

***Финансиско-правни аспекти на медијацијата во домашното
и компаративно законодавство и практика***

**Фросина Кипровска-Лукиќ
број на индекс 100/119**

**Ментор
Проф. Д-р Александра Максимовска Стојкова**

Скопје, 2021 година

Содржина

Вовед и образложение на потребата и предметот на истражување.....	9
Глава 1. Судско и вонсудско решавање на спорови.....	20
1.1. Судско решавање на спорови	20
1.2. Вонсудско решавање на спорови	28
1.2.1. Медијација	32
1.2.1.1. Историја на медијацијата	35
1.2.1.2. Поимот медијација	38
1.2.1.3. Карактеристики на медијацијата	41
1.2.2. Начела на медијацијата	44
1.2.2.1. Начело на доброволност	45
1.2.2.2. Начело за рамноправност.....	45
1.2.2.3. Начело на неутралност и непристрасност.....	46
1.2.2.4. Начело на доверливост.....	47
1.2.2.5. Начело на исклучување на јавноста во медијацијата.....	48
1.2.2.6. Начело на еднаквост на странките.....	49
1.2.2.7. Достапност на информации за медијацијата во други постапки.....	50
1.2.2.8. Начело за ефикасност	50
1.2.2.9. Начело за правичност.....	51
1.2.3 Модели на медијација.....	52
Глава 2. Домен на примена на медијацијата.....	55

2.1. Области на примена на медијацијата.....	55
2.1.1. Медијација во имотноправни спорови	57
2.1.2. Медијација во семејни спорови	57
2.1.3. Медијација во економски спорови	58
2.1.4. Медијација во областа на животната средина	59
2.1.5. Медијација во работните спорови	60
2.1.6. Резултати од примена на медијацијата во случаи од компаративното право.....	65
2.2. Објективни и субјективни граници на медијацијата	73
2.3. Финансиско-правни аспекти за предностите на медијацијата	75
2.3.1 Медијацијата ја подобрува работата на судството.....	75
2.3.2 Медијацијата обезбедува поквалитетна и поевтина услуга на странките.....	77
2.3.3 Клучни финансиски мотиви кај медијацијата-судски трошоци.....	79
2.3.4 Финансиски предности на медијацијата.....	82
2.4. Критики на медијацијата.....	83
Глава 3. Улога на медијаторот во ефикасно решавање на споровите: финансиски аспекти.....	88
3.1. Финансиски прашања за работата на медијаторот.....	88
3.2 Препреки за ефикасно решавање на споровите.....	90
3.3. Улогата на медијаторот во осигурување за ефикасно решавање на споровите.....	94
3.4. Улогата на медијаторот во ублажување на проблемите на негативната селекција..	98
3.4.1. Поим за негативна селекција.....	98

3.4.2. Разликата помеѓу БАТНА и резервациските цени	99
3.4.3. Прекин на преговорите и поделба на презентираниите придобивки на еднакви делови.....	101
3.4.4. Прекинување на преговорите во играта „земи или остави“ со медијација или без медијација.....	103
3.4.5. Поделба на презентираниите придобивки на еднакви делови во играта „земи или остави“ со медијација или без медијација.....	104
3.4.6. Влијанието на знаењето на преговарачите врз ефективноста на медијацијата – финансиски импликации.....	106
3.4.7. Задолжителна медијација наспроти доброволна медијација – теоретски аспект и примена во практиката во македонското законодавство.....	108
3.4.8 Регулатива и дилеми во Република Северна Македонија.....	110
3.4.9 Нормативен аспект на задолжителната медијација во врска со сегашната дебата во нашата земја.....	113
3.4.10. Компаративни сознанија во примена во македонската регулатива.....	118
3.4.11. Методи за ефективно завршување на преговорите по пат на медијација.....	119
3.4.12. Кредитилитетот на објавата за прекинување на преговарањето.....	119
3.4.13 Неточен пренос на информации од страна на медијаторот.....	122
3.5. Улогата на медијаторот во ублажување на проблемите од морален хазард.....	125
3.5.1 Борба помеѓу половите – основни карактеристики.....	125
3.5.2 Проблемот со координацијата во улогата на медијаторот во играта борба помеѓу половите	129
3.5.3 Игра на заедничко вложување – основни карактеристики	130
3.5.4 Проблемот со координацијата и улогата на медијаторот во играта на заедничко вложување.....	132
3.5.5 Поттик да се следат препораките од медијаторот.....	133

3.5.6	Импликации од играта на заедничко вложување во воведувањето на задолжителна медијација	134
3.6.	Општото знаење како препрека за ефикасното решавање на спорот и улогата на медијаторот.....	137
3.7.	Општата стратегија за преговарање како препрека за ефикасно решавање на спорот и улогата на медијаторот.....	140
3.8.	Различните очекувања на странките како препрека за ефикасно решавање на спорот и улогата на медијаторот - финансископравни аспекти.....	143
Глава 4. Медијацијата и арбитражата во меѓународни спорови во кои како страна се јавува државата.....		146
4.1.	Инвестициона арбитража и медијација.....	147
4.2.	Значење на инвестициите за финансискиот систем и економијата.....	148
4.3.	Меѓународниот центар за решавање на инвестициски спорови: значење и надлежности во изминатиот период.....	149
4.4.	Меѓународна инвестициона арбитража	152
4.5.	Меѓународни инвестициони договори во домашното право и практика.....	154
4.5.1.	СМЕ против Република Чешка	155
4.5.2.	Saluka Investments против Република Чешка	155
4.6.	Надлежности.....	156
4.7.	Примена на одредби од билатерален договор на Република Македонија како основ за надлежност на Меѓународниот центар за решавање на инвестициски спорови.....	156
4.8.	Регулатива на меѓународната инвестициона арбитража меѓу Република Северна Македонија и трети земји.....	158
4.9.	Решавање на споровите пред арбитражен суд или медијација	161
4.10.	Примери од практиката на досегашни инвестициони спорови од домашната практика.....	162

