

IPA– Instrument pretpristupne pomoći (DG ELARG)

UGOVORNI ORGAN

Procjena alternativnog rješavanja sporova / Medijacija u Bosni i Hercegovini

Konačni izvještaj



Ovaj projekat je finansiran od strane Evropske unije



A.R.S. Progetti S.P.A.
Ambiente Risorse Sviluppo

Ovaj projekat je realizovan od strane ARS Progetti Framework Contract

Ovaj izvještaj je pripremljen uz finansijsku podršku Evropske Komisije. Mišljenja koja su ovdje navedena su iznesena isključivo od strane konsultanata, stoga ni u kakvom slučaju ne odražavaju mišljenje Komisije.

SADRŽAJ

Poglavlje 1.....strana 4 - 7

OPIS ZADATAKA I OSNOVNE TERMINOLOGIJE KOJA ĆE BITI KORIŠTENNA

Poglavlje 2.....strana 8- 11

CILJEVI I PREDNOSTI MEDIJACIJE

Poglavlje 3.....strana 12-34

KLJUČNA REGULATORNA PITANJA, TRENDVI I PRAKSE VEZANO ZA MEDIJACIJU

Poglavlje 4..... strana 35- 38

PROCJENA OPERATIVNIH KAPACITETA ZA ADR (alternativno rješavanje sporova) U BIH

Poglavlje 5..... strana 39-54

PROCJENA REGULATORNOG OKVIRA ZA MEDIJACIJU U BIH

Poglavlje 6..... strana 55 - 71

PROCJENA REGULATORNOG OKVIRA ZA SUDSKU MEDIJACIJU U BIH

Poglavlje 7.....strana 72- 88

PROCJENA ETIČKOG KODEKSA MEDIJATORA

Poglavlje 8.....strana 89 - 103

PROCJENA REGULATORNOG OKVIRA ZA ARBITRAŽU

Poglavlje 9.....strana 104 - 105

PROCJENA REGULATORNOG OKVIRA ZA SUDSKU NAGODBU

Poglavlje 10.....strana 106 - 107

PROCJENA MEDIJACIJE U KRIVIČNIM STVARIMA

Poglavlje 11.....strana 108 - 114

PREPORUKE POLITIKE ADR-a (alternativnog rješavanja sporova)

Poglavlje 12.....strana 115 - 120

AKCIONI PLAN ZA DALJU POLITIČKU I OPERATIVNU PODRŠKU EU RAZVOJU ADR-a U BIH

Poglavlje 1

OPIS ZADATAKA I OSNOVNE TERMINOLOGIJE KOJA ĆE BITI KORIŠTENA

U skladu sa projektnim zadatkom (ToR), ovaj Izvještaj sadrži:

- analizu regulatornog okvira za medijaciju i dopuna Zakona o postupku medijacije u BiH;
- analizu regulatornog okvira za sudsku medijaciju i sačinjenog Zakona o alternativnom rješavanju sporova u sudskim stvarima;
- analiza propisa vezano za arbitražu, sudsku nagodbu i medijaciju u krivičnim stvarima;
- analiza kodeksa ponašanja medijatora;
- set preporuka politike djelovanja;
- akcioni plan za dalju političku i operativnu podršku za razvoj ADR-a u BiH.

Činjenice utvrđene i iznešene u ovom izvještaju su zasnovane na:

- Zakonima, propisima i ostalim pisanim dokumentima, koji su predloženi od strane korisnika projekta i ADR interesnih strana i navedeni su u rezimeu konsultacija od 15.5.2015;
- Informacijama i mišljenjima prikupljenim tokom procesa konsultacija sa interesnim stranama;

Zaključci i prijedlozi su zasnovani na:

- Usporedbi utvrđenih činjenica sa normama, smjernicama, priručnicima i sličnim dokumentima, vezanim za implementaciju sudskih i vansudskih ADR;
- Primjerima najbolje regulacione prakse i najboljim praksama iz zemalja članica EU i Vijeća Evrope, kao i SAD;
- Skorašnjim istraživačkim radovima na temu šeme sudu pripojenih medijacija,
- Individualna evaluacija i mišljenje eksperta u vezi sa potrebom i izvodljivošću predloženih poboljšanja.

U svrhu ovog izvještaja:

Alternativno rješavanje sporova predstavlja skup procedura za rješavanje sporova, koji se razlikuje od presude, donešene od strane suda.

Medijacija je svaki postupak u kojem stranke nastoje uz pomoć trećeg, neutralnog lica (medijatora) sporazumno riješiti spor koji je proizašao iz ili u vezi sa ugovornim ili drugim pravnim odnosom, bez obzira da li se za ovaj postupak koristi termin medijacija, koncilijacija, mirenje ili slično.

Medijacija vezana za sud je program ili šema medijacije, odobren i korišten u sudskom sistemu, kontrolisan od strane suda u kom slučaju se radi o medijaciji u predmetima upućenim isključivo od strane suda.

Medijacija vezana za sud je program ili šema koji je povezan sa sudskim sistemom, ali nije njegov dio, gdje su predmeti ili upućeni od strane suda ili izvan njega.

Akreditacija je proces formalnog i javnog priznavanja i verifikacije da pojedinac, organizacija ili program ispunjavaju definisane kriterije ili profesionalne standarde.

Certifikacija (poznata i kao prepoznavanje, licenciranje, akreditovanje, registracija) znači da je organ za akreditaciju odgovoran za potvrdu procesa procjene, za verifikaciju trenutne usklađenosti sa kriterijima i standardima ustanovljenim kroz procese monitoringa i revizije, kao i za omogućavanje procesa oduzimanja akreditacije, u slučaju kada kriteriji i standardi više nisu ispunjeni.

UVOD I PREGLED

Revidirajući mnoge komentare vezano za nedostatke sistema građanskog prava u mnogim evropskim zemljama, Izvještaj je usmjeren na izazov pružanja usluge rješenja spora koje su:

- **pristupačna** – za sve građane, bez obzira na njihovo imovinsko stanje;
- **dostupna** - bez bespotrebnih ograničenja;
- **razumljiva** – licima koja nisu pravnici, tako da se građani osjećaju ugodno dok sami sebe zastupaju te da nisu time dovedeni u nepovoljan položaj;
- **prikladna** – u smislu da je proces rješenja spora u skladu sa prirodom spora;
- **brza** – tako da je vrijeme neizvjesnosti neriješenog problema minimizirano;
- **konzistentna** – da pruža određen stepen predvidivosti;
- **pouzdana** - forum u čiju iskrenost i pouzdanost korisnici mogu imati povjerenja;
- **fokusirana** – tako da su neutralne osobe angažovane na rješavanju sporova koji istinski zahtijevaju njihovo iskustvo i znanje;
- **izbježiva** – uspostavljanje alternativne usluge, tako da se sudija uključuje u krajnjoj nuždi;
- **proporcionalna** – što znači da su troškovi ulaganja tužbe razumni u smislu iznosa koji je predmet usluge.

Ja se u ovom izvještaju čvrsto zalažem za uvođenje razumljive politike alternativnog rješavanja sporova kao važnog dijela pristupu reformi pravosuđa u BiH, kao što i zagovaram radikalnu promjenu u načinu na koji sudovi vode građanske parnice kako bi se edukovale i ohrabrole stranke u postupku da razmotre mogućnost medijacije. Medijacija još nije dobila odgovarajuću pažnju i prihvatanje, kako od onih koji kreiraju politiku, tako ni od profesionalaca niti javnosti. Kako bi se prevazišao ovaj problem, moja je osnovna preporuka usmjerena na tri Ministarstva pravde (MP) u BiH kao “zakonodavne pokretače pravosudnih reformi” i na sudove kao “ispitivače reformi”. U svojim zaključcima prezentujem da medijacija, kao značajan dio pokreta ARS u BiH, jasno demonstrira njen potencijal. Tvrdim da, kako bi se unaprijedio pristup pravdi obezbjeđivanjem uravnoteženog odnosa između medijacije i litigacije, model parničnog sistema bi trebalo da se oslanja na koncept ranog izbjegavanja i rješavanja sporova (EDR). Predložena tri načina upućivanja na medijaciju unutar pilot projekata u sudovima (pretpostavljeno dobrovoljno, prividno obavezujuće uz izuzimanje i, ako je izvodljivo, prinudno) može se posmatrati kao remetilački faktor za neke od sudija i pravnika, ali dvije glavne prednosti bi proizišle iz ovakvog pristupa: značajno smanjenje vremena sudskog čekanja i nagomilavanja predmeta s jedne strane, i uštede vremena, novca kao i porasta zadovoljstva parničara “pravdom sa ljudskim licem” s druge strane. Preporuke su sačinjene na pretpostavci da su sudovi prije servis nego mjesto, i zato predlažem jačanje kapaciteta sudskog sistema takođe putem specifičnog javnog-privatnog partnerstva između sudova i institucija privatnih pružalaca ADR usluga.

BiH ima veliki potencijal za sveobuhvatan i koherentan model sistema za rješavanje sporova. Potrebne su određene preinake i poboljšanja postojećih programa sudske medijacije ili uvođenje novih, kako bi se parničarima omogućilo pravo na medijaciju kao pretpostavljeni način rješavanja spora.

Trebalo bi postaviti agresivan cilj u smislu efikasnosti i integriteta programa sudu pripojene medijacije. Na primjer, u prvoj godini implementacije pilot programa medijacije po uputi suda, bar 5% građanskih parnica uzetih u rad bi trebalo uputiti na medijaciju, 50 % upućenih predmeta bi trebalo riješiti medijacijom i 80% stranaka u sporu bi trebalo da budu zadovoljne procesom medijacije, rezultatom i radom medijatora.

Preduslov za uspjeh je da sudije i pravnici prihvate promjene što se tiče načina na koji se vode sporovi kao nešto što im pripada, a ne nešto što im biva nametnuto. Osnovni zadatak glavnih sudija i rukovodstva komore je stoga da uvedu participativno upravljanje predmetima, potaknu diskusije među sudijama i pravnicima i spriječe pretjeran skepticizam i odbojnost prema provođenju reformi. Provođenje predloženih promjena programa medijacije pripojene sudu bi trebalo da se zasniva na pretpostavci, da uspjeh ili neuspjeh promjena manje ovisi o razlozima za ili protiv tih promjena a više o tome na koji su način uvedene i kako se primjenjuju (za više informacija vidi A. Zalar: Upravljanje promjenama u pravosuđu; Studija slučaja medijacije po uputi suda na Okružnom sudu u Ljubljani; Pet izazova za evropske sudove: Iskustva njemačkih i slovenskih sudova; slovensko Udruženje sudija i Vrhovni sud Republike Slovenije, Ljubljana, 2004).

Pod pretpostavkom da su preporuke date u ovom Izvještaju, usmjerene na sudove, VSTV i advokatske komore odobrene od strane istih, trebalo bi ih smatrati kratkoročnim, jer ih je moguće implementirati putem Pravila o programu sudski pripojene medijacije, usvojenih od strane sudova (dijelom u saradnji sa advokatskim komorama).

Napori sudova da promovišu primjenu medijacije ne bi trebalo da budu usamljeni. Glavni akteri u kreiranju pravosudne politike - MP, VSTV i vrhovni sudovi – bi trebalo da javno odobre razvoj programa medijacije, potaknu stranke u postupku da ozbiljno razmotre medijaciju, promovišu uštede vremena i novca samim strankama u postupku kao i sudovima, kao i druge prednosti medijacije, obezbijede odgovarajuće finansiranje programa medijacije i da doprinesu donošenju konzistentnog regulacionog okvira. Postojeća razmjena informacija i unaprijeđena institucionalna saradnja vezano za model sistema za rješavanje sporova su od glavnog značaja za implementaciju preporuka datih u ovom Izvještaju.

Opseg preporuka i njihova kompleksnost, usmjerenih MP i sudovima, očito zahtijevaju dalju tehničku i ekspertsku pomoć. Bez takve pomoći, nije vjerovatno da bi BiH mogla postići značajan napredak po pitanju napora da se uspostavi efikasan, nacionalni sistem alternativnog rješavanja sporova u razumno kratkom vremenskom periodu. Stoga je data čvrsta preporuka u posljednjem poglavlju ovog Izvještaja da se poveća finansijsko ulaganje u daljnji razvoj sistema za rješavanje sporova u BiH putem implementacije akcionog plana, a kako je to opisano u ovom poglavlju.

Što se tiče potrebe za razvojem i primjenom medijacije u privatnom sektoru pribjegavanjem tržišno zasnovanim rješenjima, glavni akteri bi trebalo da podrže inicijative, koje su usmjerene na osiguravanje kvaliteta rada medijatora putem samoregulatornih instrumenata, osmišljenih i usvojenih od strane nevladinog i jedinstvenog udruženja medijatora. Preporučljivo je da sama medijatorska struka govori istim jezikom i tako obezbijedi povjerenje i vjeru javnosti u ovu novu profesiju.

Mehanizmi koji bi mogli, kao prvi korak, da stimulišu daljnji razvoj medijacije, se prvenstveno odnose na moguće sporazume između sudova i centara za medijaciju Udruženja

medijatora, ondje gdje oni već postoje,(Sarajevo, Banja Luka) vezano za organizaciju informativnih sesija o medijaciji za parničare. Ovaj tzv. "italijanski model" konkretnog javno-privatnog partnerstva između sudova i centara za medijaciju, bi nakon nekog vremena mogao da se razvije u pristup pridružene sudske medijacije na sudovima, što ne bi moglo da razvije kapacitete za programe sudske pripojene medijacije.

Druga mogućnost za povećanjem zahtjeva lica za vansudsku medijaciju, prije pokretanja sudske postupka, leži u uspostavljanju (pilot) ADR i ODR programa za potrošačke sporove. Opširni regulacioni okvir EU koji se tiče konsenzualnog rješavanja potrošačkih sporova bi mogao pobuditi interes EU da sponzorise inicijative koje bi slijedili primjere najbolje prakse (vidi ADR za rješavanje potrošačkih sporova pri Evropskom centru za rješavanje sporova (ECDR) na (www.ecdr.si)). Studijska posjeta takvoj instituciji nekoj od zemalja članica EU bi mogla biti od velike pomoći u smislu predočavanja učesnicima svega do sada naučenog.

Kako je Međunarodna finansijska korporacija (IFC) sačinila Priručnik o alternativnom rješavanju sporova: Vodič za prakticioniste o načinu osnivanja i upravljanja ADR centrima, bi mogao da bude koristan alat zainteresovanim osnivačima institucionalnih usluga medijacije, bilo da su nezavisni ili pripadaju komori. Ipak, nastojanja da se uspostavi centar za medijaciju u okruženju koje predstavlja sistemske barijere za njegov uspjeh, bila bi uzaludna. Radije, trebalo bi obratiti pažnju na to da li takve barijere mogu biti riješene kroz sveobuhvatniju pravosudnu reformu, putem paralelnog procesa. Čini se da bi advokatska komora bila savršeno mjesto gdje bi takav centar mogao da funkcioniše.

Posljednje, ali ne i manje važno, je robustna javna kampanja vezano za medijaciju, koja bi se provodila na osnovu strateškog dokumenta, takođe bi trebalo da bude usmjerena na trgovinsko poslovanje, pojašnjavajući na koji način medijacija može da smanji poslovni rizik i doprinese dobrom korporativnom upravljanju (vidi https://www.wbqinvestmentclimate.org/advisory-services/regulatory-simplification/alternativedispute-resolution/special-areas/upload/Focus4_Mediation_12.pdf).

Kao zaključak, možemo se svi složiti da je budućnost nedovršen posao, ali nakon procjene trenutnog stanja vezano za ADR u BiH, uvjeren sam da budućnost rješavanja sporova u BiH pripada medijaciji Iži drugim načinima ADR-a.

Poglavlje 2

CILJEVI I PREDNOSTI MEDIJACIJE

Prednosti medijacije mogu se opisati kao individualne, prednosti u privatnom sektoru te institucionalne prednosti. (*Priručnik Centra za alternativno rješavanje sporova; Vodič za prakticioniste o načinu osnivanja i upravljanja ADR centrima; The World Bank Group 2011, Washington*)

Tip prednosti	Prednosti
---------------	-----------

Individualne prednosti	<ul style="list-style-type: none"> • Jeftinije obeštećenje • Brže rješavanje spora nego putem redovnog sudskog procesa • U procesima zasnovanim na preporuci i facilitaciji, zadržavanje prava odlučivanja zajedno sa strankama radije nego upućivanje na treću osobu • U procesima zasnovanim na preporuci i facilitaciji, smanjenje potrebe za provođenjem postupka kako bi se osigurala saglasnost strana u sporu sa postignutim dogovorom, pošto strane u sporu do dogovora dolaze sporazumno.
Prednosti za privatni sektor	<ul style="list-style-type: none"> • Unapređenje razvoja privatnog sektora stvaranjem boljeg poslovnog okruženja • Manji direktni i indirektni troškovi provođenja ugovora i rješavanja sporova • Manji transakcioni troškovi tako da resursi nisu preusmjereni iz samog poslovanja • Nametnuti poslovanje zasnovano na pregovaranju, u zavisnosti od procesa.
Institucionalne prednosti	<ul style="list-style-type: none"> • Unapređenje dobrog upravljanja javnim sektorom smanjujući nagomilavanje predmeta na sudovima i poboljšavajući efikasnost sudskog sistema • Omogućavanje boljeg pristupa pravdi putem većeg izbora metoda rješavanja sporova • U određenim jurisdikcijama, poboljšavanje reputacije sudskog sistema pružajući efikasno rješavanje sporova.

PROCJENA POTREBA I RAZVOJ CILJEVA

Ovaj dio Izvještaja prije svega navodi neke osnovne politike pristupa kada se radi o procjeni potreba i razvoja ciljeva, pozivajući se na najnapredniji ADR strateški dokument sudova u Kaliforniji ([Vrhovni sud Okruga San Mateo / ADR Program rješavanja porodičnih sporova/mrandspreuss@sanmateocourt.org/650-599-1070](http://Vrhovni%20sud%20Okruga%20San%20Mateo%20-%20ADR%20Program%20rjesavanja%20porodicnih%20sporova/mrandspreuss@sanmateocourt.org/650-599-1070)).

POTREBE

Planeri programa predlažu da sudovi ili drugi koji su uključeni u planiranje ADR programa koji se odnose na sudsko rješavanje spora pokušaju da identifikuju potrebe ili probleme na koje bi oni željeli da se osvrnu prije izrade ADR programa. Ovaj proces može se podijeliti u tri koraka:

- Izolovanje problema i stanja na koje bi oni koji planiraju program željeli da ukažu;
- Identifikacija konkretnih izvora i uzroka ovih problema ili stanja;

- Kreiranje komponenti programa tako da one odgovaraju identifikovanim potrebama i ciljevima.

Sudovi su se, uopšteno govoreći, pozabavili procesom procjene potreba na razne načine. Na primjer, u nekim od nadležnosti, čini se da je sud zanemario prva dva koraka i identifikovao slijedeće varijable prilikom uspostave ADR programa: umanjeње pravosudnih resursa; zahtjeve za brzo provođenje postupaka; prepoznavanje vrijednosti ADR-a od strane administratora suda; i visoke troškove parničnog postupka. U drugima, razvoj programa za nagodbu je potekao direktno iz vjerovanja da su sud i komora trebalo da urade nešto po pitanju nagomilavanja predmeta u sudu.

CILJEVI

Važno je odrediti jasne ciljeve vezano za sudski ADR program prije same njegove implementacije. Programski ciljevi i njihova prioritizacija može dramatično da utiče na : (1) način na koji je program sačinjen i (2) kriterije koji su korišteni da bi se izvršilo praćenje i ocjenjivanje njegove uspješnosti. Osim toga, jasnost u smislu programskih ciljeva može pomoći kako bi se obezbijedilo da su predmeti upućeni u odgovarajuću ADR proceduru.

a. Razvoj/prioritizacija ciljeva

Komentatori predlažu da planeri programa uzmu u obzir nekoliko pitanja tokom razvoja programskih ciljeva:

- **Veza između programskih ciljeva i potreba/problema čijem je rješavanju program namijenjen:** Nacionalni standardi za programe medijacije pripojene sudu u SAD-u predlažu da programski ciljevi se izravno odnose na identifikovane potrebe suda;
- **Individualizovana selekcija ciljeva:** Iako, kao što je već pojašnjeno, bi sudovi trebalo da se ugledaju na postojeće programe za modele i ideje, važno je da oni koji planiraju programe ADR-a pripojene sudu provjere individualne potrebe suda za čije se potrebe planira program prilikom određivanja ciljeva tog programa. Ovo znači uzimanje u obzir raspoložive resurse, postojeće probleme, postojeće načine rješavanja tih problema, itd.;
- **Prioritizacija ciljeva:** Važno je izvršiti prioritizaciju ciljeva. Može postojati značajna tenzija između programskih ciljeva ADR-a. Na primjer, ADR program koji omogućava veći pristup javnosti procesima rješavanja sporova neće nužno smanjiti troškove suda ili smanjiti broj predmeta. Iz tog razloga, predloženo je da, čak iako se svi programski ciljevi čine konzistentnim, sudovi bi trebalo da jasno odrede i prioritizuju ciljeve za bilo koji ADR program na čijoj izradi i usvajanju rade. Nadalje, prioritizacija ciljeva može biti od pomoći planerima pri jasnom definisanju pravca konkretnog ADR programa. Konačno, Nacionalni standardi za programe medijacije pripojene sudu sugerišu da prioritizacija ciljeva može da predstavlja presudan element u evaluaciji efikasnosti samog programa.

b. Karakteristike ciljeva

Različite su karakteristike ciljeva vezano za programe ADR-a pripojenog sudu. Međutim, uopšteno govoreći, ovi ciljevi se dijele u dvije kategorije: ciljevi koji se odnose na interese stranaka u postupku i ciljeve koji se odnose na interese sudova. Idealno je kada su ova dva tipa ciljeva u kongruenciji.

(1) Ciljevi u interesu suda

Ciljevi u interesu suda podrazumijevaju:

- Povećati mogućnost suda da riješi predmete unutar raspoloživih resursa;
- Pružiti pomoć u smanjenju nagomilavanja predmeta;
- Omogućiti provođenje procesa za rješavanje sporova koji su najprikladniji za rješavanje određene vrste sporova; i
- Podsticanje ranije i bolje analize slučaja i pripreme stranaka u postupku.

Tradicionalno, cilj smanjenja nagomilavanja predmeta biva viđen kao osnovna prednost ADR-a koji se odnosi na sud. Osnovni cilj ADR-a/ranog programa nagodbe koji se provodi je da smanji broj predmeta i njihovo nagomilavanje.

(2) Ciljevi u interesu korisnika

Ciljevi u interesu korisnika su usmjereni na poboljšanje usluge koja se pruža korisnicima sudskih usluga. Neki od najcitiranijih ciljeva u interesu korisnika uključuju:

- Obezbijediti strankama u postupku alternativu koja nosi niži trošak, koja je polu-formalna, kvazi-sudbena u odnosu na puno suđenje ;
- Smanjiti odstupanje stranke iz procesa rješavanja spora;
- Pomoći u stvaranju boljih odnosa između stranaka u postupku;
- Poboljšati komunikaciju između stranaka u postupku i njihovih pravnih zastupnika;
- Okupiti stranke u postupku prije nego što načine značajna ekonomska i emocionalna ulaganja u predmet;
- Poboljšati analizu predmeta, smanjiti troškove pribavljanja dokaznog materijala i izvoditi bolje usmjeren dokazni materijal planova za izuzeće; i
- Unapređenje kapaciteta stranaka u postupku da očuvaju svoju privatnost.

(3) Hibrid

Neki ciljevi ne mogu biti lako svrstani u jednu od ovih kategorija, već se čini da imaju određene prednosti u korist i sudova i stranaka u postupku. Na primjer:

- Skraćenje vremena njegovog rješavanja;
- Poboljšanje komunikacije između stranaka u postupku i suda;
- Smanjenje troškova rješavanja sporova;
- Podsticanje postizanja rane nagodbe; i
- Podsticanje budućeg dobrovoljnog korištenja ADR-a putem edukacije i upoznavanja sa procesom.

Poglavlje 3

KLJUČNA REGULATORNA PITANJA, TRENDVI I PRAKSE VEZANO ZA MEDIJACIJU

KONTROLNA LISTA KLJUČNIH PITANJA ZA KREATORE POLITIKE PO PITANJU MEDIJACIJE

Kontrolna lista je usvojena od strane Nacionalne komisije za ADR Australije (u daljnjem tekstu: NADRAC) u novembru 2006. godine. Cilj joj je da pruži smjernice vladinim kreatorima politike i onima koji su uključeni u kreiranje ili dopunjavanje zakonskih odredbi koje se tiču ADR-a, tako da pomognu u postizanju odgovarajućih standarda i konzistentnosti zakonodavnog okvira za ADR, posebno u vezi sa pravima i obavezama stranaka u postupku.

Kontrolna lista je od strane eksperta prilagođena potrebama građansko-pravne države kako bi bila od koristi kreatorima politike u BiH.

1. POSTOJI LI POTREBA ZA ZAKONODAVSTVOM?	
RELEVANTNE PRETPOSTAVKE	MOGUĆI PRISTUP
ARGUMENTI PROTIV ZAKONODAVSTVA Da li je zakonodavstvo potrebno ili postoje drugi mehanizmi koji bi vjerovatno bili efikasniji?	NEPOSTOJANJE ZAKONODAVSTVA Ukoliko se ne donosi nova legislativa,, kreatori politike bi se mogli osloniti na upotrebu ADR mehanizama u precedentnom pravu,ugovornim aranžmanima između stranaka u postupku i kodeksa prakse ili drugih samoregulatornih mehanizama primjenjivih na ADR prakticioniste.
ARGUMENTI KOJI PODUPIRU ZAKONODAVSTVO <ul style="list-style-type: none">• Prilikom prvog uvođenja ADR-a, može se javiti potreba za nekim elementima prisile ili zakonodavne kontrole• Vladina politika je da se podstakne ADR da njeguje pomirljiviji pristup rješavanju sporova. Takođe može biti važno da se strankama u postupku da izbor da koriste efikasan ADR proces. Ovo može zahtijevati promjenu zakonodavstva.	NEPOSTOJANJE ZAKONODAVSTVA <ul style="list-style-type: none">• ADR mehanizmi bi mogli biti uvedeni putem osnovnog akta, propisa ili pravila suda.• Drugi zakonodavni pristup bi mogao biti da se smatra da su ADR klauzule dio privatnih ugovora.

2. KOJI JE TIP ADR-a NAJPRIKLADNIJI?

RELEVANTNE PRETPOSTAVKE	MOGUĆI PRISTUP
<ul style="list-style-type: none">• Uzeti u obzir prirodu ADR procesa - facilitativan, savjetodavan, determinativan ili, u nekim slučajevima, njihova kombinacija• Primjeri facilitativnog postupka su medijacija, facilitacija i potpomognuto pregovaranje. Savjetodavni procesi podrazumijevaju procjenu stručnjaka, procjenu predmeta, prezentaciju predmeta, mini-suđenje i ranu neutralnu procjenu. Determinativni proces uključuje arbitražu, stručnu determinaciju i privatno odlučivanje.• Različiti ADR postupci također se mogu opisati u skladu sa njihovim ciljevima, konkretnim strategijama koje su primjenjivane ili vrstom spora. Na primjer, transformativni oblik medijacije, evaluativna medijacija ili ko-medijacija.	<ul style="list-style-type: none">• Pored arbitraže, medijacija i pomirenje su najčešći najčešći postupci u zakonodavstvu, a slijede pregovaranje i konferencija. Presuda, procjena predmeta i neutralna evaluacija se također ponekad koriste.• Definicije ADR-a ne bi trebalo dati u zakonodavstvu osim u ograničenim, limitiranim situacijama. Kreatori politike bi možda željeli da uzmu u obzir razliku između tipova ADR postupaka koji se poduzimaju radije nego da utvrđuju propisane definicije.• ADR postupak se može primijeniti na različite kategorije sporova, na primjer rješavanje porodičnih sporova, medijaciju u zajednici, medijacija između žrtve i počinioca, postupak mirenja zasnovanog na jednakim mogućnostima, pomirenju i naknadi u radnim sporovima, stanarsko mirenje ili trgovinska arbitraža. Medijacija između više stranaka u sporu može uključivati nekoliko stranaka ili grupa stranaka.

3. KAKO BI SPOROVE TREBALO UPUĆIVATI NA ADR?

RELEVANTNE PRETPOSTAVKE	MOGUĆI PRISTUP
<ul style="list-style-type: none">• Država bi trebalo da potakne svoja tijela da sporove rješavaju na najnižem odgovarajućem nivou i da proaktivno rade na izbjegavanju bespotrebne eskalacije konflikta.• Osim u slučajevima kada je tokom sudskog procesa zadržana presuda, stranke mogu pokušati da riješe spor putem ADR postupka u bilo kojoj fazi njihovog spora.• Ako je na zakonodavstvu da spor uputi u ADR postupak, treba donijeti odluku o prirodi i opsegu bilo kog kriterija za upućivanje ili negativnog kriterija, kao i da li ih treba uključiti u zakonodavstvo ili propise.• U onim slučajevima kad zakonodavstvo obavezno upućuje stranke na ADR postupak, važno je da su obezbijeđeni i da se provode odgovarajući profesionalni standardi.	<ul style="list-style-type: none">• Sudovi i tribunali u nekim zemljama imaju nadležnost da upute određeno pitanje na rješavanje putem ADR-a. U određenim okolnostima, ovo može da se desi bez pristanka stranaka u sporu (obavezno upućivanje). Tijelo koje upućuje obično ima diskreciono pravo na upućivanje spora na ADR.• Zakonodavstvo ili sudska pravila mogu zahtijevati od stranaka u sporu da pristupe provođenju ADR postupka u zajednici prije započinjanja parničnog postupka. Žalba i žalbeni postupci koji su regulisani zakonom, takođe mogu zahtijevati da se učini pokušaj rješavanja spora putem ADR postupka.• Zakonodavstvo bi trebalo zahtijevati da spor bude upućen u ADR proceduru, bez pristanka stranaka, u slučajevima kada izvršena procjena utvrdi da je spor prikladan za upućivanje u takvu proceduru. Međutim, kriteriji procjene ne treba da budu sadržani u zakonu. Za zakonodavstvo može biti korisnije da specificira negativne kriterije, na primjer koji su to slučajevi kada ne treba izvršiti upućivanje spora.

4. DA LI BI UČEŠĆE STRANAKA U SPORU TREBALO DA BUDE OBAVEZUJUĆE?

RELEVANTNE PRETPOSTAVKE	MOGUĆI PRISTUP
<p>DA LI BI UČEŠĆE U ADR POSTUPKU TREBALO DA BUDE OBAVEZUJUĆE?</p> <p>Kada je spor uklonjen iz raznih sudskih procedura i podvrgnut procedurama koje su osmišljene da promovišu iznalaženje kompromisnog rješenja, ovo pruža mogućnost učešća u postupku koji može rezultirati saradnjom i saglasnošću.</p>	<p>OBAVEZUJUĆE</p> <ul style="list-style-type: none">• Stranke mogu biti upućene na rješavanje u ADR postupku bez njihove saglasnosti.• Onaj koji upućuje može imati diskreciono pravo da uputi predmet na rješavanje u ADR postupku ili može biti prisiljen da odluči o upućivanju predmeta na rješavanje u ADR postupku.• Stranke koje učestvuju u ADR postupku su dužne da to čine u dobroj vjeri kako to propisuju različiti zakoni i pravila. Posljedice neučestvovanja u postupku u dobroj vjeri su različite.• Ugovorni sporazumi koji sadrže klauzule ADR postupka su uobičajeni u trgovinskim i sporazumima o zapošljavanju.

5. DA LI BI UČEŠĆE U ADR-U TREBALO DA BUDE DOBROVOLJNO?

RELEVANTNE PRETPOSTAVKE	MOGUĆI PRISTUP
<p>DA LI BI UČEŠĆE U ADR-U TREBALO DA BUDE DOBROVOLJNO?</p> <ul style="list-style-type: none">• Uopšteno govoreći, vjerovatnije je da će tokom ADR postupka doći do nagodbe ako strane u sporu u njemu učestvuju svojevrijedno, nego kada su primorane na to.• Obavezno učešće takođe može biti neprikladno u određenim vrstama sporova, na primjer gdje postoji povijest nasilja.• Kada je učešće obavezno, sudovi i tribunali mogu koristiti ADR kao alat za upravljanje predmetom, a ne kao mehanizam za pažljiv i deliberativan način alternativnog rješavanja sporova.	<p>DOBROVOLJNO</p> <ul style="list-style-type: none">• Strane u sporu mogu se složiti da pokušaju da razriješe spor primjenom ADR-a u bilo kojoj fazi prije ili tokom pravnog postupka.• Strane u sporu mogu se složiti da učestvuju u ADR-u putem privatnog ugovora.• Gdje zakonodavstvo omogućuje da sud/tribunal uputi strane u sporu na postupak ADR-a, obaveza za strane u sporu da u njemu učestvuju može biti dobrovoljna.• Kad god je rješavanje spora upućeno u ADR proceduru, prednosti obaveznog učešća se može realizovati jedino kada je omogućena pažljiva procjena da li je spor pogodan za ADR proceduru i, ukoliko postoje odgovarajući izuzeci za neprikladne slučajeve. Obavezno učešće i upućivanje je jedino prikladan u slučajevima gdje su obezbijeđeni i provode se odgovarajući profesionalni standardi.

6. KOJE SU TO DUŽNOSTI I STANDARDI KOJI SE OČEKUJU OD ADR PRAKTIKIONISTA? KAKO SE ADR PRAKTIKIONISTI BIRAJU?

RELEVANTNE PRETPOSTAVKE	MOGUĆI PRISTUP
<ul style="list-style-type: none"> • Ne postoji, jedna organizacija na nacionalnom nivou koja akredituje medijatore i druge prakticioniste ADR-a, ali čine se naponi da se razvijuzajednički nacionalni stndardi za akreditaciju medijacije. • Važna pitanja koja treba uzeti u obzir su: <ol style="list-style-type: none"> 1) Da li bi dužnosti i standardi propisani za ADR prakticioniste trebalo da budu zakonodavni uslov ili ih treba prepustiti principima 'dobre prakse', 2) Kako treba odabirati ADR prakticioniste i 3) Da li bi ADR prakticionista trebalo da se suoči sa sankcijama ukoliko protiv njega ili nje bude uložena žalba. • Pitanja koja treba uzeti u obzir kada se određuju dužnosti i standardi ADR prakticionista uključuju: na koji način birati prakticioniste, uloga prakticioniste, nepristrasnost, sukob interesa, kompetencije, povjerljivost, kvalitet procedure, prekid ADR procedure, bilježenje nagodbe, publicitet, oglašavanje i naknade. 	<ul style="list-style-type: none"> • Zakonodavstvo i propisi mogu specificirati nivo obuke i edukacija koji su neophodni za vršenje medijacije i drugih oblika ADR-a. • Kodeks ponašanja i profesionalna pravila takođe mogu biti smjernice u smislu dužnosti ADR prakticionista, tako da treba obratiti pažnju na to da lisu ili nisu potrebne zakonodavne smjernice. • Nacionalni sistem za akreditaciju medijacije i Nacionalni standard za medijaciju imaju za cilj uspostavu jedinstvenog sistema akreditacije medijatora.

7. DA LI ZAKONODAVSTVO TREBA DA PRUŽI IMUNITET OD ODGOVORNOSTI ZA ADR PRAKTIČIONISTE?

RELEVANTNE PRETPOSTAVKE	MOGUĆI PRISTUP
<ul style="list-style-type: none"> • Osnovno pitanje za kreatore politike je da uzmu u obzir da li bi trebalo osigurati imunitet i, ukoliko je to slučaj, obim imuniteta i kako obezbijediti da stranama u sporu budu pruženi odgovarajući ADR standardi. • Argumenti za i protiv imuniteta su u vezi sa potrebom da se ADR prakticionistima pruži određena zaštita a da se u isto vrijeme obezbijedi prihvatljiv stepen odgovornosti za provođenje ADR prakse. • Bilo koja vrsta imuniteta od tužbe za nemar ili drugog građanskog prestupa moraju biti čvrsto opravdane kao pitanje javne politike. Skoro da ne postoji profesija kojoj je dodijeljeno pravo na imunitet od građanske odgovornosti. • Tradicionalno, opšta politika koja podržava imunitet za ADR prakticioniste pojašnjava da bi obavljanje njihovih dužnosti i funkcija, kao i kvalitet ishoda ADR-a, mogao biti ugrožen ukoliko postoji rizik od pravne radnje. 	<ul style="list-style-type: none"> • Ne postoji opšti imunitet od pravne radnje za ADR prakticioniste. Ipak, imunitet može biti osiguran ugovorom o djelu/pružanju usluga samog prakticioniste (ukoliko je konzistentan sa drugim pravnim principima fer ugovora) ili statutom u određenim područjima rada na polu alternativnog rješavanja sporova. • Statutorna zaštita za ADR prakticioniste može biti obezbijeđena ili u vidu apsolutnog imuniteta (slično onom koji je dodijeljen sudijama) za obavljanje poslova vezano za alternativno rješavanje sporova koje je vezano za taj zakon, ili kao kvalifikovani imunitet, ograničen na djela učinjena u dobroj vjeri. • Gdje sud upućuje premet na ADR proceduru, i gdje je ADR dio kontinuiteta strategije upravljanja predmetima koja ima za cilj rješavanje spora među stranama, trebalo bi da postoje garancije koje štite ADR prakticionistu od tužbe zbog bliskosti ADR i sudskog procesa. U ovim okolnostima, ADR je percipiran kao produžetak sudskog procesa. • Međutim, vrlo je teško opravdati imunitet ADR prakticioniste kad god se radi o alternativnom rješavanju sporova u zajednici a ne o sudskom procesu upravljanja predmetom.

8. PRINCIP POVJERLJIVOSTI I OBZANJIVANJE KOMUNIKACIJE TOKOM PROCESA ADR-a?

RELEVANTNE PRETPOSTAVKE	MOGUĆI PRISTUP
<ul style="list-style-type: none">• Uopšteno se očekuje da će komunikacija vršena u toku postupka alternativnog rješavanja sporova biti strogo povjerljiva. Osnovno pitanje koje bi trebalo razmotriti je da li bi zakonodavstvo trebalo nametnuti obaveze povjerljivosti i koje sankcije bi trebalo primijeniti u slučaju kršenja bilo kojeg od uslova povjerljivosti. Na ovo utiče razmatranje pitanja da li su običajno pravo ili ugovorne obaveze dovoljne.• Razlozi politike o obavezi povjerljivosti su zasnovani na održavanju povjerenja javnosti u ADR postupak omogućiti otvorenu i iskrenu komunikaciju unutar samog procesa kako bi se došlo do funkcionalnog rješenja. Argumenti za restrikciju obaveze povjerljivosti leže u potrebi određene sudske ili javne kontrole nad privatnim rješavanjem sporova i potrebe treće strane na koju bi ishod ADR postupka mogao imati uticaj da imaju pristup informacijama kako bi obezbijedili svoja prava.	<ul style="list-style-type: none">• U nekim zemljama zakonodavstvo u osnovi ne brani stranama u sporu da obznanu komunikaciju koja je vršena tokom ADR-a.• Obaveza povjerljivosti ADR prakticioniste je primarno etička obaveza i u osnovi se njome najbolje baviti u odnosu na profesionalne standarde i pravila ponašanja, a ne zakonodavstva. Iako je na učesnicima obaveza da obezbijede povjerljivost pitanja o kojima je raspravljano tokom ADR postupka, tu obavezu ne bi trebalo nametati zakonom.

9. POSTOJI LI POTREBA ZA ZAKONODAVSTVOM?

RELEVANTNE PRETPOSTAVKE	MOGUĆI PRISTUP
<ul style="list-style-type: none">• Zakonodavstvo ponekad predviđa da dokazi o bilo čemu što je rečeno ili učinjeno, ili bilo kojem priznanju učinjenom tokom ADR postupka (uključujući sastanke sa pravnim savjetnicima), nisu prihvatljivi na sudu. Ovo je praksa kako bi se obezbijedili iskreni razgovori i smisleni pregovori, tako da strane u sporu mogu slobodnije pregovarati tokom ADR sastanka i jasno izraziti svoje stavove bez bojazni da će njihove riječi i djela kasnije biti iskorišteni protiv njih.• Sa druge strane, mogu postojati valjani razlozi da neke stvari budu uzete kao dokaz, na primjer, kada bi taj dokaz mogao pomoći da se zaštiti dijete, ranjiva osoba ili javnost.• Osnovno pitanje za kreatore politike je da li okolnosti opravdavaju uvođenje odredbi o neprihvatljivosti u ADR legislativu i, ukoliko je to slučaj, da li treba dodati specifične izuzetke.	<ul style="list-style-type: none">• Većina zakona koja se bavi ADR-om propisuje da dokaz o komunikaciji tokom ADR sesije nije prihvatljiv u kasnijim postupcima. Sudu obično nije dozvoljeno da ima uvid u dokumenta vezano za ADR postupak bez saglasnosti strana u sporu ukoliko ih se ne može drugačije dobiti iz ostalih izvora. Ovo je pravilo sačinjeno da bi se podstaklo donošenje nagodbe u sporu.• Neki zakoni koji sadrže odredbe o neprihvatljivosti takođe specificiraju okolnosti pod kojima postoje izuzeci za prihvatljivost. Važno je da se odredbe o neprihvatljivosti ne koriste nepravedno kako bi spriječili izvršenje dogovora postignutih tokom ADR postupka.• Bilo šta što se obznani tokom ADR postupka u osnovi ne bi trebalo da bude uzeto kao dokaz u kasnijem sudskom. Zaštita komunikacije obavljene tokom ADR sesije pruža veću izvjesnost statusa tih komunikacija i onemogućuje sekundarne parnice.

