatnoj osobi (eventualno licenciranoj od strane države).

11. U narednih pet tablica pokazuje se kako se pojedine metode mogu klasificirati prema različitim kriterijima. Neke modelske tendencije vidljive su iz pokušaja da se po raznim kriterijima smjeste „klasične“ i „alternativne“ metode - npr. opreka između suđenja pred državnim sudom, koje provodi sudac kao državni dužnosnik, uz ovlast da odlučuje te da njegova odluka ima svojstvo obvezatnosti i potporu državnog aparata pri ovrsci, te mirenja kao postupka koji izvan suda provodi privatna osoba od povjerenja stranaka, bez ovlasti odlučivanja i bez mogućnosti da se rezultat postupka prisilno izvrši. Ipak, vidljivo je da postoji i niz prijelaznih oblika i kombinacija, gdje se na istoj strani podjele mogu naći i oni oblici koji bi po drugim kriterijima bili dijametralno različiti.

12. Tako npr. i suđenje i mirenje imaju zajedničku odliku koja se sastoji u tome da se postupak provodi uz sudjelovanje neutralnog trećega, po čemu se razlikuju od pregovora (bilo neposrednih, bilo posredstvom osoba koje zastupaju interese strana u sporu), gdje nema objektivnog i nepristranog čimbenika u postupku. Nadalje, premda postoji tendencija da se pred sudom odlučuje o pravima stranaka, a da se izvan sudskog postupka stranke nastoje navesti na sporazumno rješenje konflikta, i ovdje postoje važne iznimke: i unutar sudskog je postupka moguće poticati sporazumno rješenje (sudsku ili izvansudsku nagodbu), a izvan suda moguće je konačno odlučivati o pravima (npr. arbitražnim pravorijekom).

13. Pri tome, posebno se mogu izdvojiti neke kvazi-adjudikativne metode rješavanja sporova, kod kojih je odluka koju tijelo koje provodi postupak donosi tek element u nastojanju da se postigne sporazumno rješenje, jer omogućava da se ili reducira broj spornih pitanja, ili da se realnije procijene vlastite šanse i šanse protivnika u eventualnom obvezatnom sudskom postupku. Tako se i u nizu ADR („alternativnih“) tehnika može donositi odluka – npr. dajući ocjenu pojedinih tehničkih pitanja (rana neutralna evaluacija) ili provodeći „pokusno“ suđenje

u kojem je odluka koja se donosi neobvezujuća, no poticajna simulacija mogućeg pravog ishoda postupka (pokusno suđenje, mini trial). U nekima od takvih metoda stranke tek na kraju, kada saznaju za rezultat postupka, mogu odlučiti hoće li on za njih biti obvezujući ili ne (npr. u sustavima procjene spora u kojima se stranke obvezuju da će u određenom roku nakon primitka odluke adjudikatora pokrenuti daljnji postupak, a ako to ne učine, odluka će za njih biti obvezatna).

14. I u pogledu statusa treće osobe koja u postupku sudjeluje moguće su različite kombinacije: tako se mirenje može provoditi ili unutar, ili izvan sudskog postupka, a provoditi ga mogu ili profesionalni miritelji iz privatnog sektora, ili državni zaposlenici, pa čak i sami suci.