4.11. Посредување меѓу инвеститори и држави.....	163
4.12 Што е тоа посредување меѓу инвеститорот и државата.....	164
4.13 Отворени прашања во спорови меѓу инвеститори и земји Градење на капацитети.....	165
4.13.1 Услуги за медијација.....	167
4.13.2 Предложени правила за медијација на ICSID.....	167
4.13.3 Клаузули за решавање спорови во инвестициски договори.....	162
4.13.4 Решавање на спорови за инвестиции преку медијација.....	168
4.14 Градење на капацитети.....	170
4.15 Меѓународна даночна арбитража: предизвици и перспективи.....	172
4.16 Концепт на взаемна правна помош во даночни прашања.....	172
4.17 Концепт на меѓународна даночна арбитража.....	175
4.18 Перспективи за меѓународна даночна арбитража во Република Северна Македонија.....	181
Глава 5. Финансископравни аспекти на медијацијата во Република Северна Македонија.....	183
5.1. Развојот на медијацијата	183
5.2. Закон за медијација	188
5.3. Останати закони кои ја регулираат медијацијата.....	189
5.4.Операционализација на системот за медијација по пат на подзаконски акти	191
5.5. Директива 2008/52/ЕЗ на Европскиот парламент и советот од 21 мај 2008 година во врска со одредени аспекти на медијацијата во граѓанските и трговските прашања.....	207
5.5.1. Прекугранични спорови	207
5.5.2. Обезбедување на квалитетот на медијацијата	208
5.5.3. Прибегнување кон медијацијата	209

5.5.4. Примена на спогодби што произлегуваат од медијацијата.....	209
5.5.5. Доверливост на медијацијата	210
5.6. Финансископравни аспекти на медијацијата.....	211
5.7 Финансископравни аспекти за државата.....	213
Глава 6. Финансиски аспекти на медијацијата во земјите во регионот и пошироко.....	215
6.1. Медијацијата во Република Хрватска.....	218
6.2. Медијацијата во Црна Гора	221
6.3. Медијацијата во Република Словенија.....	222
6.4. Медијацијата во Босна и Херцеговина (БиХ)	223
6.5. Медијацијата во Франција	229
6.6. Механизми на медијација во Италија.....	230
6.7. Медијацијата во САД	231
7.Заклучни согледувања.....	235
Користена литература	244

“Финансиско-правни аспекти на медијацијата во домашното и компаративно законодавство и практика“

Вовед и образложение на потребата и предметот на истражување

Медијацијата како еден од алтернативните методи за решавање на спорите е предмет во овој труд од повеќе причини. Најнапред, самиот избор на тема за докторски труд изискува избор на тема која ќе биде од една страна недоволно истражена во досегашните научни домашни трудови, а од друга страна да има потенцијал од неа да произлезат научно засновани резултати и сознанија кои од кои би имала полза домашната наука и практика. Оттука, медијацијата како вонсудска постапка за решавање на спорови, во која медијаторот им помага на страните по пат на преговарање да дојдат до заеднички прифатливо решение е предмет на истражување, но не само во својата базична изворна појавност, туку од финансиски и јавно финансиски аспект. Притоа, знаејќи дека медијацијата е алтернативен, вонсудски начин на решавање на спорови, кој е доброволен, односно каде страните лично учествуваат во постапката и решавањето на спорот, и сами ја контролираат постапката и доаѓаат до решение, веќе грижа како во предметот на истражување да се вклучат финансиските аспекти, со кои ќе се образложи финансиската оправданост за ползување на медијацијата во македонското законодавство и практика. Затоа уште на почетокот стана јасно дека се работи за тема од интердисциплинарен карактер, бидејќи медијацијата покрај тоа што најчесто се поврзува со граѓанското и граѓанското процедурално право, таа станува исклучително интересен институт за проучување и од аспект на заштедата на трошоци во судските постапки, потоа заштедата на трошоци во спорите во кои како една од страните учесник е државата итн. Притоа се поставуваат прашања за можен судир или преплетување на различни правни принципи кои важат во граѓанско право и во финансното право, од аспект на тоа што во граѓанското право важат принципите за слобода на волја за иницирање на спорови, рамноправност на волјите во доменот на договарањето и слично, а пак во финансово правната област, имаме различни принципи, односно имаме почитување на волјата на активниот субјект (државата) од страна на пасивниот субјект (физичко или правно лице). Сепак, поаѓајќи од фактот што во финансното право, имаме проучување како на јавните, така и на приватните финансии,

односно и на меѓународните финансии, потребата од проучување на медијацијата се наметна како голем предизвик. Имено, предизвикот е да се дојде до одговор на прашањето: дали е возможно да се примени медијација, како алтернативен облик на решавање на спорови во финансиските спорови, посебно од аспект кога еден од учесниците е државата. Затоа, во предметот на проучување на овој труд се опфатени споровите во кои учествува една држава во даночната област, но не во доменот на даночните постапки во кои државата е активен субјект, и каде нема простор за размислување на алтернативно решавање на споровите, бидејќи државата има суперматерија на волјата и нормите се строги, без диспозиција на волја, туку во областа на меѓународното право и тоа:

- Областа на инвестициони спорови каде еден од субјектите е државата и;
- Областа на меѓународното даночно право каде имаме потреба од голема доза на договарање помеѓу страните – државите во спорот.

Притоа, водени од повеќекратната полза од алтернативно решавање на споровите, меѓу кои најблизок институт до медијацијата е арбитражата (во меѓународното даночно право), во предметот на проучување е се обработени низа прашања кои се вовед во воспоставување на нови начини на гледање на медијацијата.

Јасно е дека станува збор за интердисциплинарен предмет на проучување, преку истражувања и сознанија потребни од граѓанско процесно право, право на медијација, меѓународно право, односно меѓународно даночно право.