10. KAKO BI SPORAZUMI POSTIGNUTI TOKOM TREBALO DA POSTANU PRIMJENJIVI?

RELEVANTNE PRETPOSTAVKE	MOGUĆI PRISTUP
<ul style="list-style-type: none">• Pitanje sa kojim se kreatori politike susreću u vezi sa provođenjem ADR sporazuma je pitanje balansiranja konkurentskih potreba.• Pregovore o nagodbi i druge ADR procese treba podsticati a njihova povjerljivost zaštićena pravilima o neprihvatljivosti. Ovaj prioritet treba izbalansirati u odnosu na potrebu za podsticanjem konačnosti sporova i omogućiti da sporazumi postignuti tokom ADR-a budu predočeni kao dokazi o postignutom dogovoru.• Osnovne prepreke u vezi sa provođenjem dogovora postignutih tokom ADR-a nastaju kada jedna strana želi da se osloni na dogovor a druga strana želi da se iz njega povuče. U takvim slučajevima, jedna strana obično tvrdi da dogovor nije bio konačan, već da je u pitanju prelazni dokument sačinjen tokom ADR-a. Takvi prelazni dokumenti bi obično bili neprihvatljivi, i samim tim neprimjenjivi.• Namjera provođenja ishoda ADR procesa treba da bude jasno obrazložena u sporazumu jer njena neizvjesnost kasnije može potkopati napore provođenja sporazuma.	<ul style="list-style-type: none">• Kada je sud/tribunal spor uputio na rješavanje putem ADR-a, zakon može ovlastiti to tijelo da prihvati dogovor postignut tokom ADR postupka kao dokaz postignute nagodbe i u skladu s tim izda naredbe.• ADR postupak bi trebalo da, gdje je to moguće, pruži podršku stranama u sporu kako bi izbjegle pokretanje parničnog postupka. Iz tog razloga, važno je da je postoji mogućnost provođenja dogovora postignutih tokom ADR postupka, u skladu sa ostalim zakonskim načinima zaštite u vezi sa zavaravajućim i obmanjujućim ponašanjem i zaštitom od slučajeva sklapanja nepravednih ugovora.• Kada sud/tribunal ima zakonsku moć da uputi predmet u ADR proceduru, trebalo bi da ima mogućnost donošenja naredbi u okviru svojih nadležnosti a u vezi sa bilo kojim sporazumom o nagodbi koji je postignut. Bilo koji sporazum koji izlazi van nadležnosti suda ili tribunala bi trebalo provoditi putem pravomoćnosti ugovora.

KOJE VLADINE POLITIKE MOGU PODRŽATI RAZVOJ MEDIJACIJE?

Bilo bi interesantno istražiti, zašto političari podržavaju medijaciju. Da li su uvjereni da je medijacija superioran instrument za razriješenje konflikta? Da li joj se priklanjaju samo zato što je u pitanju moderan, inovativan pristup u oblasti punoj tradicije? Da li se nadaju da će poslužiti njihovim sopstvenim interesima? Šta to (još) vlade mogu učiniti kako bi promovisale medijaciju?

REGULATORNI OKVIR ZA MEDIJACIJU

U odnosu na različite načine na koji vlade mogu promovisati medijaciju, važno je napomenuti da vlade dvije vodeće evropske zemlje sa dobro razvijenom politikom medijacije, Engleska i Vels i Holandija, ne odobravaju regulatorni pristup. S druge strane, većina novih evropskih demokratija ili zemalja u tranziciji (uključujući BiH), prvo su donijele statutori zakon o medijaciji a tek naknadno su pokušale medijaciju u praksi.

KAKVA JE REGULATIVA O MEDIJACIJI U UPOTREBI?

Regulatorni okvir o medijaciji postoji u različitim oblicima kao što su:

Opšte statutorno zakonodavstvo o medijaciji i medijatorima (npr. Zakon o medijaciji);

Zakoni o sudskom procesu (npr. član 309 slovenskog ZPP-a, član 15a njemačkog EGZPO-a i član 278 njemačkog ZPO);

Sudska praksa nastala na sporovima koji uključuju sporazume o medijaciji, klauzule o medijaciji, nagodbe (vidi presudu u sporu Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust (2004) EWCA Civ 576 (UK))¹;

Regulativa o naknadama za medijatore;

Profesionalni kodeksi (Kodeks profesionalne etike za njemačke pravnike BORA, Evropski kodeks ponašanja za medijatore);

Sudska pravila ili program (Program smanjenja nagomilavanja predmeta putem sudski pripojene medijacije na Okružnom sudu u Ljubljani, SLOvenija);

Pravila medijacije privatnih pružalaca usluga (UNCITRAL Pravila o trgovinskoj pomirbi, Pravila o medijaciji, Američko udruženje za arbitražu, ICC Prvila o pomirbi);

Modeli zakona (UNCITRAL Model Zakona o međunarodnoj trgovinskoj pomirbi);

¹ Lord Philips: Why mediation works and the role of mediation in civil court system in the UK: Mediation Conference Warsaw, 14th June 2006.

Strateški dokumenti (Zeleni papir Evropske komisije o alternativnom rješavanju sporova u građanskim i trgovačkim sporovima)²;

Preporuke (preporuke Komisije Vijeća Evrope o medijaciji u građanskim i porodičnim sporovima)³.

Mogućnost sudova u zemljama običajnog prava da usvoje i izmijene svoja sudska pravila je u potpunoj suprotnosti sa zakonodavnim monopolom nad sudskim pravilima u većini (ali ne svim) zemalja građansko-pravnog poretka.⁴ Ova je opcija omogućila sudovima običajnog prava da integrišu medijaciju u parnični postupak dok je striktna regulatorna kontrola nad sudskim pravilima u zemljama građansko-pravnog poretka zaustavila promjenu i eksperimentiranje sve dok zakonodavac ne bude smatrao pogodnim da dozvoli i podstakne medijaciju.

KOJE SU PREDNOSTI I MANE LEGISLATIVE O MEDIJACIJI?

Unatoč brzom razvoju medijacije u smislu razvoja potaknutog tržišnim kretanjima ili političkim inicijativama poteklim od vlada i sudova, evropske su zemlje imale prilično široko rasprostranjene stavove oko toga kako tačno dalje stimulisati upotrebu medijacije. Ovo se posebno ticalo zakonodavnih mogućnosti na nacionalnom i evropskom (nacionalnom) nivou vezano za proces medijacije kao takav i za ulogu, obuku, akreditaciju i odgovornost medijatora. Neki su bili oprezni vezano za bilo kakvu zakonodavnu inicijativu na ovu temu, smatrajući da bi mogla ugroziti neke od specifičnih odlika medijacije kao što su fleksibilnost i obim privatne autonomije. Ondje gdje se razvija privatna medijacija nije potrebna opširna regulativa jer zakon ne bi trebalo da predstavlja prepreku za efikasan razvoj tržišta. Drugi problem je da kada medijacija bude ozakonjena, pravni zastupnici će preuzeti vođenje postupka, ne medijatori. Neki pravni stručnjaci smatraju da što je bolje regulisana industrija medijacije, veća je vjerovatnoća da će ciljevi medijacije biti kompetitivni, nego što će se nadopunjavati i veća je proliferacija šema koje promovišu efikasnost i pristup pravdi kao svoj primarni cilj umjesto samoopredjeljenja stranaka.⁵ Takođe se čini da posebno nedostatak izvora finansiranja u nekim zemljama osujećuje pokušaje da se uspostavi regulatorni okvir koji bi podstakao medijaciju.

Što se tiče prednosti regulatornog okvira za medijaciju mnogi tvrde da zakon može imati obrazovni efekat na neutralne strane, sudije, pravne zastupnike i uopšteno zajednicu, a samim tim bi mogao povećati povjerenje i vjeru javnosti u upotrebu medijacije. Regulatorni okvir takođe obezbjeđuje minimalane standarde kvalitete obavljanja usluge i mogao bi predstavljati inicijativu za javno finansiranje planova medijacije. Što se tiče pravila o procesu medijacije, zakon bi mogao da ponudi rješenje situacije gdje se strane u sporu ne mogu dogovoriti o načinu provođenja medijacije niti koji bi zakon trebalo primijeniti. Mnogi vjeruju da bi zakon o medijaciji uvijek mogao ponuditi dovoljno fleksibilnosti kada je regulacija uslovna, prvenstveno kada zakon sadrži termin "osim ako se strane drugačije ne dogovore".

² Komisija evropskih zajednica, COM (2002)196, Brisel

³ Medijacija u porodičnim sporovima (Preporuka br. R (98)1 i eksplanatorni memorandum), Medijacija u građanskim predmetima (Preporuka Rec (2002)10 i eksplanatorni memorandum).

⁴ Kada su okružni sudovi u Sloveniji uveli sudske pripojene medijacije, nije postojao zakon o medijaciji, ipak, sudovi su interpretirali opšte odredbe člana 307 Zakona o građanskom postupku, koji propisuje dužnosti suda tokom procedure u smislu pružanja podrške učesnicima u raspravi kako bi postigli sporazumno rješenje, kao zakonsku osnovu za predlaganje sudske pripojene medijacije. Sudovi su stoga usvojili pravila o medijaciji u obliku programa za smanjenje nagomilavanja predmeta sa obavezujućim posljedicom za stranke i njihove pravne zastupnike.

⁵ Vidi N. Alexander: Globalni trendovi u medijaciji: Oslobođanje trećeg talasa, strana 2.

PILOT PLANOVI

Kakvi se zaključci mogu izvući iz prednosti i nedostataka regulatornog okvira za medijaciju? Zemlje članice Savjeta Evrope slobodno odlučuju, u skladu sa nacionalnom pravnom tradicijom i praksom, da li bi medijacija trebalo da bude regulisana pravnim mjerama ili ne. Međutim, ukoliko jedna od njih ocijeni razvoj medijacije u zemljama koje su počele da promoviraju provođenje medijacije bez prethodne regulative (Holandija, Slovenija, Engleska i Vels) i uporedi ga sa teškoćama u zemljama koje su donijele zakone o medijaciji prije nego je sama medijacija postala praksa, čini se da postoji opasnost od pretjeranog regulisanja medijacije u njenoj ranoj fazi. U sve tri gore navedene evropske zemlje medijacija je doživjela zamah putem eksperimenata, sudu pridodanih pilot planova, koje su sačinili sami sudovi. Pravila medijacije i praksa bi se mogli prilagoditi potrebama korisnika i šire pravne zajednice unutar organizacije koja uči. Kroz pilot projekte stav i odziv strana u sporu je mogla biti testirana, bez garancije za ikakav uspjeh samog ishoda takvog eksperimenta. Mnogo je lakše parlamentima da prate izvještaje o implementaciji pilot projekata i regulišu ovu oblast pošto parlamenti, u osnovi, nisu zainteresovani samo za donošenje zakona već i za njihovo stvarno provođenje. Najbolji primjeri sudu pridodanih (pilot) planova su:

- Program medijacije pridodane sudu u građanskim, porodičnim i trgovinskim sporovima Okružnog suda u Ljubljani, nagrađenom posebnim priznanjem Vijeća Evrope i Evropske komisije 2005.godine (Evropska nagrada — Kristalni tas pravde);
- Sudovi u Engleskoj i Velsu su sačinili raznovrsne modele sudski pridodane medijacije od potpuno dobrovoljne (London 1996-1999), selektivnog sudskog upućivanja (ADR Trgovačkog suda nalaže Giltfordski plan), dobrovoljni program sa pozadinskim pritiskom (London 2001-2005, Birmingham), model u odnosu na sud (Plan Žalbenog suda, Egzeter) do prividno obvezujućeg plana sudu pridodane medijacije (ARM London 2004-2005, Egzeter);
- Okružni sud u Trondhajmu je inicirao medijaciju u građanskim sporovima 1998.godine i postigao stopu postignutih nagodbi od 92 % u 2006.godini (Godišnji izvještaj Okružnog suda u Trondhajmu, 2006, Norveška);
- Sud Holandije — Plan sudu pridodane medijacije (na snazi na državnom nivou od 1. aprila 2005.godine).

ŠTA MOŽE BITI REGULISANO?

Najvažniji cilj regulisanja u oblasti medijacije može biti :

- Potaći primjenu medijacije;
- Regulisanje postupka;
- Regulisanje medijacijske struke.

Tokom međunarodnog ekspertskeg sastanka održanog u Hagu 29. i 30. juna 2006., koji je sponzorirala holandska vlada, jedan od zaključaka radionica o tome da li je (zakonska) regulativa u oblasti medijacije dobra inicijativa, bio da regulative može potaknuti primjenu medijacije ali process medijacije i struka ne bi trebalo da budu predmet regulative.⁶ "Kao što je na sličan način ustanovljeno tokom panel diskusije, učesnici radionice su pokazali da se regulativa o medijaciji i razlozi za njeno usvajanje znatno razlikuju od države do države. Neke države kao što su Španija, Malta i Finska imaju legislative o medijaciji za konkretne

⁶ U prilogu je Izvještaj o činjenicama i brojkama /statistički izvještaj Programa o sudu pripojenoj medijaciji Okružnog suda Ljubljana.

sektore, na primjer rješavanje po zakonu o porodičnim odnosima. Neke (Poljska, Finska, Belgija) imaju legislative o sudu pripojenoj medijaciji dok ostale kao Ujedinjeno Kraljevstvo potiču medijaciju putem odredaba njihovih pravila o parničnom postupku. Većina istočnoevropskih zemalja su nedavno razvile konkretan Zakon o medijaciji. Naglašeno je da treba uzeti u obzir kulturne aspekte kako bi se mogla napraviti komparacija između odluke različitih država za ili protiv regulative ".

PRAVNE MOTIVI ZA TRAŽENJE MEDIJACIJE

Dva su motiva za traženje medijacije:

- Dužnost strana u sporu da razmotre medijaciju;
- Dužnost sudova da obrate pažnju na medijaciju;

Pravni zastupnici bi trebalo da, gdje je to prikladno, uzmu u obavezu da razmotre medijaciju prije odlaska na sud i da daju relevantne informacije i savjet svojim klijentima.⁷ Ovo bi se moglo postići ili zakonskom odredbom ili kodeksom profesionalnog ponašanja nacionalne advokatske komore ili udruženja pravnika.

Medijacijske informativne sesije mogu doprinijeti povjerenju između pravnih zastupnika i njihovih klijenata u procesu medijacije, pogotovo ondje gdje je medijacija značajna ili čak potpuna novost i može osigurati donošenje informisanog pristanka, od obje strane u sporu.

Sudije, kao čuvari medijacije bi trebalo da imaju ovlaštenje da organizuju informativne sastanke o medijaciji i da, gdje je prikladno, imaju obavezu da pozovu strane u sporu da pristupe medijaciji. Sudije bi stoga trebalo da preuzmu ulogu zagovornika pomažući stranama u sporu da ocijene rizik predmeta i odluče se za medijaciju. Selektivni mehanizmi vršenja pritiska ili ponekad čak uvođenja pametnih sankcija bi bili potrebni kako bi ovlasti sudija za upravljanje predmetima, da zahtijevaju od strana u sporu da prisustvuju informativnim sastancima o medijaciji, bile primjenjive. Statutarno zakonodavstvo moglo bi da uvede sankcije tipa nametanje troškova, dodjeljivanje troškova pravnog zastupnika ili pod izuzetnim okolnostima, odbacivanje slučaja. Odabir prikladnih sankcija bi trebalo da bude diskreciono pravo sudije. Ipak, neki tvrde da bi sankcije rezultirale neefikasnošću sudija, pošto bi dragocjeno sudsko vrijeme moglo biti trošeno na parnice po pitanju sankcija.

Što se tiče postojeće nacionalne regulative zemalja članica Vijeća Evrope da razmotre medijaciju, identifikovana su dva različita pristupa. Slovenski model je primjer politike pristupa od dna ka vrhu u smislu razvoja regulative dok je suprotan pristup politika od vrha prema dole, politike koju zagovara vlada u Engleskoj i Velsu.

DUŽNOST RAZMATRANJA MEDIJACIJE; SLOVENSKI MODEL

Do 2000.godine u Sloveniji nije postojala tradicija medijacije. Pružaoci ovih usluga jedva da su postojali na otvorenom tržištu.⁸ Nije postojala konkretna zakonska regulativa, koja bi pružila zakonski osnov za medijaciju. Medijacija stoga nije bila regulisana niti zakonom niti provedbenim propisima.

⁷ CEPEI: Nacrt Smjernica za implementaciju postojećih preporuka vezano za porodičnu i parničnu medijaciju; prelazni izvještaj — Cesu PE3 GT-MED (2007)1 odredba 1.

⁸ Stalna arbitraža pri slovenskoj trgovinskoj komori je stranama u sporu nudila medijaciju, međutim ne kao odvojenu ADR proceduru, već kao proces unutar arbitraže (arb-med). Starne u sporu su rijetko koristile tu opciju.

Nedostatak inicijative od privatnog sektora da razvije i upotrebljava procedure participativnog rješavanja sporova je bio razlog za inicijativu u ovom smislu, koju su privremeno preuzeli sudovi na državnom nivou. Okružni sudovi, kao prvostepeni sudovi su donijeli su planove medijacije pripojene sudovima. Sudovi su tumačili opšte odredbe člana 307 Zakona o parničnom postupku koji predviđa da je dužnost suda da pomogne stranama u sporu da dođu do nagodbe u bilo kom trenutku tokom suđenja, kao dovoljan proceduralni pravni osnov za predlaganje dobrovoljne medijacije.⁹ Sudovi su, kao dovoljan pravni osnov za uspostavu programa sudu pripojene medijacije tumačili član 62 Zakona o sudu i član 171 Poslovnika suda kao provedbene regulative.¹⁰ Obe navedene odredbe predviđaju obavezu suda da usvoji program koji bi smanjio nagomilavanje predmeta kada statistika pokaže da nagomilavanje predmeta na sudu u posljednjih dvanaest mjeseci. Program je formalno usvojio predsjednik suda. Sudu pripojena medijacija je stoga uvedena kao poseban program za smanjenje prekomjernog nagomilavanja predmeta u nadležnim okružnim sudovima. Osnovni principi, pravila i etički standardi medijacije su bili propisani ovim programom.

Osnovne karakteristike sudu pripojene medijacije u Sloveniji kako je to predviđeno programima suda su slijedeće:

- Medijacija je dobrovoljan process za tužioca i tuženog ;
- Sud predlaže da stranke pokušaju medijaciju putem standardnog poziva i priložene brošure koja pojašnjava procedure i njene prednosti;
- Poziv na medijaciju biva upućen u ranoj fazi parničnog postupka nakon što su razmijenjene tužba i dokumentacija odbrane; sudija takođe može predmet uputiti na medijaciju u bilo kojem naknadnom trenutku tokom parničnog postupka ukoliko strane u postupku tako zatraže;
- Medijatori (sudije, penzionisane sudije, advokati, porodični terapeuti, socijalni radnici u porodičnoj medijaciji) su obučeni, sud ih nadgleda i akredituje;
- Medijacija funkcioniše u okviru suda i sud popunjava osoblje i finansira njeno funkcionisanje;
- Sud pruža besplatnu medijaciju za stranke;
- U slučaju nagodbe strane u sporu biraju formu sporazuma (ugovor ili obvezujuća i primjenjiva naredba o sudskoj nagodbi) i, imaju pravo na 50 % umanjenja sudske takse.

2002.godine Zakon o parničnom postupku je dopunjen u vezi sa alternativnim rješavanjem sporova. Ovo je statutarno pravo je ovlástilo sud da suspenduje procedure na zahtjev obe stranke u sporu kako bi se pokušalo sa (bilo kojim) postupkom alternativnog rješavanja sporova.¹¹ Slovensko iskustvo nam pokazuje da nije uvijek neophodno uspostaviti sistem medijacije putem statutarnog prava. Zakonske mjere, koje provode javna tijela, zasnovano na ad hoc izmjenama postojećeg zakona, mogu biti preuranjene. Društvo u državi koja nema tradiciju medijacije prije svega treba da razumije i prepozna prednost medijacije, prilagodi percepciju i težnje vezano za medijaciju prije nego bilo kakav čvrsti regulativni okvir dozvoli usvajanje medijacije.

⁹ Zakon o parničnom postupku, SL.glasnik br. 26/99 izmijenjen.

¹⁰ Zakon o sudu, SL.glasnik br. 19/94 kako je izmijenjen; Poslovnik suda, sl.glasnik br. 17/95 izmijenjen.

¹¹ Član 305b Zakona o parničnom postupku, SL.glasnik br. 110/2002.

S druge strane, nedostatak legislative može donijeti određeni rizik. Princip povjerljivosti kao fundamentalni princip medijacije je izuzetno važan u odnosu na sudski postupak. Povezan je sa standardom neprihvatljivog dokaza i toliko je važan da bi trebalo da bude uvršten u procesna pravila. Ovime se može pozabaviti tako što se od stranaka koje pristanu na medijaciju, traži da potpišu izjavu o zaštiti principa povjerljivosti i o poštivanju pravila neprihvatljivog dokaza. Ali ostaje pitanje kako će sudovi uzeti u obzir princip povjerljivosti u slučaju spora u vezi sa povredom ovog principa ili pravila o prihvatljivim dokazima.

Postoji drugi rizik vezano za odgovornost medijatora. Dok, na primjer, sud može predvidjeti osnovne etičke principe, koji su obvezujući za medijatore, on ne može medijatorima dati imunitet koji omogućava sucima. Spram toga, kada se koriste javna sredstva u sistemu medijacije, određena zakonska ovlaštenja su skoro neizbježna. Ovo ide u prilog minimalnom broju pravila, koja su potrebna da se zagarantuje integritet procesa.

DUŽNOST RAZMATRANJA MEDIJACIJE; ENGLSKI MODEL

U Engleskoj i Velsu interes za medijaciju u građanskim i porodičnim sporovima je od ranih 1990-ih stalno rastao. Glavne reforme u engleskom parničnom postupku su se dogodile 1999, nakon objavljivanja Pristupa pravosudnom izvještaju Lorda Vulfa iz 1996. godine. Ovaj je izvještaj bio razvođe u razvoju medijacije u neporodičnim građanskim sporovima. Nije predloženo da ADR bude obavezan bilo kao alternative ili kao prethodnica parničnom postupku, ali je Lord Vulf smatrao da sudovi treba da imaju važnu ulogu u pružanju informacija vezano za dostupnost ADR-a i poticanje njegove upotrebe u odgovarajućim slučajevima.¹²

Ovo ohrabivanje se oslanja na moć suda da "kazni" nerazumno ponašanje u parničnom postupku odbijajući stranama u sporu nadoknadu troškova ili drugih novčanih kazni:

"Sud će podsticati primjenu ADR-a u na sastancima o upravljanju predmetima i preodsudskom postupku, i uzeće u obzir to da li su stranke neopravdano odbile da pokušaju da riješe spor putem ADR-a ili se neodgovorno ponašali u toku ADR-a".

Prema novim pravilima o parničnom postupku, koja su stupila na snagu aprila 1999., sudovima je dodijeljena znatana moć u upravljanju predmetima, uključujući ovlaštenje da stranama u postupku naredi medijaciju ili drugi oblik ADR-a i da prekinu ("zadrže") postupak kako bi do ovog došlo. Sudsko upravljanje predmetima uključuje ohrabivanje stranaka da koriste procedure alternativnog rješavanja sporova ukoliko sud to smatra prikladnim, i pojednostavljivanje upotrebe takve procedure. Nepostupanje po preporuci sudije a u vezi sa ADR-om može rezultirati novčanim kaznama izrečenim strankama koje odbiju poslušnost.¹³

Naglasak na ADR-u u sudskim postupcima je povećan objavljivanjem 6 preodsudskih protokola, od kojih svaki ohrabruje nastojanja na postizanju nagodbe, uključujući razmatranje mogućnosti ADR-a, prije pokretanja sudskog postupka. Najskorija novina vezano za pravila o parničnom postupku uključuje i zahtjev da strane u bilo kojem sporu pristupe odgovarajućoj predpretnoj procedure koja je usmjerena na izbjegavanje parničnog postupka, prije nego se sudu uputi bilo kakav zahtjev. Ovo bi trebalo da uključuje

¹² Prelazni izvještaj uvaženog Lorda Vulfa lordu kacelaru o građansko-pravnom sistemu u Engleskoj i Velsu, jun 1995., Kabinet lorda, poglavlje 18, odjeljak 4, str. 136.

¹³ Factors to be taken into account when deciding cost issues include »the efforts made, if any before and during the proceedings in order to try and resolve the disputes« (Parts 1 and 44 Civil Procedure Rules).

pregovore usmjerene na postizanje nagodbe o tužbi a novčane kazne mogu biti nametnute onima koji se ogлуše o zahtijevano.¹⁴

REGULATORNA PITANJA MEDIJACIJSKOG PROCESA

Osim pristupa medijaciji statutarno pravo bi moglo, ukoliko to već nije definisano pravilima sud ili ugovornim sporazumima, regulisati bar jedno od slijedećih pitanja:

- Definiciju medijacije;
- Dobrovoljnu ili obaveznu prirodu medijacije;
- Povjerljivost;
- Prihvatljivost dokaza;
- Zastaru;
- Klauzulu medijacije;
- Provođenje nagodbi postignutih medijacijom.

DEFINICIJA MEDIJACIJE

Medijacija se odnosi na postupak, u kom nepristrasna treća strana olakšava pregovore između dvije ili više strana u sporu. Pomirenje može umnogome da sliči medijaciji, ipak razlikuje se u jednoj bitnoj stvari. Pomirenje je process sličan medijaciji, gdje nepristrasna treća strana, pomiritelj, ima mogućnost da strankama pruži pravne informacije i (ili) da predloži rješenje stranama u sporu.

Izmiritelji mogu biti direktniji i poduzeti intervenciju nego što su to medijatori koji rade zasnovano na interesu. Trebalo bi upotrebljavati slijedeću definiciju medijacije:

Medijacija bi trebalo da znači bilo koji process, kako god ga se nazivalo ili se na njega upućivalo, gdje treća strana pomaže da dvije ili više strana u sporu postignu dogovor o nagodbi u sporu, bez obzira na to da li su postupak inicirale strane u sporu, da li ga je predložio ili naredio sud ili je propisan zakonom te države.

Ona ne bi trebalo da uključuje napore sudije da postigne nagodbu u sporu tokom parničnog postupka koji se vodi vezano za taj spor.

Ponekad, vanjski medijatori su sudije, koji nisu uključeni u rad po predmetu (eksperimenti u Norveškoj, Finskoj i Belgiji). Ova varijacija posebno ukazuje na rastuću svijest o ograničenjima koja su svojstvena sudijama koje su angažovani na predmetu, a koji u isto vrijeme postupaju kao uređivači nagodbe. Uistinu, ovim sudijama nije dopuštena mogućnost razgovora sa jednom strankom (caucus), a vremenska ograničenja će ih obično spriječiti da se upuštaju dublje u predmet, iznoseći osnovne interese za sveobuhvatnom agendom za rješavanje sporova.¹⁵

¹⁴ Hazel Genn: Contemporary experience of mediation in England and Wales; European Commission for the Efficiency of Justice: Mediation, CEPEJ (2003)25 (d1), Strasbourg, 3rd October 2003.

¹⁵ A. de Roo and R. Jagtenberg: Comparative European research on court — encouraged mediation, Conference paper, Hague 2006, p. 3-4

DOBROVOLJNA NASUPROT OBAVEZNE MEDIJACIJE

Preporuke Vijeća Evrope o medijaciji u porodičnim i građanskim sporovima kao i Direktiva EU u osnovi smatraju medijaciju dobrovoljnim procesom. U većini centralnih i istočnoevropskih zemalja medijacija je zapravo dobrovoljna, uglavnom zbog rane faze njenog razvoja. Obavezna medijacija vezana za sud nije široko rasprostranjena. Na Malti porodična medijacija je bila obavezna zbog konkretnog društvenog interesa jer malteški zakon nije dopuštao razvod zakonski vjenčanog para, već samo odvojen život. U Norvečkoj se uvode se obavezujući planovi ili u Njemačkoj u članu 15a njemačkog EGZPO u malim tužbama i susjedskim sporovima. Tzv. pristup "prvi poništite svoju medijacijsku karticu " kako bi sudovi bili zadnje, radije nego prvo utočište, je specifično za Evropu. Sudovi još nisu razvili koncept više vrata/raznovrsnosti izbora. Potpuna lista postupaka za rješavanje sporova je potreban prije negoli zakon primora strane u sporu da se odluče za jedan od postupaka rješavanja sporova.

Istraživanje koje je proveo Hejzl Gen, je pokazalo da ukoliko država učini medijaciju obavezujućom, stranke će je naravno koristiti. Pogotovo ako se suoče sa kaznom kada krenu u suđenje bez da su prvo pokušali riješiti spor medijacijom. Dakle prvi efekat obavezne medijacije je da je više prihvaćena nego dobrovoljna medijacija. Međutim, tu je i drugi efekat. To je opadajuća stopa uspjeha. Očito, ukoliko su strane u sporu prisiljene da se uključe u medijaciju, to im ne pruža pravilno shvatanje kako bi radili u pravcu nagodbe koja je postignuta putem pregovora i koja je zadovoljavajuća za sve strane. Postavlja se tada pitanje — koji je to pravi recept na ljestvici koja ide od pristupa pozivanja, preko zagovaranja, do potpune prisile.¹⁶

De Roo i Jagtenberg su otkrili da su planovi upućivanja u mnogim evropskim zemljama pokazali da, pored dobrovoljnih planova, postoji i obavezno upućivanje i da, što je još važnije, se mogu utvrditi različite nijanse sive između bijele boje potpuno dobrovoljnog i crne boje apsolutne prisile.

Zaključili su da se može razlikovati šest (pod) varijacija upućivanja:

1. Strane u sporu same predlože medijaciju kao opciju;
- 2a. Sudije predlože medijaciju na neobavezujući način;
- 2b. Sudija (ili medijator) predloži ideju, ali je proprati određenim stručnim pojašnjenjem (obično kreirano za stranke);
- 3a. Sudija inicira upućivanje; stranke mogu odbiti bez ikakvih sankcija protiv njih;
- 3b. Sudija inicira postupak, ali postoji mogućnost nametanja sankcija u slučaju odbijanja;
4. Pristup sudu je odbijen, dok god se prvo ne pokuša medijacija.

Jedino u slučaju pod brojem 1. postoji potpuno dobrovoljno (svojevoljno) upućivanje, dok je jedino u varijaciji pod brojem 4. u pitanju potpuno obavezujuće upućivanje. Varijacija 2. je više rasprostranjena. Jasno je da je varijacija 2b manje dobrovoljna nego varijacija 2a. U ovom slučaju stranke pristupaju sa dobro zasnovanim argumentima, ukoliko nemaju

¹⁶ H. Gen: Volio bih da vidim neku državu da medijaciju načini prisilnom — Intervju, Stanje po pitanju medijacije u Evropi, šta još države mogu da urade?; *Conflicthuntering*, Hag 29.i 30. jun 2006.

namjeru da razmotre stručno mišljenje (koje obično daje sudija) u vezi sa mogućnostima koje medijacija može da ponudi u pogledu spora u pitanju.¹⁷

Pravne debate na temu dobrovoljne nasuprot obavezujuće medijacije pokazuje znakove da dobrovoljna medijacija vezana za sud pokušava da se vrati kao mnogo moćnije oružje nego što je to obavezna medijacija kako bi donijela promjenu u kulturu rješavanja sporova. Alegzander, Gotvald i Trenček navode odvažni eksperiment u Njemačkoj Donjoj Saksoniji da se putem sveobuhvatnog plana dobrovoljne medijacije vezane za sud promijeni kultura rješavanja sporova.¹⁸

Nasuprot tome Ros navodi da nakon bezuspješnih pokušaja da se promijeni kultura rješavanja sporova, obavezna medijacija može, zapravo, da bude ključna u podizanju svijesti i mijenjanju culture upravljanja sporovima u Škotskoj.¹⁹

Ostaje pitanje da li možemo očekivati da budu razvijeni planovi obavezne medijacije u Evropi. Odgovor bi mogao biti uslovno potvrđan. Međutim, postoji opasnost da tendencija da se medijacija nametne direktno (na primjer, putem sudskog upućivanja) i indirektno (na primjer, putem pružanja pravne pomoći) mogla bi dovesti do scenarija gdje parnični postupci postaju opcija samo za one koji imaju, odnosno redovne korisnike usluga i imućne, a ne za one koji nemaju. Takođe je važno navesti da što je veća prisila na učešće u medijaciji to je prikladnije donošenje regulative u ovoj oblasti.

POVJERLJIVOST

"Zemlje članice bi trebalo da obezbijede zakonske garancije povjerljivosti u medijaciji"²⁰ Povjerljivost je implicirana karakteristika medijacije ali neuređena zakonska oblast. U državama gdje princip povjerljivosti nije statutarno zaštićen, daljnji razvoj primjene ovog principa ovisi o sudskoj praksi. Ako sudije ne znaju mnogo o pojedinostima medijacije postoji opasnost od štetnog efekta precedentnog prava medijacije.

Princip povjerljivosti se generalno definiše kako slijedi: Osim ako nije drugačije dogovoreno među strankama, sve informacije koje se tiču postupka medijacije, bi trebalo da budu povjerljive, osim kada je njihovo obznanjivanje u skladu sa zakonom ili u svrhu implementacije ili provođenja sporazuma o nagodbi.

Svrha povjerljivosti je da zaštiti medijacijsku komunikaciju od obznanjivanja na sudu i u toku naknadnih sudskih postupaka. Ona se odnosi ne samo na usmenu i pismenu komunikaciju već i na ponašanje ili govor tijela/neverbalnu komunikaciju. Povjerljivost je obavezujući princip za sve učesnike u medijaciji, uključujući i medijatora.

Obaveza povjerljivosti proisteći iz:

- Sporazuma da se uđe u postupak između strana u sporu i pružaoca medijacije;
- Propisa o medijacijskoj praksi;
- Statutornog prava;
- Sudskih pravila.

¹⁷ A. de Roo, R. Jagtenberg: Komparativna evropska analiza sudova koji ohrabruju medijaciju; materijal sa konferencije, vidi stranu 13.

¹⁸ N. Alexander, W. Gottwald and T. Trenzcek, "Medijacija u Njemačkoj: Dugi, krivudavi put", odjeljak 2a VIII.

¹⁹ N. Alexander, Globalni trendovi u medijaciji: Oslobađanje trećeg talasa, vidi stranu 2.

²⁰ CEPEJ, Working Group on mediation: Interim Report, p.19, see page 7.

Kako bi se obezbijedila povjerljivost u praksi, pravila se sa stranama u sporu mogu urediti da, osim ako se to izričito zahtijeva, će medijatori pretpostaviti da su ovlašteni da obznane sadržaj komunikacije. Izuzeci od povjerljivosti se javljaju u slučaju postupanja između medijatora i strana u sporu u slučaju štete koja je proistekla iz medijacije, svjedočenja medijatora, kada se obznanjivanje traži zakonom, kada je to neophodno da bi se izbjeglo krivično gonjenje ili kada je povjerljivost predmet izuzetaka koji se zasnivaju na javnoj politici (zlostavljanje djeteta, javna sigurnost ili javno zdravlje). Uvjeti povjerljivosti su pitanja koja treba da budu regulisana za svaku situaciju ponaosob. Ukoliko ne postoji konkretno pravilo u zakonu ili u ugovoru između strana u sporu o tome kada se povjerljivost ne primjenjuje, tada se jedino primjenjuje test proporcionalnosti, odnosno da li javni interes opravdava i nadjačava obznanjivanje bez obzira na ono što bi inače bila obaveza povjerljivosti.

.

PRIHVATLJIVOST DOKAZA U SUDSKIM POSTUPCIMA

Kako bi se osiguralo pravilo neprihvatljivosti dokaza, treba obezbijediti dva cilja:

- Obavezu stranaka da se ne oslanjaju na određeni tip dokaza;
- Obavezu sudova da takve dokaze tretiraju kao neprihvatljive.

Strana u medijacijskom postupku, medijator i bilo koje treće lice, uključujući i one koji su uključeni u vođenje medijacijskog postupka, u arbitražnom, sudskom ili bilo kojem drugom postupku ne bi trebalo da se oslanjaju na, uvode kao dokaz ili da daju svjedočenje ili pruže dokaz u pogledu bilo čega od navedenog:

- a) Poziva stranci na učestvovanje u postupku medijacije ili činjenice da je strana u sporu bila voljan da učestvuje u takvom postupku;
- b) Viđenja ili sugestija koje je dala stranka u medijaciji u vezi sa mogućom nagodbom u sporu;
- c) Izjava ili priznanja koja je dala stranka u toku postupka medijacije;
- d) Prijedloga koje je dao medijator;
- e) Činjenice da je stranka nagovijestila svoju spremnost da pristane na nagodbu koju je predložio medijator;
- f) Dokumenta sačinjenog isključivo za potrebe postupka medijacije.²¹

PERIOD ZASTARE

Pribjegavanje medijaciji utiče na pristup pravdi u mjeri da takav postupak ne prekida zastaru. Po završetku medijacije u slučaju neuspjelog provođenja, postupci strana u sporu bi tada mogli biti prekinuti ili bi im period zastare bio neopravdano skraćen.

Neke zemlje članice EU su u svom zakonodavstvu predvidjele da pribjegavanje određenim ADR tijelima podrazumijeva suspenziju roka zastare u odnosu na zahtjev koji je podnešen u

²¹ Vidi član 10 UNCITRAL Modela zakona o spoljno-trgovinskom mirenju : <http://www.uncitral.org/frindex.htm>;

skladu sa ADR procedurom. U smislu promovisanja medijacije, moglo bi biti potrebno načiniti izmjene pravila o parničnom postupku u smislu perioda zastare, gdje bi period mogao biti prekinut, kada postupak medijacije počne i naknadno nastavljen po završetku procedure, bez da je postignuta nagodba.

Član 8 stav. 1 Direktive kaže da zemlje članice treba da obezbijede da sve strane koje se odluče na medijaciju pri pokušaju da riješe spor, kasnije imaju mogućnost da pokrenu sudski postupak ili arbitražu u vezi sa tim sporom do isteka propisanog perioda zastare tokom postupka medijacije. Tok bilo kog propisanog perioda ili zastare vezano za tužbu koja je predmet medijacije može biti suspendiran, nakon nastanka spora, a kada: a. Strane u sporu pristanu na medijaciju;

b. Je sud naredio medijaciju, ili

c. Obaveza za primjenu medijacije proizilazi iz nacionalnog zakona države članice.

Kada je medijacija okončana bez dogovora o nagodbi, vrijeme nastavlja da teče od momenta kada je medijacija okončana bez dogovora o nagodbi, računajući vrijeme počev od datuma kada jedana ili obe strane u sporu ili medijator utvrde da je medijacija prekinuta ili se efektivno povuku iz nje. Vrijeme bi trebalo, u svakom slučaju, trajati najmanje jedan mjesec od dana kada ponovo nastavlja da teče, osim kada se odnosi na period unutar koga se mora pokrenuti postupak da bi se spriječilo da prelazne ili slične mjere prestaju da važe ili su povučene.

MEDIJACIJSKA KLAUZULA

Preporuka Vijeća Evrope br. (2002)10 o Medijaciji u građanskim predmetima poziva države da razmotre u kojoj mjeri sporazum da se spor uputi na medijaciju može ograničiti prava strana u sporu. Ovo je pitanje takozvane medijacijske klauzule. U arbitražnom zakonu postoji arbitražna klauzula koja isključuje pristup sudu ukoliko se stranke dogovore da, bez obzira o kakvom se sporu radi, da ga se pokuša riješiti putem arbitraže. Takva klauzula u sporazumu takođe se može odnositi na medijaciju ali preporuke Vijeća Evrope navode da je takva regulative moguća jedino ako je to propisano zakonom države i da postane relevantna, posebno u trgovinskim sporovima ali ne zaista u ostalim vrstama građanskih sporova. Sa aspekta rasterećenja sudova od rješavanja trgovinskih, zakon o medijaciji bi mogao da promoviše upotrebu medijacijske klauzule u sporazumima između trgovačkih tijela.

PROVOĐENJE NAGODBI IZ MEDIJACIJE

Preporuka Vijeća Evrope br. R (98-1) o porodičnoj medijaciji predviđa da države treba da sudskom ili drugom nadležnom tijelu, a na zahtjev stranke, olakšaju odobravanje sporazuma iz medijacije i da obezbijede mehanizme za provođenje takvih odobrenih sporazuma, u skladu sa zakonom države.

Član 15 Modela Zakona o spoljno-trgovinskom mirenju, usvojenom od strane UNCTITRAL-a na 35-oj sjednici u New York-u 28.juna 2002. predviđa: Ako stranke postignu i potpišu sporazum o rješavanju spora, taj je sporazum o nagodbi obavezujući i izvršan.

Pitanje izvršivosti sporazuma koji je postignut u postupku medijacije se različito tretira u zemljama članicama Vijeća Evrope. U nekim državama, na sudu je da odobri ove

sporazume, dok u drugim takvi sporazumi dobijaju potvrdu svoje izvršivosti od tijela koje nije sud (na primjer: aktom bilježnika).

Neke države nemaju posebne odredbe vezano za izvršivost takvih nagodbi, a rezultat toga je da su one izvršive kao bilo koji drugi ugovor među strankama. U nekim nacionalnim legislativama, stranke koje su se nagodile o sporu, su ovlaštene da naimenuju arbitra posebno za izdavanje odluke zasnovane na sporazumu koji je postignut između strana u sporu. Drugi pravni sistemi. Drugi pravni sistemi obezbjeđuju izvršivost u obliku sažetka ukoliko su strane u sporu i njihovi zastupnici potpisali sporazum o nagodbi a on sadržava izjavu u kojoj se kaže da strane u sporu mogu tražiti sažetak provođenja sporazuma.²²

SAMOREGULACIJSKI OKVIR

Medijacija je fleksibilan postupak, te je stoga osnovni princip ovog postupka autonomija strana u sporu. Ovo bi moglo postati prilično ograničeno pošto zakon pokušava da detaljno regulira sva otvorena pitanja u smislu proceduralnih situacija. Pretjerana standardizacija je najveći rizik bilo kog normativnog uređenja postupka medijacije. Ovaj bi zakon trebalo da reguliše samo osnovne principe medijacije kao što su autonomija stranaka ili njihovih ugovornih sloboda, dobrovoljnu prirodu medijacije, principe povjerljivosti, nepristrasnosti i integriteta postupka i izvršenje sporazuma o nagodbi. Ostala pitanja koja su vezana uz profesionalnu etiku medijatora moraju biti prepuštena samoregulaciji putem etičkog kodeksa za medijatore, zasnovanom na modelu dokumenta koji je nedavno predložen od strane Evropske Komisije.²³

Empirijsko istraživanje o stavu koji kreatori politike zauzimaju prema standardima kvaliteta za medijaciju i medijatore u Belgiji, UK, Njemačkoj, Norveškoj, Švedskoj, Danskoj, Francuskoj, Španiji, Italiji, Švajcarskoj i Austiji ukazuje da je očuvanje standard kvaliteta primarno odgovornost samih pružalaca usluga medijacije — te stoga i samoregulacije.²⁴ Međutim, isto tako je ukazano na to da bi samoregulacija trebalo da bude upotpunjena supervizijom vlade. Mnoštvo organizacija i disciplina koje su trenutno uključene u pružanje usluge medijacije sputavaju isto kao i donošenje brzih zaključaka u diskusiji na temu standard kvaliteta. U zemljama običajnog prava medijacijska struka osjeća izuzetnu odbojnost prema bilo kakvom pokušaju da se medijacijska struka reguliše statutornim pravom. Međutim, u Austriji, na primjer, vlada je odlučila, na zahtjev medijacijske struke, da reguliše oblast akreditacije i uspostavljanja kvalifikacijskih kriterija za medijatore.