15. Napokon, i ovlasti osobe koja provodi postupak uz primjenu alternativnih tehnika mogu biti različite po tome u kojoj se mjeri ta osoba smije ili mora aktivno angažirati u traženju rješenja prihvatljivog za stranke. Po stupnju aktivizma moguće su različite gradacije: od apsolutne obveze da se o sporu donese odluka, do odsustva ikakvog prava treće osobe da priopći strankama svoje mišljenje i sugestije u pogledu moguće nagodbe. Unatoč tome, može se tendencijski sve metode i po ovome kriteriju svrstati u dvije grupe, ovisno o tome smatra li se svrhom postupka ocjena (evaluacija) prava stranaka, ili je cilj samo olakšati (facilitirati) približavanje stavova stranaka. Prema tome, sve bi se metode mogle podijeliti na *facilitacijske* i *evaluacijske*. I ovdje su kod konkretnih tehnika rješavanja sporova uočljivi trendovi, no i različite prijelazne forme. Suđenje pred državnim sudom tendira imati evaluacijski karakter, a mirenje ima više facilitacijski karakter. Ipak, i sudac može u sudskom postupku imati facilitacijski pristup (stimulirajući sudsku nagodbu), dok postoji i niz tehnika mirenja u kojima postoji pravo, pa i dužnost izmiritelja da strankama dade ocjenu njihovih prava i/ili činjenica u sporu, i položaja u eventualnom kasnijem adjudikativnom načinu rješavanja sporova, kao i predviđanje njegovih mogućih ishoda.

Tablica 1: Metode rješavanja sporova uz/bez sudjelovanja neutralne treće osobe

<i>Bez sudjelovanja neutralnog trećeg</i>	<i>Uz sudjelovanje neutralnog trećeg</i>
Izravni pregovori stranaka	Suđenje, arbitraža, mirenje...
Pregovori preko stranačkih zastupnika (posredovanje bez elementa neutralnosti)	

Tablica 2: Metode rješavanja sporova prema tipu okončanja - postojanju odluke o pravima stranaka

<i>Adjudikativne metode</i>	<i>Neadjudikativne metode</i>
Suđenje, arbitraža	Pregovori, mirenje (facilitacijsko)
Evaluacijski ADR-postupci (<i>mini trial</i> , tehničke ekspertize, rana neutralna procjena)	Sudska nagodba

Tablica 3: Metode rješavanja sporova prema vezanosti uz sudski postupak

<i>Sudske metode rješavanja sporova</i>	<i>Izvansudske metode rješavanja sporova</i>
Kontradiktorni sudski postupak	Pregovori
Nastojanja za postizanjem nagodbe stimulirana od strane suda	Mirenje (izvan sudskog postupka)
Mirenje po uputi suda	Arbitraža

Tablica 4: Metode rješavanja sporova prema svojstvu osobi koja provodi postupak

<i>Državni službenik/- zaposlenik</i>	<i>Osoba iz nedržavnog sektora</i>
Suđenje u parničnom postupku	Arbitraža
Neki oblici mirenja po uputi suda	Mirenje (izvan sudskog postupka)

Tablica 5: Metode rješavanja sporova prema stupnju aktivizma osobe koja vodi postupak

<i>Evaluacijske metode</i>	<i>Facilitacijske metode</i>
Suđenje u parničnom postupku	Pregovori
Arbitraža	Posredovanje
Evaluacijska medijacija (<i>mini-trial</i> ,	Facilitacija
Rana neutralna evaluacija, tehničke ekspertize	Mirenje bez ovlasti predlaganja nagodbe

IV. Definicija mirenja

16. Uz sve ograde u pogledu mogućnosti jasnih podjela, ipak su se u teoriji i praksi kristalizirali obrisi jedne široko prihvaćene definicije mirenja (medijacije), prema kojoj je **mirenje postupak u kojemu treća, neutralna osoba pomaže strankama u sporu da postignu nagodbu, bez ovlasti da o biti spora donese obvezujuću odluku.**⁷

17. Ova definicija u prvom je redu motivirana željom da se obuhvati najširi mogući krug tehnika i metoda koje su se u praksi razvile kao „alternativne“ metode. Pri tome se nastojalo apstrahirati od nekih drugih pitanja oko kojih su se često javljale dvojbe – npr. od pitanja ima li treća osoba pravo da iznosi svoje sudove i ocjene, može li predlagati nagodbu, ili čak donositi obvezujuću odluku o sporu. Premda su se u odnosu na stupanj aktivizma onoga koji provodi postupak pokušavale činiti razlike između medijacije (posredovanja) i koncilijacije (mirenja), nije postignut konsenzus oko toga, tako da je ovaj element izostao iz same