Во текот на истражувањето имаше потреба да се проучат низа прашања од кои овде ги издвојуваме следните:

- Како функционира медијацијата, кои се нејзините елементи, односно како да се примени и прошири медијацијата во различни области?
- Дали принципите кои произлегуваат од медијација, кои се на пример доверливост на постапката се применливи и во финансиско-правната област?
- Дали и во која мера се заштедуваат парични средства за време за решавање на граѓанските и трговските спорови, од аспект на судските трошоци и времетраење на истите, што е во директна зависност со финансирањето на судскиот систем, односно има допир со финансиско правната дејност на државата?
- Дали крајната цел е поголема брзина и задоволство на двете или сите стра

- ни кои учествувале во постапката, унапредување на нивните лични и деловни односи и соработка, или целта е да се помогне во кратење и на трошоци на државата?
- Дали медијацијата е применлива во македонската правна регулатива, односно во која мера досега нашата држава имала спорови во инвестиционата арбитража, каде што можела да ја примени медијацијата?
- Какви се изгледите за примена на меѓународна даночна арбитража (медијација) во иднина од аспект на учество на нашата држава во идни спорови?

Од тие причини, методологијата на работа изобилува со повеќе методи, но најважен е пристапот во разгледување и истражување на проблемите постапно, односно **се оди од општо кон посебно**. Имено, најнапред се врши проучување и елаборација на медијацијата и процедуралните правила за медијација. При што е важно дека во постапката на медијација двете страни учествуваат во решавање на спорот и заеднички доаѓаат до решение кое е подеднакво прифатливо за двете страни, така што сите страни се чувствуваат победници, се доаѓа до win-win ситуација. Исклучително е важно што страните со своето учество го контролираат процесот, придонесуваат за позитивен резултатот, одлучуваат за содржината на спогодбата. А пак од друга страна се објаснети процедуралните правила во судската постапка, каде судот одлучува кој ќе го добие спорот, а само една страна е победник. Судскиот процес трае долго, додека медијацијата е брза постапка. Страните кои ќе седнат на преговарачка маса, во пракса за 3-4 часа, со помош и насочување на медијаторот го решаваат спорот. Во судската постапка трошоците се многу поголеми, а една од предностите на медијацијата е што е евтина постапка. Токму овој момент од финансиски аспект е предмет на разработка и поткрепен со примери кои доведуваат до заклучок за финансиската оправданост на примена на медијацијата.

Понатаму, одејќи од општо кон посебно, покрај разгледувањето на чисто финансиските бенефити на медијацијата во судските постапки, се продолжува кон посебни глави во трудот, каде се истражени многу интересни прашања за примената на алтернативните вонсудски начини на решавање на спорите во меѓународното даночно право, каде учесниците се две или повеќе држави. На трудот е направено и компаративно истражување на примената на медијацијата во повеќе држави, со цел да се согледаат придобивките и да се добијат сознанија за “добри практики“ и правни решенија, кои се можни и применливи во македонското законодавство и практика. Овде е користен

компаративниот метод на истражување, односот **методот на студија на случај** во однос на истражувањето на некои конкретни спорови.

Затоа, посебен дел од трудот е секако посветен на домашната регулатива и практика на медијацијата, со низа експликации на принципи, елементи но и предизвици за иднина.

Заклучокот на трудот нуди мошне важни согледувања кои произлегуваат од повеќегодишното истражување на оваа проблематика, од кои некои се дадени јасно и прецизно, додека други се во облик на дилеми со опции за имплементација. Причината за ова лежи во фактот што медијацијата е постапка која не е во доволна мера одомаќинета кај нас, и низа прашања се сеуште предмет на дилеми и во меѓународното право, односно претставуваат новитети и кај други истражувачи.

Трудот е составен седум меѓусебно поврзани глави, при што во **првата глава** се компаративно прикажани судското наспроти вон-судското решавање на спорови. Тука е елаборирана медијацијата како тајна постапка, во која учествуваат само медијаторот и страните, и доколку е потребно законските застапници и полномошници, додека судските постапки можат се во принцип јавни. Во медијацијата се почитуваат личните вредности на страните, културата, обичаите и традициите, а овие вредности можат да бидат имплементирани и во решението. Со решението можат да се решат сите спорни односи, можат да се решат дел од спорните односи, односно да се постигне согласност за фактичките прашања, а за правните прашања може да се покрене судска постапка. Со медијацијата се обновуваат нарушените односи, се подобрува квалитетот на соработката и дијалогот во иднина, дури и може да се превенираат настанување на нови конфликти меѓу субјектите. Објаснети се начелата врз кои се темели и одвива медијацијата. Така, објаснето е како се применуваат начелата на доброволност, неутралност, доверливост, исклучување на јавноста во медијацијата, еднаквост на страните, достапност на информации за медијацијата во други постапки, ефикасност и правичност, кои се однесуваат на самата постапка, но и на медијаторот и страните во постапката. Овие начела подоцна се доведени во корелација со начелата од финансното право, што е многу важно прашање. На пример, начелото на доброволност се однесува на доброволно пристапување на страните во постапка на медијација со потпишување на писмена согласност, начинот на водење на постапката и доброволно прекинување на постапката. Значи, страните се рамноправни во постапката за медијација. Во постапката за медијација, медијаторот постапува неутрално и непристрасно во однос на страните или на спорниот однос. Доверливоста се однесува на сите информации што

произлегуваат или се поврзани со постапката на медијација кои ќе останат доверливи, освен ако страните писмено поинаку не се договориле. Во постапката за медијација јавноста е исклучена. Во постапката за медијација учествуваат страните, а правното лице го застапува законски застапник, односно овластен полномошник. Страните имаат еднакви можности за учество во постапката за медијација, медијаторот постапува еднакво со страните. Од финансиски аспект, постапката на медијацијата е економична, ефикасна и брза постапка до која страните имаат лесен и еднаков пристап. Во постапката на медијација се гарантира правично постапување.

Во **втората глава** се објаснети домените во кои најчесто досега се применува медијацијата. Имено, со медијација досега се решаваа имотнoprавни, семејни, работни, трговски, потрошувачки, осигурителни, спорови од областа на образованието, заштитата на животната средина, спорови во врска со дискриминацијата, по приватна тужба или кога детето кое е кривично одговорно, а кое дошло во судир со законот, односно сторило кривично дело за кое е предвидена казна затвор до 5 години, како и во други спорни односи каде медијацијата одговара на природата на спорните односи и може да помогне за нивно решавање. За нас, поаѓајќи од насловот на дисертацијата мошне е важен моментот дека: **сите овие спорови имаат големи и комплексни финансиски импликации за економските субјекти, граѓаните, државата, кои значат нивна поединечна, но и вкупна загуба за националниот доход на земјата и благосостојбата.** Понатаму, важна е идеата за проширување на домените во кои медијацијата се јавува односно може да се јави, а тоа се доменот на меѓународни инвестициони спорови и доменот на меѓународно даночно право.