Preporuka Vijeća Evrope br. (2002)10 o Medijaciji u građanskim predmetima predviđa da bi države trebalo da uzmu u obzir preduzimanje mejra na promovisanju usvajanja odgovarajućih standarda za selekciju, odgovornosti, obuku i kvalifikacije medijatora, uključujući i medijatore koji se bave međunarodnim pitanjima, posebno slučajevima obavezujuće medijacije. U mnogim evropskim zemljama uspostavljeno je udruženje medijatora koje je i preuzelo odgovornost za kontrolu kvaliteta u postupku medijacije (Slovačka, Slovenija, Bosna i Hercegovina, bivša jugoslovenska Republika Makednija, Crna Gora i druge). Neophodno je da svala država uspostavi ravnotežu između minimalnih standarda kvaliteta i maksimalne fleksibilnosti postupka. Pružaoci usluga medijacije takođe traže da se medijatori odvrte od odgovornosti za kršenje ugovora, neman i drugog štetnog ponašanja. Oni medijatori, koji koriste uslove ugovora sa efektom minimalnog rizika od

²² O ovoj temi više u Vodiču za provođenje i upotrebu UNCITRAL-ovog Modela zakona o spoljno-trgovinskom mirenju

²³ Evropski kodeks ponašanja za medijatore reguliše kompetencije i naimenovanja medijatora, nezavisnost i nepristrasnost, sporazum o medijaciji, postupak, troškove nagodbe i povjerljivost.

²⁴ De Roo and R. Jagtenberg: Komparativno evropsko istraživanje o sudski potakutoj medijaciji.

tužbe, će se vjerovatnije suočiti sa nižim premijama na osiguranje od profesionalne odgovornosti. Međutim, ako ugovorni ili statutori imunitet za odgovornost medijatora postoji, onda je neophodno obezbijediti konzistenciju po pitanju obuka i akreditacije medijatora.

Najbolji praktični evropski primjer institucionalnog pružaoca kvaliteta medijacije je Institut za medijaciju Holandije (dalje u tekstu NMI). On djeluje u okviru striktno nezavisne pozicije i pruža nezavisni kvalitativni okvir u obliku akreditacije i registracije medijatora, kao i pravila profesionalnog ponašanja za medijatore, žalbenog procesa i nezavisnih disciplinskih pravila.

On takođe pruža transparentan sistem osiguranja kvaliteta za medijaciju i medijatore putem akreditacije i nezavisne certifikacije osoblja u skladu sa jedinstvenim evropskim standardom EN45013. NMI pored ostalog pruža:

- Jedinstvenu infrastrukturu za medijaciju (pravila medijacije, modele i sporazume);
- Transparentan i dinamičan sistem kvaliteta za medijaciju i medijatore;
- Unapređenje prostorija za medijacijsku obuku;
- Akreditaciju instituta za medijacijsku obuku;
- Akreditaciju registracije i certifikacije medijatora;
- Žalbeni postupak;
- Nezavisna disciplinska pravila za medijatore;
- Kontakte sa organizacijama, kompanijama i javnim tijelima;
- Sačinjavanje i dostavljanje dokumentacije i informacija;
- Nezavisnu selekciju medijatora i njihovu dodjelu strankama iz NMI registra;
- Razvoj i vođenje web stranice o medijaciji za potrebe javnosti;
- Pristup javnim NMI registrima medijatora;
- Vođenje evidencije državnih i međunarodnih kontakata u vezi sa medijacijom.

Kako bi obezbijedio pouzdanu i transparentnu strukturu za medijaciju u Holandiji na državnom nivou, NMI pored ostalog pruža:

- NMI pravila o medijaciji;
- NMI žalbeni postupak;
- Pravila profesionalnog ponašanja za medijatore registrovane pri NMI;
- Model klauzule o medijaciji;
- Model sporazuma o medijaciji;
- Nezavisne informacije i dokumentaciju o medijaciji;
- Nezavisna disciplinska pravila za medijatore registrovane pri NMI;
- Protokol za procjenu i priznavanje institute za obuke;
- Zaštita i licenciranje naziva NMI medijator i NMI certifikovani medijator;
- Javni registar medijatora koji navodi NMI akreditovane medijatore.

Svrha Sistema za osiguranje kvaliteta, kojeg je razvio NMI, je da pruži sistem za medijaciju i osiguranje kvaliteta medijatora na nacionalnom nivou koji je transparentan, za osudu, dinamičan, koji se može testirati i koji je nezavisan.²⁵

Još jedan primjer politike samoregulacije je Građansko vijeće za medijaciju u Engleskoj i Velsu. Ustanovljeno je kako bi zaštitilo krajnje korisnike usluga medijacije bez ikakvog mandata da nametne kriterije kvalitete za medijatore. Građansko vijeće za medijaciju služi kao jedan forum za mnoge medijacijske organizacije i odgovorna je za akreditaciju organizacija, a ne individualnih medijatora. Ustanovljena je 2006. i čine je mnogi predstavnici pružaoaca usluga kao i predstavnici Ministratsva za ustavna pitanja.

POGLAVLJE 4

PROCJENA OPERATIVNIH KAPACITETA ZA ADR U BIH

TREKUTNO STANJE

Uzimajući u obzir dva osnovna cilja ADR-a, prvenstveno da olakšaju pristup pravdi putem sudskih i vansudskih ADR mehanizama i da obezbijede uravnotežen odnos između ADR-a (u konkretnoj medijaciji) i sudskog postupka, ovaj dio Izvještaja daje ocjenu trenutnog stanja sa posebnim osvrtom na predpostupkovni ADR (prije pokretanja sudskog postupka) i naknadno pokretanje ADR-a (nakon što je predmet zaveden na sudu) i operativnih kapaciteta pružalaca ADR usluga u BiH.

BiH se susreće sa dvije ozbiljne teškoće vezano za pristup pravdi i provođenje pravde u razumno vrijeme za sve građane. Prva se odnosi na prilično siromaštvo samog društva, što sprečava veliki dio populacije da sebi priušti bilo koju dostupnu procedure za rješavanje njihovog spora zbog visokih sudskih troškova, troškova parničnog postupka kao i troškova medijacije. Na polju medijacije, BiH se susreće sa sličnim poteškoćama kao i druge zemlje regiona i Zapadnog Balkana kao što su: mala potražnja za medijacijom, slabi institucionalni kapaciteti pružalaca usluga medijacije, regulatorni okvir za medijaciju koji ne posjeduje dovoljno podsticaja i žustrih sankcija za nerazmatranje medijacije, slabe odnose sa drugim državama i centrima za medijaciju u smislu upućivanja i posljednje, ali ne i manje važno, slaba potražnja za održivim sistemom obuke za medijatore, sudije i pravne zastupnike.

Drugi razlog za otežan pristup pravdi leži u činjenici da je sudski sistem u BiH ozbiljno usporen. Prema posljednjem statističkom izvještaju koji je podnijelo Visoko sudsko i tužilačko vijeće BiH ("VSTV"), broj predmeta u postupku na sudovima u BiH dostiže do 2.112.622 predmeta od kojih su 1.664.328 sitne tužbe. Najveći prvostepeni sudovi u Sarajevu i Banja Luci su ozbiljno zatrpani predmetima. Prema statističkim podacima Opštinski sud u Sarajevu je 30.septembra 2014. imao 85.961 predmet u radu. Prosječno utrošeno vrijeme za rješavanje predmeta na tom sudu je dosegalo do 694 dana. Osnovni sud u Banja Luci je na isti dan imao 46.500 predmeta u radu. Prosječno utrošeno vrijeme za rješavanje predmeta na tom sudu je dostizalo i do 824 dana.

BiH participira u takozvanom "medijacijskom pokretu" pošto je usvojila zakon o medijaciji, oformila dva medijacijska centra na sudovima u Sarajevu i Banja Luci i organizovala

²⁵ Mediation in the Netherlands: Netherlands Mediation Institute NMI, January 2005.

medijacijsku struku u obliku Udruženja medijatora. Uprkos ovom pokretu, ciljevi medijacijske legislative nisu postignuti, ni u smislu olakšavanja pristupa medijaciji, promovisanja medijacije, ohrabriranja primjene medijacije niti osiguravanja uravnoteženog odnosa između medijacije sudskog postupka. Glavni izazov predstavljaju vrlo mala potražnja za medijacijom i upućivanja sa suda. Ovaj trend uključuje i pojedince i poslovni svijet. Prema posljednjem statističkom izvještaju VSTV-a za period 2007. – 2013. Sudije su uputile samo 152 predmeta na medijaciju, dok su u 2014 uputili tek 15 predmeta na medijaciju, u okviru projekta “sedmica medijacije” iako je projekat predvidio finansiranje za 40 predmeta.

Mala potražnja za medijacijom je takođe izazov za zemlje članice EU, gdje je procenat poslovnih sporova upućenih na medijaciju između 0,5% i 2% i gdje prekogranična medijacija zauzima manje od 0,05% svih B2B konflikta (vidi Naučene lekcije iz implemetacije EU direktive o medijaciji: Poslovna perspektiva, 2011, Evropski parlament). Pored toga, otprilike 25% sporova ostaje neriješeno od strane stručnjaka u ovoj oblasti jer odbijaju da vode parnicu, uzimajući u obzir dostupne istraživačke radove (Kvantifikacija troškova nekorištenja medijacije – analiza podataka, 2011., Evropski parlament; Studija o reboost-u direktive o medijaciji: ocjenjivanje ograničenog efekta njene implementacije i predlaganje mjera za povećanje broja medijacija u EU, 2014., Evropski parlament).

PREDPOSTUPKOVNI ADR

Klauzule ADR-a

Regulatorni i operativni okvir za oba postupka, medijaciju i arbitražu u principu pruža stranama u sporu njihovo dobrovoljno diskreciono pravo da se odluče za ova dva oblika ADR-a. Strane u sporu mogu koristiti klauzule medijacije i arbitraže u ugovorima prije nastanka spora ali u praksi oni skoro nikada ne urade tako. Postoji nekoliko razloga za ovo, između ostalog: nedostatak regulatorne podrške izvršivosti takvih klauzula (vidi procjenu zakona o medijacijskom postupku), nizak nivo svjesnosti poslovnih ljudi i pravnika o prednostima takvih klauzula a u vezi sa upravljanjem poslovnim rizikom i uštedama na vremenu i smanjenja troškova, slabe promotivne politike institucionalnih pružalaca ADR-a kao što su arbitražni sudovi ili Udruženje medijatora, koji nisu razvili model klauzule rješavanja sporova za određene industrijske kategorije sporova, neizvjesna podrška sudske prakse kako bi se isključila nadležnost sudova u slučaju zanemarene ADR klauzule od strane stranaka u sporu, nedostatak inicijative redovnih korisnika usluga i kreatora pravosudne politike da lansiraju ADR jamstvo usmjereno na promovisanje parničnog postupka kao posljednjeg utočišta.

ADR sporazumi

Čak i u zemljama sa dobro razvijenom ADR kulturom medijacije i/ili arbitraže, sporazumi nakon nastanka spora se mnogo manje primjenjuju jer se stranke u sporu ne mogu više ni o čemu dogovoriti ili bar, niko ne želi da bude prvi koji će odustati te stoga nije iznenađujuće da ne postoji raspoloživa statistika o provedenim arbitražama, zasnovanim na arbitražnim sporazumima i da u 352 medijacijska sporazuma, zaključena u Banja Luci između dobavljača električne energije, Udruženja medijatora i potrošača, su prilično rijedak izuzetak.

Potrošači u cijeloj zemlji uživaju malu zaštitu u odnosu na njihova potraživanja koja su niske vrijednosti a velikog obima pošto im nadležna tijela ne pružaju besplatne ili jeftine user-friendly planove ADR-a. Takvi bi planovi mogli značajno umanjiti nagomilavanje predmeta na sudu kao i vrijeme čekanja, uzevši u obzir činjenicu da više od 80% svih predmeta na

sudovima predstavljaju mala potraživanja u komunalnim predmetima. Pošto su u EU medijacija, arbitraža ili druga vrsta sporazuma ADR-u dozvoljeni tek nakon što je nastao potroščki spor, od izuzetne je važnosti povećani pristup pravdi, da se sačine i implementiraju potrošački planovi za ADR, od kojih bi neki mogli da prerastu u planove za ODR kako to nalaže regulatorni okvir EU.

Dužnost razmatranja ADR-a

I medijacija I arbitraža su dobrovoljni procesi u čitavoj zemlji. Zakon ne zahtijeva od stranaka u postupku da razmotre bilo koju formu ADR-a prije pokretanja parničnog postupka. Pozitivan primjer prethodno pokrenutog ADR-a je med-arb plan pri Agenciji za mirno rješavanje radnih sporova u Republici Srpskoj. Strane u sporu koje se dobrovoljno odluču za ovakav alternativni način rješavanja sporova dobijaju besplatnu uslugu a naknada troškova neutralnog lica se vrši iz budžeta entiteta.

Pravnici, članovi Advokatske komore nisu prisiljeni da svojim klijentima ponude opciju ADR-a i njihov sistem naknade troškova im ne pruža nikakvu finansijsku naknadu u vezi sa provođenjem ADR-a, u odnosu na vođenje parničnog postupka.

Sastanak za razmjenu informacija medijacijskog postupka prije pokretanja parničnog postupka nije predviđen zakonom.

Obaveza učešća u ADR-u

Zakon o medijacijskom postupku ne ovlašćuje zakonodavca da uvodi obavezno predpostupkovno učešće u medijaciji u odabranim predmetima. Ova se opcija mnogim zainteresovanim stranama čini kao jedna od najefikasnijih ali ovde valja napomenuti da osim ako je takvo obavezno učešće besplatno za strane u sporu, vrlo lako ju se može percipirati kao disproporcionalnu zabranu slobodnom pristupu pravdi i u konačnici u nesuglasju sa članom 6 Evropske konvencije o ljudskim pravima.

ADR nakon pokretanja postupka

Sudovi u BiH praktikuju upućivanje na medijaciju nakon pristanka strana u sporu. Pošto regulatorni okvir ne nameće stranama u sporu i njihovim zastupnicima obavezu da razmotre medijaciju, oni to ni ne čine do pripremnog ročišta. U ovom je trenutku već prilično kasno da se oni uključe u medijaciju čak iako im sudija nampomene ovu opciju. Oni su ili spremni na pregovore o nagodbi, koje vodi sudija ili očekuju puno suđenje. Sudije su takođe navele da poslovni ljudi obično zaziru od kompromisa kako bi izbjegli kritike da su pristali na nagodbu iz koruptivnih motiva. Osnovna slabost sistema za upućivanje je stoga prekasna, umjesto rane sudske intervencije, koja nije podržana efikasnim podsticajem stankama i njihovim zastupnicima da razmotre medijaciju više o slabostima vezano za medijaciju nakon pokretanja sudskog postupka u poglavlju 6).

Sledeća lekcija koja je naučena iz prethodne inicijative nazvane "sedmica medijacije" je da besplatna medijacija sama po sebi nije dovoljan podsticaj za parnične stranke iako je važna.

Međutim, prvostepeni sud u Brčko Distriktu praktikovao je sudsku medijaciju između 2002. i 2009. Sudije su imale moć da primoraju stranke u sporu na medijaciju i sudije su preuzimale ulogu medijatora. Otkako je ovaj model upućivanja napušten 2009.godine, više nijedan slučaj nije upućen na medijaciju. Pozitivna strana lekcije koja je naučena iz ovog pristupa je da sudije mogu i trebalo bi da imaju diskreciono pravo da upute stranke u postupku na medijaciju čak i kad stranke nisu sa tim saglasne i da, i aktivne i penzionisane sudije bi trebalo da djeluju kao medijatori (ukoliko su za to ranije obučeni), kao što je preporučeno u Mišljenju br. 6 CCJE-a.

Kapacitet institucionalnih pružalaca ADR usluga

Jedini institucionalni pružalac medijacijskih usluga u BiH je udruženje medijatora (UM). UM je u prošlosti bio angažovan u mnogim medijacijskim inicijativama, uključujući ali ne ograničavajući se na, javne kampanje. Kako bi podržao sudski vezanu medijaciju UM je osnovao dva medijacijska centra u prostorijama Osnovnog suda Banja Luka i Opštinskog suda u Sarajevu. Ovi centri pružaju usluge za sve sudove širom zemlje. 152 medijatora aktivno rade u UM. Jedan od nedostataka je da sudije nisu akreditovane kao medijatori i samo nekolicina pravnika obavlja zadatke medijatora. Ovo bi mogao da bude jedan od razloga slabe podrške suda i komore samoj medijaciji i manjeg povjerenja strana u sporu u pružaoce medijacije.

Bliža saradnja između advokatske komore i UM u vezi sa osnovnom obukom za medijatore, zagovaranja medijacije i uspostavljanja medijacijskog centra u advokatskim komorama bi moglo znatno ohrabriti potražnju za medijacijom. Postojeći kapaciteti UM-a su dovoljni za pružanje daljnje podrške pilot projektima ali bi trebalo da se poveća ukoliko se nastoji da medijacija bude presumptivna opcija za stranke u postupku na svim sudovima širom zemlje.

Oblast arbitraže je sa institucionalne tačke gledišta dobro pokrivena u Republici Srpskoj i Federaciji BiH ali ne u Brčko Distriktu. Arbitražni sud radi u Trgovinskoj komori u Federaciji BiH i Republici Srpskoj. Na državnom nivou postoji Arbitražni sud pri Spoljnotrgovinskoj komori a ista postoji i u Republici Srpskoj. Nažalot, ne postoji statistika vezano za broj predmeta, koji su upućeni ovim arbitražnim tijelima ali je rečeno da je samo nekolicina sporova riješena putem propisanih institucionalnih arbitraža.

Uzimajući u obzir izražen interes trgovinske komore da razvija kapacitete za arbitražu, između ostalog, putem razvijenog modela klauzula i sporazuma o rješavanju sporova, uspostavljenim planovima medijacije i pokretanjem kampanje za podizanje poslovne svijesti, čini se da postoji veliki potencijal za razvoj arbitraže. Ovaj proces bi trebalo dalje podržati unapređujući zakonodavni okvir za arbitražu, uključujući sistem prepoznavanja i provođenja arbitražnih odluka na sudu (vidi detaljnu procjenu regulatornog okvira za arbitražu u poglavlju 8).

Poglavlje 5

PROCJENA REGULATORNOG OKVIRA ZA MEDIJACIJU U BIH

UVODNE NAPOMENE

Ovaj dio Izvještaja sadrži analizu regulatornog okvira za **medijacijski postupak** u svjetlu optimalne implementacije EU Direktive o medijaciji i uzimajući u obzir najbolje regulatorne prakse.

Sačinjen je na način da se u njemu razmatraju samo ona regulatorna pitanja, koja se smatraju problematičnim, nepotpunim, neodgovarajućim ili nekompatibilnim sa Direktivom.

Umjesto sačinjenihg amandmana na postojeće zakone, procjena svakog relevantnog pitanja vezano za postupak medijacije je praćena ili predloženom formulacijom modela člana ili predloženim brisanjem postojećeg člana. Takav je pristup neophodan zbog zajednički

iznesenog viđenja interesnih strana u medijaciji tokom procesa konsultacija, da zbog političke realnosti nije vjerovatno da bi ijedan amandman postojećeg zakona o medijacijskom postupku, kojeg je usvojila Parlamentarna Skupština BiH, mogao biti usvojen. Model članovi bi stoga mogli poslužiti bilo kom zakonodavcu na teritoriji BiH za razmatranje i, ukoliko je to izvodljivo, usvajanje.

Procjena regulatornog okvira sudski zasnovane medijacije je, zbog transparentnosti i zbog svoje kompleksnosti, data u odvojenom poglavlju ovog Izvještaja.

Slijedeći zakoni i regulative su analizirani u svrhu sačinjavanja ovog poglavlja Izvještaja :

-Zakon o medijacijskom postupku (SG BiH 37/04);

-Zakon o prenosu poslova medijacije na Udruženje medijatora (SG BiH 52/05);

-Pravilnik o nagradi i naknadi troškova troškova medijacije (SG BiH 21/06);

-Pravilnik o upućivanju na medijaciju (SG BiH 21/06);

-Pravilnik o listi medijatora (SG BiH 21/06);

-Pravilnik o programu obuke za medijatore (SG BiH 21/06);

-Pravilnik o disciplinskoj odgovornosti medijatora (SG BiH 21/06);

-Pravilnik o odgovornosti medijatora za štetu pričinjenu u toku obavljanja poslova medijacije (SG BiH 21/06);

-Pravilnik o registru medijatora (SG BiH 21/06)

PRIMJENA

Član 4 stav.1 Zakona o medijacijskom postupku predviđa da »strane u sporu se mogu sporazumijeti, prije i nakon pokretanja sudskog postupka, do zaključenja glavne rasprave, da spor riješe u postupku medijacije.«

Ova odredba zakona je od ključne važnosti u pogledu korištenja medijacije kao postupka za privatno rješavanje spora. Prva prednost ove odredbe je da privatna medijacija može biti pokrenuta sama ili paralelno sa sudskim postupkom (medijacijska sjenka). Međutim, mane su da zakon ne propisuje odnos između medijacijskog i arbitražnog postupka i da utvrđuje proceduralni događaj nakon čega više nije moguće pokušati medijaciju, naime do završetka glavnog pretresa. Na taj način medijaciju nije moguće koristiti kasnije tokom apelacione faze parničnog postupka čak niti nakon konačne sudske odluke. Najbolji praktični primjeri iz različitih zemalja članica EU (npr. Holandija, Slovenija) ističu efikasnost tokom apelacionog postupka stoga se predlaže poboljšanje formulacije teksta u članu 4 par.1.

Pored toga, zakon bi trebalo da ohrabri upotrebu vansudske medijacije posebno se osvrćući na medijacijske klauzule i medijacijska pravila institucionalnih pružalaca usluge, kao što su arbitražni i medijacijski centri ili udruženja medijatora. Ustaljena je praksa da pružaoci medijacijskih usluga uspostavljaju svoja medijacijska (i druga ADR) pravila, koja stranke navode u ugovornim klauzulama rješavanja spora.

S ciljem promovisanja medijacije u svim mogućim oblastima prava takođe se predlaže da se jasno definiše koja vrsta sporova se kvalifikuju za razmatranje o upućivanju na medijaciju. Politika takvog pristupa može dalje stimulisati razvoj planova medijacije u poreskim, stečajnim i drugim predmetima.

Pošto Zakon o postupku medijacije predviđa da se medijacija može provesti isključivo na dobrovoljnoj osnovi i uzimajući u obzir da EU Direktiva o medijaciji nema predrasude prema tome da nacionalno zakonodavstvo učini upotrebu medijacije obaveznom (član 5 stav.2), savjetuje se razmatranje mogućnosti da zakon predvidi obaveznu medijaciju prije pokretanja postupka za određene vrste sporova i da sud može naložiti obavezno upućivanje na medijaciju po zakonu ili na osnovu diskrecionog prava sudije.

Trebalo bi usvojiti novi član kako slijedi:

Model člana

(Primjena)

Ovaj Zakon bi trebalo da reguliše medijaciju u sporovima nastalim iz građanskih, trgovinskih, radnih, porodičnih, upravnih i drugih odnosa sa osvrtom na tužbe, koje slobodno mogu biti odložene i riješene između strana u sporu, osim ako to nije drugačije predviđeno za individualne sporove posebnim zakonom.

Ovaj bi zakon trebalo primjenjivati neovisno o osnovi provođenja medijacije, uključujući i sporazum između stranaka, do kog se došlo prije ili nakon što je nastao spor, zakon, ili naredbu, direktivu ili preporuku suda, arbitražnog tribunala ili drugog nadležnog vladinog tijela.

Kada se ovim Zakonom poziva na sporazum o medijaciji između stranaka, ovo se takođe odnosi na pisanu medijacijsku klauzulu u ugovoru i pravila institucije koja provodi medijaciju, pod uslovom da se strane u sporu slažu sa primjenom ovih pravila.

PRENOS POSLOVA MEDIJACIJE

Član 1, stav 2 Zakona o postupku medijacije zahtijeva posebnu pažnju pošto sadrži jedinstven pristup jer zakon predviđa da "poslovi medijacije bi trebalo da posebnim zakonom

budu preneseni na udruženje ili udruženja po proceduri utvrđenoj tim zakonom.” Zakon ne precizira koja vrsta poslova bi trebalo da pređe u ruke udruženja. Zakon bi trebalo precizira opseg poslova (rada) koji bi trebalo prenijeti na udruženja. Takav nejasan pojam ostavlja širok prostor za različite interpretacije ove odredbe. Mogla bi biti shvaćena u užem smislu, prvenstveno da je jedino učinak medijatora pitanje koje je prepušteno samo regulatornim ovlaštenjima udruženja. Uzevši u obzir nekoliko propisa, donesenih od strane Udruženja medijatora (u daljem tekstu UM), čini se da je prevladalo obrnuto razumijevanje stav 2. UM je donijelo Pravilnik o disciplinskom postupku protiv medijatora što je obično zakonska odredba, posebno kada se mogu nametnuti stroge sankcije. Takođe je praksa bez presedana da je UM donijelo obavezujući plan naknade za sve medijatore, bez obzira da li rade po javnim medijacijskim planovima (uključujući sud) ili djeluju kao privatni pružaoci usluga. Izvršne i zakonodavne vlasti stoga imaju mnogo manja ovlaštenja i odgovornost za razvoj medijacije kao što je to slučaj u drugim evropskim zemljama.

Predlaže se razmatranje jasnog i preciznog određivanja poslova koji mogu biti prenešeni na UM posebno jer se ne može isključiti da u budućnosti dođe do formiranja nekog drugog udruženja medijatora i ako bi takvo udruženje, nakon prethodnog prenosa medijacijskih poslova, donijelo svoja pravila, ovo bi moglo prouzročiti dosta konfuzije na tržištu medijacije, uključujući difuzivan regulatorni režim unutar istog tijela.

Model člana

(Implementacija pravila i prenos poslova medijacije)

Ministarstvo pravde bi trebalo da donese implementirajuća pravila i propise vezano za medijacijske zakone.

Ministarstvo pravde bi moglo da ovlasti udruženja medijatora da sačine i vode registar medijatora, da provede osnovne i nepredne obuke za medijatore, programe o zagovaranju medijacije i o upućivanju na medijaciju ili bilo koje druge odgovarajuće poslove vezano za medijaciju.

KLAUZULA O MEDIJACIJI I SPORAZUM O BUDUĆIM SPOROVIMA

Zakon o postupku medijacije ne sadrži odredbu vezano za medijacijsku klauzulu u ugovorima ili odvojenim sporazumima o medijaciji, usmjerenu na upućivanje budućih sporova, koji nastaju iz ugovora ili bilo kojeg drugog građanskog odnosa, na medijaciju.

Ovo je očigledna slabost regulatornog okvira pošto medijacijske klauzule predstavljaju jedan od najefikasnijih olakšica u oblasti poslovanja za upućivanje sporova na medijaciju kao dijela svoje politike upravljanja rizikom.

Uzimajući u obzir dobrovoljnu prirodu medijacije, ništa ne sprečava strane u ugovoru da sačine odgovarajuću medijacijsku klauzulu. Ipak, od izuzetne je važnosti da zakon podrži validnost i, posebno, izvršivost medijacijskih klauzula. Regulatorni okvir EU ne sprečava zemlje članice da predvide mogućnost dopuštanja primjene medijacijskih klauzula u odnosu na sve građanske i trgovaške sporove, osim potrošačkih sporova, gdje su sporazumi o medijaciji dozvoljeni tek nakon nastanka spora.

Medijacijske klauzule bi trebalo posmatrati kao nezavisne od ugovora koji ih utjelovljuje a samim tim i neodvojive. Konkretno u prekograničnim ugovorima mudro je odrediti važeći zakon koji uređuje medijacijsku klauzulu i koji nužno ne mora da bude zakon koji uređuje glavni ugovor.

Medijacijske klauzule su obavezujuće za strane u sporu. Ipak, njihova izvršivost je prilično slaba kada su medijacijske klauzule sačinjene samo kao predlog klauzula. To je razlog zašto bi neki minimum sadržine medijacijske klauzule mogao da bude predložen od strane institucionalnih pružalaca usluga, na primjer: da se identifikuju strane u sporu, kako i kada se pokreće postupak medijacije, djelokrug medijacije i njeno trajanje, važeće procesno i materijalno pravo, mjesto održavanja, jezik i metod odabira medijatora.

Multi-step ili eskalacijske klauzule o rješavanju sporova se često praktiraju u prekograničnim i/ili međunarodnim ugovorima. Bilateralne pregovore, popraćene medijacijom i, ukoliko nisu završeni do doređenog datuma, praćene arbitražom, može se dodatno ohrabriti u trgovinskim sporovima sačinjavanjem modela klauzula o rješavanju sporova za različite privredne grane. Primjer najbolje prakse kao što su smjernice, kontrolne liste i model klauzula AAA-a, ICC-a, CEDR-a, ICDR-a, ECDR-a, JAMS-a i drugih institucionalnih pružalaca ADR-a bi mogli poslužiti kao legalan izvor za donosioce takvih klauzula.

Može se razmotriti ubacivanje slijedećeg odjeljka:

Model člana

(Medijacijska klauzula ili sporazum o budućim sporovima)

“Stranke se mogu u pisanoj formi složiti da buduće sporove, koji su nastali iz ili se odnose na ugovorne ili druge pravne odnose koji se tiču spora, koji se slobodno mogu odložiti i o kojima se može nagoditi, upućuju na medijaciju.

Stanke mogu odrediti važeći zakon koji uređuje medijacijsku klauzulu ili sporazum.

Medijacijska klauzula ili sporazum iz prvog odjeljka je obavezujući za strane u sporu i izvršiv neovisno o tome da li se glavni ugovor smatra nevažećim ili poništenim.

Prethodni odjeljci se ne primjenjuju u predmetima budućih potrošačkih sporova.”

MEDIJACIJSKI SPORAZUM U VEZI SA TEKUĆIM SPOROM

Medijacijski sporazum o postojećem sporu je regulisan članovima 10 i 11 Zakona o postupku medijacije. Zakon predviđa da ovakav sporazum mora biti sačinjen u pismenoj formi i potpisan od strane stranaka i jednog ili više medijatora. Stoga on nosi posljedice po strane u sporu i po medijatore.

Zakon takođe predviđa obaveznu sadržinu sporazuma o medijaciji.

Očigledna mana odredbe člana 10 je da pretpostavlja da medijacija uvijek počinje danom potpisivanja sporazuma o medijaciji. Zakon ne pravi razliku između medijacije, koja počinje klauzulom o medijaciji ugovoru ili po uputi suda, i medijacije koja počinje sporazumom o medijaciji koji je donešen nakon nastanka spora. Zakonodavac bi trebalo da uzme u obzir predloženi pristup UNCITRAL-ovog Modela Zakona o spoljnotrgovinskom mirenju (član 4) i jasno precizira početak medijacije, ovisno o tome da li su strane u sporu ugovorno vezane, da li su zakonski obavezane ili samo pozvane na medijaciju. Stoga se predlaže brisanje teksta date u članu 10 u dijelu koji se bavi početkom medijacije i ubacivanje odredbe kako slijedi:

Model člana

(Sporazum o medijaciji u tekućim sporovima)

“Strane u sporu i medijator ili više njih se mogu u pisanoj formi složiti da tekuće sporove, koji su nastali iz ili se odnose na ugovorne ili druge pravne odnose koji se tiču spora, koji se slobodno mogu odložiti i o kojima se može nagoditi, upućuju na medijaciju.

Sporazum o medijaciji is prethodnog odjeljka je obavezujući za strane u sporu i medijatore i izvršiv je .”

USLOVI ZA VRŠENJE MEDIJACIJE I NOMINOVANJE MEDIJATORA

Član 31 propisuje uslove koje medijatori trebaju ispuniti da bi se bavili medijacijom.

U vezi sa kometarima člana 1, stav 2 vezano za prenos poslova medijacije na Udruženje medijatora, kreatori politike bi trebalo da razmotre mogućnost davanja ovlaštenja Ministarstvu pravosuđa da odrede program obuke za medijatore (pored postojećeg ovlaštenja samog Udruženja), posebno u planovima javne medijacije (vidi model odredbi Zakona o alternativnom rješavanju sporova u pravnim stvarima).

Član 32 Zakona o postupku medijacije predviđa vrlo komplikovanu proceduru i uslove za strane medijatore, koji bi željeli da svoju dužnost vrše u BiH. Reciprocitet i kumulativno odobrenje Ministarstva pravde i Udruženja medijatora predstavljaju ogromnu prepreku koja zapravo ne omogućava stranim medijatorima da budu nominovani u rješavanju prekograničnih i međunarodnih sporova od slučaja do do slučaja i u razumno vrijeme. Zajednička je karakteristika da u prekograničnim i međunarodnim sporovima stranke često žele nominovane medijatore koji su državljanima iste države kao i oni. Stoga se predlaže da se ograniči primjenjivost ovog člana na strane medijatore koji služe u javnim (sudskim) programima medijacije i da ostave stranama u sporu mogućnost da slobodno nominuju stranog medijatora u privatnoj, vansudskoj medijaciji.

Zakon o postupku medijacije definiše imenovanje medijatora u članu 5. Samo oni medijatori, koji su registrovani na listi medijatora, koju je sačinilo Udruženje medijatora, mogu djelovati kao medijatori. Ovakav pristup ograničava autonomiju strana u sporu, koji možda žele da nominuju medijatora koji je ili stručnjak ili poznata i poštovana osoba, koji nije nužno registrovan kao medijator, na primjer sudija u penziji. Dihotomija registrovanih i neregistrovanih medijatora je ustaljena praksa u mnogim zemljama članicama EU i ima za cilj promovisanje potrebe za medijacijom. Osnovna razlika između medijacije, i obavljanja registrovane i neregistrovane medijacije je u različitom učinku na izvršivost nagodbe do koje se došlo putem medijacije. Ako je medijaciju proveo neregistrovani medijator, takva nagodba nema direktnu zakonsku primjenu. Ipak, stranama u sporu je u mnogim zemljama (npr. Slovenija) i dalje na raspolaganju mogućnost da takvu nagodbu prenesu u formu direktno izvršivog notarskog akta ili sudske naredbe o sudskoj nagodbi

Medijacijsko tržište bi trebalo da otvori svoja vrata (bez trenutnih restrikcija) takođe i privatnim centrima za medijaciju, sličnim institucijama pri trgovinskim komorama i stranim medijatorima, koje strane u sporu mogu naimenovati u prekograničnim i međunarodnim medijacijama.

Takođe bi trebalo napomenuti da Pravilnik o registru medijatora, izvan bilo kakvog ovlaštenja u statutornom pravu, uvode dodatne uslove za unošenje u registar kao preduslov za vršenje

poslova medijatora, prvenstveno zadovoljavajući broj poena na intervjuu i članstvo u Udruženju medijatora. Ovi dodatni uslovi iz člana 5 Pravilnika o registru medijatora kontradiktoran je stavu 3 člana 31 Zakona o postupku medijacije, gdje se jasno navodi, da »osobi koja uspješno završi obuku za medijatora treba izdati odgovarajući certifikat koji služi kao osnova za unos te osobe u registar medijatora.« Stoga, vršenje poslova medijatora ne bi trebalo da bude dozvoljeno samo članovima Udruženja medijatora.

Stoga se predlaže uvođenje veće fleksibilnosti i autonomije strana u sporu u pogledu odabira i nominovanja medijatora.

Model člana

(Nominovanje medijatora)

Strane u sporu bi trebalo da postignu sporazum nominovanju medijatora, osim ako nije dogovoren drugačiji postupak nominovanja.

Strane u sporu mogu tražiti asistenciju trećeg lica ili institucije ili udruženja medijatora, posebno u vezi sa nominovanjem medijatora u vezi sa nominovanjem medijatora, pogotovo:

-strana u sporu može ztražiti od osobe, institucije ili udruženja medijatora da preporuči odgovarajuću osobu da djeluje kao medijator, ili

-strane u sporu se mogu sporazumjeti da nominovanje medijatora može biti izvršeno direktno od takve osobe, ili institucije ili udruženja medijatora.

ZAPOČINJANJE MEDIJACIJE

Zakon treba poboljšati su smislu definicije započinjanja medijacije. Neophodna je precizna definicija, pogotovo jer uticaj započinjanja medijacije na ograničenja i zastaru (više o ovom pitanju dalje u tekstu). Zakon o medijaciji bi stoga trebalo dopuniti slijedećim članom:

Model člana

(Započinjanje medijacije)

«Gdje su se strane u sporu unaprijed sporazumjele da riješe zajednički spor koji može nastati iz konkretnog pravnog odnosa putem medijacije ili tamo gdje je medijacija propisana

zakonom za rješavanje određene vrste sporova, medijacija bi trebalo da započne onoga dana kada stranke od suprotne strane dobiju prijedlog za započinjanje medijacije.

U slučajevima koji nisu uključeni u prethodnom stavu, medijacija koja se odnosi na spor koji je već nastao, bi trebalo da počne onoga dana kada se strane u sporu slože oko provođenja medijacije. Ako jedna strana u sporu predloži medijaciju drugoj strani, ali ne dobije potvrdu prihvatanja prijedloga u roku od 30 dana od dana slanja prijedloga, može ovo tretirati kao odbijanje prijedloga za medijaciju.”

PREKID MEDIJACIJE

Iz istog razloga kao što je ranije navedeno (definisati uticaj medijacije na tok, suspenziju ili prekid perioda ograničenja i zastare), od ključne je važnosti definisati trenutak kada se medijacijski postupak smatra prekinutim. Zakon o medijaciji propisuje prekid medijacije u članu 19 ali ne dovoljno precizno. Strane u sporu bi mogle različito tumačiti kada tačno medijacija prestaje stoga se predlaže uvođenje novog člana kako slijedi:

Model člana

(Prekid medijacije)

“Postupak medijacije bi trebalo prekinuti:

-zaključkom o nagodbi postignutoj putem medijacije, danom postignute nagodbe:

-istekom vremenskog ograničenja za nominovanje medijatora, ako se stranke ne slože o nominovanju medijatora u roku od 30 dana od početka medijacije, na dan isteka:

-pisanom izjavom medijatora, nakon konsultacija sa stranama u sporu, u smislu da dodatni naponi za medijaciju nisu više opravdani, na dan davanja izjave:

-pisanom izjavom strana koja je upućena medijatoru, u smislu da je postupak prekinut, na dan davanja izjave:

-pisanom izjavom jedne strane u sporu upućenom drugoj strani ili stranama ili medijatoru, u smislu da je postupak medijacije prekinut, na dan davanja izjave. Ukoliko u postupku učestvuje nekoliko stranaka voljnih da nastave sa medijacijom, medijaciju bi trebalo prekinuti samo za stranu u sporu koja je dala izjavu.”

UTICAJ MEDIJACIJE NA PARNIČNI POSTUPAK I ARBITRAŽU

Izvršivost klauzula medijacije i sporazuma bi mogla biti unaprijeđena kada bi se zakon pozabavio pitanjem odnosa između medijacije na jednoj strani i arbitraže i parničnog postupka na drugoj. Strane u sporu možda žele da se dogovore da ne pokreću sudski ili arbitražni postupak do isteka određenog vremenskog perioda ili do pojave konkretnog događaja, stoga bi zakon trebalo da podrži njihovu spremnost da svoj spor prvo upute na medijaciju. Kako se stranke mogu o tome dogovoriti čak i nakon nastanka spora, predlaže se da zakon reguliše ovo pitanje posebnim članom.

Zakon bi takođe trebalo da reguliše situaciju kojom bi zakon predvidio medijaciju kao proceduralni preduslov.

To bi trebalo propisati kako slijedi:

Model člana

(Uvođenje sudskog i arbitražnog postupka)

“Gdje su se stranke složile o medijaciji i izričito odlučile da ne iniciraju sudski ili arbitražni postupak do isteka određenog vremenskog perioda ili do pojave konkretnog događaja, u vezi sa postojećim ili budućim sporom, arbitražni tribunal ili sud mora, na prigovor tuženog, da odbaci takvu radnju, osim ako tužitelj pokaže da će inače doći do štetne i nepopravljive posljedice. Tuženi bi trebalo da podnese ovaj prigovor najkasnije u odgovoru odbrane.

Sud bi trebalo da odbaci postupak čak iako je prije pokretanja postupka zakonom propisan obavezni postupak medijacije.

Pokretanje arbitražnog ili sudskog postupka ne bi trebalo posmatrati odustajanje od sporazuma o medijaciji ili kao prekid postupka medijacije.”

UTICAJ MEDIJACIJE NA PERIOD ZASTARE I PROPISANE ROKOVE

Jedna od ključnih slabosti Zakona o postupku medijacije je da nije jasan u vezi sa uticajem medijacije na period zastare i propisanih rokova. Zaštita prava stranke da svoj spor uputi na sud ima direktan uticaj na zastaru i propisane rokove. EU Direktiva o medijaciji obavezuje zemlje članice da obezbijede strankama koje se odluče na medijaciju u namjeri da riješe spor da im nije naknadno onemogućeno da pokrenu sudski postupak ili arbitražu u vezi sa tim sporom do isteka zastare i propisanih rokova tokom postupka medijacije (član 8 Direktive o medijaciji). Direktiva o medijaciji ne spominje uticaj na taj vremenski period, stoga

bi ovaj uticaj trebalo definisati tako da ili je vrijeme do tada isteklo i taj bi period trebalo iznova započeti onda kada je medijacija prekinuta ili predviđa suspenziju, što bi impliciralo da je vrijeme koje je već proteklo ostaje i to od trenutka kada bi taj period trebalo da se nastavi nakon što je medijacija propala.