⁷ Tako 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. t. a.

definicije, a izrazi medijacija i koncilijacija (posredovanje i mirenje) sve se više upotrebljavaju u općim raspravama i međunarodnim dokumentima kao sinonimi. Tako danas Ujedinjeni narodi u svojim dokumentima koriste izraz mirenje (koncilijacija), a Vijeće Europe i Europska Unija izraz posredovanje (medijacija). Sadržaj definicija koje daju jest, međutim, jednak. Pri tome se i naglašava da sam naziv djelatnosti nije odlučan, nego njen sadržaj.

18. Navedena definicija mirenja kao *postupka kojeg provodi neutralna treća osoba* omogućava nam da se povuče jasna crta razlikovanja između mirenja i pregovora. Naime, premda i ovdje postoje sive zone, jer se pregovori često provode uz sudjelovanje trećih (npr. odvjetnika stranaka), za kvalificiranje nekog postupka kao mirenja važno je da izmiritelj ima jednak, nepristran odnos prema objema strankama. Kod stranačkih odvjetnika, premda etička pravila odvjetništva nalažu izvjesnu dozu statusne autonomije i distance u odnosu na interese stranke, ipak njihova osnovna funkcija jest poboljšati šanse za uspjeh jedne od stranaka, tako da sudjelovanje osoba koje imaju položaj *zastupnika* ne dovodi do toga da bismo taj postupak mogli smatrati mirenjem.

19. Definicija mirenja kao postupka u kojem se *ne može nametnuti obvezujuće rješenje spora* jasno razlikuje i mirenje u odnosu na suđenje i arbitražu. U sudskom postupku sudac ima pravo i obvezu *izricati obvezujuću meritornu odluku – presudu*, što je još od davnina bilo sagledavano kao najvažnija osobina suđenja (usp. izreku *iurisdictio est etiam iudicis dandi licentia*). U arbitražnom postupku, premda sam postupak počiva na dobrovoljnosti, stranke sporazumno ovlašćuju arbitre da *donesu meritornu odluku – pravorijek*, koja je obvezujuća, a može se po potrebi podvrgnuti prisilnom izvršenju uz pomoć istih mehanizama u kojima se izvršavaju i sudske odluke. Zato se svaki onaj postupak u kojemu osoba koja ga provodi nema takve ovlasti treba smatrati mirenjem, čak i ako je riječ o postupku u kojem se na kraju u pravilu donosi odluka. Naziv pritom nije odlučan, tako da bi se u smislu ove definicije i neki postupci koji se nazivaju arbitražnom ili adjudikacijom trebali sadržajno smatrati mirenjem, ako odluka koja se u tim postupcima donosi nije obvezujuća za stranke.

IV. Glavne osobine mirenja

20. O zajedničkim osobinama mirenja može se govoriti samo uz cijenu namjernog zanemarivanja mnogih različitosti, jer alternativne metode rješavanja sporova čini čitav spektar tehnika i postupaka koji su po mnogim osobinama bitno različiti. Zbog toga se o osobinama mirenja može govoriti samo tendencijski i indikativno. Ovdje ćemo izdvojiti neke osobine koje se mogu pripisati najproširenijim i najuobičajenijim tehnikama mirenja – onima čiji je isključivi cilj postizanje nagodbe, bez (kvazi)adjudikativnih elemenata.

21. Glavne osobine ovako definiranog postupka mirenja jesu:

- neformalnost i fleksibilnost;
- dobrovoljnost i neobvezatnost;
- interesna orijentacija i široki krug mogućih rješenja;
- prospektivnost i regulatornost;
- niska cijena i brzina postupanja.