Третата глава е посветена на финансиско-правните аспекти на медијацијата, кои се огледаат и во улогата на медијаторот. Финансиите имаат јавноправен елемент, а бидејќи со медијацијата се постигнува судска ефикасност, финансиски бенефит со намалување на трошоците во судските постапки и адвокатските трошоци, зголемување на финансиската доверба преку финансиската дисциплина и воопшто зголемување на правната сигурност на целокупната јавност, произлегува јасниот бенефит за сите субјекти учесници во правниот промет, меѓу кои е секако државата. Успешното спроведување на медијацијата е важно во макро-светска перспектива и тоа е важно на дневно микро-ниво. Елементот што го дефинира владеењето на правото денес е судство, не само независно и транспарентно, туку и флексибилно и високо финансиски ефикасно. Законот и соодветно, судовите, се допир на се што правиме. Но, денес во Европа, како и

во светот, судството и судовите не се толку флексибилни колку што треба да бидат за решавање на сè покомплексните економии и се поусовршената комуникација што глобализацијата ја создаде. Европските бизниси сега имаат клиенти низ целиот свет и им треба метод за решавање спорови што е побрз и поевтин од традиционалната судска пресуда. Поради оваа причина, европските бизниси треба да застанат зад медијацијата и да ги видат економските придобивки што може да ги обезбеди медијацијата. На микро-ниво, владите на земјите-членки можат да заштедат време и пари со вклучување на медијација во секојдневното. Навистина, дури и ниски - на моменти, екстремно ниско успешни- стапки на медијација ослободуваат значителни трошоци за парница за владите, деловните субјекти и граѓаните. Затоа овој труд има за цел да покаже колку ниски можат да бидат стапките на успех во медијацијата и сè уште да се гледаат резултатите на придобивките од медијацијата. Покрај тоа, овој труд, исто така, прави обид накратко да предложи некои решенија за унапредување на институтот медијација. Некои од решенијата се дадени како законски предлози, за да ја направат медијацијата задолжителна, но истите очигледно не се очекуваат од секоја земја. Сепак, други мотивациски решенија, како на пример, субвенционирање или даночни олеснувања за успешна употреба на медијација се релативно едноставни идеи кои може да имаат големо влијание за зголемена примена на медијацијата.

Во Македонија, паралелно со градењето на демократска држава и пазарна функционална економија се појави потребата од нови правни и функционални институти. Па така, уште со носењето на Законот за медијација од 2006 година се препознава важноста на примената на медијацијата во различни спорни односи, а посебно во трговските. Значењето на медијацијата како вонсудско решавање на трговските спорови го потврдуваат и препорачуваат бројните меѓународни документи кои се усвоени од ЕУ и Советот на Европа. Со цел да се даде афирмација на алтернативните начини на решавање на споровите и заживување на оваа ефикасна алатка, Владата на Македонија во насока на поддршка на медијацијата, донесе Програма за развој на медијацијата, во која се определуваат мерки и средства со кои се обезбедува поддршка на медијацијата. Програмата се донесе за период од најмалку четири години. Посебни програми за поддршка на медијацијата донесуваат Судскиот совет и Врховниот суд на Македонија. Заради развој на медијацијата во Македонија државата пропишува субвенционирање на дел од трошоците на медијацијата. Законот со европско знаменце има за цел унапредување на работата на медијаторите и поголема афирмација на медијацијата. Вакви или слични мерки би довеле, од една страна до зголемување на довербата на

корисниците за поголемо користење на алтернативните методи за решавање на нивните спорови, а од друга страна, до зголемување на ефикасноста на трговските судови, а со тоа и до унапредување на деловните односи и создавање мотивирачко окружување за развој на стопанските активности.

Суштината на медијацијата е во внатрешната способност на методот да ги упати страните една кон друга за тие да може да го видат нивниот однос од поинаква перспектива. Во Европа во моментот медијацијата особено е развиена во Велика Британија, Холандија, Скандинавските земји, Австрија, Белгија а во регионот во Словенија, Хрватска, Босна и Херцеговина и Србија. Успехот од воведувањето на медијацијата во правниот систем зависи од поминувањето на три основни теста на прифаќање на медијацијата од страна на: - **судството**, - **адвокатите** и - **јавноста**. Во принцип, судството има клучна улога во пренасочување на предметите од судските постапки во постапките на медијација. Одредени резултати се постигнати со воспоставување на пилот програми на судска медијација кои ја подигнуваат јавната доверба во новиот институт и овозможуваат програмата да биде изменета, потврдена и проширена врз основа на утврдените предности и слабости. Медијацијата е можност за дополнителна заработка, но и нов професионален предизвик за адвокатите, што ја претставува позитивната страна на медалот.

Во трудот се образложени и негативните страни на медијацијата, најмногу манифестирани во неподготвеноста на адвокатите да ја препорачуваат медијацијата на своите клиенти, што делумно се менува преку обуките и согледувањето на предностите на постапката, особено за големите и долготрајни клиенти. Сепак, останува еден парадокс, во кој адвокатите се подготвени да бидат медијатори во спорови на туѓи клиенти, но не се подготвени на своите клиенти да им ја препорачаат медијацијата како оптимална опција. Засега има делумно прифаќање на медијацијата од страна на јавноста кое е резултат на претходните два теста, но и на кампањата за претставување на нејзините предности, но, посериозно е можно само во систем во кој довербата кон судот како клучна институција во правораздавањето е многу силна и тешко менлива. Искуствата покажуваат дека позитивното промовирање на медијацијата дава подобри резултати, одошто поставување на прагови на пристап до судските постапки или, пак, казнувањето за некористењето или неповикувањето на медијацијата. Клучен аргумент во рацете на оние кои веруваат во медијацијата е нејзината успешност. Стапките на успех на медијацијата во различни земји, кои почиваат на различни системи, и во кои

таа била воведена во различни историски периоди под различни услови, изнесуваат меѓу 70% и 85% од случаите кои се предмет на медијација.