EU Direktiva o medijaciji u članu 8 predviđa da države treba da obezbijede da stranama u sporu neće biti onemogućeno da pokrenu sudski postupak do isteka zastare i propisanih rokova tokom postupka medijacije. Pošto direktiva ne usklađuje nacionalna zakonska pravila o periodu zastare i propisanih rokova, zemlje članice EU su zauzele drugačiju politiku pristupa po ovom pitanju. U većini jurisdikcija zastara se smatra prekinutom, dok je regulatorni režim za propisane rokove različit.

U Holandiji sporazum o medijaciji odlaže sudski proces.

U Sloveniji propisani rokovi ne mogu biti prekinuti ili suspendovani niti mogu isteći (produženje do 15 dana je zakonski dopušteno).

U Španiji propisani rokovi i zastara su suspendovani od početka do kraja medijacije.

Strane u sporu se u Austriji mogu složiti o suspendovanju vremenskih ograničenja.

U Engleskoj i Velsu dopunjeni Zakon o propisanim rokovima se takođe primjenjuje na sudsku medijaciju.

Nedostatak regulisanja uticaja medijacije na zastaru i propisane rokove je da zahtijeva neophodno objavljivanje početka i kraja medijacije kako bi se zaustavio istek zastare. Stoga je potrebna jasna definicija početka i prekida medijacije. Ovo bi moglo zanemariti fleksibilnu i neformalnu prirodu medijacije. S druge strane, privatni sporazumi o produžetku zastare bi mogli biti omogućeni. Ipak, preovladavaju prednosti regulisanja ovog pitanja. Naime, sudovi bi uvijek trebalo da budu na raspolaganju stranama u sporu, bez obzira na uključenost u medijaciju. Privlačnost medijacije se obezbjeđuje kada je predviđen prekid ili suspenzija zastare i propisanih rokova. Posljednje, ali ne i manje važno, osim ako to nije drugačije propisano, sudovi bi početak medijacije mogli tretirati kao ometanje perioda zastare što znači da on počinje teći od prvog dana.

Predlaže se slijedeći pristup u sasvim novom članu koji obezbjeđuje i stimulaciju tuženog da se odluči na medijaciju i zaštitu prava tužitelja da podnese zahtjev paralelno sa ili nakon parničnog postupka na sudu:

Model člana

(Uticaj medijacije na zastaru i propisane rokove)

“Period zastare za spor koji je predmet medijacije bi trebalo da prestane da teče tokom medijacije.

Ako je postupak medijacije prekinut bez da je postignuta nagodba, period zastare bi trebalo da nastavi da teče od trenutka kada je postupak medijacije prekinut bez da je postignuta nagodba . Period koji je istekao prije pokretanja medijacije bi trebalo uvršten u period zastare, propisan zakonom.

Ako je rok za pokretanje postupka određeno posebnom odredbom u vezi sa tužbom koja je predmet medijacije, krajnji rok ne bi trebalo kraći od 15 dana nakon prekida medijacije.

OBJAVLJIVANJE I POVJERLJIVOST

Zakon o postupku medijacije definiše povjerljivost kao osnovni princip medijacije u članu 7. On se dijelom osvrće na oba aspekta povjerljivosti, odnosno, zaštitu informacija pruženih medijatoru od jedne strane u sporu od objavljivanja drugoj strani u sporu i zaštite razgovora vođenih među strankama u medijaciji od objavljivanja u javnosti.

Što se tiče dužnosti medijatora da informacije dobivene od jedne strane strane u sporu u odvojenom sastanku sa medijatorom ne objavi drugoj strani u sporu, Zakon o medijaciji je zauzeo prilično konzervativan stav pošto je medijatoru dozvoljeno da objavi informacije drugoj strani tek nakon prethodne saglasnosti strana u sporu. Isti pristup se može naći u članu 4 evropskog kodeksa profesionalnog ponašanja za medijatore koji su prakticionisti oštro kritikovali kao nekonzistentan i kao potencijalno tlo za prateće parnične postupke zbog pogrešno shvaćenih očekivanja i praksa vezano za održavanje sastanaka sa jednom stranom. Stoga se predlaže uvođenje pravila koje je predloženo UNCITRAL-ovim Modelom zakona o spoljnotrgovinskom mirenju iz člana 8 koji medijatorima omogućava diskreciono pravo objavljivanja informacija, dobijenih tokom sastanka sa jednom stranom, osim ako strana u sporu ne navodi kao izričit uslov da su informacije povjerljive. Član 12 Etičkog kodeksa za medijatore već navodi gore navedeni pristup što bi moglo dovesti do optužbi da su medijatori prekršili zakon i da snose građansku odgovornost.

Što se tiče zaštite sadržaja razgovora i informacija od objavljivanja javnosti, može se utvrditi da je ovaj oblik pravne zaštite vrlo slab. Pošto povjerljivost čini osnovnu razliku između medijacije i parničnog postupka i stoga važan podsticaj, posebno za trgovinska tijela, da se odluče na medijaciju, čini se da nedostatak ove kompetitivne prednosti medijacije utiče na

malu potražnju za medijacijom. Bez obzira na mogućnost da bi sporazum o medijaciji mogao da doprinese toj zaštiti, važno je da zakon jasno demonstrira najjaču moguću zaštitu povjerljivosti.

Osnovne mane odjeljka 1 člana 7 su slijedeće:

- zaštićeni su samo razgovori a ne i bilo kakva informacija, vezano za medijaciju;
- zaštita od objavljivanja je ograničena samo na svjedočenja strana u sporu ali ne i svjedočenja drugih učesnika u medijaciji;

OBJELODANJIVANJE INFORMACIJA I POVJERLJIVOST

Zakonom o postupku medijacije reguliše povjerljivost kao ključni princip medijacije u okviru člana 7. On djelimično tretira oba aspekta povjerljivosti, odnosno zaštitu od objelodanjivanja informacija koje jedna strana prenosi medijatoru drugoj strani, kao i zaštitu od objelodanjivanja sadržaja razgovora koje strane vode tokom postupka medijacije.

Kada je u pitanju obaveza medijatora da jednoj strani ne objelodanjuje informacije koje mu na sastanku s njim iznese druga strana, Zakon o postupku medijacije nalaže relativno konzervativan pristup jer dopušta medijatoru da objelodanjuje informacije drugoj strani samo uz prethodni pristanak tih istih strana. Isti pristup naveden je u članu 4. Evropskog kodeksa ponašanja za medijatore koji su praktičari žestoko kritikovali kao nekonzistentan i potencijalni izvor za dodatne sudske sporove zbog pogrešno shvaćenih očekivanja i prakse u pogledu odvojenih razgovora. Zbog toga se predlaže uvođenje pravila koje preporučuje i član 8. UNCITRAL Model zakona o međunarodnom trgovačkom mirenju, prema kojem se medijatoru ostavlja diskreciono pravo u vezi s objelodanjivanjem informacija do kojih se došlo tokom odvojenih razgovora, osim ako strane ne utvrde posebne uvjete o zaštiti povjerljivosti informacija. U članu 12. Kodeksa ponašanja za medijatore već se navodi mogućnost primjene opisanog i preporučenog pristupa, što može dovesti do sumnjičenja medijatora za kršenje zakona i pokretanja pitanja njegove krivične odgovornosti.

Što se tiče zaštite od objelodanjivanja informacija o sadržaju razgovora trećim stranama, može se utvrditi da je ovaj vid pravne zaštite prilično slab. Pošto je povjerljivost ključni razlikovni faktor između medijacije i sudskog rješavanja sporova, te stoga predstavlja važan poticaj da se, naročito, poslovni subjekti odluče na medijaciju, čini se da nepostojanje ove kompetitivne prednosti medijacije utiče na manjak potražnje za istom. Uprkos mogućnosti da ugovor o medijaciji reguliše takav vid zaštite, važno je osigurati da zakon na jasan način ponudi najbolju moguću zaštitu povjerljivosti.

Ključni nedostaci stava 1. člana 7. su sljedeći:

- predviđena je zaštita samo za razgovore, a ne i za sve informacije u vezi s medijacijom;

- zaštita od objelodanjivanja informacija ograničena je isključivo na izjave strana, ali ne i drugih učesnika u medijaciji;
- zaštita je ograničena samo na korištenja izjava kao dokaza u nekom drugom postupku (sudski spor, arbitraža), a ne i izvan njihovog okvira;
- Zakon ne predviđa izuzetke u pogledu pravila povjerljivosti (vidi stav 1. tačke a i b člana 7. Direktive Evropske unije o Medijaciji)

Zbog navedenog je neophodno izmijeniti član 7. Zakona o postupku medijacije i u nastavku teksta je predložen novi tekst člana.

Model član

(Objelodanjivanje informacija i povjerljivost)

“Ako medijator dođe u posjed informacija u vezi sa sporom preko jedne od strana, on može objelodaniti suštinu informacija bilo kojoj drugoj strani u postupku medijacije, osim ako strana navedene informacije nije dala medijatoru pod posebnim uvjetom da ih se tretira kao povjerljive.

Sve informacije koje proizađu iz postupka medijacije ili su povezane s njim, tretiraju se kao povjerljive, osim ako se strane ne usaglase drugačije, ili ako objelodanjivanje istih nije predviđeno zakonom ili za potrebe implementacije ili izvršenja sporazuma o nagodbi.”

PRIHVATLJIVOST DOKAZA U DRUGIM POSTUPCIMA

Zakon o postupku medijacije reguliše pitanje (ne)prihvatljivosti dokaza na izrazito ograničen način jer se u stavu 1. člana 7. navodi da se izjave strana u postupku medijacije ne mogu koristiti kao dokaz u bilo kojem drugom postupku bez odobrenja strana. Član 10. UNCITRAL Model zakona zakonodavcima može poslužiti kao model za propis prilikom utvrđivanja načina regulisanja ovog važnog pitanja koje može pretvoriti medijaciju u učinkovitu proceduru za rješavanje sporova, a istovremeno spriječiti strane u sporu da pokušaju doći do informacija s ciljem da ih iskoriste u naknadnim sudskim sporovima.

Zakon treba regulisati dva aspekta (ne)prihvatljivosti: on treba predvidjeti obavezu prema kojoj se strane, medijator ili neka treća strana ne mogu oslanjati na vrstu dokaza koja je utvrđena zakonom, kao i predvidjeti obavezu sudova i arbitražnih sudova da te dokaze tretiraju kao neprihvatljive. Izuzetke koji se tiču objelodanjivanja i neprihvatljivosti u kontekstu javnog poretka također treba zakonski utvrditi. Predlaže se sljedeći tekst novog zakona:

Model član

(Prihvatljivost dokaza u drugim postupcima)

(1) Strane, medijatori ili treća lica koja su uključena u medijaciju se, u okviru arbitražnih, sudskih ili drugih sličnih postupaka, ne mogu pozivati na sljedeće stavke, uvoditi ih kao dokaze ili davati iskaze u vezi s njima:

a) Poziv upućen od neke strane za uključivanje u postupak medijacije ili činjenica da je strana pokazala spremnost na učešće u postupku medijacije;

b) Stavovi ili prijedlozi koje je neka strana u medijaciji iznijela u vezi s potencijalnim rješavanjem spora;

c) Iskazi ili priznanja koje strane iznesu u toku medijacije;

d) Prijedlozi koje iznese medijator;

e) Činjenica da je strana navela svoju spremnost za sporazumno rješavanja spora;

f) Dokumenti koji se koriste isključivo za vođenje postupka medijacije.

(2) Odredba iz prethodnog stava primjenjuje se bez obzira na formu informacija ili dokaza.

(3) Informacije iz prethodnog stava ovog člana mogu biti objelodanjene ili iskorištene kao dokaz u postupku pred arbitražnim sudom, sudom ili nekim drugim nadležnim državnim tijelom pod određenim uvjetima i u mjeri u kojoj je to predviđeno zakonom, posebno u pogledu zaštite javnog poretka (npr. zaštita interesa djece ili fizičkog ili mentalnog integriteta nekog lica), ili u mjeri u kojoj je to potrebno za implementaciju ili izvršenje sporazuma o rješavanju spora; u protivnom, takve informacije se tretiraju kao neprihvatljiva činjenica ili dokaz.

(4) Odredbe iz prvog, drugog i trećeg stava ovog člana primjenjuju se bez obzira na to da li se arbitražni, sudski ili neki drugi sličan postupak tiču spora koji je bio ili jeste predmet postupka medijacije.

(5) Uz izuzetak slučajeva iz prvog stava ovog člana, dokaz koji je inače prihvatljiv u arbitražnom, sudskom ili nekom drugom sličnom postupku, ne postaje neprihvatljiv time što ga se koristi u sklopu postupka medijacije.

IZVRŠENJE SPORAZUMA O NAGODBI

Prema članu 24. sporazum o nagodbi je uvijek u pismenoj formi i strane ga potpisuju. Cilj zakona je da se strane potakne na potpisivanje sporazuma odmah po njegovom zaključivanju, što ne predstavlja prikladan zahtjev u kontekstu činjenice da autonomija i slobodna volja strana predstavljaju ključni princip medijacije kao dobrovoljnog procesa. Često se dešava da strane zakluče sporazum pod određenim uvjetom (npr. odobrenje od strane upravnog odbora kompanije) ili žele nanovo razmotriti uvjete sporazuma, što znači da zahtjev u pogledu potpisivanja treba biti puno fleksibilniji.

Nejasno je zašto zakon isključuje mogućnost sklapanja usmenog sporazuma o nagodbi jer je, na primjer, usmeno izvinjenje u slučaju sporova među susjedima stranama često dovoljno da riješe svoj spor. Zato u Holandiji, Austriji, Sloveniji i Bugarskoj strane mogu slobodno zaključivati sporazume o nagodbi i u formi koja nije pismena.

Jedna od ključnih prednosti Zakona o postupku medijacije je odredba člana 25. prema kojoj sporazum o nagodbi koji su strane zaključile i potpisale ima snagu izvršne isprave. Ova odredba je relativno rijetka u Evropi (Mađarska, Hrvatska, Portugalija) i stavlja sporazume o nagodbi u istu ravan kao i presude sudova. Ipak, očigledna slabost ovog člana je činjenica da on ograničava autonomiju strana koje mogu izraziti želju da zaključe sporazum samo u formi ugovora, ili da provjere legalnost odredbi sporazuma kako bi sklopili sporazum u formi notarskog akta ili sudskog naloga o nagodbi. Član 6. Evropske direktive o medijaciji izričito predviđa mogućnost da se sadržaj sporazuma o nagodbi učini primjenjivim po nalogu suda ili nekog drugog nadležnog tijela. Konkretno, u procesima medijacije povezanim sa sudovima, ustaljena je praksa da sudije odobravaju sadržaj sporazuma o nagodbi čak i kada su medijatori ravnopravni s njima. S druge strane, svaki sporazum koji izlazi izvan sfere ovlasti suda primjenjuje se kroz primjenu ugovornog prava.

Važno je osigurati da se sporazum o nagodbi može sklopiti i u vidu sporazumne arbitražne presude, u slučaju kada se, tokom arbitražnog postupka, strane usaglase da pokušaju s medijacijom (mogućnost medijacije), riješe svoj spor i zatraže od arbitara da donesu sporazumnu arbitražnu presudu. Ovo je naročito koristan metod u slučajevima prekogranične ili međunarodne arbitraže jer strane na taj način osiguravaju primjenu Njujorške konvencije o priznavanju i izvršavanju međunarodnih presuda arbitraže. Ne postoji poseban pravni lijek u vezi sa sporazumom o nagodbi. Njegova forma, zapravo, određuje (ograničava) mogućnosti podnošenja žalbe u skladu s opštim pravilima i principima građanskog prava. Iako se provedivost sporazuma o nagodbi tretira kao podrazumijevana stavka svakog pravnog okvira za medijaciju, sudovi je mogu odbaciti u slučaju da je sadržaj sporazuma u suprotnosti s domaćim ili privatnim međunarodnim zakonima, ili ako je neka obaveza iz sporazuma neprimjenjiva po svojoj prirodi.

Model član

Izvršenje sporazuma o nagodbi

Strane se mogu usaglasiti da sporazum o nagodbi bude u formi pismenog i potpisanog obavezujućeg i direktno primjenjivog dokumenta, sudske nagodbe, sporazumne arbitražne presude, direktno primjenjivog notarskog akta ili pismenog ili usmenog ugovora.

PLAĆANJE TROŠKOVA POSTUPKA MEDIJACIJE

Ključni nedostatak člana 30. Zakona o postupku medijacije jeste činjenica da on omogućava monopol Udruženja medijatora u pogledu određivanja cijena medijacije, bez obzira na to da li se radi o privatnom ili javnom programu medijacije. Ovakav pristup sa sobom povlači poteškoće prilikom utvrđivanja sudskih programa medijacije, masovnih sporova u vezi s manjim iznosima (npr. slučajevi koji se tiču komunalija, potrošački sporovi), kao i drugih programa (npr. programa medijacije na nivou zajednice) u kojim postoji jako izražen javni interes da se stranama u sporu ponude pristupačne ili besplatne medijacijske opcije.

S druge strane, fiksne cijene su utvrđene Pravilnikom o naknadama i kompenzacijama za troškove medijacije koji obuhvata četiri kategorija plaćanja: naknadu za podnošenje zahtjeva za pokretanje medijacije, administrativne troškove, medijatorov honorar i troškove angažmana medijatora, i one kao takve mogu obeshrabriti brojne strane u sporu na slobodnom tržištu da svoje sporove rješavaju medijacijom. Potrebno je prepustiti stranama u sporu i samim medijatorima da se dogovore oko naknada i plaćanja, za razliku od režima koji utvrđuje Udruženje medijatora ili neka druga institucija. Kako su troškovi medijacije ključni poticajni faktor potražnje za medijacijama, predlaže se sljedeći model odredbe:

Model član

Naknade i troškovi medijacije

Naknade i kompenzacije za troškove angažmana medijatora utvrđuje se propisima institucije u okviru koje se vodi medijacija, osim ako to nije drugačije propisano zakonom ili usaglašeno pismenim putem između strana i medijatora u postupku medijacije.,.

POGLAVLJE 6.

PROCJENA REGULATORNOG OKVIRA ZA SUDSKU MEDIJACIJU U BIH

Jedan od kompleksnijih ciljeva Direktive EU o medijaciji jeste olakšavanja pristupa alternativnim načinima rješavanja sporova preko uspostave izbalansiranog odnosa između medijacije i sudskog postupka (stav 1. član 2.). Kada je to prikladno i uzevši u obzir sve okolnosti predmeta, sud koji rješava spor može pozvati strane na informativni sastanak o primjeni medijacije, ako se navedeni sastanci održavaju i lako su dostupni. Direktiva ne dovodi u pitanje nacionalnu legislativu koja obavezuje na primjenu medijacije ili propisuje poticaje ili sankcije, bilo prije ili nakon početka sudskog postupka, pod uvjetom da navedena

legislativa ne sprječava strane u korištenju svojih prava pristupa pravosudnom sistemu (član 5.).

U Bosni i Hercegovini, sudska medijacija je regulisana u okviru dva seta zakona: Zakon o postupku (SL BiH) i Zakoni o parničnom postupku Federacije BiH(SN 53/03,19/06), Republike Srpske (SG 58/03, 67/13) i Distrikta Brčko (SG 8/09, 27/14).

Zakon o postupku medijacije reguliše interakciju između medijacije i sudskih postupaka u članovima 4.,5.,7.,13.,14. i 26.

Pored statutarnog zakona, u segmentu sudskih medijacija primjenjuje se i odgovarajući Pravilnik o upućivanju na medijaciju (*SL BiH 21/06*).

Možemo navesti sljedeće prednosti i nedostatke regulatornog okvira za sudsku medijaciju:

Prednosti regulatornog okvira za sudsku medijaciju:

- omogućena su oba modela medijacije, odnosno sudski aneksirana medijacija i medijacija povezana sa sudom (eksternalizirana);
- sud ima ovlasti da pozove strane u postupku da razmotre medijaciju;
- strane u postupku mogu, uz prethodno davanje pristanka, zatražiti medijaciju u bilo kojoj fazi sudskog postupka prije okončanja glavnog pretresa;
- nakon što sud registruje određeni predmet, u regulatorni okvir su uključeni neki poticaji za primjenu medijacije (npr. djelimična nadoknada iznosa takse za prijavu);
- Zakon sudovima garantuje diskreciono pravo da nalože obustavu parničnog postupka u određenom periodu kako bi se stranama, uz njihov pristanak, omogućilo da svoj predmet prosljede privatnom ponuđaču usluga medijacije;
- trajanje sudske medijacije je indirektno definisano propisom prema kojem sudija može odgoditi ročište najdalje za 30 dana, ako se strane usaglase da svoj spor rješavaju medijacijom;
- uz pristanak strana, sudije u svim sporovima mogu prosljeđivati predmete na medijaciju;
- sudije mogu biti medijatori;

Nedostaci regulatornog okvira za sudsku medijaciju:

- Zakon o postupku medijacije nije u potpunosti usklađen s međunarodno priznatim standardima koji su sastavni dio Direktive EU o medijaciji ili UNCITRAL Model zakona o međunarodnom trgovačkom mirenju (ne postoje odredbe o učinku medijacije na period zastare);
- nijedan spor se ne tretira kao prima facie pogodan za medijaciju (npr. manja potraživanja u predmetima koji uključuju komunalije, porodični sporovi);
- nije dozvoljena obavezna medijacija koju prema svom nahođenju odredi sudija;

- sudovi nemaju zakonsku obavezu da donose i implementiraju programe medijacije;
- zakon ne predviđa mogućnost da sudovi koji imaju programe medijacije prihvate lokalne propise o programu medijacije;
- zakon ne predviđa finansiranje sudski aneksiranih programa medijacije;
 - sudije ne mogu pozivati strane u postupku da razmotre medijaciju nakon pripremnog ročišta;
- nije izričito predviđeno održavanje informativnih sastanaka o medijaciji;
- nije propisana obaveza da se pravnici sastaju i razgovaraju o medijaciji;
- nije dopuštena medijacija u sklopu apelacionih postupaka;
- sudska medijacija traje prekratko, dok obustava parničnog postupka tokom trajanja sudske medijacije nije predviđena;
- ne postoje sveobuhvatni kriteriji za akreditaciju medijatora u okviru sudskih programa, kao ni odredba koja bi osigurala održivost obuke iz oblasti upućivanja na medijaciju za sudski ovlaštene medijatore i sudije;
- ne postoje finansijski poticaji za pravne zastupnike u kontekstu potražnje za medijacijom;
- napredne sankcije za neprisustvovanje sastancima koji se tiču medijacije nisu utvrđene;

Neki (ali ne i svi) od navedenih nedostataka mogu se otkloniti donošenjem kvalitetnijih programa medijacije i boljom integracijom medijacije u vođenje predmeta, dok se ostali moraju rješavati unaprjeđivanjem legislativnih propisa.

Što se tiče donošenja programa sudske medijacije, jasno je da se sudska medijacija u BiH, kako ranije tako i danas (uz jedan rijedak prethodni eksperiment u Brčko Distriktu) prakticira prema modelu povezanosti sa sudom. U okviru programa medijacije povezane sa sudom, ova usluga se eksternalizira. Strane u sporu se upućuju privatnim pružaocima ovih usluga koji moraju biti članovi Udruženja medijatora. Tek nekoliko medijatora su pravnici praktičari, a niko od njih nije sudija. Kontrola kvaliteta u oblasti medijatorskih usluga je slaba i izvan sfere ovlaštenja sudija. Zbog toga je među sudijama prisutno manje povjerenja prema medijatorima, a i stopa upućivanja na medijaciju je niža jer sudije ne djeluju kao medijatori u programima povezanim sa sudovima. Sudsko upućivanje na medijaciju se u slučaju sporazumne nagodbe tek djelimično tretira kao ishodni cilj. Pored toga, strane u sporu moraju snositi troškove medijatorskih usluga. Troškovi angažmana medijatora i drugi rashodi ne razlikuju se od tržišnih cijena koje utvrđuje Udruženje medijatora. Ako se medijacija ne okonča sklapanjem nagodbe, to dovodi do rasta cijene ukupnih troškova spora. Osim toga, medijacija nije pristupačna za sve. Domaće strane u sporu, koje ne mogu dobiti pravnu pomoć, mogu biti isključene iz medijacije.

Umjesto modela medijacije povezane sa sudom, sudski aneksirana medijacija može bolje udovoljiti potrebama strana u sporu. Sud treba odobriti, organizovati i implementirati jedan takav program. Sudske prostorije bi se koristile za medijaciju, a strane u sporu bi dobile priliku da ih se sasluša. Sudski aneksirani program medijacije se djelimično ili u potpunosti finansira od strane suda, što znači da je medijacija za strane u sporu besplatna ili oni snose tek manji dio troškova angažmana medijatora. Na ovaj način se rukovodnim strukturama sudova omogućava kvalitetnije integrisanje medijacije u sistem vođenja predmeta i rješavanja zaostalih predmeta. Zahvaljujući uspostavljenom nadzoru i kontroli učinka medijatora, model sudski aneksirane medijacije omogućava da sudije, pravni zastupnici i strane u sporu imaju više povjerenja u ponuđene usluge, posebno ako sudije-medijatori djeluju kao neutralne strane u okviru programa koje podržavaju sudovi.

Svrha medijacije nije da bude bolja od sudskog rješavanja sporova, nego da predstavlja dodatak istom. Medijacija povezana sa sudom stranama u sporu nudi dvije različite garancije: garanciju da će im biti pružena prilika i garanciju u vezi s integritetom procesa. Najbolja međunarodna praksa i naučene lekcije u oblasti medijacije povezane sa sudom pokazali su da što ranije uključivanje alternativnog rješavanja sporova (posebno medijacije) u prepretresni postupak predstavlja najučinkovitiji način sprovođenja pravde, jer se na taj način reduciraju kako vrijeme potrebno za rješavanje predmeta, tako i troškovi transakcija s jedne strane, dok, paralelno s tim, jača percepcija pravičnosti. Sudijski pozivi stranama u sporu da razmotre opciju medijacije dolaze u prekasnoj fazi procesa u odnosu na pripremno ročište. Zapravo, cijeli sistem sudskog upućivanja na medijaciju temelji se na pretpostavci da sudije imaju interes da sa stranama u sporu razgovaraju o opciji medijacije. Ova pretpostavka nije realistična, bez obzira na zatrpanost suda zaostalim predmetima. Informativni sastanak u vezi s medijacijom koji vode sudije zahtijeva puno vremena. Osim toga, sudije su više fokusirane na rasprave o nagodbi koje oni vode, nego na upućivanje na medijaciju. Karijerna motivacija za sudije, u smislu broja slučajeva koji su riješeni nagodbom u okviru parničnog postupka, veća je u odnosu na nagodbe putem medijacije. Iako je vrijeme čekanja za određivanje pripremnih ročišta u brojnim sudovima dugačko i trajne i po nekoliko mjeseci, sudovi (uz rijetke izuzetke) ne praktikuju slanje obavijesti stranama u sporu u vezi s očekivanim vremenskim okvirom za pripremno ročište, a isto važi i za informacije o tome kako se period čekanja može učinkovito iskoristiti u slučaju odabira medijacije. Sudovi u BiH također ne praktikuju automatsko pozivanje strana u sporu da razmotre medijaciju odmah nakon podnošenja zahtjeva za pokretanjem postupka. Svaki program medijacije povezane sa sudom treba organizovati na način da se medijacija podrazumijeva, bez obzira što je to formalno i neobavezujuće. Nema potrebe za izmjenama regulatornog okvira za opisanu praksu vođenja predmeta.

Medijacija stranama donosi korist, čak i ako im omogućava da spoznaju da se predmet ne može riješiti nagodbom. Zbog toga se u brojnim pravosudnim sistemima (npr. u Sloveniji, Norveškoj, SAD, Kanadi itd.) smatra prikladnim da sudija naloži stranama da učestvuju u neobavezujućem postupku alternativnog rješavanja sporova u vezi s predmetom spora. Uprkos dobrovoljnoj prirodi medijacije, regulatorni okvir ne sprječava sudove da uvedu tobože obaveznu medijaciju, uz pravo strana da se povuku iz nje. Takav pristup bi se mogao uvesti kao automatski za određene kategorije predmeta (npr. one iz oblasti komunalija) ili u skladu s diskrecionom odlukom sudije u pojedinačnim predmetima. Ipak, sudovi vjerovatno preferiraju postojanje jasno utvrđenog mandata za usvajanje pravila vođenja predmeta u okviru programa medijacije, što treba utvrditi barem na nivou Sudskog poslovnika. U idealnoj situaciji, zakon treba predvidjeti mogućnost da sudija može obavezati strane u sporu na medijaciju, no, u tom slučaju, sudovi moraju ponuditi usluge iz oblasti alternativnog rješavanja sporova koje su ili besplatne ili cjenovno pristupačne. Država treba osigurati finansiranje za programe alternativnog rješavanja sporova povezane sa sudovima, na isti način kao i za druge postupke pred sudom. Samo na ovaj način je moguće implementirati koncept „sudnice s više vrata“, kako je to 1976. predstavio prof. F. Sander u svom obraćanju na konferenciji National Pound Conference, u vezi sa slučajevima javnog nezadovoljstva sprovođenjem pravde. Model „sudnice s više vrata“ temelji se na shvatanju da sudovi trebaju raditi kao centralizirana središta za prijem predmeta i dijagnostiku sporova koji će stranama u sporu davati savjete o najpogodnijem postupku za rješavanje spora, pri čemu će se u obzir uzeti karakteristike samog predmeta i strana. Njima treba biti dostupan cijeli spektar opcija za rješavanje sporova. Ovakva savjetodavna (neutralna evaluacija spora), facilitativna (medijacija, mirenje) i adjudikativna uloga stranama u sporu može pomoći da donesu informisane odluke o odgovarajućem postupku u odnosu na procjenu troškova, potrebnog vremena, pristupačnosti, objektivnosti, izvršivosti konačne odluke i trajnosti rješenja. Strane u sporu treba potaknuti da odaberu jednu opciju iz „menija za rješavanje sporova“, pri čemu bi medijacija predstavljala „standardni aperitiv“.

Ključne komponente programa medijacije povezanih sa sobom su sljedeće:

- učinkovit mehanizam kojim se jača obaveza strana i pravnih zastupnika da razmotre medijaciju;
- osigurani su finansijski poticaji za strane u sporu i pravne zastupnike za dobrovoljno upućivanje na medijaciju;
- sud obavlja ispitivanje i razgovore sa stranama i njihovim pravnim zastupnicima;
- obavezno početno nenametljivo upućivanje na medijaciju (koje može biti automatsko u određenim kategorijama predmeta ili prema diskrecionoj odluci sudije);
- strane imaju pravo da ne pristanu na upućivanje na medijaciju;
- osigurane su napredne sankcije u vidu izmirenja troškova za vođenje postupka za neopravdano povlačenje iz medijacije

Kako bi se osiguralo da medijacija povezana sa sudom i alternativno rješavanje sporova uopšte postanu trend, kao i da se spriječi zadržavanje njihovog postojećeg stanja u vidu neravnomjernog i nedovoljnog prisustva u pravnoj i političkoj kulturi, od ključne je važnosti da se vlasti i zakonodavci u BiH pozabave preprekama daljnjem razvoju alternativnog rješavanja sporova na sudu. Oni moraju ovlastiti sudove da donesu i implementiraju programe alternativnog rješavanja sporova. Isto tako, oni moraju utvrditi poticaje kako bi se strane u sporu i njihove pravne zastupnike navelo da alternativno rješavanje sporova istinski uzmu u razmatranje u svakom predmetu, a isto važi i za napredne sankcije za nepridržavanje odluka i pravnu zaštitu za strane i predmete. Posljednja, ali ne i najmanje važna stavka tiče se potrebe da regulatorni okvir koji utvrde kreatori politika mora ponuditi kvalitetne kontrolne mehanizme (vidi kod W.Brazil: Court ADR 25 years after Pound: Have we Found a Better Way?; Berkely Law Scholarsip Repository, 1-1-2002)

Zbog toga se vlasima u BiH sugeriše da otklone prethodno opisane nedostatke regulatornog okvira za medijaciju povezanu sa sudom, tako što će usvojiti Zakon o alternativnom rješavanju sudskih sporova i/ili ubaciti posebno poglavlje u Zakone o parničnom postupku, a koje će sadržavati odredbe navedene u ostatku teksta u formi Model Zakona o alternativnom rješavanju sudskih sporova.

Kako zakonodavni procesi nerijetko traju dugo, prijedlog je da se većina ovih model odredbi (privremeno) ubaci u propise koji se tiču programa medijacije, a koji trebaju usvojiti pojedinačni sudovi. Sudove treba ovlastiti da usvoje program medijacije u skladu s pravilnikom o poslovanju sudova koji donosi Ministarstvo pravde. Na taj način je moguće doći do ubrzanog donošenja i implementacije pilot programa sudski aneksirane medijacije.

MODEL ZAKON O ALTERNATIVNOM RJEŠAVANJU SUDSKIH SPOROVA

I. OPŠTE ODREDBE

Član 1.

(Sadržaj i namjena Zakona)

(1) Ovaj Zakon uređuje postupke alternativnog rješavanja sporova koje stranama u sudskom postupku (u daljem tekstu: strane) nudi sud na temelju ovog Zakona.

(2) Postupci iz prethodnog stava stranama omogućavaju lakši pristup pravnoj zaštiti, nude mogućnost odabira najprikladnijeg postupka za rješavanje spora, omogućavaju pravično, brzo i sporazumno rješavanje sporova, stranama i sudovima nude uštedu vremena i potrebnih sredstava, kao i šire područje primjene dobrovoljnog i obaveznog učešća strana u programima alternativnog rješavanja sporova povezanih sa sudovima.

Član 2.

(Područje primjene)

(1) Ovaj Zakon se primjenjuje u sporovima koji proizlaze iz ekonomskih, radnih, porodičnih i drugih građansko-pravnih odnosa, a u vezi sa zahtjevima koji su na raspolaganju stranama i oko kojih se strane mogu usaglasiti, osim ako to nije drugačije uređeno posebnim zakonom za pojedinačne sporove.

(2) Ovaj zakon se može razumno primjenjivati i u upravnim, poreznim i drugim sličnim sporovima.

Član 3.

(Definicija alternativnog rješavanja sporova)

Prema ovom Zakonu, alternativno rješavanje sporova je postupak koji se razlikuje od parničnog postupka i u okviru kojeg se jedna ili više neutralnih trećih strana uključuje u rješavanje spora na način kako je to predviđeno članom 2. ovog Zakona, koristeći pri tom

postupke medijacije, obavezujuće ili neobavezujuće arbitraže, neutralne evaluacije, hibridne ili neke druge slične postupke.

II. PROGRAMI ALTERNATIVNOG RJEŠAVANJA SPOROVA

Član 4.

(Dužnosti i ovlaštenja sudova)

(1) Prvostepeni i drugostepeni sudovi imaju obavezu da omoguće korištenje alternativnih postupaka rješavanja sporova tako što će usvojiti i implementirati program alternativnog rješavanja sporova.

(2) U okviru programa iz prethodnog stava, sudovi imaju obavezu da stranama ponude opciju medijacije, kao i druge vidove alternativnog rješavanja sporova.

Član 5.

(Oblik i način implementacije programa)

(1) Sudovi mogu usvojiti i implementirati program alternativnog rješavanja sporova kao aktivnost koja se organizuje direktno na sudu (sudski- aneksirani program) ili na temelju ugovora s odgovarajućim vansudskim javnim ili privatnim subjektom koji se bavi alternativnim rješavanjem sporova (program povezan sa sudom).

(2) Osim toga, sudovi na temelju međusobno potpisanog sporazuma mogu implementirati program alternativnog rješavanja sporova na sljedeći način:

- individualni prvostepeni sud može implementirati program za jedan ili više ostalih prvostepenih sudova na području istog sudskog okruga,
- Individualni drugostepeni sud može implementirati program za jedan ili više prvostepenih sudova na području sudskog okruga drugostepenog suda.

Član 6.

(Sadržaj programa)

U okviru programa alternativnog rješavanja sporova, sud u prvom redu definiše koje vrste postupaka nudi i detaljnije utvrđuje obavezujuće principe, propise i vidove ovih postupaka.

Ako sud implementira program na način kako je to predviđeno članom 5. stavom 2. ovog Zakona, on ima obavezu da to navede u programu.

Član 7.

(Medijatori u medijatorskom programu)

(1) Postupak medijacije u sklopu programa medijacije, kao što je opisano u članu 4 ovog Zakona se može sprovesti od strane medijatora (u daljem tekstu: Medijator) koji su navedeni u registru (u tekstu: spisak) kao medijatori, u skladu sa ovim Zakonom.

(2) U sudskom-aneksiranom programu medijacije, sud koji sprovodi program takođe je nadležan za spisak.

(3) U sudskom pripojenom programu medijacije, pružaoc usluga alternativnog rješavanja spora koji sprovodi program u ime suda, i koji je licenciran od strane Vijeća za alternativno rješavanje sporova za registraciju medijatora na spisak, takođe je nadležan za spisak.

(4) Medijator može sprovoditi postupak medijacije u prostorijama suda ili u prostorijama pružaoca usluge alternativnog rješavanja spora, koji je stavio njega/nju na spisak.

(5) Medijator može takođe biti i sudija koji ne vodi nikakav sudski postupak u vezi sa navedenim sporom.

Član 8.

(Stavljanje i brisanje sa spiska)

(1) Svaka osoba koja ispunjava navedene kriterije može biti navedena na Spisku person who meets the following criteria may be listed

- Da imaju mogućnost da potpišu ugovor:

- Da ne bude osuđivan, konačnom presudom za činjenje krivičnog djela sa namjerom za koje su procesuirani ex officio;

- Da imaju bar završen prvi stepen nakon srednjoškolskog obrazovanja:

- Da su završili obuku za postupak medijacije, na osnovu programa koji je utvrđen od strane Ministra pravde (u daljem tekstu: Ministar).

(2) Ministar može u sklopu zakona ili pravila da navede dodatne kriterije kao dodatak spisku, imajući u vidu vrstu sporova za rješavanje u postupku medijacije.

(3) Medijator treba biti izbrisan kada:

- Na osnovu ličnog zahtjeva medijatora;
- Ako medijator ne ispunjava uslove kriterija navedenih pod tačkom 1, 2 ili 5 stava ovog člana;
- U slučaju da medijator prekrši zakon, pravila programa se primjenjuju(u daljem tekstu: Pravila) u okviru kojeg se izvršio postupak medijacije, ili ako medijator prekrši pravila etike medijacije;
- Ako medijator sprovodi postupak medijacije neregularno ili neprofesionalno;
- Ako medijator ne učestvuje u obaveznim obukama, koje su utvrđene od strane Ministra; ili
- Ako medijator ne sprovede minimalan broj postupaka medijacije u određenom vremenskom periodu, koji je utvrđen od strane Ministra.

(4) Rješenje o brisanju sa spiska treba da bude doneseno od strane suda ili pružaoca usluge alternativnog rješavanja sporova koji je prvobitno stavio medijatora na spisak..

(5) U zakonu ili pravilniku, Ministar treba da definiše sledeće::

- Uslove za izdavanje dozvola za pružaoca usluga alternativnog rješavanja sporova za stavljanje medijatora na spisak, i
- Metod supervizije rada medijatora.

Član 9.

(Sadržaj i javni uvid u spisak)

(1) Spisak treba da sadrži sledeće informacije:

- Ime medijatora;
- Datum i mjesto rođenja;
- Stalno ili privremeno prebivalište;
- Kontakt podaci: broj telefona i e-mail;
- Profesionalno ili akademsko zvanje;
- Zanimanje;
- Podaci o zaposlenju;

- Vrste sporova za koje medijator pruža usluge medijacije;

- Datum stavljanja
na spisak

(2) U svrhu pružanja efektivnog postupka medijacije na osnovu ovog Zakona, spisak može biti dostupan javnosti sa sledećim podacima:

- Ime medijatora;

- Profesionalno ili akademsko zvanje;

- Vrste sporova za koje medijator pruža usluge medijacije;

-Datum stavljanja
na spisak

(3) Podaci iz prethodnog stava se dostavljaju Ministarstvu pravde (u daljem tekstu: Ministarstvo) od strane suda ili pružaoca usluge alternativnog rješavanja sporova. Kao alternativna opcija, podaci se takođe mogu objaviti na njihovoj web stranici. Sud ili pružaoac usluge alternativnog rješavanja sporova takođe trebaju dostaviti informaciju o brisanju medijatora sa spiska Ministarstva,.

Član 10.

(Centralna baza podataka za medijatore)

(1) U svrhu informisanja javnosti i pružanja usluge efektivnog postupka medijacije, na osnovu ovog Zakona, Ministarstvo treba da ima centralnu bazu podataka nominovanih medijatora.

(2) Centralna baza podataka treba da bude objavljena na web stranici Ministarstva i da ima sledeće podatke:

- Ime medijatora;

- Profesionalno ili akademsko zvanje;

- Vrste sporova za koje medijator pruža usluge medijacije;

- Naziv i adresa suda ili pružaoca usluga za alternativno rješavanje sporova gdje je nominovan medijator, i

- Datum stavljanja na spisak .

(3) Nakon zaprimanja informacije o brisanju medijatora sa spiska, Ministarstvo treba da izbriše medijatora iz centralne baze podataka.

(4) U zakonu ili Pravilniku, Ministar treba da definiše detaljne odredbe za vođenje spiska i centralne baze podataka medijatora.

Član 11.

(Upravljanje programom)

(1) Sud koji ima program za alternativno rješavanje sporova treba da imenuje državnog službenika koji će upravljati, regulisati, pratiti i evaluirati provedbu programa (u daljem tekstu: program menadžer). U sklopu sudsko-aneksiranog programa, program menadžer će takođe organizovati edukativne aktivnosti i obuke, pratiti rad neutralnih, trećih osoba i nominovati neutralnu treću osobu u pojedinačnim slučajevima.

(2) Sud koji ima program za alternativno rješavanje sporova treba da imenuje sudiju, u sklopu godišnjeg rasporeda sudija, koji će saradivati sa program menadžerom u praćenju i evaluaciji sprovedbe programa, kao i u edukativnim aktivnostima i obukama za neutralne, treće osobe.