22. Mirenje se razlikuje od drugih metoda rješavanja sporova po svojoj *neformalnosti* i *fleksibilnosti* već i utoliko što predstavlja prirodni produžetak njihovih samostalnih i autonomnih nastojanja da vlastitim snagama riješe svoj spor. Mirenje je moguće izvan bilo kojeg postupka i bez prethodno definiranih uvjeta, kao spontani pokušaj da se uz posredovanje trećega poboljšaju šanse za postizanje sporazumnog rješenja. Stoga je i broj

pravnih pravila koje reguliraju mirenje manji, pa su do nedavno bile rijetke zemlje koje su mirenje imale regulirane posebnim propisima. Radi uklanjanja neizvjesnosti oko pojedinih pitanja i poticanja mirenja, danas je zakonodavstvo koje uređuje mirenje češće, i općenito se smatra poželjnim. No, stupanj reguliranosti i u takvim se posebnim zakonima nastoji zadržati na niskoj razini, kako bi se i dalje omogućilo formalno i fleksibilno postupanje.⁸ Stoga su pravila koja nameću određene forme malobrojna, a pristup je obilježen uređivanje pitanja na supsidijaran način, kroz pravila otvorene, načelne strukture (ili pravne standarde) te kroz rješenja od kojih stranke mogu svojim sporazumom odstupiti.

23. Veoma bitna značajka postupka mirenja je njegova *dobrovoljnost i neobvezatnost*. U mirenje stranke u pravilu ulaze sporazumno, vode postupak onoliko dugo dokle postoji volja svih stranaka za to, vlastitom voljom zaključuju nagodbu te se uvjetima i odredbama nagodbe dobrovoljno podvrgavaju. Za razliku od suđenja ili arbitraže, mirenje nije moguće u odsutnosti jedne od stranaka, ili protiv njene volje. Princip dobrovoljnosti i neobvezatnosti međutim ne isključuje mogućnost da se u nekim slučajevima unaprijed ugovorom stranaka ili zakonom odredi obveza pokušaja mirenja. Moguće je također učiniti obvezu pokretanja postupka mirenja ovisnim od odluke tijela koje vodi drugi postupak (npr. suda koji bi stranke u prikladnim slučajevima mogao uputiti na mirenje ako to smatra svrsishodnim). Takve odredbe nisu rijetke u komparativnom pravu, posebno u nekim tipovima odnosa.⁹ U takvim se slučajevima inicijalno, doduše, odstupa od načela dobrovoljnosti i obvezatnosti, no samo u pogledu obveze da se razmotri mogućnost mirenja, ili u njemu tijekom ograničenog – u pravilu kraćeg – vremenskog razdoblja sudjeluje. U konačnici, nastavak sudjelovanja u postupku, njegovo okončanje i ishod mogu biti utemeljeni samo na dobrovoljnosti i neobvezatnosti. Nijedna stranka ne može biti protiv svoje volje prisiljena da sudjeluje u postupku, niti se može obvezati da prihvati ponuđenu ili predloženu nagodbu. Jednako tako, i obveza da se provede sklopljena nagodba (koja u nekim slučajevima može imati svojstvo ovršne isprave) nije u suprotnosti s načelom dobrovoljnosti i neobvezatnost, već izravno proizlazi iz njega: stranke su nagodbu zaključile vlastitim sporazumom, a vlastitom su se voljom i obvezale da nagodbu provedu u djelo (a eventualno i dopuste ovrhu neposredno na temelju nje).