Од финансиско-правен аспект, во трудот има елаборации во секоја глава, при што најексплицитно тоа се дел од третата, но целосно четвртата и петтата глава. Така извршено е разгледување на прашањата за перспективите и значењето на медијацијата во нашата држава, при што неминовно се наметнуваат прашањата, каде имаме случаи во кои државата е субјект на спор кој би се решил по пат на медијација, а аналогно на тоа на арбитража. Од тие причини, во овој труд е извршена анализа на неколку домени значајни за финансиските аспекти на медијацијата и арбитражата во Република Северна Македонија. Овде се јави за потребно да се разграничат следните правни прашања во **четвртата глава**. Прво, разгледани се и анализирани единствено случаите од јавноправен финансиски интерес за нашата држава, а тоа се случаите на меѓународна инвестициона арбитража, односно случаите каде имало спор во кој едната страна била државата, а другата страна странски инвеститор, кој подоцна е разрешен преку инвестициона арбитража, односно медијација, согласно законската регулатива. Дадени се главните карактеристики, кои се анализирани и претставени од аспект на нивно поврзување со главната тема на докторската дисертација, односно алтернативното решавање на спорови – медијација, кое е непосредно поврзано со прашањето на арбитража – како посебен вид на решавање на спорови вон судовите. Истовремено, во анализата посочено е и на медијацијата која произлегува како дозволено правно решение во доменот на меѓународната инвестициона арбитража. Сметавме дека ќе ги зајакнеме аргументите за јасност и поврзаност на деловите од оваа интердисциплинарна тема, со наведување на примери од меѓународната инвестициона практика на решавање на спорови, па затоа понудени се конкретни примери и нивни резултати, но и резултати кои би се очекувале доколку се спровела медијација наместо арбитража.

Во продолжение на таа анализа дадени се објаснувања за меѓународната даночна арбитража, правен институт кој сеуште не е многу развиен кај нас, но за кој има перспективи да се доуреди и примени во иднина, бидејќи самото меѓународно даночно право во овој момент доживува пробив на нови идеи и воведување на даночна арбитража. Се работи за споровите од меѓународното даночно право, односно прашањата од избегнување на меѓународното двојното оданочување, во кои една од страните е потенцијално нашата држава, а кои побрзо би можеле да се разрешат преку меѓународна даночна арбитража или дури и медијација. Станува збор за потенцијални

даночни приходи на Република Северна Македонија кои би произлегле од ваков начин на разрешување на споровите, а секако и заштеда на финансиски средства, за разлика од досегашниот начин на решавање на спорови. Секако, сеуште не постои даночна медијација, но сепак, во продолжение на претходната аргументација, добро е да се даде осврт и на овој важен вонсудски начин за решавање на спорови, бидејќи во научната теорија и литература веќе се споменуваат можностите за меѓународна даночна медијација.

Во петтата глава се разработени медијацијата и финансиско-правните аспекти за нејзина примена. Важно е што македонското судство е во процес на реформи и усогласување на законската регулатива во ЕУ законодавството, како еден од многуте чекори потребни за усогласување за влез во Европската Унија. Во пресрет на сите промени и прилагодувања, зголемената деловна активност носи повеќе работа на судовите, работа која е поинаква, со нови закони кои бараат толкување, нови прашања кои треба да се решат, и зголемен обем на работа, многу често во рамките на располагање со ограничени ресурси. Соочувајќи се со предизвиците и со недостигот на човечки и технички ресурси, македонските судови се борат со затрупаност со предмети и, како резултат на тоа, стануваат многу непопуларни меѓу клиентите, оставајќи впечаток на скапи, но бавни и некомпетентни институции, кои произведуваат неефикасни решенија. Сите овие прашања го прават патот до правдата, за страните кои се во спор, долг, бавен, скап, индиректно наштетувајќи им на нивните финансии со блокирање на големи суми кај другата страна, трошоци на постапката и надомести за адвокати. Како резултат на тоа, малите бизниси, се разбира и поединците, се наоѓаат во подредена положба. Од аспект на малите и средни претпријатија кои се над 97% од македонските претпријатија, ова може да предизвика неповолни последици по краткорочната ликвидност, солвентноста и идното постоење на компанијата на пазарот, а со тоа да биде фатално за македонската економија. Во овој контекст, правната несигурност и неефикасност е клучен аспект за деловниот амбиент во земјата за сите инвеститори, особено за странските инвеститори, кои, и покрај евтините ресурси и обилната државна помош, не се подготвени да инвестираат и почнат бизнис во Македонија. Како последица на погоре наведеното, поставувањето и одржувањето на ефективен и ефикасен систем на решавање на деловните, лични и политички конфликти кои настануваат секојдневно, станува многу значајно, меѓу другото и за економската стабилност и раст.

Во **шестата глава** е направено компаративно истражување на финансиско-правните аспекти на медијацијата, при што се истражени во облик на анализа на случај следните држави: Хрватска, Црна Гора, Словенија, Босна и Херцеговина. Но бидејќи сметавме дека не е доволно да се потпреме само на регионалните искуства, во оваа глава опфативме и истражување во Италија, како држава членка на ЕУ надвор од нашиот регион, но и на Соединетите Американски Држави, каде медијацијата има веќе длабоко развиена правна практика.

Во **заклучокот** се дадени сублимирани заклучни сознанија како од општата правна и финансиска анализа на медијацијата и нејзините елементи и начела, така и од поединечните истражувања за прашањата од финансиско правен домен.