Član 12.

(Finansiranje programa)

Finansiranje programa u sudovima, na osnovu člana 4 ovog Zakona, treba da budu osigurana od strane odgovorne vlasti osigurana od strane.

Član 13.

(Podrška programu)

(1) Ministarstvo treba da pruži podršku u postavljanju i implementaciji programa, preuzme odgovornost u informisanju javnosti o programima koje pružaju sudovi u skladu sa članom 4, ovog Zakona, i u saradnji sa Vijećem za alternativno rješavanje sporova, treba da pruži odgovarajuće savjete i informacije o dobrim praksama u setiranju i implementiranju programa, kao i pružanju garancije kvaliteta..

(2) Sudovi treba da dostave bilo koji program koji usvoje na osnovu, člana 4 ovog Zakona Ministarstvu i Visokom sudskom i tužilačkom vijeću.

(3) Centar za obuku sudija i tužilaca u saradnji sa Udruženjem medijatora pruža edukaciju i obuku trećim, neutralnim osobama koje učestvuju u programima za postupke alternativnog rješavanja sporova koje pružaju sudovi u skladu sa članom 4 ovog Zakona.

Član 14.

(Vijeće za alternativno rješavanje sporova)

(1) Vijeće za alternativno rješavanje sporova (u daljem tekstu: Vijeće) treba biti uspostavljeno u svrhu pružanja konsultantskih usluga u vezi sa postavkom i implementacijom programa, na osnovu člana 4 ovog Zakona, kao i pružanje kvaliteta usluga i razvoja alternativnog rješavanja sporova.

(2) Vijeće treba da se sastoji od najmanje 10 članova (u daljem tekstu: članova). Ministar treba da nominuje članove iz ekspertske grupe za oblast alternativnog rješavanja sporova ili građanskog procesnog prava u trajanju od 4 godine. Vijećem predsjedava predsjedavajući (u daljem tekstu Predsjedavajući) koji treba da bude nominovan od strane Ministra.

(3) U dokumentu vezanom za uspostavljanje Vijeća, Ministar treba da definiše sastav, zadatke, metode rada, sredstva i naknadu troškova za predsjedavajućeg i druge članove Vijeća, kao i druge administrativne i tehničke elemente koji su neophodni za rad Vijeća.

III. ZAJEDNIČKE PROCEDURALNE KLAUZULE

Član 15.

(Upućivanje na postupak alternativnog rješavanje sporova sporazumom, zahtjevom ili nalogom)

(1) Sud će u svakom slučaju prije nego što uruči žalbu tuženiku, pružiti i dostaviti informaciju svim strankama lično o mogućnosti postupka alternativnog rješavanja sporova i njihovog komparativnog benefita, kao i odgovore na najčešće postavljena pitanja i različite obrasce odobrene od strane suda.

(2) Manji zahtjevi u vezi sa komunalnim slučajevima i drugim slučajevima gdje stranke predstavljaju advokati, i koji su utvrđeni sudskim programom za alternativno rješavanje sporova, mogu automatski biti dodijeljeni sudskom programu za alternativno rješavanje sporova od strane određenog sudskog ureda. Svaka stranka čiji je slučaj automatski dodijeljen programu za alternativno rješavanje sporova može podnijeti nominovanom sudiji, u roku od 8 dana, od dana prijema obavještenja o automatskom dodjeljivanju, opravdani zahtjev da bude isključena iz automatskog dodjeljivanja. Na odluku sudije o tom zahtjevu nema pravo žalbe.

(3) Na osnovu sporazuma od strane svih stranaka koje su se usaglasile o alternativnom rješavanju spora, i na osnovu zahtjeva jedne od stranaka ili na osnovu inicijative sudije, sud može suspendovati sudski postupak ne duže od 3 mjeseca i uputiti stranke na postupak alternativnog rješavanje spora.

Član 16.

(Obaveza da se razmotri postupak alternativnog rješavanja spora)

(1) U slučajevima koji su automatski dodijeljeni programu alternativnog rješavanja sporova, advokati koji predstavljaju svoje klijente u navedenom sporu trebaju pokušati da se usaglase za postupak alternativnog rješavanja spora, odmah nakon podnošenja slučaja i do roka koji je odredio sud.

(2) U slučajevima koji su automatski dodijeljeni programu alternativnog rješavanja sporova, advokati i njihovi klijenti trebaju da potpišu, prilože i podnesu potvrdu o alternativnom rješavanju spora, i dostave kopiju sudu, do datuma koji je utvrđen od strane suda.

(3) Advokat i klijent trebaju da potvrde da su pročitali sudsku informativnu brošuru o programu za alternativno rješavanje sporova, diskutovali o mogućim opcijama rješenja u vezi za sporom, koje su omogućene od strane suda i privatnih pružaoca, te razmotre da li će taj slučaj imati benefit od ponuđenih opcija o alternativnom rješavanju spora, i takođe uporede troškove postupka alternativnog rješavanja spora sa parničnim troškovima.

Član 17.

(Sporazum za postupak alternativnog rješavanja spora ili obavijest putem telefonske konferencije)

(1) U slučajevima koji su automatski dodijeljeni programu za alternativno rješavanje spora, advokati trebaju do datuma koji je određen od strane suda, dostaviti pored potvrde za postupak alternativnog rješavanja spora, bilo sporazum i predloženi nalog kojim se odabira postupak alternativnog rješavanja spora ili obavijest za potrebom telefonske konferencije o alternativnom rješavanju spora, u formatu koji je utvrđen od strane suda.

(2) Ako stranka ima potrebu za alternativno rješavanje spora putem telefonske konferencije, advokati koji predstavljaju svoje klijente su obavezni da prisustvuju zajedničkoj telefonskoj konferenciji, u vrijeme koje je određeno od strane suda.

(3) Svi advokati koji predstavljaju svoje klijente u navedenom slučaju, kao i interni ili eksterni ekspert za rješavanje spora prethodno imenovan ili odobren od strane suda, treba učestvovati na telefonskoj konferenciji o alternativnom rješavanju spora.

Član 18

(Informativno ročište za alternativno rješavanje spora)

(1) Ako se stranke nisu sporazumno dogovorile za određeni postupak alternativnog rješavanja spora, nakon telefonske konferencije u vezi sa alternativnim rješavanjem spora, nominovani sudija treba diskutovati sa strankama o izboru opcije alternativnog rješavanja spora na uvodnom ročištu. Ako se stranke ne usaglase za postupak alternativnog rješavanja spora, a sudija to bude smatrao neophodnim, ona ili on trebaju da izaberu jedan od sudskih postupaka alternativnog rješavanja spora i donesu nalog kojim se upućuje slučaj na taj postupak.

(2) Datum i vrijeme informativnog ročišta trebaju biti utvrđeni od strane suda, na osnovu odredbi o građanskom procesnom pravu.

(3) Poziv za informativno ročište treba biti uručen strankama lično.

(4) Zapisnik treba da bude sačinjen na informativnom ročištu koji se vodi od strane sudije ili pravnog službenika.

(5) Ako, na osnovu propisno dostavljenog poziva stranke ne budu učestvovala na informativnom ročištu i ne dostave opravdne razloge izostanka, ili ako postoji nedostatak opšte prihvaćenih okolnosti (npr zemljotres, poplave itd.) koji mogu opravdati izostanak stranke na saslušanju, stranka koja ne bude prisutna će biti obavezna da nadoknadi troškove drugoj strani, koji su proizašli sa ovog saslušanja. U pozivu za prisustvo na ročištu koje je proslijeđeno stranki, sud treba da navede informaciju o posljedicama izostanka sa ročišta. Neopravdani izostanak sa ročišta od bilo koje strane, ne sprječava nominovanog sudiju da donese nalog za obavezno dodjeljivanje izabranom postupku alternativnog rješavanja spora.

Član 19.

(Prisustvo na ročištima u postupcima alternativnog rješavanja sporova)

(1) Fizička lica kao stranke u postupku su obavezne da lično učestvuju na ročištima i sastancima u sklopu postupaka alternativnog rješavanja sporova.

(2) Pravna lica kao stranke u postupku trebaju da osiguraju da osoba koja je ovlaštena za ulazak u pravosudna ili dodatna-pravosudna poravnanja bude prisutna ili da je dostupna u toku ročišta i sastanaka.

(3) Pozivi za ročišta i sastanke u sklopu postupaka za alternativno rješavanje sporova na osnovu ovog Zakona, trebaju biti implementirani u skladu sa odredbama građanskog procesa.

(4) Ako, na osnovu propisnog obavještenja o pozivu stranke ne budu učestvovala na informativnom ročištu ili sastanku i ne dostave opravdane razloge izostanka ili ako postoji nedostatak opše prihvaćenih okolnosti (npr zemljotres, poplave itd.) koji mogu opravdati izostanak stranke sa ročišta ili sastanka, stranka koja ne bude prisutna će biti obavezna da nadoknadi troškove drugoj strani, koji su proizašli sa ovog saslušanja ili sastanka i plati nadoknadu od tri sata za vrijeme koje je utrošeno za pripremu sastanka ili ročišta jednoj ili više neutralnih trećih osoba koje su pripremile sve ročišta ili sastanak. U pozivu za prisustvo na ročištu ili sastanku, koji je proslijeđen stranki, treba da bude navedena informacija o posljedicama izostanka sa ročišta.

(5) Osobe koje su ovlaštene od strane stranaka mogu biti prisutne na sastancima i ročištima u sklopu postupaka alternativnog rješavanja sporova.

Član 20

(Naknade za neutralne treće osobe)

U postupku alternativnog rješavanja sporova u sklopu programa člana 4 ovog Zakona, svaka osoba koja učestvuje u programu treba da ima pravo naknade i nadoknade putnih troškova u iznosu koji je utvrdio Ministar u Zakonu ili Pravilniku.

IV. POSEBNE PROCEDURALNE ODREDBE U PROGRAMU MEDIJACIJE

Član 21

(Obavezno upućivanje na medijaciju)

(1) Kada bude odgovarajuće, imajući u vidu okolnosti slučaja i na osnovu konsultacija sa strankama na uvodnom ročištu ili na drugi odgovarajući način, sud može u bilo koje vrijeme trajanja parnice da odluči da suspenduje parnicu do 3 mjeseca i uputi stranke na postupak medijacije koju će osigurati sud u skopu programa iz člana 4 ovog Zakona.

(2) Odluka o obaveznom upućivanju na medijaciju treba da bude obrazložena i treba da sadrži upozorenje na posljedice jasno nerazumnog odbijanja za upućivanje na medijaciju, iz stava 5 ovog člana. Odluka treba da bude uručena strankama lično.

(3) U roku od 8 dana, od dana kada je uručeno rješenje, stranka može uložiti žalbu protiv rješenja na obavezno upućivanje na postupak medijacije.

(4) U slučaju da stranka dostavi žalbu iz prethodnog stava, sud koji je donio rješenje na obavezno upućivanje na postupak medijacije treba da ukine navedeno rješenje. Kada se donese rješenje o ukidanju obaveznog upućivanja na postupak medijacije, ne može se uložiti žalba protiv navedenog rješenja.

(5) Bez obzira na parnični rezultat, sud može na osnovu zahtjeva druge strane, naložiti stranci koja je uložila jasno nerazuman prigovor na upućivanje na postupak medijacije, da nadoknadi drugoj strani za sve ili dio neophodnih potrošenih parničnih troškova koji proizilaze iz jasno nerazumnih prigovora.

(6) U toku odlučivanja da li je prigovor na upućivanje na postupak medijacije bio nerazuman, okolnosti svakog slučaja trebaju biti uzete u obzir, posebno na sledeće:

- Priroda spora,
- Vrijednost slučaja,
- Da li ili ne stranke teže da riješe spor na prijateljski način putem pregovaranja ili drugih metoda poravnanja,
- Da li bi troškovi koji proizilaze iz postupka medijacije bili neproporcionalno visoki,

- Mogućnost da tromjesečna suspenzija postupka zbog medijacije može uticati na rezultat suđenja,
- Da li bi medijacija imala razumna očekivanja za uspješno rješavanje spora.

Član 22

(Održavanje prvog medijacijskog sastanka)

Ako sud uputi stranke na postupak medijacije u sklopu sudskog programa, prvi medijacijski sastanak treba da se održi u roku od 30 dana nakon što je usvojena odluka o upućivanju. .

Član 23

(Sporovi sa državnim entitetima ili državom BiH)

(1) U svim pravosudnim sporovima gdje se primjenjuje ovaj zakon, i gdje je državni entitet ili država Bosna i Hercegovina stranka, njen pravni zastupnik treba dati saglasnost za rješavanje spora putem medijacije kada je ta odluka odgovarajuća, imajući u vidu okolnosti slučaja.

(2) Ako pravni zastupnik iz prethodnog stava smatra da je rješavanje spora putem medijacije neodgovarajuća, on/ona trebaju da podnesu obrazloženje i prijedlog ovlaštenoj Vladi I tražiti rješenje.

(3) Ako u velikom broju sporova iste prirode, pravni zastupnik smatra da je rješavanje spora putem medijacije neodgovarajuće, on/ona mogu podnijeti jedan prijedlog Vladi i tražiti rješenje za primjenu medijacije za sve sporove, te prirode. Ako postoji mogućnost da predloženi sporovi na prijedlog pravnog zastupnika se pojave ubuduće, on/ona mogu predložiti da Vlada simultano donese odluku na rješavanju svih budućih sporova iste prirode, putem medijacije.

Član 24

(Naknada honorara I putnih troškova za medijatora od strane suda)

(1) U postupcima medijacije koji su provedene u skladu sa programom iz člana 4 ovog Zakona u vezi sa sporovima između roditelja I djece I sporova iz oblasti rada, u vezi prekida radnog ugovora, sud treba da nadoknadi troškove honorara I putnih troškova medijatora.

(2) U postupcima medijacije koji su provedeni u skladu sa programom iz člana 4 ovog Zakona u vezi sa bilo kojim sporom koji nije spomenut u prethodnom poglavlju, osim trgovačkih sporova, sud treba da nadoknadi troškove honorara medijatora za prva tri sata medijacije, i putne troškove koji su prouzrokovani u prva tri sata medijacije.

(3) U postupcima medijacije koji su provedeni u skladu sa programom iz člana 4 ovog Zakona u vezi sa trgovačkim sporovima, stranke treba da snose troškove honorara i putnih troškova medijatora. Troškovi treba da se ravnomjerno podijele, osim ako nije drugačije odlučeno od strane stranaka.

V. PRELAZNE I ZAVRŠNE ODREDBE

Član 26

(Usvajanje i implementacija sudskih programa)

(1) Prvostepeni sudovi treba da usvoje i implementiraju program rješavanja alternativnog spora iz člana 4 ovog Zakona, do dana stupanja na snagu ovog zakona

(2) Drugostepeni sudovi treba da usvoje i implementiraju program rješavanja alternativnog spora iz člana 4 ovog Zakona, do godinu dana nakon dana stupanja na snagu ovog zakona

Član 27

(Primjenjivi sudski programi)

Ako sud već nudi program alternativnog rješavanja sporova u vrijeme kada ovaj zakon stupa na snagu, treba da analizira program i konsoliduje ga sa odredbama ovog Zakona do dana stupanja na snagu ovog zakona.

Član 28

(Rok za objavljivanje Zakona ili Pravilnika)

Ministar treba da objavi Zakon ili Pravilnik za implementaciju odredbi ovog zakona do tri mjeseca nakon dana stupanja na snagu ovog zakona.

Član 29

(Datum stupanja na snagu I datum primjene zakona)

Ovaj zakon treba da stupi na snagu 15-og dana od dana objavljivanja u Službenom Glasniku I da počne sa primjenom šest mjeseci nakon stupanja na snagu.

POGLAVLJE 7

Procjena Etičkog zakona za medijatore

UVOD

Opisom posla se zahtjeva da ekspert izvrši procjenu Etičkog Zakona za medijatore (u tekstu Zakon).Očekivani rezultat je Izvještaj o procjeni zakona.

Izvještaj o procjeni u prvom dijelu naglašava razmatranje politika I pristupa za one koji pišu zakon I pruža Model-Uputstvo za one koji pišu zakon. Drugi dio izvještaja pruža procjenu zakona, naglašava njegove osnovne snažne I slabe tačke i napomene po članu.

Bilo koji etički zakon za medijatore treba da ima namjeru da ispunjava tri osnovne glavne funkcije: da služi kao uputstvo za rad medijatora, da informišu stranke u medijaciji u vezi sa njihovim razumnim očekivanjima u vezi sa performansom medijatora I da promovišu javno povjerenje u medijaciju

Navedeni nacionalni I internacionalni dokumenti su korišteni kao izvor reference za ovu procjenu:

- Evropski Kodeks za medijatore, pripremljen od strane Evropske Komisije, od: Preporuke načela za vansudska tijela uključena u konsensualno rješavanje sporova potrošača, izdate od strane Evropske Komisije, od 4. aprila 2001 (Službeni glasnik L 109/56 , 19.4.2001);
- Preporuke načela primjenljivih tijelima nadležnim za vansudske naknade od potrošačkih sporova, izdate od strane Evropske Komisije, od 31. marta 1998 (Službeni glasnik L 115/31, 17.4.1998);
- Zakon o postupanju medijatora I bilo koje neutralne treće strane, Centra za efektivno rješavanje sporova (CEDR), 2001;
- Kodeks prakse za građansku/komercijalnu medijaciju Saveza pravnika (UK), od 10 decembra 2001;
- ACB Zakon o postupanju medijatora, dana 9 aprila.1998 poslednje izmjene od 21. novembra 2000;
- UIA (Međunarodno udruženje advokata) Zakon o postupanju medijatora;
- Etičko Uputstvo za medijatore od Camera Arbitrale Nazionale E Internazionale Di Milano, Conciliation Service od 25. 01. 2003;
- Zakon o postupanju medijatora Arbitražne komore Piemont od 2. aprila 2002;

- Zakon o postupanju za registrovane medijatore, NMI (Instituta za medijaciju u Nizozemskoj) (izdanje 01-01-01);
- Model-Pravilo za advokate kao neutralna treća strana CPR Georgetown, Komisija za Etiku i standard u ADR (alternativno rješavanje sporova), iz novembra 2002;
- Model- Etički Kodeks Mreže medijatora za rješavanje sukoba u Kanadi;
- Etički principi za medijatore Udruženja medijatora Slovenije, maj 2008;
- Etički kodeks udruženja za medijaciju u Hrvatskoj, od 4 jula 2008;
- Etička načela za ADR () sa neutralnim licima u sudskim aneksiranim programima; Izveštaj udarne grupe za sudsku administraciju i Komiteta za upravljanje slučajem, Federalni pravosudni centar, od decembra 1997;
- Okvir za ADR Standarde, Izveštaj za Commonwealth Javne pravobranioce od strane Nacionalnog Savjetodavnog Vijeća za alternativno rješavanje sporova iz Australije, od aprila 2001.

Isti izvori su korišteni od strane Evropske komisije prilikom pripremanja Evropskog zakona o postupanju medijatora. Navedeni Zakon nije bio baš koristan, prvobitno jer je usvojen prije EU Direktive o određenim aspektima medijacije u građanskim i komercijalnim sporovima i stoga uključuje mnoga proceduralna pitanja koja se regulišu Direktivom i takođe Zakonom o postupku medijacije u BiH. Ipak su neki dijelovi izuzeti iz Evropskog kodeksa i integrisani u predloženi tekst (npr načela nepristrasnosti i nezavisnosti).

Osnovna etička načela za medijatore su manje ili više isti, u cijelom svijetu, ali da bi se utvrdilo ono što je relevantno za BiH, prvo je terminologija različitih zakona uspoređena , potom se izvršila selekcija onog što je relevantno za minimalno prihvatljive standarde i na kraju svako vodeće načelo je bilo podržano navedenim komentarima. Pored ovih Kodeksa, postoji Model- Etički Kodeks za medijatore, usvojen od strane Mreže za rješavanja konflikta iz Kanade, koji je korišten kao osnovni izvor reference. Ovaj Kodeks je predložen od strane Svjetske Banke i Međunarodne Finansijske Korporacije kao uzorni tekst za Zakon o postupanju medijatora i integrisan je u Model- Uputstvo na koji način uspostaviti Centar za medijaciju. Obje vodeće međunarodne institucije koriste isti Zakon prilikom preporuke modela medijacije na Zapadnom Balkanu (Bivša jugoslovenska Republika Makedonija, Srbija, Crna Gora, Bosna i Hercegovina, Albanija). Ne može se zanemariti gore navedeni model kada se pripremaju slični Zakoni za BiH jer je očigledno da je univerzalno prihvatljiv.

U cilju pripreme jasnog uputstva kao što su ključna pitanja koja trebaju biti regulisana zakonom, Model- Uputstva o pripremi zakona o postupanju medijatora, kao što je prezentirano ispod, može se koristiti za daljnje pisanje.

Svrha Model- Uputstva

Svrha Model- Uputstva je da se promoviše razvoj standarda u postupku medijacije u BiH. Svesrdna podrška od strane saradnika u cilju razvoja standarda u postupku medijacije je neophodna, da bi se poboljšali i održali kvalitet i status ADR-a, educirala i zaštitila lica koja su u sporu, kao i da se razvije internacionalni profil BiH.

Treba prepustiti pojedinačnim organizacijama ili institucijama koje provode medijaciju da li će se obavezati na ovaj set standardnih načela pod njihovom sopstvenom odgovornošću i da li će se od medijatora koji djeluju pod okriljem navedenih organizacija tražiti da ih poštuju. Samostalni medijatori mogu dobrovoljno odlučiti da se obavežu, pod njihovom

odgovornošću. Takav pristup bi omogućio organizacijama koje sprovode medijaciju da detaljnije razviju Zakone i prilagode se njihovim specifičnim potrebama. Privrženost bilo kojem od navedenih zakona bi bio bez pristrasnosti prema nacionalnom zakonodavstvu ili pravilima koji regulišu pojedinačnu profesiju.

U ovom Model- Uputstvu se pokušavaju balansirati 2 načela. Prvo je, da prepozna različitost konteksta u kojem se prakticira medijacija i da se olakša razvoj standarda u sklopu ovih konteksta (načelo različitosti). Drugo je, da se promoviše konzistentnost u praksi medijacije tako što će se utvrditi esencijalni standardi za pružaoce usluga medijacije (načelo konzistentnosti). Načelo različitosti utiče na "okvirni pristup " koji je sadržan u ovom dokumentu , u cilju da se asistira pružiocima usluge da razviju odgovarajuće kodekse prakse. Riječ -standardi- se koristi kada se referira na pravila, načela, kriterije, ili modele na osnovu kojih se mogu mjeriti ili evaluirati kvalitet, efektivnost i usklađenost. Standardi mogu biti izraženi u kodeksima prakse, mjerilima performansi, uputstvima, modelima, poglavljima o uslugama, uvjerenjima, kompetencijama kao i kriterijima za odobrenje, sertifikovanje, selekciju, potvrđivanje ili akreditaciju. Kodeks prakse je definisan kao "set pravila ili standarda, koji su pripremljeni za kontrolu ponašanja, proizvoda ili usluga u sklopu određene aktivnosti ".

Kontekst različitosti u kojem se medijacija prakticira, vodi ka difuziji odgovornosti za razvoj standarda i sugerije da jedan set standarda nije moguće primjenjivati u sklopu svih sektora medijacije. Medijacija može funkcionisati kao profesija, u nekim područjima naliči industriji ili funkcionise više kao društveni pokret (medijacija zajednice). Prakticionisti medijacije i organizacije mogu biti specijalizirane u pružanju usluge, ili mogu koristiti medijaciju kao suplementarnu funkciju ili ulogu. Oni mogu pružati direktne usluge strankama ili mogu pružati indirektno usluge kao što su referali, informacije, obuke ili istraživanja. Medijator može biti zaposlen od strane organizacije sa definisanim procedurama i direktnom supervizijom. Alternativno, samostalni medijator se može angažovati direktno od strane stranaka, bez reference prema posredničkoj agenciji i bez eksterne supervizije. Medijatori mogu da rade pod okriljem akreditovane agencije ili profesionalne organizacije i da budu pod okriljem njihove supervizije i podrške. Medijatori mogu biti angažovani pod različitim uslovima; puno radno vrijeme, određeno vrijeme, pro-bono ili da rade u sklopu sudova i medijacijskih centara i da imaju "portfolio" aktivnosti. Mnogo njih se nalazi u nekoliko panela, održavaju obuke, i pružaju privatne konsultantse usluge.

Samostalni medijatori mogu pružiti punu uslugu klijentima, uključujući i profesionalnu asistenciju, fizičku facilitaciju, administrativne poslove i nastavak aktivnosti. U drugim situacijama mogu raditi u sklopu organizacijskog okruženja koje je pruženo od strane referentne osobe ili klijenta.

Kontekst angažiranja pružaoce usluge će direktno uticati na odgovarajuću formu standarda. Zajedničko za medijatore je da imaju konkurentne ili konfliktne odgovornosti prema njihovim uposleničkim organizacijama, klijentima koji koriste njihove usluge i stranke koje su uključene u sporove. Komparativno istraživanje ukazuje na potrebu da se razviju modeli za standarde koji se primjenjuju u praksi, za prakticioniste i organizacije koje su uključene u načela medijacije.

Standardi prakse podrazumijevaju kodekse, mjerila, sporazume, modele i egzemplare. Standardi za prakticioniste-medijatore podrazumijevaju obuke, edukaciju, procjenu zahtjeva i proces selekcije, superviziju, profesionalni razvoj i disciplinu. Standardi za organizacije podrazumijevaju menadžment kvaliteta, ili sisteme osiguranja kvaliteta, poglavlje usluga i druge procese prepoznavanja.

Politika razvoja standarda za medijacijske prakse

Standardi prakse mogu biti u vezi sa individualnim ponašanjem ili etikom, prema šemama i programima, organizacionim politikama i procedurama ili da se poduprede procesi ili metodologije. Oni mogu biti:

- Izuzetno specifične ili generalne izjave načela ili filozofije;
- minimalističke (najniže prihvatljivosti) ili aspirativne (najbolje prakse);
- normativni (propisuju određene prakse) ili egzemplarni (sugeriraju određene prakse);
- Izraženi pozitivnim izrazima (šta činiti) ili negativnim izrazima (šta ne činiti);

Kada standardi prakse dobiju oblik Kodeksa, oni postižu stepen konsistencije koji osoba u sporu može očekivati od pružaoca usluge medijacije. Kodeksi postavljaju kontrolu ili ograničenja u vezi sa prihvatljom ili poželjnom praksom. Kodeks može imati oblik interne pisane izjave koja se primjenjuje prema pojedinačnom pružaocu usluge, bez ikakvih nametnutih eksternih sankcija. Kodeksom se takođe može formirati dio ugovora za pružanje usluga, i u tome slučaju kršenje Kodeksa, predstavlja kršenje ugovora. Kodeks može biti razvijen i usvojen od strane profesije, a slučajevima njegovog kršenja, primjenjuju se sankcije, kao što su gubitak članstva, licence ili prepoznatljivosti. Poštivanje Kodeksa, se može upotrijebiti kao dokaz za poštivanje zakonodavstva.

Odredbe i drugi zakonodavni instrumenti se mogu referirati ili inkorporirati direktno u Kodeks prakse. Model kodeksa pruža konzistentnost u minimalnim zahtjevima, gdje su organi limitirani u propisivanju standarda na centralnom nivou. Pružaoci usluga imaju pravo da usvoje model u potpunosti ili djelimično, ili da razviju svoje sopstvene pristupe koji su konzistentni u bilo kojem regulatornom okviru. Razvoj modela standarda pruža korisne alate za jačanje konzistencije standarda, bez sadržavanja centralizovane kontrole. U svakom slučaju razvijanje standarda za medijacijsku praksu treba biti tekući proces i da prepozna raznolikosti ADR (alternativnog rješavanja sporova).

Elementi Kodeksa prakse

U poglavlju se navodi šta australijska ADR Komisija preporučuje u vezi sa elementima Kodeksa prakse. NADRAC preporučuje da svi ADR pružaoci usluga usvoje i poštuju odgovarajući Kodeks prakse koji je razvijen od strane ADR pružaoca usluga i udruženja, uzimajući u obzir elemente koji su navedeni ispod. NADRAC takođe preporučuje da:

- Poštivanjem odgovarajućeg Kodeksa prakse od strane pružaoca usluge se formira dio ugovora koji se unosi od strane organizacije koja pruža ADR;
- Saradnici potiču ostale vladine agencije da uvrste odgovarajući Kodeks prakse kao dio direktnog načela ADR usluga, ili u sklopu ugovora za pružanje eksternih ADR usluga;
- Vladine, industrijske, profesionalne i potrošačke organizacije održavaju edukaciju klijenata u cilju ohrabriranja inkluzije odgovarajućeg Kodeksa prakse u privatnim ugovorima za ADR usluge; ova oblast opisuje elemente koji se trebaju uzeti u obzir u odgovarajućem Kodeksu prakse. Elementi se mogu koristiti na nekoliko načina:
 - o Državne agencije, kao i drugi finansijeri i korisnici ADR usluga mogu ih koristiti da bi ocijenili primjerenost Kodeksa prakse za pružaoce usluge.
 - o ADR pružaoci usluga i ADR udruženja mogu ih koristiti da bi ocijenili primjerenost njihovih postojećih Kodeksa prakse.

- Oni koji razvijaju i kodificiraju njihove standarde po prvi put ih mogu koristiti kao uputstvo za pripremu.

Ova oblast nema za cilj da pruži iscrpnu listu pitanja koje se trebaju razmotriti za inkluziju, niti da propiše naslove, sekvence ili terminologiju Kodeksa prakse.

Odgovarajući Kodeks, u svakom slučaju, treba uzeti u obzir svaki element do granice koja je relevantna određenom kontekstu u kojem se Kodeks primjenjuje.

U ovoj oblasti, Kodeks prakse su uzima da bi se uvrstili dokumentovani standardi koji kontrolišu pružanje ADR usluga. Elementi Kodeksa prakse mogu biti navedeni u sklopu drugih oblika dokumentovanih standarda, kao što su poglavlja usluga, politika i proceduralnih uputstava, mjerila, odredbi, profesionalnih kodeksa, pravila i instrukcija. Dokumentovani standardi se trebaju nazivati 'kodeksom prakse', ali trebaju da imaju u vidu sve elemente koji su opisani ispod.

Ova oblast se odnosi na odgovornosti 'pružaoce usluga' i 'prakticionista', jer se ovi izrazi koriste u ovom dokumentu. U organizacijama, različite obaveze se mogu primjeniti prema individualnom prakticionistu i samoj organizaciji i različiti prakticionisti u sklopu organizacije mogu imati različite usluge i odgovornosti. Samostalni prakticionist može takođe biti pružalac usluge i stoga je odgovoran za svaki segment Kodeksa. Određeni Kodeksi moraju biti jasni u vezi sa ovim obavezama i odgovornostima.

Zakon o praksi, primjenjiv za sve pružaoce usluge treba da opiše navedene stvari:

Proces

1. ADR proces ili procesi trebaju biti definisani zakonom uključujući i ulogu svih učesnika u procesu.
2. Kako i kada ADR proces može ili treba biti okončan.
3. Obaveze pružaoce usluge i prakticionista nakon što se završi proces.

Informirana participacija

4. Obaveze pružaoce usluge i prakticionista omogućavaju strankama da naprave informirane izbore u vezi sa obimom i prirodom njihovog učestvovanja u procesu.
5. Obaveze pružaoce usluge i prakticioniste u vezi sa njihovim oglašavanjem ili promovisanjem njihove usluge i ADR proces.
6. Kako i gdje će biti obavještene stranke o standardima koji se primjenjuju prema pružiocima usluga i prakticionistima.

Pristup i pravednost

7. Obaveze pružaoce usluge i prakticionista da utvrde usklađivanje procesa za određeni spor i za stranke u postupku spora.
8. Obaveze pružaoce usluga i prakticionista da osiguraju pristupačnost uslugama i procesu prema strankama sa različitim potrebama.

9. Obaveze pružoca usluga i prakticionista u cilju postizanja pravednosti u postupku, uključujući i neutralnost i nepristrasnost.
10. Obaveze pružaoca usluga i prakticionista da održavaju povjerljivost i informišu stranke o povjerljivim zahtjevima.

Kvalitet usluga

11. Znanje, vještine i etika koji su potrebni za prakticioniste.
12. Obaveze pružaoca usluga i prakticionista da osiguraju kvalitet ADR procesa.

Žalbe i poštivanje

13. Obaveze pružaoca usluga i prakticionista da odluče po žalbi primjereno.
14. Obaveze pružaoca usluga i prakticionista da poštvaju zakon.

5. Model- Uputstvo za standarde medijacijske prakse

Okvir primjene

Standardi koji su uspostavljeni u ovom Model- Uputstvu imaju intenciju da se sprovede navedene glavne funkcije:

- Služe kao uputstvo za postupanje medijatora;
- Informišu stranke u postupku medijacije u vezi njihovih razumljivih očekivanja, a u vezi sa postupanjem medijatora;
- Promovišu javno povjerenje u medijaciju kao postupak za rješavanje sporova;
- Pruže savjet disciplinskim i akreditacijskim tijelima, koji sprovede etičke i disciplinarne standarde za medijatore.

Model-Uputstvo se namjerava primjeniti u vezi sa dužnostima i odgovornostima medijatora u facilitativnoj i evaluativnoj medijaciji u građanskim, porodičnim i komercijalnim slučajevima. Akreditovani i registrovani medijatori koji pružaju usluge medijacije trebaju biti predmet najnižih prihvatljivih standarda za medijatorske dužnosti i obaveze kao što je definisano u Model- Uputstvu.

Ovi standardi se ne trebaju koristiti kao standardi za odgovornost, prilikom utvrđivanja zloupotrebe ili drugih svrha, u cilju utvrđivanja civilne ili kriminalne odgovornosti medijatora.

U svakom slučaju je prepoznata potreba da u odgovarajućim slučajevima, primjena ovih standarda može biti pod uticajem zakona, odredbi ili ugovornih sporazuma.

Standardi sadržani u ovom Model- Uputstvu su formulisani kao obavezujuća načela i komentari.

Oni reflektuju minimalistički pristup sa ciljem da budu prihvaćeni u svijetu.

Samodeterminacija: Medijator treba prepoznati da je postupak medijacije baziran na načelu samodeterminacije.

Komentari:

Samodeterminacija je fundamentalno načelo medijacije. Njime se proces medijacije stavlja na mogućnosti stranaka da postignu dobrovoljan, neprisilni sporazum. Bilo koja stranka se može povući iz postupka medijacije, u bilo koje vrijeme. Medijator može dostaviti informaciju u vezi sa postupkom, postaviti pitanja, i pomoći strankama da istraže opcije. Primarna uloga medijatora je da omogući dobrovoljno rješavanje spora. Strankama treba pružiti mogućnost da razmotre sve predložene opcije. Medijator ne može lično osigurati da je svaka stranka donijela cjelovit izbor u cilju postizanja sporazuma, ali je dobra praksa za medijatora da obavijesti stranke o važnosti konsultacija sa drugim profesionalcima, kada je to moguće, kao i da im pomogne da donesu informiranu odluku.

Kvalitet i integritet postupka: Medijator će postupati diligentno, pravedno, efikasno i ažurno, u skladu sa standardima brige koju ima prema strankama, kao što je definisano u odgovarajućem zakonu ili ugovoru.

Komentari:

Medijator treba raditi u cilju obezbeđenja kvaliteta procesa i da potiče zajedničko poštivanje između stranaka. Proces kvaliteta zahtjeva opredjeljenost medijatora ka diligentnoj i proceduralnoj pravednosti. Medijator može prihvatiti da posreduje samo onda kada on ili ona budu spremni da posvete pažnju koja je neophodna za efikasnu medijaciju.

Medijator treba da bude zadovoljan onda kada stranke u postupku medijacije razumiju karakteristike postupka medijacije i ulogu medijatora i stranaka u postupku, te da su stranke razumijele i ekspresivno prihvatile propise i uslove medijacijskog sporazuma uključujući posebno, primjenjiva načela u vezi sa obavezama povjerljivosti za medijatora i stranke.

Medijator treba provesti postupke na odgovarajući način, uzimajući u obzir okolnosti slučaja, kao i moguću snagu disbalansa i vladavine prava, sve želje koje stranke mogu da izraze i potrebu za brzo rješavanje spora.

Medijator će osigurati da sve stranke imaju adekvatne mogućnosti da budu uključene u postupak.

Medijator, ako je odgovarajuće, treba da informiše stranke i može da prekine sa medijacijom, ako:

- Kada je sporazum postignut koji medijatoru izgleda kao nametnut ili nezakonit, imajući u vidu okolnosti slučaja i kompetenciju medijatora da donese takvu procjenu;
- Kada medijator smatra da nastavak medijacije ne vodi ka postizanju sporazuma.

Ostala pravila ili specifikacije vremenskih rokova i standarda brige osim gore navedenih mogu biti navedeni u ugovorima stranaka, u pravilima donešenim od strane relevantnih organizacija ili primjenjive sudske prakse.

Ako medijator ne može da ispuni za stranke ' očekivanja za brzo, pravedno, diligentno i efikasno rješavanje spora, medijator treba da odbije ili da prekine svoj angažman u medijaciji.

Medijatori trebaju da prihvate slučaj samo onda kada mogu da zadovolje razumna očekivanja stranaka u vezi sa trajanjem postupka. Medijator ne treba dozvoliti da medijacija bude nepravovremeno odložena od strane stranaka ili njihovih zastupnika.

Medijator treba da se suzdrži od pružanja profesionalnih savjeta ali može na osnovu zahtjeva stranaka u okviru limita njegove ili njene kompetencije, informisati stranke na koji način mogu formalizovati sporazum i mogućnosti da dođe do izvršenja sporazuma. Medijatori ne trebaju dozvoliti da njihovo ponašanje u postupku medijacije bude rukovođeno željom za većim iznosom naknade.

Kompetencija: Medijator treba da posreduje samo ako ima neophodne kvalifikacije u cilju zadovoljenja razumnih očekivanja stranaka.

Komentari:

Medijatori trebaju biti kompetentni i posjedovati znanje u postupku medijacije. Svaka osoba može biti izabrana kao medijator, ali imajući u vidu da stranke treba da budu zadovoljne kvalifikacijama medijatora. Obuke i iskustvo su neophodni za efektivnu medijaciju. Medijator treba da ispunjava uslove u vezi njegovih/njenih kvalifikacija i kompetencije za vođenje medijacije prije prihvatanja uloge.

Medijator treba da prođe kroz inicijalne obuke i /ili kontinuirano radi na usavršavanju njegove ili njene edukacije i prakse medijacijskih vještina, imajući u vidu relevantne standarde za akreditaciju i registraciju.

Medijator treba da odbije ulogu medijatora u onim slučajevima gdje medijator nije kompetentan da to obavlja.

Medijatori trebaju pružiti informacije strankama, u vezi sa obukama, edukacijom i iskustvom.

Kada su medijatori imenovani od strane suda ili institucije, tijelo koje ih je imenovalo treba da preuzme odgovarajuće napore i osigura da svaki medijator bude kvalifikovan za određenu medijaciju.

Nepriistrasnost: Medijator treba u svako doba da djeluje, i nastoji da bude viđen kako djeluje, nepriistrasno prema strankama, poštivajući slučajeve kao i rezultate u postupku medijacije, kao i to da trebaju biti posvećeni u ravnopravnom pružanju usluga svim strankama, poštivajući postupak medijacije.

Komentari:

Koncept nepriistrasnosti medijatora je ključna u postupku medijacije. Ako bilo kada medijator ne bude u mogućnosti da sprovede postupak na nepriistrasan način, tada je medijator u obavezi da se povuče.

Dok je neutralnost pitanje interesa, nepriistrasnost je više pitanje ponašanja. Odnosi se na povjerenje stranaka i njihove percepcije da se medijator ophodi prema njima pravedno u toku trajanja postupka. Nepriistrasnost podrazumijeva da medijator treba:

- Sprovede postupak na pravedan i nepriistrasan način ;
- Generalno se ophodi prema strankama ravnopravno;
- Ne prihvata avans, ponude ili poklone od stranaka;
- Osigura da on ili ona ne komuniciraju sa vidljivo različitim nivoima srdačnosti, prijateljstva ili bliskosti, u radu sa individualnim strankama.

Medijator treba da izbjegne obavljanje postupka u kojem je izgledno da pokazuje pristrasnost prema jednoj od stranaka. On ili ona se trebaju zaštititi od pristrasnosti ili predrasuda na osnovu ličnih osobina, profila ili performansa stranke u postupku medijacije.

Nezavisnost i neutralnost: Medijator ne mora djelovati, ili ako je počeo sa djelovanjem, ne mora nastaviti sa djelovanjem, prije nego što se otkriju okolnosti, razumno poznate medijatoru, koje bi mogle ili tako izgleda da utiču na njegovu ili njenu nezavisnost ili sukob interesa.

Komentari:

Neutralnost se posmatra kao posebna odgovornost u ulozi medijatora. Ove odgovornosti bi trebale da otkriju bilo koji postojeće ili prethodno zasnovani odnos između medijatora i stranaka, bilo koji interes u rezultatu spora, bilo koji sadašnji ili budući sukob interesa i drugih vrijednosti, iskustava ili saznanja koji bi mogli spriječiti medijatora da djeluje nepristrasno.

Sukob interesa predstavlja poslovanje ili odnos koji može stvoriti utisak moguće pristrasnosti. Osnovni pristup pitanju sukoba interesa je konzistentan sa konceptom samodeterminacije.

Medijator se obavezuje da će stranke obavijestiti o svim okolnostima s kojim je razumno upoznat i zbog kojih ga se ne može tretirati kako nepristrasnog. Te okolnosti uključuju:

- Bilo koje finansijske ili lične interese u pogledu ishoda;
- Bilo koje postojeće ili prethodne finansijske, poslovne, profesionalne, porodične ili društvene odnose sa bilo kojom od stranaka, uključujući, ali i ne ograničavajući se na prethodno zastupanje bilo koje od stranaka, njihovih savjetnika ili svjedoka, ili na ulogu sudije ili neutralne osobe u postupku alternativnog rješavanja sporova za bilo koju od stranaka;
- Bilo koji izvor pristrasnosti ili neobjektivnosti koji se tiče osobe ili institucije, a za koji postoji vjerovatnoća da bi mogao utjecati na objektivnost ili koji u razumnim okvirima može stvoriti utisak o postojanju pristrasnosti ili neobjektivnosti;
- Bilo koje druge instance objelodanjivanja informacija u skladu sa zakonom ili ugovorom.