24. Još jedna od osobina po kojoj se mirenje bitno razlikuje od suđenja i arbitraže jest njegova *interesna orijentacija*. Svrha mirenja nije u tome da se utvrdi koja je od stranaka u pravu a koja u krivu. Jednako tako, mirenje se u pravilu neće baviti utvrđivanjem činjenica radi zakonite i pravilne primjene pravne norme. Ono što se kroz mirenje želi istražiti jesu *interesi, motivi i želje stranaka*, a ne utemeljenost njihovih zahtjeva. Stoga se kao rezultat postupka može prihvatiti *širi niz opcija*, uključujući i one koje uopće ne bi dolazile u obzir u adjudikativnom postupku (npr. činjenja na koje stranka ne bi mogla biti osuđena u sudskom postupku, npr. javna isprika u određenom obliku u parnicama radi naknade štete). Time se krug mogućnosti da se pronade rješenje koje bi bilo prihvatljivo za sve stranke širi, pa bi mirenje imalo šanse da nađe zadovoljavajuće rješenje za sve i tamo gdje bi svaka moguća sudska odluka ili arbitražni pravorijek nužno ostavili jednu ili obje stranke nezadovoljnima.

⁸ Niska razina normiranosti vidljiva je već iz opsega akata koji uređuju mirenje. UNCITRAL-ov Model zakon sadrži 15 članaka, a novi hrvatski Zakon o mirenju sadrži osamnaest članaka. Nešto je duži novi austrijski zakon iz 2003. (*Bundesgesetz über Mediation in Zivilrechtssachen*) koji ima 36 članak.

⁹ Npr. kod medijacije u obiteljskim sporovima, gdje ova obveza postoji i u Hrvatskoj. Obvezatni pokušaji mirenja postoje i u pravu Danske i Kanade, 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 dosuđivanje troškova neovisno o ishodu parnice. Češće su ipak situacije u kojima je medijacija tek preporučljiva opcija koju mogu ponuditi tijela koja vode postupak (kao npr. u Nizozemskoj).

25. U svome nastojanju da se strankama pomogne da postignu nagodbu, mirenje je u bitnome usmjereno prema budućnosti, a ne prema prošlosti – ono je *prospektivno*, a ne *retrospektivno*. Svrha mirenja nije retribucija – uspostavljanje stanja kakvo je postojalo prije povrede prava kao vrijednost *in se* – nego prevencija budućih konflikata. Kroz mirenje može ne samo postići da se stanje stvari maksimalno približi onome koje je postojalo prije konflikta, nego se može aktivno urediti (regulirati) odnose između stranaka tako da se osigura mogućnost da i dalje nastave svoj odnos. To je posebno bitno kod onih odnosa u kojima su stranke i inače upućene ili primorane da i nakon okončanja spora djeluju u istoj okolini, stupaju u poslovne i osobne kontakte, ili čak zajednički djeluju kao partneri. Utoliko, kod mirenja se ne promatra izolirani sporni odnos, ograničavajući se samo na okolnosti koje su pravno relevantne. Odnos stranaka promatra se *integralno*, pri čemu je moguće u istome postupku utjecati na okončanje više, međusobno nepovezanih sporova i nesuglasica između stranaka, promatrajući ih iz perspektive cjelovitog rješenja svih otvorenih pitanja.

26. Sve ranije osobine mogu doprinijeti nižoj cijeni i većoj brzini postupka u slučajevima u kojima je uspješno provedena medijacija. Postignuta nagodba drastično skraćuje i pojeftinjuje postupak, a time i smanjuje opterećenje sudova; k tome, rana nagodba već zbog uštede vremena predstavlja značajnu uštedu za stranke u više pogleda: od izravnih ušteta (troškovi postupka i pravnog zastupanja) do neizravnih (rano ostvarenje svoga zahtjeva koje omogućuje da se nastavi s životom bez opterećenja dugotrajnog postupka). Čak i u slučajevima u kojima mirenje nije završilo nagodbom moguće su uštede, ako se u tijekom mirenja reducira broj spornih pitanja te poveća razumijevanje vlastitog položaja i položaja protivnika. Dakako, samo mirenje nije postupak bez ikakvih troškova. Stranke i u mirenje trebaju investirati svoje vrijeme i trud, a ponekad i sredstva. U troškove postupka mogu se ubrajati i nagrade izmiriteljima koje, posebno u kontekstu trgovačkih odnosa, mogu biti i znatne. Međutim, postoje i razne vrste medijacija koje se provode volonterski, bez naknade, iz solidarnosti prema određenoj zajednici, skupini ili organizaciji, ili iz drugih razloga. Troškove pojedinih mehanizama mirenja, osobito ako se mirenje smatra obvezatnim stadijem sudskog ili drugog postupka može snositi i država iz svoga proračuna, a mogu ih podupirati ili u cijelosti snositi i gospodarski subjekti, nevladine organizacije, udruge građana itd. U svakom slučaju, i onda kada same stranke snose sve troškove, oni će redovito biti znatno manji negoli troškovi sudskog ili arbitražnog postupka.¹⁰