Секој истражувач, кога ја одбира темата која ќе ја работи за докторска дисертација е соочен со низа дилеми, од кои можеби најважната е дали да пристапи кон темата за која чувствува приврзаност поради претходните професионални искуства, дали и колку да внесе лични и субјективни гледишта и ставови, или пак само да следи туѓи веќе етаблирани мислења, кои делумно се но понекогаш и не се совпаѓаат со неговите. Темата за медијацијата и нејзините финансиско правни аспекти е дефинитивно предизвик за истражување, бидејќи досега не наидовме на труд со сличен наслов или предмет на истражување. Сепак, вербата во потреба од нови решенија кои ќе бидат полезни за сите, како за учесниците – странки во споровите, така и општо за целокупниот правен систем, не водеа во креирање на содржина и глави кои се насочени како одговор на главната теза: во нашата држава постои потреба од развивање и примена на медијацијата, и тоа не е ниту чисто граѓанско правно, ниту трговско, ниту финансископравно прашање, туку прашање од интердисциплинарен карактер, кое и баш токму затоа со неговото расчистување ќе има бенефити во низа различни домени.

Глава 1. Судско и вонсудско решавање на спорови

1.1. Судско решавање на спорови

Судски начин на решавање на спорови се применува кога страните во спорот не се во можност да го решат спорот самостојно, односно на некој друг начин, па се обраќаат до судот како државен орган. Граѓанскоправните спорови на тој начин по правило се решаваат со парничарење по правила и процедури кои се законски пропишани. Во парничната постапка судот овозможува правна заштита по повод повреда на некое лично право, семејно право, работни, имотноправни и други граѓанско правни односи.¹ Со овој закон се утврдуваат правилата на постапката според кои судовите постапуваат и одлучуваат за личните, семејните, имотните и другите правни состојби и односи определени со овој или со друг закон. Во одредени работи и тоа лични, семејни, имотно правни и др., судот може да постапува и одлучува во вонпарнична постапка, под услов меѓу учесниците да не постои спор околу фактите, кога ова е регулирано со закон.²

Заштитата на субјективните права во парнична постапка му е поверено на судот. Оваа гранка на државната власт е одвоена и е независна од законодавната и извршната власт.³ Положбата на судовите и уредувањето на државната власт е уредена со Уставот на Р.С. Македонија. Во секоја конкретна парнична постапка постапува и одлучува оној суд кој е стварно, месно и функционално надлежен да постапува и одлучува во оној состав кој е пропишан со закон. Граѓанските субјективни права се штитат пред судот само по барање на тужителот, не по службена должност.

За основаноста на тужбеното барање судот одлучува по заклучување на главната расправа. Докажувањето ги опфаќа контраверзните правни факти кои се релативни за донесување на одлуката, при што парничарите се должни да ги изнесат сите факти на кои го засноваат своето барање и предлагаат докази за утврдување за тие факти.⁴ По заклучувањето на главната расправа, судот гласа и носи пресуда, во некои случаи носи решение, како што е постапката за издавање на платен налог, со која се усвојува

¹ Член 1, Закон за вонпарнична постапка, Сл. Весник на РМ, бр.09 од 18.01.2008 година

² Член 1, Закон за вонпарнична постапка, Сл. Весник на РМ, бр.09 од 18.01.2008 година

³ Кеча Ранко, Граѓанско процесно право, Београд, 2013, Правни факултет Универзитета у Београду, Службени гласник РС

⁴ Закон за вонпарнична постапка, Сл. Весник на РМ, бр.09 од 18.01.2008 година.

барањето. Во зависност од тоа каква правна заштита се остварува, пресудите можат да бидат деклараторни, конститутивни и кондемпнаторни. Со оглед на основаноста на тужбеното барање, пресудите се поделени на оние кои го усвојуваат барањето, целосно или делумно и оние со кои се одбива тужбеното барање. Против првостепените пресуди, може да се поднесе жалба како редовен правен лек, а оние пресуди кои не можат да се побиваат со жалба, преминуваат во правосилни. Со пресуди кои се правосилни по истекот на рокот за доброволно извршување на обврските се оди кон принудна наплата (извршување) од страна на надежен орган.

Судската заштита е посебен облик на организирана правна заштита. Неа ја даваат, по правило, судовите според посебни правила на постапката кои се утврдени со закон. Во согласност со ова, за да го оствари своето повредено, загрозено или вознемирено субјективно право, правниот субјект се обраќа до надлежниот орган - судот - и бара соодветна заштита. Во постапката за правна заштита, судот испитува, на начин пропишан со процесното право, дали постои наводното субјективно право кое правниот субјект сака да го оствари и ги определува мерките на негова заштита. Принудата која судот ќе ја примени секогаш се движи во рамките на општите правила на постапување кои се предвидени со процесното право и тоа подеднакво за сите субјекти што учествуваат во постапката за заштита и остварување на правото.

Правната заштита на субјективните права кои произлегуваат од корпусот на различните граѓанско-правни односи (лични, семејни, работни, имотни и други граѓанско-правни односи) е уредена со посебни процесни правила. Оваа заштита, на барање на носителот на субјективното право што е повредено, оспорено или загрозено, ја дава судот во посебна постапка за судско остварување на правата – граѓанско-судска постапка.

Правната заштита се обезбедува според правилата на редовната (општата) парнична постапка уредена со Законот за парничната постапка.

- Повод за давање судска заштита

На барање на овластен субјект, правната заштита се дава само кога субјективното право не може да се оствари спонтано, по вообичаен пат. Причините или поводите за давање правна заштита на подрачјето на првата на пациентите најчесто се поврзани со барање за надомест на штетата настаната поради повреда на нивните права.

- Надлежност на судовите за спорови за надомест на штета

Постојат повеќе видови надлежност, но во оваа пригода ќе се ограничине на разгледување на стварната и на месната надлежност.