Medijator ima obavezu da provede utemeljenu istragu i aktivnosti na planu utvrđivanja postojanja interesa ili prethodno opisane pristrasnosti, kao i da kontinuirano objelodanjuje informacije o navedenim interesima ili potencijalnoj pristrasnosti koji se mogu javiti tokom postupka.

Ako sve stranke pristanu na medijaciju nakon što dobiju informacije o sukobu interesa, medijator može otpočeti s procesom medijacije. Međutim, ako postojanje sukoba interesa u ozbiljnoj mjeri dovodi u sumnju integritet samog procesa, medijator ima obavezu da odbije učešće u postupku.

Medijator mora raditi u korist stranaka i samog procesa. Pritisци izvan sfere medijacije, uključujući i one koji dolaze od administratora programa medijacije, nikada ne smiju utjecati na medijatora na način da primora stranke na postizanje nagodbe.

Povjerljivost: medijator ima obavezu da odgovori na razumna očekivanja stranaka u pogledu povjerljivosti informacija, a koje se tiču ili proizlaze iz medijacije.

Komentari:

Očekivanja stranaka u pogledu povjerljivosti zavise od okolnosti koje se tiču medijacije i dogovora koji one postignu. Medijator ne smije objelodaniti bilo šta za šta neka strana očekuje da se navedeno tretira kao povjerljivo, uključujući i činjenicu da je medijacija u toku ili je okončana, osim ako joj za objelodanjivanje pristanak ne daju sve stranke ili je ono obavezujuće u skladu sa zakonom ili javnom politikom.

Medijator ima obavezu da na početku procesa sa strankama razgovara o pravilima i zahtjevima koji se tiču povjerljivosti, kao i da pribavi pristanak stranaka u vezi sa bilo kakvom ex parte komunikacijom ili praksom. Ako medijator održava privatne sastanke s jednom od strana, nužno je porazgovarati o karakteru sastanaka u pogledu povjerljivosti prije njihovog održavanja. Ako stranke odluče da su sve ili dio informacija koje se objelodane tokom medijacije povjerljive, medijator će poštovati njihov dogovor.

Kako bi zaštitio integritet medijacije, medijator se suzdržava od davanja informacija o ponašanju stranaka tokom procesa medijacije, meritumu predmeta ili ponuda za nagodbu. Ako je to potrebno, medijator može navesti jesu li se stranke pojavile na zakazanoj medijaciji.

Honorar: Ako to već nije poznato, medijator ima obavezu da strankama u potpunosti objelodani i navede na čemu se temelje naknade, honorari i cijene za usluge vođenja postupka.

Komentari:

Medijator ne smije pristati na medijaciju prije nego što sve stranke ne prihvate principe koja se tiču isplate njegovog honorara, osim ako isti ne radi besplatno odnosno pro bono.

Ako medijator potražuje isplatu honorara, njegov iznos treba biti razuman, pri čemu se, između ostalog, u obzir uzimaju usluge medijacije, vrsta i složenost materije, stručnost medijatora, potrebno vrijeme i uobičajene cijene unutar zajednice. Dobra praksa za postizanje dogovora u vezi s iznosom honorara jeste definisanje uvjeta u formi pisanog ugovora. Medijator ne smije pristati na aranžman za isplatu honorara koji je uvjetovan ishodom medijacije ili visinom nagodbe.

Saradnici medijatora koji dijele honorar pridržavaju se razumnih standarda prilikom određivanja njegove raspodjele.

Medijator ne smije prihvatiti honorar za prepuštanje predmeta drugom medijatoru ili nekom drugom licu.

Medijator koji se povuče iz postupka ima obavezu da strankama nadoknadi nezarađeni iznos honorara.

Oglašavanje i poslovne ponude: Medijator se obavezuje da će se prilikom oglašavanja i davanja poslovnih ponuda za medijaciju držati načela istine.

Komentari:

Medijatori mogu promovisati svoje usluge na profesionalan, pouzdan i ustrajan način. Oglašavanje ili neki drugi vid javnog komuniciranja u vezi s ponudom usluga, stepenom obrazovanja, obuke ili stručnosti medijatora mora biti utemeljeno na istini. Medijatori se obavezuju da će se uzdržati od davanja obećanja i garancija u pogledu rezultata.

Kada je u pitanju oglašavanje ili neki drugi vid javne komunikacije, medijator se može pozvati na svoje kvalifikacije koje dodjeljuje neka državna ili privatna organizacija samo ako tijelo na koje se medijator poziva vrši procedure kvalificiranja medijatora i ako je medijator stekao potrebno zvanje.

Usklađenost: akreditovani i registrovani medijatori moraju se pridržavati principa i standarda ovog Model-Uputstva u skladu s pravilima konkretnog programa akreditacije i državnog registra medijatora.

Komentari:

Medijator se obavezuje na povlačenje iz postupka medijacije ako prekrši bilo koji standard iz ovog Model-Uputstva.

Zbirni komentari u vezi sa Kodeksom

Bilo koji kodeks medijatorske etike mora ispunjavati tri temeljne funkcije: služiti kao vodič za postupanje medijatora i izvor informacija za stranke u medijaciji u vezi sa njihovim razumnim očekivanjima u pogledu učinka medijatora, kao i sredstvo jačanja povjerenja javnosti u postupak medijacije.

Sve tri navedene funkcije treba ispuniti i Kodeks koji se primjenjuje u BiH.

Jedan od ključnih aduta Kodeksa jeste činjenica da se u njemu navode svi osnovni etički principi za medijatore iz Model-Uputstva. Kodeks predstavlja obavezujući instrument za sve registrovane medijatore u BiH koji, u načelu, osigurava konzistentnost u pogledu primjene osnovnih standarda medijacijske prakse na nivou zemlje.

Nepoštivanje Kodeksa može sa sobom povlačiti disciplinske mjere ili čak i udaljavanje iz medijacijske profesije. Kodeks omogućava dodatnu razradu standarda profesionalne prakse u određenim oblastima jer je u njemu jasno navedeno da on služi za utvrđivanje minimuma standarda.

Ipak, postoje i određeni nedostaci samog Kodeksa.

Zakon o postupku medijacije usvojen je 2004. godine, a Kodeks dvije godine kasnije. Zbog toga se čini da je Kodeks poslužio kao pokušaj popunjavanja praznine koja se javila u legislativi, a u vezi sa važnim aspektima postupka medijacije koji nisu bili regulisani (npr. neprihvatljivost dokaza koji su pribavljeni isključivo za potrebe medijacije; prekid medijacije; obavezujući karakter nagodbe postignute medijacijom) ili su bili regulisani na neadekvatan način (npr. u vezi sa načinom održavanja odvojenih sastanaka sa strankama tokom medijacije). Takav pristup ne doprinosi konzistentnosti i transparentnosti samog regulatornog okvira i može dovesti do nedoumica i nesuglasica u pogledu medijacijske prakse, posebno među strankama u sporu i njihovih predstavnika.

Dodatni važan nedostatak Kodeksa jeste što se u nekim njegovim segmentima miješaju etički principi i osnovna proceduralna pravila ili primjeri (ne)primjerenog postupanja. Na primjer, u Kodeksu se definiše sama medijacija ili se navode generalni opisi npr. „Očuvanje povjerljivosti je od presudne važnosti za proces rješavanja sporova“, koji mogu poslužiti kao temelj za osnovne etičke principe medijatora samo ako ih se uključi u komentare za svaki etički princip. Neki članovi Kodeksa su zbog toga opterećeni ne odveć detaljnim objašnjenjima o tome šta medijator smije ili ne smije uraditi kako bi ispunio konkretnu etičku obavezu, ili se u njima navodi proceduralno pravilo koje je već opisano u Zakonu o postupku

medijacije. Na taj način se u određenoj mjeri narušava generalna transparentnost osnovnih etičkih principa.

Ovaj nedostatak prati i regulatorni pristup prema kojem nijedan član Kodeksa nema naslov (npr. objektivnost, povjerljivost, kompetencije) zbog čega je teško utvrditi šta je temeljni smisao svakog člana. Osim toga, neka pitanja su obrađena u okviru drugih članova i međusobno se preklapaju (npr. obaveza medijatora da osigura informisani pristanak stranaka na medijaciju).

Posebno problematičan je segment Kodeksa koji je u evidentnoj kontradikciji sa Zakonom o postupku medijacije (npr. obaveze medijatora prije početka medijacije).

Zbog toga se preporučuje revidiranje Kodeksa, pri čemu će se u obzir uzeti dolje navedeni komentari o svakom pojedinačnom članu. Poželjnija je izrada novog etičkog Kodeksa umjesto mijenjanja postojećeg. Taj novi kodeks, uz uvažavanje detaljnih komentara, može poslužiti kao kvalitetniji izvor smjernica za medijatore i stranke u sporu. U posljednjih 11 godina od usvajanja Zakona o postupku medijacije prikupljena su praktična iskustva brojnih medijatora iz BiH u oblasti etičkih pitanja i ona mogu poslužiti kao važan izvor informacija o tome koja pitanja treba dodatno razmotriti i razjasniti kako bi se kreirao oslonac za osnovne etičke standarde za medijatore.

Komentari na pojedinačne članove

Član 1.

Iako je u ovom članu navedeno da se u Kodeksu definišu norme profesionalnog ponašanja, jasno je da on također reguliše i proceduralna pravila i principe medijacije. Takav pristup nije neophodan niti konzistentan jer široki regulatorni okvir za medijaciju već postoji. To može dovesti do pojave nedoumica i različitih tumačenja u praksi, zbog čega se preporučuje da se Kodeksom definišu samo profesionalni standardi za medijatore.

Sveobuhvatni pristup Kodeksa, odnosno njegova primjenjivost u svim situacijama, doima se preambicioznom jer ne omogućava usvajanje konkretnijih standarda za medijatore u određenim oblastima poput porodične i administrativne medijacije i dr.

Član 2.

Pošto samo registrovani medijatori imaju pravo da rade u nekoj zemlji, Kodeks je obavezujući za sve njih. Svaki akt kršenja Kodeksa od strane medijatora može sa sobom povlačiti disciplinsku odgovornost (vidi članove 5. i 6. Pravilnika o disciplinskoj odgovornosti medijatora i član 4. Kodeksa) zbog čega je važno imati na umu da Kodeks predstavlja zakonski obavezujući segment regulatornog okvira za medijatorsku struku. U ovom članu se navodi normativni pristup jer Kodeks definiše određene segmente prakse. Pridržavanje Kodeksa može se tumačiti kao pridržavanje zakona.

Član 3.

Ciljevi Kodeksa su jasno navedeni. Ipak, preporučuje se da se cilj koji se tiče obezbjeđivanja načina zaštite strankama zamijeni ciljem usmjerenim na informisanje stranaka u vezi s njihovim razumnim očekivanjima u pogledu učinka medijatora.

Član 4.

U ovom članu se potvrđuje minimalistički pristup profesionalnim standardima medijatora. Ovaj pristup se često primjenjuje, ali je neophodno da se daju barem pojašnjenja ili komentari u vezi s konkretnim etičkim normama radi pružanja jasnih smjernica medijatorima u pogledu načina na koji trebaju ili ne trebaju obavljati svoju ulogu. Na taj način i stranke mogu doći do transparentnih informacija u pogledu toga kakvo etičko postupanje mogu očekivati i tražiti od medijatora. (vidi Model Model-Uputstvo za standarde medijacijske prakse).

Pored komentara za konkretni princip ili pravilo, Kodeks također može sadržavati i upute za medijatore u vidu praktičnih savjeta (vidi npr. Priručnik za medijatore CPR instituta za rješavanje sporova iz 1999. godine)

Član 5.

Stav 1. nije potreban jer se u njemu samo ponavlja ono što je navedeno u stavu 1. člana 2. Zakona o postupku medijacije. Rečenica u kojoj se navodi da samo stranke imaju pravo na donošenje odluka u okviru medijacije može se izmijeniti na način da se u njoj navede da medijator ima u vidu da se medijacija temelji na principu dobrovoljnosti. (vidi Model-Uputstvo: dobrovoljnost). Ovaj princip je u dovoljnoj mjeri važan za medijaciju da ga se može obraditi u posebnom članu.

Ostatak člana tiče se uloge medijatora i to je neophodno navesti u naslovu člana.

Što se tiče nedozvoljene prakse, nije u potpunosti jasno kako treba tumačiti propis po kojem medijator ne može nuditi pravne savjete. Konkretno, u kontekstu evaluacijske medijacije, stranke očekuju da medijator procijeni prednosti i slabosti stranaka u sklopu predmeta, kao i njihove izgleda za uspjeh u sudskoj parnici, što se može tretirati kao pravni savjet. Zbog toga bi u interesu konzistentnosti bilo poželjno da se u Kodeksu ovo pravilo navede u kontekstu bilo kojih drugih postupaka izvan sfere konkretne medijacije.

Što se tiče pozitivnih obaveza medijatora u okviru postupka medijacije, u Kodeksu je potrebno dodatno navesti barem medijatorovu obavezu da pomaže strankama prilikom utvrđivanja i formulisanja opcija za nagodbu (pored prezentiranja opcija za nagodbu, što je više povezano s mirenjem) kao i razumijevanja posljedica nepostizanja nagodbe.

Član 6.

Nepriistrasnost je jedno od ključnih obilježja medijacije i kao takvog ga je potrebno detaljnije obrazložiti u ovom članu. Medijator se tokom svog rada u svim situacijama ponaša nepristrasno, a i postojanje nepristrasnosti se utvrđuje na temelju njegovih aktivnosti. U Kodeksu je potrebno naglasiti da se nepristrasnost u pogledu problematike i ishoda postupka medijacije mora osigurati u odnosu na stranke. Pored postupanja na fer način i u dobroj vjeri, medijator ima obavezu i da kompetentno radi svoj posao. Kvalitet i integritet procesa se mogu osigurati ako medijator djeluje promptno i revnosno.

Član 7.

Smisao ovog člana je da informisani pristanak stranaka u vezi s procesom medijacije predstavi kao temelj za postizanje dogovora o medijaciji. Medijatorova obaveza da informiše stranke o osnovnim karakteristikama ovog procesa i njegovim razlikama u odnosu na parnicu može poslužiti kao podrška pristupu u sklopu kojeg medijatori učestvuju na informativnim sastancima o medijaciji u okviru programa medijacije na nivou suda. Obaveza medijatora da

tokom medijacije potiče na razmjenu informacija prethodno je eksplicitno navedena u članu 5. tako da se u ovom članu može obrisati.

Član 8.

U stavu 1. je navedeno da podaci o medijatorovim kvalifikacijama i iskustvu moraju biti dostupni, ali iz ovog nije jasno je li to obaveza samog medijatora ili tijela nadležnog za vođenje registra medijatora.

Zapravo, ova obaveza se temelji na glavnom etičkom principu po kojem medijator može obavljati medijaciju samo ako posjeduje potrebne kvalifikacije i iskustvo da ispuni razumna očekivanja stranaka. Stoga je poželjno da se ovaj glavni princip navede u Kodeksu, dok se sve s njim povezane obaveze mogu opisati u komentaru pojašnjenja za navedeni princip (vidi Model-Uputstvo: kompetencije)

Stav 2. je problematičan jer se u njemu navodi da medijator prije početka medijacije strankama treba prezentirati tzv. pitanja koja se tiču retencije i provjeriti njihovo razumijevanje istih. To znači da je, s pravne tačke gledišta, ključno pitanje kada sama medijacija počinje. Zakonu o postupku medijacije ne tretira pitanje datuma početka medijacije (vidi napomene u vezi sa početkom medijacije u izvještaju o Zakonu o postupku medijacije). Štaviše, u Zakonu o postupku medijacije se u članu 18. eksplicitno navodi medijatorova obaveza da upozna stranke s karakteristikama procesa, kao i da to učini na početku a ne prije početka postupka medijacije. To znači da Kodeks i Zakon o postupku medijacije nisu usklađeni u vezi s ovim pitanjem.

Osim toga, za razliku od Kodeksa, Zakon o postupku medijacije ne predviđa obavezu medijatora da provjeri da li stranke razumiju materiju. To znači da Kodeks pred medijatore stavlja novu obavezu koja se ne može jednostavno implementirati i testirati u slučaju navodnog kršenja iste, zbog čega se preporučuje izmjena ovog stava.

Član 9.

Ovaj član predviđa obavezu postizanja dogovora o pravilima vođenja procedure među strankama u sporu. Čak i u slučaju da se Kodeks tretira kao sastavni dio ugovora o medijaciji (član 10. Zakona o postupku medijacije), navedena regulatorna tehnika se ne preporučuje jer je zadatak Kodeksa da se njime definiše postupanje medijatora, a ne stranaka.

Utvrđivanje osnovnih pravila vođenja postupka medijacije je implicirana stavka koja proizlazi iz osnovnog pravila prema kojem medijator treba voditi medijaciju na način na koji on to smatra adekvatnim, pri čemu će uzeti u obzir i želje stranaka osim ako se one nisu drugačije usaglasile.

Član 10.

Prvi stav tiče se glavnog principa medijacije, odnosno dobrovoljnosti među strankama, ali na ponešto deskriptivan način. Tekst ovog stava treba izmijeniti na način da on predviđa obavezu medijatora da prepozna da se medijacija temelji na principu dobrovoljnosti među strankama.

U drugom stavu se ponavlja ono što je već navedeno u stavu 2. člana 8. (koji ionako treba izmijeniti). Radi konzistentnosti preporučuje se da se u revidiranom stavu 2. člana 8. navede medijatorova obaveza da informiše stranke da se njegova uloga temelji na posredovanju, a ne adjudikaciji.

Član 11.

Ovaj član tretira jedan aspekt povjerljivosti odnosno: zaštitu povjerljivosti razgovora i informacija od objelodanjivanja.

Prva rečenica stava 1. je široko definisani navod o važnosti principa povjerljivosti i može se obrisati.

Treća rečenica stava 1. predstavlja ponavljanje onog što je ranije navedeno u stavu 2. člana 8. i treba je uključiti u revidiranu verziju ovog stava na način kako je to opisano ranije u tekstu.

Drugi i treći stav se sastoje od propisnih normi. One obuhvataju određene, ali ne i sve moguće situacije u kojim je, s ciljem zaštite povjerljivosti, potrebno tumačenje obaveza medijatora. Povjerljivost je fluidno definisana pravna oblast. Postoje različiti aspekti povjerljivosti koji sa sobom mogu povući pitanje primjenjivosti pravila o obaveznom pribavljanju saglasnosti stranaka prije otkrivanju informacija trećim stranama. Na primjer, u kojoj mjeri se ovo pravilo može primijeniti u odnosu na davanje informacija na sudu ili na pitanje zaštite interesa stranaka u stečajnom postupku koje nisu upućene na medijaciju. Još jedno važno pitanje je da li razmjena informacija u okviru medijacije treba biti povjerljiva čak i kada uključuje fizičke prijetnje.

Poželjnije je uvesti sveobuhvatni pristup uz generalni princip Kodeksa po kojem medijator ima obavezu da postupa u skladu sa razumnim očekivanjima strana u pogledu povjerljivosti informacija, a koje se tiču medijacije ili proizlaze iz iste.

Stav 4. je odredba koja ne treba biti dio Kodeksa jer se njom reguliše odnos između medijacije i sudskog rješavanja sporova. Ova norma predstavlja integralni dio legislative iz oblasti medijacije. Čini se da se ovdje pomoću Kodeksa pokušava poboljšati regulatorni okvir za oblast medijacije zbog njegovog neadekvatnog regulisanja ove problematike, no to ne predstavlja adekvatnu legislativnu tehniku. Isto važi i za stav 6. ovog člana. Postoji očita potreba da se reguliše interakcija između medijacije i sudskog rješavanja sporova u pogledu neprihvatljivosti dokaza koji su prikupljeni isključivo za potrebe medijacije. Ipak, pošto Kodeks predstavlja zakonski obavezujući instrument za medijatore a ne za stranke, on u ovom slučaju predstavlja pretjeranu kodifikaciju oblasti koja se tiče prihvatljivosti dokaza (vidi izvještaj o Zakonu o postupku medijacije).

Član 12.

Ovim članom se reguliše zaštita informacija koje jedna strana prenosi medijatoru od njihovog objelodanjivanja drugoj strani. Tekst druge rečenice nije usklađen sa članom 7. stavom 2. Zakona o postupku medijacije jer se u njemu navodi da medijator ima diskreciono pravo da odluči hoće li i u kojoj mjeri drugoj strani prenijeti informacije do kojih dođe u odvojenim razgovorima. Zakon o postupku medijacije je uglavnom jasan u vezi s ovim pitanjem jer on predviđa da medijator ne smije objelodanjivati navedene informacije drugoj strani osim ako nije drugačije dogovoreno.

To znači da ovaj član treba izmijeniti i uskladiti sa Zakonom o postupku medijacije.

Član 13.

U članu 13. obrađena su dva glavna principa medijacije: nepristrasnost i neutralnost. Oba principa su u toj mjeri važna da je obaveze medijatora u odnosu na nepristrasnost i neutralnost poželjno obraditi u dva odvojena člana.

Nepriistrasnost se može definirati na način da medijator ima obavezu da u svakoj prilici prema strankama postupa na nepristrasan način ili nastoji da ga percipira takvim, pri čemu uzima u obzir problematiku i ishod procesa medijacije, kao i da se obavezuje da će u jednakoj mjeri surađivati sa svim strankama u odnosu na proces medijacije. Dodatna vrijednost ovakvog definisanja medijatorove obaveze da postupa nepristrasno leži u činjenici da se na ovaj način naglašava percepcija nepristrasnosti i jasno navodi da je to jedna od ključnih obaveza medijatora u svakoj situaciji tokom trajanja procesa medijacije.

U svakom slučaju, ovaj generalni princip treba dodatno pojasniti u komentaru (vidi Model-Uputstvo: nepristrasnost)

U ovom članu se također navodi i potreba povlačenja medijatora iz medijacije ako nije u stanju da garantuje svoju nepristrasnost na način kako je to predviđeno stavom 2. koji govori o neutralnosti.

Medijatorova neutralnost treba biti povezana s njegovom nezavisnošću o čemu se u Kodeksu ne govori. Nezavisnost i neutralnost treba definisati na način da medijator ne smije početi s radom, ili, ako je već počeo, nastaviti s radom, prije nego što navede sve okolnosti koje su mu u razumnim okvirima poznate, a mogu utjecati ili biti percipirane takvim, na njegovu nezavisnost ili sukob interesa.

Pošto sukob interesa predstavlja postupanje ili odnos koji može stvoriti dojam o potencijalnoj pristrasnosti, preporučljivo je da se pitanje sukoba interesa tretira u ovom segmentu uz odredbu o neutralnosti i nezavisnosti, umjesto u posebnom članu.

U komentaru ovog člana (vidi Model-Uputstvo: nezavisnost i neutralnost) potrebno je navesti detaljno pojašnjenje pitanja obavezujućeg objelodanjivanja informacija koje se tiče okolnosti koje mogu utjecati na percepciju medijatorove neutralnosti i nezavisnosti.

Član 14.

Vidi komentare na član 13.

Član 15.

Ovaj član bavi se pitanjem nezavisne ekspertize u slučaju da za njom postoji potreba u okviru medijacije, ali samo u pogledu angažovanja eksperta koji posjeduje adekvatne stručne kvalifikacije, ili uključivanja pravnika u slučaju da stranke koje postupaju pro se žele sačiniti ugovor. Međutim, u ovom članu se ne navodi kako medijator treba postupati u sporu u okviru kojeg je potrebna ekspertiza za određenu specijalističku materiju, na primjer u sporu u vezi s patentom. Ovdje se radi o pitanju kvaliteta i integriteta procesa, zbog čega ovo pitanje treba obraditi u okviru člana koji se tiče medijatorove obaveze da postupa na revnosan, fer, učinkovit i promptan način u odnosu na profesionalne standarde kojih se pridržava u vezi sa strankama. Implicirani aspekt takve obaveze podrazumijeva da medijator mora odbiti da se bavi materijom za koju ne posjeduje odgovarajuće kompetencije.

Član 16.

Deklarativni karakter prvog stava može se, ako za njim uopšte postoji potreba, navesti u komentaru člana. To samo po sebi nije pitanje etičke naravi.

U drugom stavu se navodi da medijator ima obavezu da pomogne strankama u sačinjavanju pismenog sporazuma o nagodbi, što predstavlja širenje medijatorovih ovlasti u odnosu na

način kako je to propisano članom 24. Zakona o postupku medijacije, jer navedeni član predviđa da sporazum sačinjavaju same stranke a ne medijator.

Treći stav predstavlja još jednu odredbu koju zakonodavac treba usvojiti jer se ona tiče regulisanja uslova za zakonski obavezujući karakter sporazuma o nagodbi.

Četvrti, peti i šesti stav također predstavljaju uobičajene zakonske odredbe jer se njima reguliše prekid postupka medijacije. Evidentne slabosti i nedostaci Zakona o postupku medijacije nisu se mogle nadomjestiti setom pravila u samoregulatornom instrumentu.

Član 17.

Medijatorova kompetentnost predstavlja jedan od ključnih etičkih principa i obaveza. Radi konzistentnosti se preporučuje da se ovo pitanje tretira unutar članka koji se već bavi ovom materijom (vidi komentare za član 8.).

Član 18.

Ovim članom se definišu dva ključna etička pitanja: oglašavanja i poslovne ponude s jedne i medijatorovog honorara s druge strane. Oba pitanja su jako osjetljiva i za njih je potrebno ponuditi dodatne komentare i objašnjenja (vidi Model-Uputstvo). Generalna definicija oglašavanja i davanja poslovnih ponuda treba biti jednostavna i u njoj je potrebno navesti da se medijator prilikom oglašavanja i davanja poslovnih ponuda treba držati načela istine. U slučaju honorara, ako to već nije definisano ranije, medijator ima obavezu da strankama u potpunosti predstavi i pojasni utemeljenje za iznos naknade, honorara i troškova postupka.

Član 19.

Ovaj član promoviše i potiče na odnose poštovanja i saradnje među medijatorima i ekspertima, zbog čega nema potrebe za dodatnim komentarima.

Poglavlje 8

Procjena regulatornog okvira za arbitražu

UVOD

Bosna i Hercegovina se sastoji od Federacije Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu FBH), Republike Srpske (u daljem tekstu RS) i Brčko Distrikta. Sve tri jedinice su ovlašćene da donose zakone u vezi sa građanskim i krivičnim postupkom. Osim važećih zakonskih propisa BiH i tri administrativne jedinice, za ovaj izvještaj je takođe korišćen CMS vodič za arbitražu, knjiga prva, arbitraža u Bosni i Hercegovini autora Emine Saračević, Adisa Gazibegovića i Indire Osmić; INFOKOM – Glasnik komore za vanjsku trgovinu Bosne i Hercegovine broj 54, godina V, decembar 2012. godine, stav 12-13; Pregled medijacije visokog sudskog i tužilaškog savjeta Bosne i Hercegovine, Izvještaj o pilot projektu 'sudsko poravnanje' u okviru projekta unapređenje efikasnosti i djelotvornosti sudstva od strane visokog sudskog i tužilaškog savjeta Bosne i Hercegovine, januar 2014, i izvještaja alternativnih rješavanja sporova za Bosnu i Hercegovinu na forumu o građanskom pravu, Albanija marta 2013. godine, autora Dine Duraković-Morankić i Nevene Jevremović.

Uprkos činjenici da BiH posjeduje manje više moderan zakonski okvir za sve gore navedene procedure alternativnog rješavanja sporova, čini se da je u (poslovnoj) praksi bilo skepse u prepuštanju nadležnosti državnih sudova mehanizmu alterantivnog rješavanja sporova u sklopu pravnog sistema Bosne i Hercegovine. Svrha sadašnjeg izvještaja je ta da se ima u vidu i da se analizira trenutna regulativa i operativni okvir za alternativno rješavanje sporova u Bosni i Hercegovini. Posebna pažnja će se posvetiti arbitraži. Zatim će se u izvještaju procijeniti glavne teme u vezi sa procesom alternativnim rješavanjem sporova i da se u vezi s tim identifikuju potencijalna područja gdje je unapređenje neophodno. Konačno, izvještaj sugerije da sadašnje zakonsko rješenje u vezi sa alternativnim rješavanjem sporova bi trebalo da uvrsti dodatne odredbe kao i izmjene određenih odredbi u svjetlu prihvatanja međunarodnih standarda i naročito u vezi sa arbitražom UNCITRAL zakonskog obrasca o međunarodnoj privrednoj arbitraži kao što je prihvaćena od strane Komisije za međunarodni trgovinski zakon, pri Organizaciji Ujedinjenih Nacija (u daljem tekstu UNCITRAL zakonik obrazac, U.N. Doc A/40/17, Aneks I (21. jun 1985. godine) sa izmjenama (7. jula 2006. godine). Dodatno, on će preporučiti promociju postupka alternativnog rješavanja sporova svim mogućim sredstvima, a sve u cilju da se ojača sistem alternativnog rješavanja sporova u Bosni i Hercegovini i da se on učini pouzdanim i široko prihvaćenim sredstvom rješavanja sporova u *pari materia* sa sudskom osnovom.

Arbitraža

Uopšteno

Arbitraža u Bosni i Hercegovini je regulisana zakonom o parničnom postupku, pomenuta u članovima 434-453 Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu Zakon, Službeni Glasnik FBiH br 53/03), u članovima 434-453 Zakona o parničnom postupku Republike Srpske (Službeni Glasnik RS br 58/03) i članovima 413-432 Zakona o parničnom postupku Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine br 08/09). Pošto su odredbe entiteta i Brčko Distrikta identične, radi potrebe opisa zakonskog okvira arbitražnog postupka u BiH korišćemo odredbe zakona FBiH. Treba reći da postupak ratifikacije i primjene stranih arbitražnih odluka se nalazi u poglavlju IV (članovi 97-101) Zakona o rješavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja (Službeni Glasnik SFRJ br 43/82, 72/82, Službeni Glasnik R BiH br 2/92, 13/94). Dodatno, Zakon o radu oba entiteta i Brčko Distrikta daju mogućnost arbitraže u pojedinačnim i kolektivnim sporovima o radu.

Uopšteno zakonsko rješenje o arbitraži u BiH je kompatibilno sa modernom arbitražnom praksom i rješenjima. Ono prati načela UNCITRAL zakonskog obrasca i bavi se problemima vezanim za stranke i arbitražni sprazum, određivanje arbitražnog suda i njegovih članova, opšta pravila vezane za arbitražni postupak i učešće državnih sudova.

U skladu sa članovima 434 i 435 (1) Zakona, stranke mogu dogovoriti da riješe njihov sadašnji ili budući spor na način koji oni slobodno izraze arbitražom. Što se tiče arbiternosti sporova u BiH, sprovi se ne smatraju arbiternim ako spadaju isključivo u nadležnost redovnih sudova. Arbitraža nije dozvoljena za slučajeve koji su u nadležnosti krivičnog zakona.

Iako Zakon tačno ne izražava određena opšta načela kojim se vodi arbitraža, kao što su autonomija volje stranaka, ravnopravnost stranaka, jednak pristup i vođenje postupka, može se ocijeniti da neka opšta načela koja vode građanski postupak se takođe primjenjuju u arbitražnom postupku u slučaju ne postizanja sporazuma. Inače da bi se obezbijedilo tumačenje Zakona, bilo bi korisno uključiti u Zakon barem referencu na međunarodno prihvaćena načela, potreba da se promoviše jedinstvo primjene UNCITRAL zakonskog obrasca i/ili primjedbe in bona fides.

U BiH je moguće sprovesti institucionalnu i ad hoc arbitražu. U slučaju institucionalne arbitraže, na primjer pred Arbitražnim sudom komore za spoljnu trgovinu Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu Arbitražni sud), procesna pravila ovog foruma se primjenjuju. Postupak se vodi i primjenjuje od strane Arbitražnog suda. Koristeći ista arbitražna pravila, institucionalna arbitraža obezbjeđuje jedinstvo i predvidljivost postupka. Koristeći sistem potrebne akreditacije i odgovornosti arbitara, ova arbitražna institucija takođe garantuje određen stepen kontrole. U slučaju stranog elementa u sporazumu ili sporu, stranke mogu odabrati strani arbitražni sud kao što je ICC Arbitražni sud ili Arbitražni sud austrijske privredne komore, u svakom slučaju uloga mjesnih arbitražnih institucija kao što je Arbitražni sud se ne trebaju podcijeniti zbog njihovog znanja regionalnih običaja, jezika i geografske blizine. Treba dodati da postoje trajne arbitražne institucije u BiH specijalizovane za specifične sporove kao što je arbitražna institucija u sklopu Komisije za koncesije BiH, sarajevska Berza i Regulatorna komisija za električnu energiju F BiH.

S druge strane, ad hoc arbitraža u BiH se uspostavlja od slučaja do slučaja na način sporazuma stranaka u arbitražnom postupku. Ad hoc arbitraža omogućava strankama fleksibilnost da osmisle pravila i postupak pogodan njihovom interesu i sadžini spora. Svakako da osmišljavanje postupka za pokretanje ad hoc postupka zahtijeva vrijeme, angažman eksperata i pregovore između stranaka. S tim u vezi administrativni troškovi institucionalne arbitraže kao pred Arbitražnim sudom mogu biti manji nego troškovi u slučaju ad hoc arbitraže.

Benefiti arbitraže su brojni. Arbitražni postupak je manje formalan, brži i jeftiniji od sporova pred redovnim sudom. Arbitri se predhodno biraju od strane stranaka i arbitražni postupak se sprovodi van domašaja javnosti. Ako se arbitražnim dogovorom ne obezbijedi mogućnost da se uloži prigovor na arbitražnu odluku pred drugostepenim arbitražnim sudom, arbitražna odluka ima obavezujuću snagu kao i sudska odluka i ne smije se revidirati u smislu sudske odluke (član 449 Zakona) što znači da nikakvi dodatni troškovi se ne mogu tražiti i za razliku od postupka pred redovnim sudovima kao u slučaju poravnjanja što štedi vrijeme, postupak može trajati godinama. Nema dostupnih podataka o trajanju institucionalne i/ili ad hoc arbitraže u BiH, međutim arbitražni postupak pred Arbitražnim sudom obično traje između šest i dvanaest mjeseci.

Ne postoje dostupni statistički podaci o arbitraži u BiH kao što ne postoje dostupni statistički podaci o upotrebi arbitražnih klauza u ugovorima. Iako arbitraža ima mnogo prednosti još se smatra kao novitet i nije popularan postupak u BiH. Arbitražna klauza nije često uvšćena u ugovorima u BiH. Obično samo strana privredna društva optiraju za strane arbitražne sudove. Šta više, neka velika privredna društva na domaćem tržištu koje čine dio internacionalne korporacije kao što su Siemens, Energopetrol ili G-Petrol koriste arbitražne klauze u ugovorima koje sklapaju, pa ipak nailaze na manjak razumijevanja o arbitražnom postupku od strane njihovih domaćih saugovorača. Svakako da bi u postupcima u zemlji naročito u privrednim sprovima trebalo biti upšteno uključiti arbitražnu klauzu u ugovore jer u tom slučaju stranke mogu same odabrati jednog ili više arbitara kojima stranke mogu dati svoje povjerenje zbog njihove stručnosti i iskustva i tako brže doći do odluke o sporu. Primjer takve arbitražne klauze u ugovoru se može naći na internet stranici Arbitražnog suda (<http://komorabih.ba/>) kao i na internet stranici Arbitražnog suda za vanjsku trgovinu privredne komore i industrije Republike Srpske (<http://www.komorars.ba/pkrs/static/92/regulativa> PKRS). Da bi se promovisala upotreba arbitražnih klauza, BiH treba da razmotri uspostavljenje različitih modela arbitražnih klauza a uzimajući u obzir specifične okolnosti, različit kontekst i kompleksnost spora. Posebnu pažnju

treba dati na slučave kada postoji više stranaka i na takozvane multi vezane klauze koje kombinuju više načina rješavanja sporova. Izrada nacрта treba da bude u skladu sa preporukama američkog arbitražnog Udruženja (izrada nacрта klauza o rješavanju sporova, praktična uputstva <https://www.adr.org/>). Nadalje učešće advokatske Komore i privredne Komore oba entiteta i Brčko distrikta u BiH treba obezbijediti tako da mogu predstaviti svoje potrebe, ideje i preporuke.

Arbitražne klauze i sporazumi

Arbitražni sporazum i njegovi efekti

Arbitražna predstavlja sporazum stranaka da prepuste svoj spor ili instituciionalnoj ili ad hoc arbitraži. U skladu sa članom 435 Zakona o arbitraži sprazum može biti zaključen u vezi sa određenim sporom kao i u vezi sa budućim sporovima koji bi mogli nastati iz nekog pravnog posla (arbitražna klauza). Arbitražni sporazum isključuje nadležnost redovnih sudova da odlučuju u sporu. Kako je navedeno u članu 438 Zakona ako stranke su saglasne da prepuste odluku određenog spora arbitraži, sud koji je primio tužbu u vezi sa istim sporom a između istih stranaka proglašava sebe nenadležnim po prigovoru tuženog kao dijelu njegovog odgovora na tužbeni zahtjev, opoziva započeti postupak i odbija tužbu. U budućnosti bi se moglo zakonski odrediti da se ovo može desiti samo u slučaju kada nije utvrđeno da arbitražni dogovor ne postoji, ili je nevažeći ili se ne može sprovesti.

Zakon ne sadrži odredbu koja bi navela elemente arbitražnog sporazuma, a svakako arbitražni sporazum bi trebao odrediti mjesto arbitraže, pravila postupka, broj arbitara, postupak nominovanja arbitara i jezik u postupku. Stranke su slobodne da odaberu model arbitražnih klauza i dogovora.

Iako to nije isključivo određeno Zakonom u arbitražnom dogovoru je obično navedeno da se uvrste tužbeni zahtjevi koji bi proistekli 'iz ili u vezi sa' određenim ugovorom. Ovaj tekst ne samo da obuhvata zakonitost i mogućnost ostvarenja ugovora već je dovoljno široko određen da može da obuhvati različite tužbe uključujući odgovornost za štetu i deliktnu odgovornost.

Zakon ne određuje kako postupiti u slučaju da ugovor koji sadrži arbitražnu klauzu je nevažeći. Iako nema određene odredbe u vezi sa tom situacijom, prema pravnoj doktrini u BiH, arbitražna klauza se smatra posebnim pravnim poslom koji ostaje na snazi ako bilo koji dio ili odredba glavnog ugovora koji sadrži arbitražnu klauzu se poništi od strane redovnog suda ili arbitražnog tribunala. Svakako da će u tom slučaju i arbitražni dogovor se smatrati nevažećim kao posljedica nevažnosti glavnog ugovora.

Punovažnost arbitražnog sporazuma

Što se tiče važećih propisa, arbitražni sporazum mora biti u pisanoj formi i potpisan od strane obje stranke. Arbitražni sporazum se smatra konačnim u pisanoj formi kada je je konačan u smislu razmjene pismena, telegrama, teleteksta ili drugih vidova komunikacije koji mogu obezbijediti pisani dokaz o zaključenom ugovoru, nadalje i u slučaju kada se zaključuje načinom razmjene tužbenih zahtjeva gdje oštećeni navodi da postoji ugovor i odgovor na tužbu u kojoj tuženi ne osporava ugovor. To se može dokazati samo pismenima. Nadalje arbitražni ugovor će se smatrati zakonito zaključen ako odredba o nadležnosti arbitražnog suda je uvšćena u opšte zahtjeve za sklapanje zakonitog posla. Formulacija u Zakonu o tome šta se smatra pod pismenom je prilično široka i fleksibilna. Svakako, UNCITRAL zakonski obrazac napominje da tamo gdje volja stranaka za arbitražni postupak nije upitna, punovažnost arbitražnog sprazuma treba da bude prihvaćena. S tim u vezi potvrđuje se

punovažnost ugovora kada je zaključen usmeno ili činidbom, omogućavajući da se sadržaj zapiše u pismenu kasnije. Nadalje, zaobilazi se obaveza potpisivanja obje stranke i omogućava upotreba elektronske komunikacije.

Jezik

Nadalje, Zakon ne navodi nikakve odredbe o jeziku arbitražnog postupka tako da se ovo pitanje faktički prepušta na volju stranaka. U načelu, stranke su slobodne da se sporazumiju da jezik u postupku bude bilo koji oni žele. U praksi, stranke bi trebalo da imaju u vidu jezike kojim stranke govore, jezike koji će se vjerovatno koristiti u sporazumu i dokazima o njemu, i do koje mjere odabrani jezik može uticati na izbor arbitara. Moguće je sprovesti arbitražni postupak na dva jezika. Svakako takav aranžman može povećati troškove arbitražnog postupka zbog prevoda svih akata i usmenog prevoda svih salušanja. Ako se stranke nisu dogovorile o jeziku u arbitražnom postupku, arbitražni tribunal ima ovlašćenje da odluči o ovim stvarima.

Mjesto arbitraže

Zakon ne navodi ni jednu odredbu o mjestu arbitraže. U BiH stranke su slobodne da odaberu mjesto arbitraže kao i to da oni mogu odlučiti da arbitri mogu sprovesti saslušanje i druge postupke gdje god je to moguće i da je u skladu sa pravilima postupka, takođe van BiH. Ako stranke ne odrede mjesto u arbitražnom sporazumu, arbitražni sud sam odlučuje o ovom pitanju. Treba primjetiti da je uobičajeno za stranke u BiH da odluče da se arbitražni postupak sprovede van BiH.

Primjenjivost materijalnog prava

U vezi sa formom arbitražnog sporazuma, u skladu sa Zakonom o sukobu zakonskih odredbi BiH, sporazum će se smatrati punovažnim ako je u skladu sa standardima određenim u odnosnom primjenjivom pravu zemlje u kojoj je bio zaključen ili odnosnog primjenjivog prava zemlje koja određuje sadržaj sporazuma.

U vezi sa sadržajem arbitražnog sporazuma, stranke su slobodne da odaberu pravo po kojim će se voditi spor. Birajući Sarajevo za mjesto arbitraže ne znači da će se primjeniti materijalno pravo BiH u sporu. U stvari je uobičajeno da stranke odaberu strano pravo kojim će se voditi u arbitražnom postupku. Arbitri se mogu služiti načelom *ex aequo et bono* ako se tako dogovore stranke.