V. Prikladni i neprikladni slučajevi za mirenje

27. Mirenje može biti moćno sredstvo za rješavanje raznih vrsta sporova. Međutim, nisu svi sporovi jednako prikladni za mirenje. Neki su slučajevi iznimno podobni za alternativne metode rješavanja sporova; drugi slučajevi imaju iznimno male, ili nikakve šanse za uspjeh. Koji su slučajevi za mirenje prikladni, a koji ne, ovisit će u mnogome o okolnostima konkretnog slučaja. No, unatoč teškoće da se formuliraju jasni kriteriji za razlikovanje prikladnih i neprikladnih skupina slučajeva, ipak se može izdvojiti neke tipične okolnosti koje povećavaju ili umanjuju mogućnost da mirenje dovede do očekivanih rezultata.

28. Prvo, općenito pitanje odnosi se na prirodu prava o kojima se mirenje može provoditi. Već bi i sama definicija mirenja kao djelatnosti čija je svrha pomoći strankama da postignu nagodbu upućivala na to da je mirenje moguće samo u onim slučajevima u kojima stranke

¹⁰ O troškovima mirenja i mogućnosti njihovog djelomičnog snošenja od države ili drugih organizacija usp. Zelena knjiga EU, para. 12 i d.

moгу zaključiti nagodbu.¹¹ Ovaj zaključak je svakako točan, no ipak bi se trebalo upozoriti na to da ga se ne bi trebalo uzimati u sasvim doslovnom smislu. Naime, premda je prirodno mirenje provoditi kako bi se postigla u pogledu prava kojima stranke mogu slobodno raspolagati, širina i fleksibilnost postupka može biti primjenjiva i u sporovima u kojima se ne radi o dispozitivnim pravima stranaka. Tipičan je primjer medijacija u obiteljskim stvarima, koje su u pravilu uređene kogentnim normama i u kojima se ne može zaključiti sudska nagodba. U takvim predmetima ishod postupka tipično neće biti u uobičajenom obliku nagodbe, formulirane bilo u obliku izvansudske ili sudske nagodbe. Umjesto toga, ishod postupka može se sastojati u otklanjanju uzroka koji su doveli do pogoršanja odnosa među strankama, uslijed čega će daljnje suđenje biti nepotrebno.¹² Čak i ako mirenje u takvim odnosima ne dovede do pomirenja stranaka, o nekim se elementima spora može postići sporazum stranaka i tako pospješiti i olakšati kasnije suđenje. Ako je riječ o pitanjima o kojima pravno nije dopustivo zaključiti nagodbu, sporazum stranaka sam po sebi neće biti pravno obvezujuć, no i kao takav može imati određenu vrijednost, npr. može poslužiti kao osnovica koju će, kao pravnorelevantnu činjenicu, uzeti u obzir sud ili drugo tijelo koje vodi postupak te ga može, ako je prihvatljiv iz perspektive razloga iz kojih je pojedini odnos uređen kogentnom pravnom normom, pretočiti u svoju odluku.¹³ Stoga, u određenim odnosima i u određenim situacijama nije nemoguće provoditi mirenje niti ondje gdje u strogom pravnom smislu nagodba nije dopuštena, ili je područje uređeno većim dijelom strogim (kogentnim) propisima – što je uostalom slučaj i u nekim područjima koja se općenito smatraju izrazito pogodnim za mirenje, kao što su radnopravni odnosi ili zaštita potrošača. S druge strane, u većini drugih odnosa, koji su uređeni strogim normama primarno radi zaštite od zlouporaba u odnosu na treće osobe i pravni poredak, mirenje neće biti ni moguće ni umjesno.