- Стварната надлежност значи распределба на спорните предмети меѓу одделни судови од ист вид во рамките на судскиот систем на една земја. Стварната надлежност може да се определи врз основа на повеќе критериуми: според предметот на спорот (каузален критериум), според вредноста на предметот на спорот (вредносен критериум), според личноста на процесните субјекти (субјективен критериум) итн.
- Месната надлежност овозможува конкретно да се определи кој стварно надлежен суд ќе постапува и одлучува во конкретен случај. Таа се однесува на поделба на работата меѓу судовите со иста стварна надлежност. Решавањето на спорните работи е поделено меѓу исти видови судови кои имаат различни подрачја на кои дејствуваат и тоа според определена врска која постои меѓу спорниот предмет и подрачјето на судот.
- Основните судови, во согласност со стварната надлежност определена со закон, судат во прв степен и се основаат како основни судови со основна надлежност и основни судови со проширена надлежност. Основните судови со основна надлежност за подрачјата за кои се основани, се надлежни да одлучуваат во прв степен по кривични дела и прекршоци, и тоа: - за кривични дела за кои со закон како главна казна е определена казна затвор до пет години, ако за некои кривични дела не е предвидена надлежност на друг суд, - за кривични дела за кои со посебен закон е определена надлежност на суд со основна надлежност, - да спроведуваат истрага или истражни дејствија за кривични дела од својата надлежност, - за сите видови на прекршоци, освен за прекршоци кои со закон се ставени во надлежност на орган на државна управа или организација или друг орган што врши јавни овластувања и - за жалби и приговори за постапките за кои се надлежни овие судови.⁵

⁵ Член 30, Закон за судови, 2006 година.

- Апелациските судови (во Битола, Гостивар, Скопје и во Штип) се стварно надлежни да решаваат и за жалби на одлуките на основните судови од своето подрачје.
- Управниот суд, меѓу другото, решава и за поединечни акти на органите на државната управа, Владата, други државни органи, општини, Град Скопје, организации утврдени со закон и на правни и на други лица во вршење јавни овластувања (носители на јавни овластувања) кога за решавање во втор степен за таквиот акт не е обезбедена друга правна заштита.
- Врховниот суд на Република Македонија е стварно надлежен да решава, меѓу другото, и за вонредните правни лекови на правосилните одлуки на судовите кога тоа е определено со закон.

Месната надлежност за судење во **спорови за надомест на штета** се определува според Законот за парничната постапка и тоа според правилата за општата месна надлежност, а може да се земат предвид и правилата за некои посебни месни надлежности. Така, според правилата за општата месна надлежност, тужителот треба да ја поднесе тужбата до судот на чиешто подрачје тужениот има свое живеалиште, односно престојувалиште, доколку тужениот е физичко лице. Доколку тужениот е правно лице, општо месно надлежен е судот на чиешто подрачје се наоѓа седиштето на правното лице. Тужба за имотно-правни барања за лице кое нема општа месна надлежност во Република Македонија може да се поднесе до секој суд во Република Македонија на чиешто подрачје се наоѓа некаков имот од тоа лице или каде што се наоѓа предметот што се бара со тужбата.

Во овие спорови се зема предвид и посебното правило за определување на месната надлежност во спорови за **надомест на штета**, според кое за судење во спорови за вондоговорна одговорност за штета, покрај судот од општа месна надлежност, надлежен е и судот на чиешто подрачје е извршено штетното дејство или судот на чиешто подрачје настапила штетната последица. Ако на односот на корисникот на медицинската услуга и давателот на медицинската услуга гледаме како на договорен однос, се земаат предвид и правилата за спогодбена месна надлежност.

Имено, странките може да се спогодат во прв степен да им суди суд што не е меснонадлежен според закон, под услов тој суд да е стварнонадлежен. Ако со закон е определено дека за судење во определен спор меснонадлежни се два или повеќе судови, странките може да се спогодат во прв степен да им суди еден од тие судови или некој друг стварнонадлежен суд. Спогодбата за месна надлежност мора да биде составена во писмена форма и може да се однесува на определен спор или на повеќе спорови што произлегуваат од определен правен однос. Таа може да биде содржана во договорот за некое правно дело (во случајот договор за услуги), со што, всушност, се врши договарање на месната надлежност на суд за решавање на спор или на споровите што ќе настанат од договореното правно дело. Тужителот мора да ја приложи исправата за спогодбата кон тужбата.

Повредата на правилата за стварната и месната надлежност претставува суштествена повреда на одредбите на парничната постапка поради која може да се изјавуваат редовни и вонредни правни лекови на начин определен со закон.

- Поведување постапка

Споровите за надомест на штета се решаваат според правилата на редовната парнична постапка уредена со Законот за парничната постапка. Како и секоја друга парнична постапка, и **парничната постапка за надомест на штета се поведува со тужба**. Тужбата е иницијално процесно дејство со кое се поведува постапка пред судот. Тужбата, по правило, има форма на поднесок. Со Законот за парничната постапка е определена **задолжителната содржина на тужбата** како поднесок. Таа мора да содржи: тужбено барање, односно барање за донесување пресуда, факти на кои се заснова барањето, докази со кои може да се утврдат тие факти, податоци кои мора да ги содржи Секој поднесок (во смисла на означување на стварнонадлежниот и меснонадлежниот суд, означување на странките и нивните законски застапници и полномошници ако ги имаат, означување на предметот на спорот и потписот на подносителот), кога е тоа потребно, треба да се означи и вредноста на предметот на спорот и правниот интерес за поднесување на тужбата. Задолжителната содржина на тужбата е минималната содржина на овој поднесок. Покрај неа, тужбата може да содржи и други **факултативни елементи**: разни процесни барања, означување на правната основа итн.

- Видови тужби

Основната поделба на тужбите во процесната теорија се заснова на критериумот содржина на правната заштита што се бара со тужбата, па во таа смисла се прави разлика меѓу деклараторни, конститутивни и кондемпнаторни тужби.

Со **деклараторните тужби** се бара да се утврди постоење или непостоење определено право или правен однос, односно вистинитост или неvistинитост на определена исправа (тужби за утврдување).

Со **конститутивните тужби** се бара засновање, промена или престанок на некој правен однос (правнопреобразувачки тужби).

Со **кондемпнаторните тужби** се бара осуда на тужениот на определено давање, чинење, нечинење или трпење (тужби за осуда на чинидба).

При барањата за надоместок на штета станува збор за кондемпнаторни тужби.

- Видови одлуки

Судските одлуки се донесуваат во две форми, како **пресуди** и **решенија**.

Со **пресуда** судот, по правило, одлучува за основаноста на тужбеното барање.

Со **решение** судот одлучува за некое процесно прашање, кое не се однесува непосредно на предметот на постапката, но се поставува во текот на расправањето и одлучувањето за самиот предмет на постапката.