Odabir arbitara

Broj odabranih sudija arbitara

Kao što je navedeno u članu 437 Zakona, stranke su slobodne da odrede broj arbitara koji će sprovesti postupak iako broj arbitara mora biti neparan broj. Ukoliko broj arbitara je određen ugovorom, svaka stranka predlaže jednog arbitra a zajedno biraju predsjedavajućeg arbitra. U praksi tročlano arbitražno sudsko vijeće će prouzrokovati veće troškove arbitražnog postupka i može otežati raspored saslušanja u kratkom roku. Sa druge strane tročlani sudski panel je prikladniji za kompleksni ili tehnički zahtjevan spor i u slučaju kada stranke dolaze iz sudskih nadležnosti sa različitim pravnim sistemima ili privrednim običajima. Treba naglasiti da u slučaju pomorskih arbitraža arbitražni sud se tradicionalno sastoji od dva arbitra, tako da odredba koja ograničava na neparan broj sudija u nekim slučajevima se čini neprikladna.

Nemogućnost da se odrede sudije

Od stranke koja treba da odredi sudiju na bazi arbitražnog sporazuma može biti zahtijevano od oštećene strane koja je već odredila sudiju i informisala suprotnu stranu o tome da odabere sudiju i obavijesti oštećenu stranu u roku od petnaest dana. Slično tome svaka

stranka može poslati zahtjev trećem licu koje će odabrati sudiju. U slučaju da sudija arbitražnog suda nije odabran na vrijeme ili se sudije ne mogu prihvatiti izbora predsjedavajućeg arbitražnog suda, a ugovorom nije određeno drugačije, sud koji je originarno nadležan u sporu u skladu sa primjenjivim pravilima građanskopravnog postupka, a spor nije proveden u arbitražnom postupku, taj sud mora reagovati i odrediti arbitre po zahtjevu stanaka. Žalba nije dozvoljena protiv takve odluke suda. Svakako, bilo koja stranka može zahtijevati u tužbi da sud odredi arbitražni sporazum ako se stranke ne mogu sporazumjeti oko izbora arbitara koje su dužni izabrati, ili lice koje je izabrano za arbitra ne želi ili nije u mogućnosti da izvrši tu dužnost. Šta više, sud određuje arbitražni sporazum ako stranke ne žele da vrše svoje pravo da zahtijevaju od suda da izabere arbitre ili predsjedavajućeg vijeća.

Izuzeće arbitara

Sudije arbitri moraju biti nezavisni bez obzira da li izabrani od strane jedne stranke ili zajedno od obje stranke. Zahtijeva se da iznesu bilo koju okolnost koja bi mogla uzrokovati sumnju u njihovu nepristrasnost i nezavisnost. Nije im dozvoljeno da raspravljaju o materiji spora privatno sa bilo kojom strankom. Domaće zakonodavstvo ne navodi izričit termin o imunitetu arbitra. Stranke mogu u svom sporazumu o arbitraži obezbijediti kriterijum za odabir arbitara, kao što su državljanstvo ili profesionalno iskustvo.

Arbitar može biti izuzet kao što je i obavezan ili obavezna da se oslobodi dužnosti arbitra po istom osnovu koji oslobađa sudije od vršenja njihove dužnosti (član 357 Zakona). Svakako treba napomenuti da je ovo rješenje je previše široko postavljeno i stoga nije adekvatno u slučaju arbitara. Trebalo bi izmijeniti ovu zakonsku odredbu u svjetlu UNCITRAL zakonskog obrasca, tako da arbitar može biti izuzet samo ako postoje okolnosti koje donose osnovanu sumnju kako na njegovu nepristrasnost tako i na njegovu nezavisnost. Ove odredbe su obavezujuće i ne mogu se odbaciti sporazumom stranaka. Stranka koja je pojedinačno ili zajedno sa suprotnm strankom izabrala sudiju može ga i izuzeti ako postoji razlog za to, ili je stranka došla do saznanja o razlogu nakon izbora arbitra. Sud će donijeti odluku o izuzeću. Ako nije određen rok među strankama, Zakon ne navodi koji rok ima stranka koja namjerava da opozove arbitra da podnese zahtjev. U smislu hitnosti postupka zakonski bi trebalo odrediti kratke rokove kao i što bi trebalo odrediti kada odluka u ovom slučaju nije primjenjiva.

Arbitražni postupak

Dužnosti i sudijska ovlašćenja u postupku

Dužnosti arbitera i njihova ovlašćenja u postupku nisu tačno navedene u Zakonu. U skladu sa članom 443 Zakona, arbitražni sud vodi arbitražni postupak na način koji se smatra primjeren (ograničen obavezujućim pravilima i načelima postupka) osim ako se stranke nisu dogovorile drugačije u svom arbitražnom sporazumu. Zakon tako u ovom aspektu još jednom blagosilja slobodu ugovaranja među strankama. Dodatno u slučaju da sudije arbitri ne donesu odluku o postupku, trebaju o tome da obavijeste strane u sporu. Arbitri mogu ubrzati postupak tako što će odvojeno saslušati o preliminarnim navodima i o diskretnim pitanjima. Pitanje odgovornosti i pitanje iznosa se može raspravljati odvojeno na dva odvojena saslušanja. Sud može tražiti pisane izjave svjedoka i može odrediti okvirno vrijeme za davanje usmenih izjava (raspored postupka i zadaci u vođenju postupka). Takođe može narediti bilo kojoj strani u postupku da da obezbjeđenje za troškove postupka.

Dokaz

Arbitražni sud nije vezan nikakvim pravilom dokazivanja koje se primjenjuje u sudskom postupku i slobodno odlučuje koji dokaz će prihvatiti i kako će taj dokaz da se cijeni u dokazivanja činjenice. Sud može da istraži činjenično stanje na vlastitu inicijativu, u svakom slučaju mora otkriti dokaz strankama i dati im priliku da predaju podnesak. Sprazum o arbitraži ili dogovorena arbitražna pravila mogu omogućiti izbor nezavisnih eksperata. Način saslušanja ili pisanog postupka je predmet dogovora među strankama. Ako se stranke nisu dogovorile arbitražni sud može odlučiti da li da se postupak vodi isključivo u pisanoj formi. Na saslušanju su svjedoci obično unakrsno ispitani. Arbitražni sud ne može nametnuti prinudne mjere ili sankcije prema svjedocima, strankama i drugim učesnicima u postupku (član 444 (1) Zakona).

U skladu sa članom 444 (2) Zakona, arbitražni sud može zahtijevati od suda koji je mjesno nadležan da pruži pravnu pomoć u cilju predstavljanja dokaza koje sam arbitražni sud ne može predstaviti. Zahtjev arbitražnog suda se predaje u postupku za obezbjeđenje dokaza.

Povjerljivost

Što se tiče povjerljivosti, ne postoje određene odredbe navedene u zakonodavstvu BiH. S tim u vezi stranke bi trebale da uključe klauzu povjerljivosti u njihov arbitražni sporazum. Čak šta više, Zakon ne navodi primjenu pravila privilegije kao što je privilegija pravnog savjetovanja, privilegija u sporu i privilegija 'bez predrasude'.

Početak i završetak arbitraže

Zakon ne sadrži ni jednu odredbu u vezi početka i rokova za zahtjev koji zavise od arbitražnih pravila, navedenih u arbitražnom sporazumu, ili arbitražna pravila koja su određena od strane arbitara, dok okončanje postupka mogu odrediti stranke u svom sprazumu o arbitraži. Svakako iako nije isključivo navedeno u Zakonu, obično oštećeni upućuje tužbeni zahtjev a tuženi upućuje izjavu o odbrani ili kontra zahtjev. Red postupka, rokovi za slanje podnesaka, broj i razmjena podnesaka i akata između stranaka se određuju u sprazumu o arbitraži ili se određuju od strane sudija arbitara.

Takođe nije određeno Zakonom šta se dešava ako tuženi ne podnese izjavu o pobijanju tužbe na vrijeme. Nadležnost arbitražnog suda bi u tom slučaju trebala biti navedena u sprazumu o arbitraži.

Mjerodavnost da se donese odluka u vlastitoj nadležnosti i privremene mjere

Postoje dvije vrste manjkavost u regulisanju arbitražnog postupka u BiH. Prije svega ne navodi se ni jedna odredba vezano za mjerodavnost arbitražnog tribunala da odlučuje po svojoj nadležnosti što znači da bi stranke trebale da navedu u sporazumu o arbitraži, mjerodavnost arbitražnog suda da donose odluku u svojoj nadležnosti. Prateći UNCITRAL zakonski obrazac, u slučaju da suprotne stranke traže izuzeće nadležnosti arbitražnog suda tvrdeći da sprazum o arbitraži nije definisao spor koji je u pitanju ili da treba donijeti odluku o sporu a koje prevazilaze nadležnost dodijeljene arbitražnom sudu u sporazumu o arbitraži, ili da je sporazum o arbitraži nevažeći, arbitražni sud donosi odluku o izuzeću. Izuzeće se ne smije donijeti kasnije od izjave o odbrani. U roku od trideset dana od kada je takva odluka primljena, stranka može predložiti izuzeće na (posebnom) sudu. Arbitražni sud može nastaviti arbitražni postupak i donijeti arbitražnu odluku.

Drugo, ono ne sadrži ovlašćenja arbitražnog suda da izreče privremene mjere. Inače, stranke se mogu dogovoriti o tom ovlašćenju suda, a da je u saglasnošću sa obavezujućim odredbama zakonodavstva Bosne i Hercegovine.

Uključenost redovnih sudova u arbitražu

U prekograničnim i međunarodnim sporovima arbitraža je naročito privlačna kao način rješavanja sporova najviše zbog nepredvidivosti državnih sudova i njihove sudske prakse. Stoga je opravdano ograničavanje i tačno definisanje uključenosti redovnih sudova u arbitražu. Dok zakoni BiH ne navode uključenost redovnih sudova detaljno, veći dio materije je uspješno regulisan. Zakon navodi stepene i ograničenja pomoći i nadzora redovnog suda.

Arbitražna odluka

Uopšteno govoreći, arbitražni sud može koristiti svako pravno sredstvo kao i redovni sudovi osim obavezujuća sredstva za treća lica koja nisu stranka u sporazumu o arbitraži. Zakon ne definiše detaljno u kojem roku je arbitražni sud obavezan da donese arbitražnu odluku, međutim stranke mogu odrediti maksimalno trajanje postupka u sporazumu o arbitraži.

Ne postoji određena odredba vezana za nadležnost arbitražnog suda da donese odluku o kamatama i troškovima. Ipak, stranke se mogu dogovoriti da arbitražni sud može i to uvrstiti u odluku. Arbitražni sud stoga ima nadležnost da donese odluku koja stranka snosi trškove arbitraže, postotak troškova, iznos troškova i po kojem osnovu. Odluka o troškovima podrazumijeva troškove koje su uzrokovale stranke, uključujući naknade za advokate, naknade za arbitre, administrativne troškove, troškove administrativnog postupka i drugi troškovi u postupku.

Kada se arbitražni sud sastoji od više arbitara, odluka se donosi većinom glasova, osim ako nije drugačije stipulisano u arbitražnom ugovoru. Svaka stranka može tražiti u tužbenom zahtjevu da sud odredi arbitražni ugovor u slučaju da arbitri ne mogu dostići potrebnu većinu glasova. Arbitražna odluka se mora obrazložiti osim ako stranke nisu dogovorile drugačije.

Zaknodavstvo BiH ne sadrži odredbe o poravnanju pred arbitražnom sudu. U svakom slučaju je moguće da stranke zahtijevaju od suda da sastavi poravnanje u arbitražnoj odluci koje po Zakonu o sprovođenju postupka FBIH 2003, RS 2003 i Brčko Distrikta 2013 proizvodi isto pravno dejstvo kao i poravnanje pred redovnim sudom.

Sprovođenje ili pobijanje arbitražne odluke

U slučaju da je mogućnost žalbe na arbitražnu odluku pred višim arbitražnim sudom nije predviđena sporazumom o arbitraži, arbitražna odluka će se smatrati konačnom za strane u sporu. U pismenu se moraju odrediti rokovi za žalbu, sastav arbitražnog suda i obim pregleda.

Original primjerak arbitražne odluke i priznanica o dostavi se čuvaju u sudu. Na zahtjev stranke, sud stavlja bilješku na kopiju arbitraže o svojoj konačnosti i primjenjivosti.

Priznanje i sprovođenje domaćih arbitražnih odluka

Postupak priznanja i sprovođenja domaćih odluka se vodi odredbama Zakonom o sprovođenju postupka (Službeni Glasnik FBIH br 32/03, Službeni Glasnik RS br 59/2003, Službeni Glasnik Brčko Distrikta br 39/13). Sprovođenje postupka počinje popunjavajući zahtjev za sprovođenje postupka pred nadležnim sudom i ako su svi zakonom predviđeni uslovi ispunjeni, sud donosi odluku o sprovođenju. Odluka o sprovođenju ne treba da sadrži bilo kakvo objašnjenje i može biti izdata samo lijepljenjem ovjere na molbu za sprovođenje. Nije određeno zakonom BiH da li sud može odbiti zahtjev za proglašenje domaće arbitražne odluke sprovodljivom ako se otkrije da predmet spora ne može biti predmet u arbitražnom postupku ili ako je arbitražna odluka u suprotnosti javnom poretku BiH

Priznanje i sprovođenje stranih arbitražnih odluka

Sa druge strane, priznanje i sprovođenje stranih arbitražnih odluka je navedeno u Poglavlju IV Zakona o sukobu zakona. Dodatno, BiH je potpisnica Kovencije Ujedinjenih Nacija o priznanju i sprovođenju stranih arbitražnih odluka (njujrska Konvencija, jun 1958, 21 U.S.T

2517, T.I.A.S 6997, 330 U.N.T.S.3) koja daje osnov za prekogranično sprovođenje arbitražnih odluka. U svakom slučaju to izražava dvije deklaracije i uzdržanost, imenujući da će se primijeniti Konvencija samo na odluke donesene na teritoriji druge ugovorne zemlje, samo na razlike koje proističu iz privrednih odnosa i samo na one odluke donijete poslije stupanja na snagu Konvencije. Arbitražna odluka donijeta u zemlji koja nije potpisnica njujorške Konvencije stoga nije sprovodljiva u BiH po odredbama njujorške Konvencije, a ni po malo strožim odredbama Zakona o sukobu zakona.

Strana odluka je definisana kao odluka donijeta u inostranstvu kao i odluka donesena u BiH ali primjenjujući strani zakon postupku. Stranka koja traži priznanje strane arbitražne odluke mora obezbijediti original ili ovjerenu kopiju arbitražne odluke i sporazuma o arbitraži pri čemu sud može tražiti njihov prevod. U FBiH, sudske takse za prijave variraju od kantona do kantona dok u RS stranka koja traži priznanje strane arbitražne odluke mora uplatiti maksimalnu sumu od 10.000 BAM. Zahtijevane sudske takse se moraju platiti bez obzira na uspjeh prijave.

Na osnovu Zakona o sukobu zakona, priznanje i sprovođenje stranih odluka može biti odbijeno samo na zahtjev stranke (a ne *ex officio*) ako stranka dokaže da predmetna stvar spora nije arbiterna, ako sud BiH ima isključivu nadležnost u predmetnoj stvari, ako bi priznanje i sprovođenje odluke bilo u suprotnosti javnom poretku, ako domaći sudovi zemlje u kojoj je donesena odluka ne primjenjuju recipročno odluke donesene u BiH, ako arbitražni sporazum je nevažeći ili ne ispunjava predviđenu formu, ako stranka protiv koje je odluka donesena nije pravilno obavještena o izboru arbitra ili o arbitražnom postupku, ili nije bio u mogućnosti na neki drugi način da predstavi svoj slučaj, ako arbitražni sud nije uspostavljen ili arbitražni postupak nije sproveden u skladu sa sporazumom o arbitraži, ako odluka nije još postala obavezujuća prema strankama ili je stavljen moratorijum od strane suda i ako odluka nije jasna ili je sama sebi kontradiktorna. Iako lista razloga nije iscrpljena, sudovi u BiH su prihvatili prilično rigidan pristup i prihvatili su samo zahtjeve bazirane na onim razlozima striktno navedenim. Izuzev recipročnog priznanja i uslova sprovođenja i obaveze jasne i ne kontradiktorne odluke, ostali osnovi za odbijanje su manje više identični osnovima uvrštenim u članu 5 njujorške Konvencije. Šta više, njujorška Konvencija navodi dva osnova da kompetentne vlasti/sudovi mogu razmatrati na svoju inicijativu oglašavajući nearbiternim predmet spora i povredu javnog poretka te zemlje. Žalba na odluku o sprovođenju strane odluke može se podnijeti petnaest dana od datuma dostave sudske odluke. Podnošenje zahtjeva ili žalbe ne suspenduje *per se* tok sprovođenja postupka, međutim poravnanje tužbenog zahtjeva se odlaže dok se odluka redovnog suda ne donese u vezi sa predatim zahtjevom ili žalbom. Pošto je bio sam jedan slučaj u vezi sa priznanjem i sprovođenjem strane odluke u BiH u kojem slučaju je odluka donesena od strane Međunarodnog arbitražnog suda sa sjedištem u Beču i priznanje je bilo odbijeno jer je Kantonalni sud u Tuzli zaključio da sud BiH ima isključivu nadležnost u predmetnoj stvari pošto je bilo u vezi sa tužbenim zahtjevom za nadknadu štete proizašle od sporazuma o zakupu nepokretnosti koja se nalazi u BiH (slučaj br R-72/02), teško je cijeliti da li je stav sudova u BiH prema priznavanju i sprovođenju odluka stranih arbitražnih povoljan ili strog. U svakom slučaju važno je da se sudovi uzdržavaju od neopravdanog širenja koncepta javnog poretka u namjeri da nađu dodatne osnove za odbijanje sprovođenja stranih odluka.

U skladu sa entitetskim zakonima, drugostepeni sudovi imaju nadležnost da donesu odluku o priznavanju stranih arbitražnih odluka, na primjer kantonalni sudovi u FBiH i okružni sudovi u RS, dok se sprovođenje postupka zadržava u opštinskim sudovima u FBiH a pred osnovnim sudovima u RS i pred osnovnim sudom Brčko Distrikta.

Arbitražna odluke vođene po zakonima BiH i koja su donijete u BiH su sprovodljive u svim zemljama potpisnicama njujorške konvencije, a u svim drugim zemljama one su sprovodljive pod uslovima njihove državne legislative.

Izuzimanje odluke

Arbitražna odluka može biti stavljena van snage samo na zahtjev stranke (a nikako *ex officio*). Sud koji bi imao nadležnost u sporu u slučaju da se arbitražni sporazum ne uspostavi, poništava arbitražnu odluku u sljedećim slučajevima: ako arbitražni sporazum nije upšte ugovoren ili ako je sprazum nevažeći ili rušljiv, u slučaju da su odluke odredbe ovog zakona ili sprazuma o arbitraži prekršene a vezano za sastav arbitražnog suda ili u vezi donošenjem odluke, ako arbitražna odluka ne sadrži razlog, ili ako riginalni primjerak arbitražne odluke ili druge kopije nisu potpisani na način kako je to određeno, ako je arbitražni sud prekoračio svoju nadležnost, ako je operativni dio odluke nečitak ili kontradiktoran, ako je arbitražna odluka u suprotnsti sa Ustavom BiH i Ustavom FBiH, ako i jedan razlog postoji za ponovno pokretanje postupka u skladu sa članom 255 ovog Zakona koji stipuliše razloge za ponovno otvaranje postupka. Pomenuti osnovi su brojni a jedan bi trebalo izostaviti u skladu sa komparativnom evropskom legislativom u vezi ovog pitanja i odredbama UNCITRAL zakonskog obrasca. Odredbe vezane za postupak za uklanjanje odluke su obavezujuće i stranke se ne mogu odreći toga. Ne postoji mogućnst djelimičnog poništenja i drugih pravnih lijekova kao što je vraćanje slučaja na ponovni postupak pred arbitražnim sudom kao ni odlaganje odluke o poništenju. Žalba koja zahtijeva poništenje arbitražne odluke može biti predata nadležnm sudu u roku od trideset dana od datuma od kojeg je odluka donesena, ali poništenje se ne može zahtijevati kasnije od godinu dana poslije okončanja arbitražne odluke.

Arbitraža pred Komorom za spoljnu trgovinu

Iz aspekta stranih investitora jako je važno procijeniti koliko je povoljna arbitraža u BiH u slučaju prekograničnih ili međunarodnih sporova. Arbitražni sud koji postoji u sklopu komore za vanjsku trgovinu Bosne i Hercegovine je nezavistna arbitražna institucija koja sprovodi pomirenje i poravnanje privrednih sporova domaćih ili stranih pravnih ili fizičkih lica kada su se stranke dogovorile da predaju svoj spor u nadležnost Arbitražnog suda. Stranke imaju mogućnost da sami izvrše poravnanje kroz postupak i zaključeno poravnanje ima istu validnost kao i arbitražna odluka. Sjedište Arbitražnog Suda je u Sarajevu.

Arbitražni sud nudi organizacionu, tehničku i administrativnu podršku u arbitražnom postupku. Administrativna podrška uključuje odgovarajuće sjedište, 'menadžment slučaja' djelovanje poput cjevovoda za komunikaciju među strankama i arbitrima većim djelom obavljeno od strane Sekretara Arbitražnog suda. Ako se stranke ne mogu dogovoriti koga da nominuju za arbitra, Predsjednik Arbitražnog suda može postaviti jednog ili više arbitara. Arbitražni sud ne može da na osnovu ugovorenog sprazuma sa strankama obezbjedi administrativnu pomoć za ad hoc arbitraže.

Specifičnost arbitražnog suda je mogućnost pomirenja koje može biti zahtijevano bez obzira da li su se stranke dogovorile oko nadležnosti Arbitražnog suda ili ne. Postupak pomirenja je nezavistan od arbitražnog postupka. Ako postupak pomirenja propadne ništa od onoga što je izjavljeno u toku postupka pomirenja ne obavezuje stranke. Poravnanje će se smatrati zaključenim kada stranke potpišu dokument. Poravnanje postignuto na ovaj način neće imati snagu odluke Arbitražnog suda, međutim ako stranke naprave zajednički prijedlog u ovom smislu, poravnanje koje se postiglo u postupku pomirenja može se sastaviti u formi arbitražne odluke.

Arbitražni sud je usvojio svoja Pravila (Službeni Glasnik BiH br 39/03). Odredbe Pravila se generalno primjenjuju i na međunarodne i domaće arbitraže. Ako postoji razlika u postupku onda je naročito istaknuto. S toga se pravila primjenjuju na sporove između stranaka koje imaju mjesto poslovanja ili prebivališta na teritoriji BiH kao i na one slučajeve u kojima je barem jedna stranka domicilna ili ima mjesto poslovanja na teritoriji druge zemlje.

Ako se stranke nisu drugačije dogovorile arbitražni tribunal ili arbitrar će blagovremeno nakon imenovanja odrediti jezik ili jezike koji će se koristiti u postupku. Odluka se odnosi na sve pisane izjave i usmena saslušanja. Do tog momenta tužba i dokazi se mogu podnijeti na jednom od službenih jezika u BiH po diskrecionom pravu stranaka. U tom slučaju stranke u prekograničnim sporovima su praktički prisiljene da angažuju advokata ili savjetnika iz Bosne i Hercegovine čak i kada nisu obavezni po zakonu da tako postupe.

Arbitražni tribunal ili arbitrar smatra nadležnost Arbitražnog Suda *ex officio*. U skladu sa članom 11 a u vezi sa članom 42 Pravilnika, ako je stranka stipulisala nadležnost Arbitražnog Suda, prihvatanje odredbi Pravilnika je obavezujuće. Ako Pravilnik ne sadrži relevantnu odredbu, odredbe Zakona o građanskom postupku se primjenjuju obezbjeđujući da pojedinačni arbitrar ili arbitražni tribunal procijeni odgovarajuće okolnosti u odnosu na slučaj. Čak i ako izgleda da Pravilnik važi za prilično rigidan akt primjene pravila postupka, član 43 omogućava strankama da odaberu UNCITRAL arbitražna pravila za primjenu u postupku pred Arbitražnim Sudom. U ovom primjeru bilo bi korisno dodati još jednu odredbu koja u slučaju da UNCITRAL arbitražna pravila ne sadrže relevantne odredbe, odredbe ovog Pravilnika se primjenjuju (vidi član 45 Pravilnika arbitražnog suda vanjske trgovine privredne komore i industrije Republike Srpske).

Što se tiče materijalnog prava, ako su stranke propustile da stipulišu tako, arbitražni tribunal ili pojedini arbitrar će primjeniti pravo nevedeno pravilima sukoba zakona da se arbitražni tribunal ili pojedinac arbitrar smatra najpogodniji za taj slučaj. Odluka može biti donijeta isključivo *ex aequo et bono* ako su stranke dale takvo ovlašćenje arbitrima.

U skladu sa članom 23, arbitri su odabrani sa spiska arbitara, ustanovljenoj od strane Predsjednika i Podpredsjednika Komore Bosne i Hercegovine. Vijeće arbitara u Arbitražnom sudu nudi širok raspon odabranih domaćih i stranih eksperata. Postoje dva odvojena spiska arbitera, jedan za domaće arbitraže a drugi za međunarodne arbitraže. Strane u sporu mogu takođe odabrati arbitera koji nije na spisku arbitera a koji ili koja je visoko kvalifikovano lice koje posjeduje specijalizovano znanje u određenoj grani prava i poslovnim odnosima. Spor se može iznijeti pred arbitra pojedinca ili pred tročlano vijeće. Ako se stranke nisu dogovorile o broju arbitera spor se iznosi pred vijeće. Stranke mogu osporiti arbitre i eksperte na osnovu navedenih u Zakonu o građanskom postupku. Predsjedavajući i zamjenik Predsjedavajućeg odlučuju o sporavanju.

Kao pravilo, saslušanja se održavaju u sjedištu Arbitražnog suda, ali na zahtjev stranaka arbitražni tribunal ili arbitrar pjeadinac, Predsjedavajući Arbitražnog suda mogu odlučiti da se saslušanje održi na drugom mjestu. Međutim odluka se može donijeti samo u sjedištu Arbitražnog suda. Bil bi bolje i fleksibilnije da se usvoji opšte pravilo da se saslušanja u postupku, pod upravom Arbitražnog suda održavaju na bilo kojem mjestu pogodnom strankama i arbitrima.

Stranke prisustvuju saslušanju lično ili preko vlašćenog zastupnika. Zastupnik stranke stranca može takođe biti stranac. Stranke mogu biti podržane na salušanju od strane njihovih savjetnika. Postojanje sporazuma o arbitraži kojistipuliše nadležnost Arbitražnog suda ne

utiče na pravo stranaka da zahtijevaju pred kompetentnim sudom privremene mjere, međutim stranka mora obavijestiti Arbitražni sud o takvom zahtjevu i o preduzetim privremenim jerama bez odlaganja (član 17 Pravilnika).

Arbitražni postupak pred Arbitražnim sudom se sprovodi van domašaja javnosti. Jeftinije je od spora pred redovnim sudovima, manje je formalno i fleksibilnije je. Obično mora biti završeno u roku od jedne godine od datuma uspostavljanaj arbitražnog tribunala ili imenovanja arbitra pojedinca koji važi za relativno brz način donošenja odluke u postupku o sporu. Nadalje, arbitražna odluka je konačna i ne može se uložiti žalba na odluku. Ima snagu pravснаžne sudske presude. U budućnosti bi Pravilnik bi mogao uvesti ubrzanje arbitraže prateći primjer hongkongškog međunarodnog arbitražnog centra (www.hkiac.org/en/arbitration-rules-guidelines/hkiac-administered-arbitration-rules-2013) i slovenačkog evropskog centra za rješavanje sporova (vidi <http://www.ecdr.si/eng/rules/rules-of-procedures/rules-on-arbitration.html>).

Ovaj postupak se vodi od strane jednog arbitra i u pisanom obliku. Arbitražna odluka se mora donijeti i objaviti u roku od 6 mjeseci. Troškovi ovog postuka su čak jeftiniji poredeći sa troškovima klasičnog arbitražnog postupka i postupka pred redovnim sudovima.

Konačno treba imati na umu da Pravilnik Arbitražnog suda je fleksibilan i može uspješno da reguliše važna arbitražna pitanja. Ta pravila su uglavnom bazirana na pravilima UNCITRAL arbitražnim pravilima i prate koncept i načela UNCITRAL modela zakona. Međutim primjećeno je da Arbitražni sud nije pozivan često. Iako ne postoje zvanični statistički podaci o broju slučajeva riješenih pred Arbitražnim sudom, oko deset slučajeva je poravnanja u periodu između 2003. i 2013. god, dok od 2003.god na ovamo Arbitražni sud se bavio sa otprilike dva ili tri slučaja godišnje. Ovdje treba napomenuti da mali broj slučajeva koji se vode pred Arbitražnim sudom može biti posljedica postojanje svjetskih visoko kompetentnih arbitražnih institucija sa dugom tradicijom i želja stranaka da ne trpe posljedice manjka znanja i posljedice promovisanja prilično novog Arbitražnog suda. U svakom slučaju pitanje arbitraže domaćeg poslovanja ostaje otvoreno. Stoga bi se trebala povećati pažnja u promociji arbitraže kao sredstva rješavanja sporova, posebno za manja i srednja poravnanja. Izgleda da je trenutna praksa već krenula niz ovaj put organizujući seminare o arbitraži kao što je onaj držan u Bihaću 20. maja 2015. godine na kome su Arbitražni sud i njegove prednosti predstavljeni učesnicima. Nadalje, prilikom konsultovanja o procjeni ADR/posredovanja u BiH, privredna Komore oba entiteta i Brčko Distrikta su izrazili svoje jako interesovanje da se uspostave lokalni arbitražni i posrednički centri u sklopu Komora. Ove aktivnosti i ideje dokazuju da su Komore već bile svjesne benefita arbitraža kao i nedostatka znanja i povjerenja u ovaj metod rješavanja sporova među ljudima poslovnog svijeta i advokatima u BiH i tako spremni da preuzmu određene aktivnosti u tom smislu.

Opcija za budući razvoj arbitraže

Za budući razvoj arbitraže u BiH savjetuje se razmatranje sljedećih preporuka i prijedloga:

-Regulatorni okvir za arbitražu u BiH nije potpun i sveobuhvatan. Odredbe su djelimično navedene u Zakonu o građanskom postupku, u Zakonu o provođenju postupka i Zakonu o sukobu zakona. Za jedinstveno, transparentno i dosljedno regulisanje pitanja arbitraže savjetuje se da se prihvati monopolistički pristup u jednom odvojenom zakonskom rješenju. S obzirom da bi buduća regulativa o arbitraži u BiH trebala da preuzme rješenja UNCITRAL modela zakona bez obzira na način pristupa, i da je model zakon drugačije struktuisan od sadašnjeg Zakona o građanskom postupku u BiH kao što ti Zakoni ne regulišu sve

građanske postupke u jednom zakonu, u nekim drugim zemljama kao u Austriji i Njemačkoj usvajanje novog jedinstvenog zakonskog rješenja bi bilo najprikladnije za ovu zemlju. Stim u vezi, omogućila bi se veća komparabilnost sa drugim zemljama koje su usvojile UNCITRAL model zakon.

-Zakon ne navodi izričito neka opšta načela kojima se vodi arbitraža. U namjeri da obezbjedi tumačenje Zakona, bilo korisno da se uvrste u Zakon barem reference na međunarodna prihvaćena načela, potrebu da se promoviše jedinstvo primjene UNCITRAL modela zakona i/ili praćenje in bona fides.

-U svjetlu potrebnog ispunjavanja forme arbitražnog sporazuma, vjerodostojnost arbitražnog sporazuma bi trebala biti prihvaćena kad je sporazum stipulisan upotrebom elektronske komunikacije i bez obzira na formu ako bi se zapisalo u pismenom obliku. Čak šta više, ne treba da bude potpisan od strana u sporazumu.

-Član 438 Zakona navodi da ako su stranke saglasne da povjere rješenje određenog spora arbitraži, sud koji je zaprimio tužbeni zahtjev vezano za isti spor između istih strana u sporu, će se sam izuzeti po prigovoru tuženog kao dio odgovora na tužbu, sud opoziva započete aktivnosti u postupku i raspušta tužbu. U budućnosti bi se moglo dodati u Zakonu da se ovo može desiti samo ako nije utvrđeno da arbitražni sporazum ne postoji ili je poništen ili je van snage ili se ne može primijeniti.

-Savjetuje se da se obezbijedi odredba u Zakonu izričito navodeći odvojenost arbitražne klauze od osnovnog ugovora koji omogućava arbitražni postupak vezan za sporazum čija validnost je u pitanju,

-Zakon se ne bavi sa određivanjem pravila vođenja suštine spora ako same stranke nisu zajednički odlučile primjenu zakona. Trebalo bi stoga preduzeti rješenje iz UNCITRAL modela zakona koji predviđa da arbitri odlučuju koji je zakon primjenjiv na snovu pravila o sukobu zakona,

-Što se tiče arbitražnog postupka, odredbe su fragmentarne i ne uspijevaju da se bave svim relevantnom pravno materijalnim pitanjima i pitanjima postupka. Takva nekompletna regulativa uzrokuje nesigurnost sa značajnim rizikom frustracije u postupku, naročito ako određeno pitanje nije stipulisano u sporazumu o arbitraži a tribunal nema moći i ovlašćenja da djeluje po tom pitanju. Zakon bi trebao izričito da navede početak i kraj arbitražnog postupka, izjave za tužbu i odbranu, jezik za podneske i u slučaju saslušanja, mjesto arbitraže, angažovanje eksperata, savjetnici i advokati stranaka, odluke o troškovima, razmjena i način komunikacije izjava i akata, insolventnost stranaka, učesće trećih lica u svojstva posrednika i arbitraža sa više stranaka. Takođe i odredbe koje daju mogućnost arbitražnom tribunalu da djeluje ako jedna stranka od velikog značaja ne učestvuje u postupku. UNCITRAL model zakon navodi da ukoliko stranke se nisu dogovorile drugačije ili ukoliko nisu uspjele da prilože izjavu o odbrani na vrijeme iz neopravdanih razloga, arbitražni tribunal nastavlja sa arbitražnim postupkom i ne donosi odluku na osnovu podrazumijevanja tuženog. Slično arbitražni tribunal nastavlja sa postupkom kada stranka se ne pojavi na ročištu ili ne podnese dokumentovani dokaz bez opravdanog razloga za izostanak,

-U pomorskim arbitražama arbitražni tribunal je tradicionalno sastavljen od dva arbitra, stoga je ograničenje na neparan broj arbitara u ovoj zemlji izgleda neprikladan za neke slučajeve,

-Uobičajeno je da strana privredna društva žele da predaju svoje sporove na arbitražu iz razloga povjerljivosti vođenja njihovog postupka. Stoga je važno da se povjerljivost izričito navede u zakonu,

-Zakon bi se trebao izmijeniti u odredbi o izuzeću arbitara u svjetlu UNCITRAL modela zakona, tako da se arbitar može izuzeti samo ako postoje takve okolnosti koje daju opravdanu sumnju u njegovu nepristrasnost nezavisnost a ne na bazirano na osnovima koji sprečavaju sudije da vrše svoju dužnost. Takođe, Zakon ne navodi o kojem roku se stranka koja namjerava tražiti izuzeće arbitra može podnijeti zahtjev. U pogledu hitnosti materije Zakon bi trebao postaviti kratke rokove kao i to da se navedu kada se na odluku u ovoj materiji ne može podnijeti žalba,

-U zakonu bi trebal biti navedena odredba vezana sa kompetencijom arbitražnog tribunala da donosi odluke u svojoj nadležnosti a u skladu sa pravilima UNCITRAL model zakona koji navodi da ako suprotna strana opovrgava nadležnost arbitražnog tribunala i tvrdi da sporazum o arbitraži se ne odnosi odnosni spor ili da spor treba riješiti presudom koja prevazilazi nadležnost dodijeljenu arbitražnom tribunalu po arbitražnom sporazumu, ili da je arbitražni sporazum nevažeći, arbitražni tribunal donosi odluku o takvom izuzeću. Izuzeće se ne smije uputiti nakon izjave o odbrani. U roku od trideset dana od primanja takve odluke stranka može tražiti izuzeće pred (psebnim) sudom. Arbitražni sud može nastaviti sa arbitražnim postupkom i izdati arbitražnu odluku.

-Privremene mjere su uveliko oslanjaju na praksu međunarodnih privrednih arbitraža. Postoji mogućnost da su takve mjere već izečene od strane Arbitražnog suda (član 7 Pravilnika), međutim mogućnost da nova arbitražna odluka bi trebalo da strikno navede ne samo privremene mjere naložene od strane suda ali i da da mogućnost dodijeljivanja privremenih mjera i preliminarnih naredbi od strane tribunala u namjeri obezbjeđenja tužbenog zahtjeva stranke. Za razliku od privremenih mjera, preliminarne naredbe zadržavaju status quo dok arbitražni tribunal ne izrekne privremenu mjeru usvajajući ili odbacujući predhodnu preliminarnu naredbu a nisu predmet sudskog izvršenja. U smislu upotrebe odredbi o privremenim mjerama, BiH bi trebala da slijedi UNCITRAL model zakon, naročito one o uslovima dodijeljivanja takvih mijera i priznanja i sprovođenje takvog režima.

-Uloga nadležnih sudova u BiH u postupku arbitraže je ona nadležnost koju bi redovno imali u sporu da ne postoji sporazum o arbitraži. U duhu jedinstva u donošenju odluka, naročito u slučaju odbacivanja arbitražne odluke, imenovanja, izuzeća i prestanka mandata arbitra i nadležnosti arbitražnog tribunala, zakonodavstvo BiH bi trebalo razmotriti osnivanje posebnih sudova. Ako bi zakonodavstvo BiH uvelo nove nadležnosti sudu da može uvesti preliminarne odluke u nadležnosti arbitražnog tribunala, specijalizovani sud bi trebao da dluči po toj stvari. Sa druge strane asistencija suda u preuzimanju dokaza kao i dodjele i sprovođenje i priznavanje privremenih mijera bi se mogle prepustiti sudu koji bi imao nadležnost u sporu u slučaju da sporazum o arbitraži nije zaključen.

-BiH zakonodavstvo bi trebalo sadržati naredbu o poravnanju pred arbitražnim tribunalom.

-U skladu sa UNCITRAL model zakonom, strana arbitražni odluka be trebalo da se sprovede na isti način kao i odluka domaćeg arbitražnog tribunala. Član 36 postavlja određene osnove koji su identični onim navedenim u članu V njujorške Konvencije, međutim ona su relevantna kak za domaće tako i za strane odluke. Trenutno, tretman stranih i domaćih arbitražnih odluka nije jednak u pravnom sistemu BiH. Čak iako BiH ima sistem sprovođenja domaćih odluka ili mogućnost da dopuni na postojeće uslove službeni nadzor arbitražnih odluka kao

što je stipulisano u članu 5 (2) njujorške Konvencije, prihvatanje i sprovođenje stranih arbitražnih odluka mora biti jedinstvenije, fleksibilno i jednostavno. Strane odluke mogu biti dbijene samo u slučajevima i pod uslovima određenim u njujorškoj Konvenciji, bez obzira na zemlju u kojoj je arbitražna odluka donesena. Na osnovu razmatranja ograničene važnosti mjesta arbitraže u međunarodnim slučajevima i želje da se prevaziđu teritorijale restrikcije, reciprocitet ne bi tako trebao biti uključen kao uslov za prihvatanje i sprovođenje u pravu BiH. Liberizacija arbitražne legislative u BiH zahtijeva da se izmijeni Zakon o sukobu zakona u skladu sa odredbama njujorške konvencije kao i da se povuku rezerve u pogledu njujorške konvencije tako da bi odredbe bile korišćene bez obzira o kojoj se zemlji radi ili gdje je arbitražna odluka donesena.

-Što se tiče izuzeća odluke, navedeni osnovi su suviše brojni. Neki od njih bi trebali biti izbačeni u skladu sa uporednim evropskim pravom po ovom pitanju i odredbama UNCITRAL model zakona. Dalje, Zakon bi trebao predvidjeti mogućnost djelimičnog poništenja i druge pravne lijekove kao vraćanje spora na novi postupak i odlaganje odluke o poništenju.

-Iako rješenja UNCITRAL model zakona se mogu široko promjeniti svim vrstama arbitražnih postupaka, ovaj zakon izričito reguliše sam međunarodne privredne arbitraže. Kao rezultat toga, posebna pažnja i neke ddatne odredbe bi se trebale navesti kada se djeluje i reguliše radno pravo i potrošački sporovi, posebno u zaštiti slabije strane.

-BiH bi mogla da uvede neke dodatne brže i fleksibilnije mehanizme za poravnanje sporova kao što je već pomenuta ubrzana arbitraža, arbitraža sa monetarnom odredbom, arbitraža sa mogućnosti posljednje ponude, ili hitne arbitraže gdje takozvani hitni arbitar izdaje privremene mjere čak prije konstituisanja arbitražnog suda. Takođe BiH bi mogla obezbijediti mogućnos on-line arbitriranja gdje sve stranke podnosioci moraju biti on-line, zatim arbitražni postupak bi se vodio on-line i gdje bi se arbitražna odluka donijela on-line putem interneta, kao i neki hibridni ADR postupci, dajući mogućnost za medijatora da djeluje kao arbitar (med-arb) ili arbitar da djeluje kao medijator (arb-med),

-Da bi se promovisila upotreba arbitražnih klauza, BiH bi trebalo da razmotri stvaranje različitih modela arbitražnih klauza uzimajući u obzir posebne okolnosti, drugačiji kontekst i kompleksnost spora. Posebna pažnja bi se trebala obratiti na slučajeve gdje ima više od dvije stranke i na takozvane više vezujuće klauze koje kombinuju nekoliko načina rješavanja sporova. Vođenje postupka bi trebalo da bude u skladu sa američkim Arbitražnim Udruženjem. Takođe učešće Udruženja advokata i Privredne Komore oba entiteta i BD i BiH bi trebalo da bude obezbjeđeno.