29. Mirenje nije poželjno niti u onim slučajevima u kojima objektivno nije potrebno angažiranje treće osobe. Ako neposredni pregovori između stranaka teku zadovoljavajućom dinamikom i imaju izgleda na uspjeh, promjena metode rješavanja spora mogla bi, umjesto reduciranja dvojbi, izazvati nove, pa čak i potaknuti spor.

30. Postupak mirenja u pravilu je kratak i ne iziskuje mnogo vremena. Mnogi se predmeti mirenjem mogu riješiti na jednom sastanku, ili na nekoliko vremenski koncentriranih sastanaka izmiritelja i stranaka. Zato mirenje nekada može biti prikladno i onda kada postoji izražen interes stranaka za brzim i učinkovitim rješenjem spora. No, u nekim situacijama, kada postoji izrazita potreba za hitnom autoritativnom intervencijom regulatorne naravi u pogoršane odnose između stranaka (npr. u obliku privremenih mjera), pokretanje mirenja nije korisno, a može izazvati i probleme.¹⁴

31. Odnosi stranaka u sporu mogu biti pogoršani u manjoj ili većoj mjeri. Obično, mirenje može postići bolje rezultate ako komunikacija stranaka nije iz korijena onemogućena, ali nekada može uspjeti i onda kada su pozicije stranaka naizgled sasvim udaljene. Ipak, za uspjeh mirenja potrebna je barem minimalna spremnost na razgovore i *bona fide* sudjelovanje

¹¹ Tako i Preporuka Vijeća Europe, t. 11. („Prava kojima stranke ne mogu raspolagati ne bi trebala biti predmet medijacije među strankama“).

¹² Pravno-tehničkim rječnikom, rezultat postupka bit će povlačenje tužbe ili drugog akta kojim je postupak iniciran, što je rezultat različit od sudske nagodbe, no ipak ima elemente nagodbe – sporazuma uz uzajamno popuštanje – u širem smislu.

¹³ Tako se i u Sloveniji pri Okružnom sudu u Ljubljani medijacija provodi i u obiteljskim stvarima, no eventualni se sporazum stranaka prezentira sudu koji vodi postupak kako bi ga razmotrio, i u primjerenoj mjeri prenio u svoju presudu.

¹⁴ Usp. Serverin, str. 26.

u postupku. Stoga mirenje nema nikakvih šansi ako jedna od stranaka odbija aktivno sudjelovati u postupku, ili očigledno sudjeluje u postupku bez iskrene želje, nastojeći protivno načelu savjesnosti i poštenja ostvariti pravno nedopuštene ciljeve (npr. odugovlačiti ili blokirati postupak, prejudicirati ishod spora, onemogućiti ovrhu i sl.). U takvim situacijama, postoji obveza izmiritelja da prepozna nesavjesno ponašanje stranke i po potrebi čim skorije okonča postupak mirenja kako bi se izbjegle negativne konzekvencije.

32. Mirenje je osobito prikladno u predmetima u kojima postoje složena činjenična i pravna pitanja koja su specifična za konkretan slučaj i uzajamno isprepletena. U takvim situacijama, Gordijski čvor spornih pitanja može se nagodbom riješiti na najbrži i najbezbolniji način. Ako, međutim, između stranaka ne postoje razmimoilaženja oko činjenica, nego samo oko prava, te ako je riječ o pravnom pitanju koje je zajedničko ne samo za taj slučaj, već i za čitav niz sličnih slučajeva, uputnije je postupak riješiti obvezujućom odlukom, na način koji će osigurati da se ukloni pravna neizvjesnost i omogućiti da se na jednak način rješavaju sve slične situacije.

33. Na kraju, mirenje nije vjerojatna opcija onda kada postoje brzi, jeftini i jednostavni sudski postupci za rješavanje određene vrste predmeta.¹⁵ Posebno u slučaju sumarnih postupaka kod kojih postoji i visoka vjerojatnost da spor u sadržajnom smislu niti ne postoji (npr. kod postupaka izdavanja platnih naloga ili sličnih postupaka) mirenje nije izgledna alternativa. S druge strane, mirenje može biti vrlo svrhovito u odnosima u kojima jedna od strana ima teškoća koje joj otežavaju sudjelovanje u suđenju (ekonomske ili druge naravi), a eventualno uživa i posebnu društvenu zaštitu. U tom kontekstu, posebno se razvilo mirenje u sporovima iz radnih odnosa¹⁶, kao i mirenje u potrošačkim sporovima¹⁷.

VI. Zaključne napomene

34. Suvremeni pravni sustavi, u potrazi za metodama koje će omogućiti državama da ispuni svoj fundamentalni zadatak i pruži učinkovitu i pravodobnu zaštitu pravima građana i pravnih osoba, prepoznali su šanse koje pružaju izvansudske metode rješavanja sporova. Već je u izrazu „alternativno rješavanje sporova“ sadržana ideja da riječ o metodama koje koegzistiraju uz sudski postupak, jer pristup sudu građanima uvijek treba biti zajamčen. No, sudsko rješavanje sporova trebalo bi biti tek posljednje utočište, kojem valja pribjeći ako nema drugih - bržih, jednostavnijih, prikladnijih i jeftinijih načina. U nadi da će se takvi načini pronaći, danas europske države, kao i mnoge druge države u svijetu, podržavaju i promiču mirenje. Ono samo ne može u cijelosti zamijeniti suđenje, no može se barem približiti ostvarenju tri povezana cilja: brže i kvalitetnije pravne zaštite za građane, rasterećenju državnog pravosuđa i

¹⁵ U tome kontekstu ponešto je kontroverzno korištenje mirenja u bračnim sporovima, posebno kada je ono obvezatno i ograničeno na pokušaj pomirenja bračnih drugova – tj. u praksi ograničeno na odugovlačenje donošenja odluke o razvodu braka. Iskustva s mirenjem u tim sporovima do sada su i u Hrvatskoj bila uglavnom negativna, što međutim ne pobija tezu da bi se medijacijom moglo uspješno rješavati određena pitanja koja se tijekom bračnog spora pojavljuju (dioba imovine, reguliranje odnosa roditelja i djece, uzdržavanje). Vidi i Preporuku Vijeća Europe, t. 7. („Mirenje ima prednost u postupcima u kojima ne postoje brzi i jeftini način rješavanja predmeta pred sudom“).

¹⁶ O tome v. druge radove u ovom zborniku, posebno tekstove Gotovca i Severa.

¹⁷ Mirenje u potrošačkim sporovima preporučila je i Europska Unija – usp. Preporuku Europske komisije od 30. ožujka 1998. Posebni miritelji za potrošačke sporove postoje u Finskoj od 1978; u Francuskoj su se od sredine 90-tih također razvile različite inicijative u tom području. Zajednička osobina kod potrošačke medijacije je nastojanje da se zaštite interesi slabije stranke, često tako da se jača strana zakonom obveže ponuditi medijaciju, a eventualno i nagodbu. O ovome razvoju usp. Serverin, str. 17. Mogućnost obvezatne ponude mirenja (*compulsory offer procedure*) naznačuje i Preporuka Vijeća Europe, t. 10.

stvaranju klime u kojoj će građani i pravne osobe aktivno i kooperativno tražiti rješenje svoga spora i tražiti sudsku zaštitu samo kada je to zaista neophodno.