-Kako je predloženo od strane Privredne Komore sve tri entiteta i BD prilikom konsultacija o procjeni ADR/mediajacije, u BiH bi se trebali osnovati lokalni centri za arbitražu i medijaciju u okviru privrednih komora.

Treba napomenuti da je u maju 1997.god ratifikovana Konvencija o poravananju u investicionim sporovima između država i državljana drugih država iz 1965 (ICSID Konvencija, mart 1965, 17 U.S.T 1270, T.I.A.S. 6090, 575 U.N.T.S. 159, 4 I.L.M. 534 (1965)) koji omogućava uspostavljanje međunarodnog centra za poravnanje investicionih sporova (ICSID) kao član grupe Svjetske Banke. Akt važi za primarni okvir za poravnanje investicionih sporova među članicama i građanima drugih članica. BiH prati međunarodni trend ulaska u bilateralne investicne sporazume (BITs) sa drugim zemljama koje obično dozvoljavaju mehanizme alternativnog rješavanja sporova gdje bi investitor čija su prava po BIT odredbama se mogla pozvati na međunarodnu arbitražu. Zato inkluzija nekih modernih i

praktičnih rješenja u arbitražnoj legislativi BiH bi implicitno značila podsticaj za strane investicije.

Konačno, nesigurnost oko državnog arbitražnog zakona sa značajnim rizikom frustracije može imati negativan uticaj na izbor mjesta arbitraže. Usvajajući načela i rješenja (izmjenjenog) UNCITRAL modela zakona BiH će unaprijediti lakoću arbitražnog postupka i sti u veyi povećati popularnost domaćih arbitraža. Svakako da manjak poznavanja same materije, nedostatak iskustva i prisustvo nedovoljnog povjerenja se smatraju za glavne razloge da arbitraža nije dovoljno prihvaćena u poslovima i u pravnoj zajednici u BiH. Stoga ova materija bi se trebala adekvatno tretirati, posebno na način promocije arbitraže i njenih benefita.

Poglavlje 9

Procjena okvira regulative za sudsko poravnanje

Prema Izvještaju o projektu unapređenja sudske efikasnosti, sprovedenog od strane Visokog Sudskog i Tužilaškog Savjeta Bosne i Hercegovine u januaru 2014.god, akt iz 2012.god je predvidio neke aktivnosti usmjerene prema popularizaciji medijacije i sudskog poravnanja, dok je u 2014.god predviđeno unapređenje i povećanje saradnje u okviru sudskog sistema. Nadalje relevantnost upotrebe alternativnog rješavanja sporova je takođe izražena u dva domaća starteška dokumenta pod imenima Strategija reforme pravosudnog sektora za period od 2008. do 2012. god i Strategija reforme pravosudnog sektora za period 2014-2018. Prvi dokument naglašava da minimum infrastrukture već postoji dok pravi izazov leži u uvećanju uloge Ministarstva Pravde u proširenju medijacije i drugih postupaka alternativnog rješavanja sporova u cijeloj BiH, dok drugi dokument objavljuje da je glavni cilj u sljedećim godinama da se obuče sudije za širu primjenu instituta sudskog poravnanja, da se unaprijedi sistem vansudske medijacije i da se promoviše sistem alternativnog rješavanja sporova među populacijom organizujući sedmice medijacije.

Važnost ADR je takođe naglašena u strukturalnom dijalogu o sudstvu između EU i BiH. Zbog zaostalih slučajeva evrpska Komisija preporučuje plan za uvođenje funkcinalnog sistema sudske i van sudske medijacije u cijeloj BiH koji bi bio pripremljen na bazi preliminarnih procjena napravljenih od strane VSTS.

Nadalje u sklopu projekta unapređenja sudske efikasnosti , Visoki Sudski i Tužilaški Savjet Bosne i Hercegovine u 2012. god je uveo pilot projekat 'sudsko poravnanje'. Visoki Sudski i Tužilaški Savjet Bosne i Hercegovine je sarađivao sa određenim ciljanim sudovima (Općinski Sud u Sarajevu, Mostaru, Tuzli i Osnovni Sud u Modriči, Prijedoru i Zvorniku) koji je delegirao sudije i sudske asistente koji su bili odabrani objektivnim kriterijumima kao što je radno odjeljenje, iskustvo i broj zaključenih poravnanja. Pilot projekat je bio sproveden od 2012. do 2014. U toku implementacije brojne aktivnosti su poduzete koje ne samo da su imale direktni uticaj na povećanje broja zaključenih sudskih poravnanja ali i indirektno je uticalo na promociju sudskog poravnanja u čitavom sudskom sistemu. Na primjer učesnici pilot projekta su bili na nekoliko posebnih obuka koje je vodio norveški stručnjak za sudsko poravnanje. Va vrsta edukacije je pstala dio redovnog programa edukacije Centra za Sudsku i Tužilašku Obuku FBiH i RS za 2013., 2014. i 2015. Treba napomenuti da centar bi trebao da organizuje više intenzivnih treninga i radionica o sudskom poravnanju u budućnosti. Osim obuke, Norveški stručnjak je pripremio posebne smijernice za uspješano sprovođenje sudskog pravnanja, formular odredbi i mogućnosti za stranke u sudskom poravnanju, brošuru i neke izmjene Pravilnika o procjeni kriterijuma za djelovanje sudija i sudskih

asistenata koja uvodi jednaku procjenu sudskog rada bez obzira da li je spor riješen konačnom odlukom ili sudskim poravnanjem kod 'P' i 'Ps'. Dok u slučaju 'Mal' i 'Mals' završenog sudskog poravnanja broji 50% procjene obezbjeđene za sudsku meritornu odluku. Da bi se promovisalo sudsko poravnanje potrebno je više sastanaka sa predstavnicima Udruženja advokata kao i okrugli stolovi o sudskom poravnanju poput onih koji su organizovani u okviru evropskog Dana građanskog postupka 2013.

Rezultati pilot projekta 'sudsko poravnanje' su bili ohrabrujući. U periodu 2011-2014 broj zaključenih poravnanja u ciljnim sudovima je konstantno rastao. Takođe i broj zaključenih poravnanja u ciljnim sudovima i poredeći sa brojem ukupnih poravnanja u svim sudovima u BiH je bio veći. Na primjer u 2014. Jedna četvrtina zaključenih poravnanja u BiH je bila u 6 ciljnih sudova dok je ostatak (tri četvrtine) su bili zaključeni u 56 sudova. Rezultat govori o uspjehu promocije poravnanja u ciljnim sudovima ali i pvećana upotreba poravnanja generalno se sigurno desio zbog izmjena procjena sudskog rada. Ove pobrojane aktivnosti i njihovi rezultati dokazuju da je BiH na pravom putu uspješne primjene sudskog poravnanja.

Za razliku od medijacije sudsko poravnanje je bio dio Zakona o građanskom postupku FBiH, RS i Brčko Distrikta mnogo godina, ali je broj poravnanja bio mali. Kako se navodi u Izvještaju o pilot projektu 'sudsko poravnanje' procenat zaključenih poravnanja u okviru svih riješenih slučajeva u 2014. je bio samo 3,2 %.

Sva tri zakona sadrže faktički iste odredbe što se tiče poravnanja. Član 88 (1) Zakona navodi da u pripremi saslušanja ali i u bilo koje vrijeme postupka sud će predložiti strankama poravnanje spora na način da ne kompromituje nepristrasnost suda. Kada se poredе odredbe obaveza suda na medijaciju, zakonska rješenja u vezi sudskog poravnanja predviđaju aktivniju ulogu suda. Ipak sud može uzimajući u obzir volju strana u sporu, prirodu spora, odnos stranaka i nekih drugih okolnost, predložiti moguće rješenje strankama i i djelovati kao medijator. Međutim ova dvostruka uloga stavlja sudije u zahtjevnu situaciju što može biti razlog nedovoljne primjene ovog instituta. Sudsko poravnanje se može odnositi na čitav tužbeni zahtjev ili na samo dio ako je to moguće sprovesti. Može biti osporena samo putem žalbe u novoj tužbi i samo ako je zaključena usljed zablude, prinudom ili prevarom u vremenskom roku određenom Zakonom.

Glavni razlog nepopularnosti sudskog poravnanja je navodno nedostatak motivacije da se koristi ovaj postupak od strane sudija i sudskih asistenata, skeptičan mentalitet i nepoverenje prema ovom prilično novom postupku od strane strana u sporu i činjenica da advokati nisu voljni da predlažu rješenje spora na ovaj način zbog manjih naknada. Takođe u slučaju sudskog poravnanja strane u sporu se oslobode 50% sudske takse, ali i dalje su dužni platiti ostale troškove njihovog predstavljanja. Sa druge strane ako bi se spor riješio putem medijacije stranke će biti refundirane za cijeli iznos sudskih troškova. Stoga treba razmotriti neke dodatne finansijske mjere i izmjene pravila kada su u pitanju takse i troškovi da bi se ohrabrile stranke i advokati da zaključuju sudska poravnanja.

Nadalje od najvećeg je značaja da se podigne svijest i da se konstantno promoviše edukacija o sudskom poravnanju u čitavoj profesionalnoj zajednici. Dio edukacije o sudskom poravnanju bi trebalo uvesti u ranijoj fazi u redovnom obrazovanju pravnika. Ideja forme sa odredbom o mogućnostima sudskog poravnanja bi trebala dalje da se razvija, kao i neki drugi načini informisanja stranaka o ovom postupku koja bi se trebala predstaviti u ranijoj fazi. Jedna od preporuka Visokog Sudskog i Tužilaškog Savjeta Bosne i Hercegovine takođe navodi da bi se trebalo sprovesti istraživanje među strankama koje su prihvatile i one koje su

odbile mogućnost rješavanja njihovog spora putem postupka sudskog poravnanja, u cilju otkrivanja prednosti i nedostataka sudskog poravnanja viđenog od strane strana u sporu.

Konačno, obavezno sudsko poravnanje bi se moglo uvesti u predhodnom postupku. Da bi se ispunila ova obaveza sudije bi trebalo da predlože i da predstave institut sudskog poravnanja stranama u sporu u fazi predhodnog postupka i tako navesti strane u sporu da riješe svoj spor mirnim putem. Vrijedno je razmatranja opcija da sudija koji vodi sudsko pravnanje ne bude isti koji je dodijeljen da vodi raspravu i da odluči o sporu tako da bi stranke bile puštenije i otvorenije prema poravnanju njihovog spru a nepristrasnost sudije ostaje apsolutno neupitna. Takođe, sudija koji bi vodio poravnanje imao bi mogućnost korišćenja kokusa kao moćnog alata obično korišćenog u medijaciji. Međutim, treba imati na umu da će takve mjere direktno uticati na kapacitet sudova.

Poglavlje 10

Procjena medijacije i krivičnom pravu

Baš kao i u građanskom pravu medijacija nije obavezna u krivičnm pravu. Po zakonu u BiH, u krivičnm postupku se koristi samo kada se odlučuje po imovinskom zahtjevu. Sud tako može da uputi stranke na medijaciju ako on/ona nalazi da se zahtjev može riješiti takvim postupkom. Stranke mogu takođe predložiti medijaciju d kraja glavnog pretresa (član 212 Zakona o krivičnom postupku FBiH (Službeni Glasnik FBiH br 35/03), član 108 Zakona o krivičnom postupku RS (Službeni Glasnik RS br 50/03), član 198 Zakona o krivičnom postupku Brčko Distrikta (Službeni Glasnik Brčko Distriktra br 10/03)). Nadalje oba entiteta i BD predviđaju u njihovim zakonima o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima (član 26) takođe i medijaciju kao metod primjene mjera izvinjenja i kompenzacije oštećenoj strani (takozvana medijacija između žrtve i delikventa).

Sličan pilot projekat kao što je navedeno gore bi trebao da se sprovede za medijaciju. Takođe, rezultati pilot projekta 'sudsko poravnanje' bi se mogli koristiti za područje medijacije. Izmjene pravila na procjeni kriterijuma o kvalitetu sudija i sudskih asistenata dokazuju uspjeh u slučaju sudskog poravnanja, tako da bi se slično rješenje moglo primjeniti i na medijaciju gdje po procjenama od slučajeva (građanske tužbe) od onih koje sudije predlože na medijaciju i budu rješeni sporazumno su samo polovina od onih rješениh meritornom odlukom, dok slučajevi koje sudija predloži na medijaciju i nisu uspješno rješени ne ulaze u sudijsku normu uopšte. Ovo svakako ne predstavlja podsticaj za sudije da predlažu medijaciju.

Dodatno, trebalo bi zakonski usvojiti veće obaveze za sudove da upućuju slučajeve na medijaciju i čak uvođenja obavezne medijacije bar u nekim vrstama sporova. Stoga bi se trebala sprovesti šira obuka o medijaciji ne samo za medijatore već i za sudije, u sklopu Udruženja medijatora Bosne i Hercegovine (nadalje Udruženje). Takođe, medijacija bi trebala biti interesantnija advokatima kada savjetuju klijente pa stoga je od najvećeg značaja da se troškovi predstavljanja u medijaciji budu naročito određeni i atraktivniji kako za klijente tako i za njihove zastupnike.

S obzirom da primjena medijacije u krivičnom procesnom pravu nije u potpunosti realizovana u praksi, a sveukupni pristup sudija i uglavnom tužilaca je bio u slučajevima gdje su bili uključeni maloljetnici i u slučajevima manjih delikata, to bi trebalo biti istraženo i nadalje elaborirano. Kao dobar primjer navodim slovenački Krivični Zakon koji daje mogućnost rane

alternativne intervencije vlasti u krivičnim slučajevima. Čak prije već što započne krivični postupak kao i u toku postupka, tužilac može predložiti medijaciju, navodeći da se po zakonu za to krivično djelo izriče kazna do tri godine zatvora ili novčana kazna kao i za neka druga krivična djela navedena i pobrojana. Tužilac koristi svoje diskreciono pravo vezano za vrstu i prirodu krivičnog djela, okolnosti u kojem je djelo počinjeno, ličnost izvršioca, njegova ranija krivična djela i stepen krivične odgovornosti. Takva medijacija se sprovodi od strane nezavisnog medijatora s tima da postoji pristanak i od žrtve i osumnjičenog. Ako tužilac primi bavljenje o uspješnom zaključku poravnania, slučaj se smatra riješenim. U Sloveniji je 2014. godine bilo 1.465 (9%) riješeno slučajeva po pitanju djela učinjenih od strane odraslih i 122(12%) riješenih slučajeva sa maloljetnicima, putem medijacije ili odloženim postupkom. Ovi podaci pokazuju da takva medijacija predstavlja uspješan mehanizam za slobode sudova pretrpanosti. takođe treba imati na umu da poredeći 2014. i 2013. godinu, u 2014. je bilo manje slučajeva medijacije jer je nedostajalo sredstava predviđene za naknade medijatorima (član 16a Zakona krivičnom postuku Republike Slovenije, Službeni Glasnik br 87-3503/2014, takođe Godišnji Izvještaj 2014 kancelarije Državnog Tužilaštva Republike Slovenije http://www.dt-rs.si/uploads/documents/letno%20porocilo/letno_2014.pdf). Za uspješno usvajanje ovog instituta u BiH regulatorni okvir se mora pažljivo razviti, treba organizovati obuku za tužioce i medijatore i konačno obezbjediti uspješnu finansijsku i administrativnu podršku.

Na kraju, medijacija je još uvijek relativno novo sredstvo rješavanja sporova i javnost je skeptična u pogledu njenih očiglednih prednosti. Stoga je njena promocija u svim sferama i svim sredstvima neophodna.

Poglavlje 11

Preporuke ADR (alternativnog rješavanja sporova) politike

Uzimajući u obzir nalaze ovog Izvještaja i pozivajući se na najnovije prijedloge o razvoju ADR u BiH i pet drugih zemalja zapadnog Balkana iz Izvještaja o komparativnom pregledu i analizi dobre prakse sa identifikacijom elemenata programa vansudske medijacije i komparativne studije o akreditacionim i sertifikacionim sistemima (RCC: Podrška implementaciji strategije Južne Evrope 2020/ implementacija regionalnog akcionog plana na području pravosuđa 2015), sljedeće preporuke politike bi se trebale uzeti na razmatranje:

Ministri Pravde bi trebali da imaju u vidu:

- Stvaranje **ADR ekspertskog komiteta ili savjeta**, sastavljenog od domaćih i ako je izvodljivo stranih eksperata koji bi mogli u određeno vrijeme prerasti u stalno savjetodavno tijelo u Ministrastvu Pravde vezano za ADR politiku (ADR strategija i akcioni plan, regulatorna pitanja, monitoring implementacije šema medijacije u javnom sektoru uključujući sudove, kampanja upoznavanja javnosti o ADR, istraživanja komparativne politike, razmjena najbolje prakse itd.)
- Izdati **javnu izjavu o ADR misiji** prihvatanja daljeg razvoja ADR i naročito medijacije kao političkog prioriteta (npr, gdje se nalazimo sada? Gdje i kako želimo otići tamo? Kako ćemo postići i vrjednovati napredak?)

- Obezbijediti dokaz da vlada prihvata medijaciju ozbiljno i da radi ono što govori time što će objaviti **akt o posvećenosti medijaciji** da prihvata pozivanje na medijaciju u svakom sporu gdje je Država strana u sporu (pogledati dokument Rezolucije o modelu alternativnog sudskog spora)
- Pozvati ključne ljude iz poslovnog svijeta (domaća i strana privredna društva, korporacije, Privredne Komore, osiguravajuća društva, banke i druge učesnike) da potpišu i pristupe **Prvoj posvećenosti medijaciji** kojom bi izrazili svoju posvećenost za razmatranje medijacije u budućim ili sadašnjim sporovima (pogledajte ADR akt o obvezivanju na internet stranici Ministarstva Pravde Slovenije i izvještaja Odjeljenja Pravde o radnoj grupi o medijaciji 2010 Hong Kong).
- Razviti **strategiju ADR-a i akcioni plan koji će uključiti razvoj kako medijacija u fazi prije podnošenja tužbe u sudu, tako i nakon podnošenja kao i van sudske medijacije**, u namjeri definisanja ciljeva (unaprijeđeni pristup pravdi, umanjeње zastoja u sudovima, ranije rješavanje i povećano rješavanje sporova putem poravnjanja, ušteda vremena i novca u tužbama, osiguranje veće saglasnosti, obezbjeđenja najboljeg postupka u rješavanju spora u psebnim slučajevima), područje djelovanja (regulatorne, samo regulišuće i neregulisane), ciljne grupe (sudije, stranke, advokati, poslovi, javnost, mediji, javni sektor), mjere/aktivnosti (uključujući glomaznu kampanju upoznavanja javnosti), performanse, indikatori, vrijeme, SWOT analize itd. (pogledati hrvatsku Državnu acionalnu strategiju medijacije 2006-2008, Evropska pomoć/12393/D/SER/HR)
- Revidirati i/ili napraviti nacrt amandmana **Zakona o građanskom postupku (ZGP)** da bi se regulisale interakcije i izbalansirao odnos između tužbe i medijacije kao što su obaveze stranki i advokata da razmotre medijaciju poslije podnošenja tužbe, automatsko usmjeravanje na medijaciju i upućivanje po stipulaciji obje strane, po pokretanju jedne stranke ili po sudijskoj inicijativi, dužnosti advokata da se sastaju, ADR sertifikacija o nekim ADR mogućnostima i komparativna procjena troškova tužbenog spora i medijacije, potreba za ADR telefonskom konferencijom, medijacijski sastanak o informisanju, pokretanje oslobađanje stranaka kad su primorane na medijaciju, pametno određen cjenovnik za sankciju zbog nepravdanog odbijanja medijacije i druge slične upravne slučajeve (uporedi Pravila o građanskom postupku 2011 Engleske i Velsa SI 2011/88, Okružni Sud Sjedinjenih Država za Okrug Sjeverne Kalifornije ADR Mjesna Pravila, 2.jul 2002, de Palo, Trevr: EU medijacija, Pravo i praksa, dodatak B, ksford 2012.).
- Revidirati i/ili izraditi nacrt izmjena na postojeći **Zakon o postupku medijacije** ili izraditi nacrt **novog Zakona o medijaciji** radi harmonizacije sa EU preporukama o nekim aspektima medijacije u građanskom i privrednom postupku 2008/52/EC i vođeni UNCITRAL model zakonom o međunarodnom poslovnom pomirenju 2002, imajući u vidu preporuke Komiteta Ministara Savjeta Evrope upućenim članicama o porodičnoj medijaciji (1998), o medijaciji u građanskim stvarima (2002) i CEPEJ smjernicama (2007) o boljoj upotebi gore pomenutih preporuka (pogledaj model odredbe u Poglavlju i dodati Aneks 3 o tme zašto i kako treba regulisati određeni problem).

- Izraditi nacrt **Zakona o alternativnom sudskom rješavanju spora** s ciljem razvoja obavenog sudskog ili naklonjenom sudu ili u vezi sa sudom programa medijacije u svim sudovima koji imaju nadležnost u građanskim, poslovnim, radnim i administrativnim stvarima, obezbjediti sredstva za program medijacije iz sudskog budžeta, uspostavljanje održivog sistema za obuku i akreditaciju i registraciju medijatora u programima sudova i ohrabriti pojavu drugih tipova ADR vezanih za sud (rana neutralna procjena, obavezujuća i neobavezujuća arbitraža, hibridni postupak) prema stvaranju **modela suda sa više vrata** (pogledaj gore dokument Model Alternativnog Rješavanja Spora u Sudskim Stvarima, pogledaj zbir Zakona o alternativnom rješavanju spora Sjedinjenih Država iz 1998 u uputstvu o sudskom upravljanju slučajeva ADR, Federalni sudski centar 2001).
- Uraditi nacrt **Alternativnog rješavanja sporova u potrošačkim sporovima** i inicirati stvaranje **pilot porjekata o potrošačkim (visoke i niske vrijednosti) šemama alternativnog rješavanja sproveda putem interneta i bez interneta**, imajući u vidu implemetaciju Regulative Evropske Unije o ODR (Regulativa (EU) 524/2013) i ADR Direktiva (Direktiva 2013/11/EU)
- Revidirati nacrt odredbe **Pravne pomoći** koja može obezbjediti pristup sudskim i vansudskim medijacijama za stranke sa ograničenim finansijskim mogućnostima. Prema međunarodno prihvaćenim standardima pravna pomoć bi mogla biti obavezna i odobrena za obavezujuće učešće u sporovima aplikantata za pravnu pomoć u medijaciji, ako druga strana prihvati ili ako su obje strane upućene na medijaciju.
- **Revidirati i izmjeniti poglavlje Zakona o građanskom postupku vezano za arbitražu ili izraditi nacrt novog arbitražnog Zakona** da bi se implementirale preporuke Poglavlja 8 ovog Izveštaja.
- **Izmjeniti odredbe Zakona o građanskom postupku** da bi se uvele obavezne konferencije poravnanja (moguće spojiti sa predhodnom raspravom).
- **Revidirati i izmjeniti krivični procesni Zakon** da bi se implementirale preporuke iz Poglavlja 10 ovog izvještaja.

Sudovi u BiH trebaju razmotriti:

- **Stvaranje pilot programa za sudske medijacije** ako je izvodljivo
- **Usvojiti pravila programa sudske medijacije** u kojem bi mogli biti inter alia opisani ciljevi medijacije u vezi sa sudom i korisnicima.
- Među ciljevima za korisnike sudovi **bi trebali istaći uštedu vremena i novca za stranke**, posebno kad je spor upućen na medijaciju u ranom postupku. Dodatno, veća prihvaćenost poravnanja putem medijacija poredeći sa presudama bi mogla odrediti pravac.

- Što se tiče pravaca u vezi sa sudom da bi se proširio pristup pravdi i smanjenje vremena čekanja na tužbu (semantički termin, uprijebljen umjesto zaostatka), sugerirše da **sudovi ohrabruju ranije poravnanje**. To je važno zato što je čak među sudijama još uvijek prisutno mišljenje da oni mogu izvršiti poravnanje u predhodnom postupku ili u prvom ročištu. Uzimajući u obzir da ova ročišta se ne mogu održati brzo nakon podizanja tužbe, ranije poravnanje bi se moglo koristiti od strane glavnih sudija u skladu sa argumentom da sudovi pozovu stranke da razmotre medijaciju mnogo prije u postupku kako to sud čini sada.
- Od velikog je značaja da sudovi prihvate i ozvaniče Pravilo programa sudskih medijacija da bi se definisale zakonske i administrativne stvari kao što je automatsko pozivanje da se razmotri medijacija, rana procjena slučaja, vremenski standardni za sudsko osoblje, stranke i njihovi advokati, sertifikacija medijacije radi sprovođenja obaveza strana u postupku i njihovih advokata da razmotre medijaciju, elementi naredbe na koju se poziva, zahtjevi van opcije za obavezno pozivanje, kriterijumi za akreditaciju medijatora, postupak dodjeljivanja medijatora, monitoring i procjena, prikupljanje podataka i statistika, postupak po žabi na rad medijatora itd (vidi program alternativnog rješavanja sporova okružng suda u Ljubljani Su 46/2013 od 4.3.2013, vidi Uputstvo sudskog rješavanja sporova, vidi Model Lokal ADR Pravilo sudskog savjeta devetog kruga (1999), vidi Državni standard za sudske programe u Sudskom priručniku o sudu ADR, Harvardska Škola Prava (1993), vidi Vodič za obezbjeđenje poštenog i efikasnog sudskog ADR u Vodiču za sudski menadžment slučajeva u ADR, Federalni Sudijski Centar 2001).

Najvažnije stvari iz ove perspektive vremena i širine navoda da bi se radilo po Pravilniku su sljedeće:

- Da bi se stvorilo rješenje spora putem medijacije kao paušalna opcija za strane u postupku **sud bi trebalo da uvede automatski pismeni poziv stranama da razmore medijaciju** u svim građanskim slučajevima.
- Pismeni poziv da se razmotri medijacija bi trebala da bude upotpunjena **informativnom brošuram** (sa objašnjenjem kako medijacija može da pomogne u njihovom slučaju), zatim **listom benefita koji su izvjesni u medijaciji, čestim pitanjima i odgovorima, test formular za pozivanje na medijaciju, formular pristanka za odabir medijacije** i trebalo bi uputiti stranke na kontakt osobu za dodatne informacije u kancelariji suda za administraciju medijacije.
- **Sud bi trebao dostaviti poziv da se razmotri medijacija kad je najranije moguće** (npr pri podizanju tužbe od strane oštećenog i/ili sa odgovorm tuženog) pošto je rana intervencija suda krucijalna za promociju uštede vremena za stranke kao benefita medijacije.
- U pozivu treba navesti da je sud obavješten ali da zbog obimnosti posla **stranke ne mogu očekivati prethodno ročište prije nekog perioda mjeseci** (zavisno od rasporeda) i da bi se ovo vrijeme moglo iskoristiti da se spor rješava medijacijom. Sud

bi trebao napomenuti da statutarne rokove za rješenje medijacijom sprečavaju bilo kakvo kašnjenje spora u slučaju da se ne rješi poravnanjem.

- Pravila programa sudskih medijacija bi trebalo da definiše **koji postupak može da pokrene medijaciju**, stipulacijom obje strane u svim građanskim slučajevima (dobrovoljno pozivanje na medijaciju), pokretanje jedne strane putem sudske naredbe ili inicijativa sudije putem naredbe (obavezno pozivanje na medijaciju).
- Pravila programa sudskih medijacija bi trebalo da ozvaniče **period pilot projekta na najmanje 2 godine**.
- Pravila sudskih programa medijacije bi trebalo po ranije potpisanom memorandumu razumijevanja među sudovima i udruženjima advokata ili po zakonodavnom ovlašćenju odrediti **obaveze advokata i njihovih klijenata da potvrde pismeno i potpisano od strane advokata i stranke** (na formularu sertifikacije medijacije ispunjenim u sudu) da su pročitali informativnu brošuru o medijaciji, raspravljali opcije medijacije obezbjeđene od strane suda i razmotrili da li bi slučaj bio koristan za medijaciju.
- Pravila sudskog programa medijacije bi trebalo po predhodno potpisanom memorandumu razumijevanja među sudovima i advokatskim udruženjima ili po zakonodavnom ovlašćenju odrediti **dežurnog advokata zastupnika oštećenog ili branioca** da raspravi opcije medijacije (ili putem telefona). Ovo pravilo se ne treba primjenjivati u slučaju ne zasupanih stranaka.
- Pravila sudskog programa medijacije bi trebalo po predhodno potpisanom memorandumu razumijevanja među sudovima i advokatskim udruženjima ili po zakonodavnom ovlašćenju odrediti dužnost advokata koji nije uspio postići sporazum u postupku medijacije na sastanku ili putem telefonske konferencije da podnese sudu **obavještenje o potrebnoj medijaciji putem telefonske konferencije** sa sudijom posrednikom u medijaciji ili službenikom u sudu da se ispituju prepreke za pokušaj medijacije. Izveštaj o činjenici da se telefonska konferencija desila sa određenim službenikom bi trebalo da se ispuni i potpiše od strane tog sudskog službenika. Ovo pravilo ne treba da se primjenjuje u slučaju ne zasupanih strana.
- Sudovi treba da razmotre uvođenje **obavezne medijacijske informativne sesije** kao proceduralni događaj, integrisan u pripremne sesije **u ranije određenoj kategoriji sporova** u kojima stranke i njihovi advokati nisu postigli sporazum ni u direktnoj interakciji ni putem telefona u konferenciji sa službenikom posrednikom za medijaciju.
- Sudovi trebaju razmotriti uvođenje mekih **obavezujućih upućivanja na medijaciju u odabranim sporovima po diskrecionoj odluci sudije**, ili poslije pregleda utuživosti slučaja i mogućnosti stranaka da pregovaraju i postignu kompromis u medijacijskoj informativnoj sesiji ili automatski poslije prijema izvještaja medijacijske telefonske konferencije i pokretanja postupka od strane jedne stranke (bez raspreda medijacijske informativne sesije). Stranke trebaju zadržati pravo da optiraju od

medijacije zbog dobrog razlga prikazanog u njihovom pismenom podnesku, ako je primljen u roku od 8 dana od dana od kad su dobili preporuke.

- Sudovi treba da odrede **projektovani broj preporučenih slučajeva za medijaciju godišnje za svaku preporuku** s obzirom na prosječni mjesečni priliv posebnih slučajeva.
- Sudovi bi trebali da **poprave sistem monitoringa i procjene vezano za pilot projekat novih događaja u postupku i poseban za svaku preporuku** (broj stipulacije obje stranke, broj postupaka jedne stranke, broj naredbi na inicijativu sudije, broj medijacijskih telefonskih konferencija i infrmativnih sesija,njihov uticaj da stranke pristanu na medijaciju, trajanje i ishod medijacijskih sesija).
- Sudovi bi trebali nakon postavljanja kriterije za akreditaciju i izborni postupak za sudski odobrene medijatore u Pravilu o sudskom programu medijacije **da pozovu trenirane iiskusne medijatore u Udruženju medijatora da se prijave za akreditaciju u sudu** i tako u kratkom roku obezbijede kapacitet u slučaju potrebe većeg broja medijatora.
- **Sudija posrednik za medijaciju, radeći u svakom sudu bi trebao biti imenovan među sudijama suda** da bi se povećao savjetodavni kapacitet.
- **Administrativno osoblje suda u odjeljenju za medijaciju treba proći obuku o medijaciji i preporukama za medijaciju** da bi tokom vremena preuzelo ulogu specijaliste za rješavanje sporova i da vrše medijacijske telefonske konferencije sa advokatima i strankama.
- Sudovi trebaju **pozvati aktivne i penzionisane sudija sa sva tri nivoa sudova da izraze svoje interesovanje da prisustvuju inicijalnom medijacijskom treningu** i da služe medijatorima u pilot projektima.
- Sudovi bi trebali pripremiti **kampanju o upoznavanju o medijaciji** da bi se informisala javnost novoj politici putem pres konferencija, interneta, posrednih telefonskih linija, događaja (vidi CEPEJ Vodič za blju implementaciju postojećih CoE preporuka vezano za porodičnu i građansku medijaciju).
- Sudovi treba da analiziraju i odaberu stare građanske slučajeve u čekanju koji predstavljaju zastoje (npr slučajevi stariji od 5 god) i objaviti **program redukcije zastoja kroz medijaciju** s ciljem uštede vremena, novca, odugovlačenja spora, stresa i odnosa. Odabrani sporovi treba pozvati na medijaciju.

Visoki sudski i tužilaški savjet treba da razmotri:

- **Odobriti prikupljanje i širenje sudske individualne statistike** vezano za broj slučajeva predloženih na medijaciju, broj izvršenih medijacija (ako je mediajator tužilac ili sudija) i broj poravnanja medijacijom. Mjesečno poređenje među sudijama i tužiocima bi pomoglo kao podsticaj da se poveća preporuka.

- **Izmijeniti pravila sudskog rada** da bi se ovlastio sud da prihvati ADR programe kojima su određeni principi, pravila i forme sudskog ADR postupka u medijaciji.
- **Dozvoliti i podstaći sudije da prisustvuju treninzima medijacije i da budu medijatori** u šemama sudskih medijacija po Mišljenju br. 6 Konsultivnog Evropskog Vijeća Sudija u CoE (CCJE)
- **Prepoznati preporuke medijacije poslije pripremnog ročišta kao objektivnog kriterijuma za mjerenje rada** i uvođenje njih u pravila i procjene rada sudija preporučujući najbolju praksu (npr Nizozemska i Slovenija). Različiti ponderi se mogu koristiti u preporukama uzrokujući posredno poravnanje i one gdje je medijacija završena bez poravnanja. Svakako isti ponderi bi trebali da se koriste za poravnanja tokom suđenja i poravnanja postignuta medijacijom.
- Po konsultovanju sa sudovima i ministrima pravde, **početi planiranje godišnjih troškova programa sudske medijacije zajedno sa naknadama za medijaciju i integrisati ih u redovni sudski administrativni budžet da se obezbije programska održivost**
- Dati **izjavu** s ciljem promocije medijacije ohrabrujući stranke i advokate da pristupe medijaciji i da podrže sudije u trudu da upute slučajeve na medijaciju.
- **Ohrabriti sudove zajedno sa vrhovnim sudovima da se izradi pilot šema sudskih medijacija**

Udruženje advokata bi trebalo:

- Podržati trud sudova da angažuju stranke i njihove zastupnike u ranu raspravu i istraživanje benefita medijacije **potpisivanjem memoranduma o razumijevanju sa sudovima u vezi medijacijske sertifikacije i medijacijske telefonske konferencije** i tako implementirati etičke principe advokata da savjetuju klijente o ADR benefitima.
- **Javno odobriti programe sudske medijacije**
- **Integrisati medijacijsku advokatsku obuku u obuku (obaveznu) advokata o etičkim temama**
- **Uspostaviti medijacijski centre u udruženju advokata** i obezbjediti poslovnu priliku svojim članovima koji žele da rade kao medijatori kao i klijentima i njihovim advokatima koji žele da idu putem medijacije prije već putem tužbe. Medijacijski centar u udruženju može poslužiti platformu za rješavanje sporova među advokatima i klijentima kao što je to u mnogim jurisdikcijama SAD i Evrope.
- **Istražiti prilike za finansijski podsticaj (podići takse, izuzeća od taksi)** za advokate koji predstavljaju klijente u medijaciji po uzoru na najbolju praksu u Italiji, Njemačkoj i Sloveniji

Udruženja medijatora treba da:

- **Pomognu Privredne komore u uspostavljanju šema medijacije**
- **Ohrabriti aktivne i penzionisane sudije da prisustvuju inicijalnom programu treninga medijatora**

- **Definisati umanjenu medijatorsku taksu za sudske medijacije**
- **Pozvati advokate u praksi da prisustvuju inicijalnom programu treninga medijatora**
- **Ponuditi udruženju advokata pomoć u stvaranju medijacijskih centara u udruženjima ako je moguće**
- **Revidirati etički kodeks za medijatore kako je preporučeno u ovom izvještaju**
- **Pozvati strane medijatore da se registruju u BiH da podrže prekogranične medijacije**

Privredna komora i udruženje za arbitražu treba:

- **Inicirati proces nacrta revizije poglavlja Zakona o građanskom postupku i/ili za novi arbitražni Zakon radi impementacije preporuka iz poglavlja 8 ovog izvještaja**
- **Uspostaviti saradnju sa udruženjem medijatora s ciljem stvaranja šema u institucionalnoj arbitraži**
- **Privredna komora Brčko distrikta bi trebala ohrabriti vlasti da uspostave arbitražu u toj komori po zakonu**
- **Razviti model ADR klauza i sporazuma i promovisati upotrebu među članovima komore**
- **Promovisati pristup privrednih društva ADR aktu obaveze**

Poglavlje 12

AKCIONI PLAN ZA DALJU POLITIČKU I OPERATIVNU PODRŠKU EUD-A RAZVOJU ADR U BIH

I. preporuke pilot programa sudske medijacije u sudovima prve instance u Sarajevu i Banja Luci			
Akcija	Aktivnosti	Vrijeme implementacije	Potreban budžet
Postaviti projekat	Formulacija funkcija menadžmenta projekta i mehanizama	1 Mjesec	
	Lokalni konsultant i koordinator		
	Mobilizacija učesnika i organizacija ad hoc sastanaka		
	Definisanje tačnog plana rada		
Procjena trenutnih kapaciteta	Revidirati kapacitete i organizacijske structure za medijaciju	1 Mjesec	
	Analiza rezultata prijašnjih sličnih projekata		
	Izraditi i predstaviti osnivački izvještaj		
	Pokrenuti postupak za implemenaciju radnog plana		
Stvaranje programa sudske medijacije	Osigurati i unaprijediti operativne zahtjeve i održivost sudskog medijacijskog programa na dva odabrana suda ocijenjen protiv rada indikatora (funkcije, organizacionalna struktura, fizička struktura, neutralni učesnici, monitoring, procjena,		129.500 EUR

	upravljanje podacima, naknade)	1 Mjesec	
	Determinacija standarda za izbor i akreditaciju medijatora, etički standardi medijacije i mehanizmi žalbi.		
	Izrada pravila i forma programa		
Implementacija programa sudske medijacije	Implementacija sudskih medijacijskih programa (preporuke menadžment slučajeva i administracije, izvještavanje, zaštita podataka)	12 Mjeseci	
	Izrada registra sudskih medijatora		
	Asistencija kroz implementaciju programa		
	Ekspertski savjet na terenu menadžment, administracije, monitoringa i ocjene programa		

II. Preporuke javnih i privatnih ADR kapaciteta i izgradnja kvaliteta

Akcije	Aktivnosti	Vrijeme implementacije	Potreban budžet
Izrada modela ADR klauza i sporazuma	Izrada modela ADR pred raspravne multi vezane klauze i post raspravnog ADR sporazuma, zavisno o tipu ugovora ili spora	1 Mjesec	10.000 EUR
Analiza i unaprijeđenje instutucionalne arbitraže pri svim privrednim komorama i međunarodnim trgovačkim	Analiza postojeće structure i operacija svih institucionalnih arbitraža i revizija pravila arbitraža	3 Months	40.000 EUR
	Organizacija 2 studijske posjete arbitražama pri privrednim komorama EU članica		
	Osigurati i unaprijediti operativne zahtjeve i održivosti sudskog medijacijskog programa na dva odabrana suda ocijenjen protiv rada indikatora (funkcije, organizacionalna struktura, fizička struktura, neutralni učesnici, monitoring, procjena, upravljanje podacima, naknade)		
	Uspostaviti saradnju i koordinaciju između arbitražnih institucija i sudova (preporuke, menadžment i administracija, izvještaji, zaštita podataka)		

Uspostavljeni ADR centri/šeme za potrošačke zahtjeve	Osigurati i unaprijediti operativne zahtjeve i održivost sudskog medijacijskog programa na dva odabrana suda ocijenjen protiv rada indikatora (funkcije, organizacionalna struktura, fizička struktura, neutralni učesnici, monitoring, procjena, upravljanje podacima, naknade)	12 Mjeseci	40.000 EUR
	Razvoj med-arb pravila za potrošačke sporove		
	Identifikovati mehanizme selekcije i akreditacije medijatora i arbitara		
Dizajnirana ODR šema	Dizajnirana ODR šema za domaće prekogranične sporove potrošača	3 Mjeseca	25.000 EUR
	Revidirana postojeći raspored medijacijskog treninga za same		

Dizajnirani i sprovedeni program obuke za trenere	trenera	3 Mjeseca	90.000 EUR
	Potrebna analiza sprovođenja treninga		
	Dizajnirati raspored obuke za trenere sa specijalizovanim modulima slučajeva iz privrednog, porodičnog i građanskog prava		
	Razviti i stvoriti material za obuku trenera		
Izvršiti program obuke za advokate i sudije	Organizovati program obuke trenera	6 Mjeseci	
	Organizovati program obuke(16 sati po 1 programu) medijacijske advokature		
	Organizovati informativne seminare (1 dan po 1 seminaru) za sudije i tužioce za preporuku ADR		

III. Preporuka

Kampanja upoznavanja javnosti

Akcije	Aktivnosti	Vremenski okvir	Potreban budžet
Razviti strategiju komunikacije	Identifikovati ciljne grupe i komunikacijske poruke	2 Mjeseca	135.000 EUR
	Razviti strategiju komunikacije		
	Akcioni plan za implementaciju komunikacijske strategije		
Glavni reklamni pristup	Medijska kampanja	2 Mjeseca	
	Štampani informativni materijal		
	Vidljivi događaji		
Objaviti i proširiti kratki tromjesečni časopis o projektu	Definisati format i kanal za komunikaciju sa ciljnim grupama	12 Mjeseci	
	Pripremiti i proširiti informaciju		
	Raspraviti o mehanizmima da se osigura dugotrajna održivost protoka informacija		
Razviti državnu web stranicu o medijaciji	Razviti strukturu državne web stranice o ADR	3 Mjeseca	
	Osigurati vlasništvo i održivost menadžmenta web stranice		

IV. Preporuke o regulatornom okviru za ADR

IV. Preporuke o regulatornom okviru za ADR			
Akcije	Aktivnosti	Vremenski okvir	Potreban budžet
Izrada zakona modela arbitraže	Konsultacioni postupak sa važnim učesnicima	3 Mjeseca	20.000 EUR
	Identifikacija najbolje regulatorne prakse		
	Izrada statutarnih odredbi		

Aleš Zalar

Pravni ekspert