Соодветно на видот на правната заштита што се бара со тужбата, судот може да донесе деклараторна, конститутивна или кондемпнаторна пресуда.

Во зависност од тоа дали за барањето одлучува во целост или делумно, односно дали одлучува за сите истакнати барања или за дел од нив, може да се донесат и следниве видови пресуди: делумна пресуда, дополнителна пресуда и меѓупресуда. Судот може да одлучи за основаноста на тужбеното барање и врз основа на изречни или конклюдентни процесни дејства на странките, со кои тие располагаат со барањата што се ставени во постапката. Така, постои можност да се донесе пресуда поради неподнесување одговор на тужба, пресуда поради изостанок, пресуда поради откажување од тужбеното барање и пресуда врз основа на признание. Постои можност и за донесување пресуда без одржување расправа, во случаите кога тужениот во одговорот на тужбата ќе ги признае решителните факти, независно што го оспорил тужбеното барање, па претседателот на советот без закажување на рочиште за расправа ќе донесе пресуда, под услов да не постојат други пречки за нејзино донесување.

- Редовни и вонредни правни лекови

По завршувањето на првостепената постапка и доставувањето на првостепената одлука на странките, постои можност за натамошно постапување во истиот предмет пред повисоките судови или пред истиот суд доколку странките изјават правни лекови пропишани со закон.

- За одлуките донесени од страна на основните судови, странките може да ги изјават сите правни лекови кои се предвидени во редовната парнична постапка (редовни и вонредни).

Редовен правен лек е **жалбата**, која се изјавува од страна на странките за неправосилни одлуки донесени во прв степен. Ако со закон не е предвиден друг рок, жалбата се изјавува во рок од 15 дена од денот на доставувањето на преписот на пресудата. Таа се поднесува до судот кој ја донел одлуката во прв степен, а за нејзината основаност одлучува непосредно повисокиот суд - апелациониот суд. Изјавената жалба спречува одлуката да стане правосилна во делот што се побива со жалба, а со тоа го задржува и извршувањето на одлуката. Жалбата може да се изјави поради следниве **причини**: суштествена повреда на одредбите на парничната постапка, погрешна или нецелосно утврдена фактичка состојба и погрешна примена на материјалното право. Содржината на жалбата, постапувањето на надлежните судови по жалба и одлуките што тие може да ги однесат при тоа се пропишани со Законот за парничната постапка.

Покрај жалбата како редовен правен лек, законот предвидува и два вонредни правни лекови: ревизија и повторување на постапката.

- Ревизијата е вонреден правен лек што странката може да го изјави за правосилна пресуда донесена во втор степен. Рокот за изјавување на ревизијата е 30 дена од денот на доставувањето на преписот на пресудата. Ревизија може да се изјави поради суштествена повреда на одредбите на парничната постапка и поради погрешна примена на материјалното право. Ревизијата се поднесува до судот што одлучувал за предметот во прв степен, а кој понатаму преку второстепениот суд ја доставува ревизијата со сите списи на предметот до Врховниот суд на Република Македонија заради мериторно одлучување. Дозволеноста на ревизија, условите под кои може да се побара ревизија, како и

постапувањето на надлежните органи по ревизија и одлуките што тие може да ги донесат се пропишани со Законот за парничната постапка. Изјавената ревизија не го задржува извршувањето на правосилната пресуда.

- Вториот вонреден правен лек е **повторувањето на постапката**, кој може да се изјави за правосилни одлуки, независно во кој степен настапила правосилнosta. Предлогот за повторување на постапката се поднесува секогаш до судот што ја донел одлуката во прв степен, кој по правило и одлучува за предлогот, освен ако причините за повторување се однесуваат на постапката пред повисок суд. Повторување на постапката може да се бара поради три групи причини: некои суштествени повреди на одредбите на парничната постапка, појава на кривични дела и на нови факти и докази, кои доколку му биле познати на судот, би можело да донесе поинаква одлука. Повторувањето на постапката може да се бара во рок од 30 дена од денот на узнавањето на причината за повторување, а со одредени исклучоци најдоцна во рок од пет години од правосилноста на одлуката.

Кога Европскиот суд за човекови права ќе утврди повреда на некое човеково право или на основните слободи предвидени со Европската конвенција за заштита на основните човекови права и слободи и со дополнителните протоколи на Конвенцијата, кои Република Македонија ги ратификувала, странката во рок од 30 дена од конечноста на пресудата на Европскиот суд за човекови права може да поднесе барање до судот во Република Македонија што судел во прв степен во постапката во која е донесена одлуката со која е повредено некое од човековите права или основните слободи за измена на одлуката со која тоа право или основна слобода е повредена.

Во оваа постапка соодветно се применуваат одредбите за повторување на постапката.

Во повторувањето на постапката судовите се должни да ги почитуваат правните ставови изразени во конечната пресуда на Европскиот суд за човекови права со која е утврдена повреда на основните човекови права и слободи.

1.2. Вонсудско решавање на спорови

Паралелно со методот за решавање спорови од позицијата на правото, денес се применуваат и разни методи за мирно решавање на споровите, за кои, како заедничко име го користиме терминот „алтернативно решавање на спорови“. Алтернативни методи на решавање споровите првично се појавуваат надвор од судскиот систем, но неодамна станаа се почести и се применуваат и во рамките на судскиот систем, како т.н. алтернативни методи кои се припојуваат со судот.

Терминот APC/ADR⁶ се однесува на различни методи за решавање на споровите надвор од државниот судски систем, како арбитража, директно преговарање, медијација, спогодба, помирување, мини-судење, Мед-Арб техника која е комбинација на медијација и арбитража, разни истражни и процедури за утврдување на факти, порамнување, расправа за порамнување, рана неутрална проценка, апелационата АДР, итн.⁷

Најголемо значење кај алтернативните начини за решавање спорови имаат арбитража и медијација.

Горенаведените модели на алтернативи за решавање на спорови се дефинирани на следниов начин:

- **Порамнување, вонсудско порамнување** е правна работа како дел од материјалното право, договор кој решава (и со тоа завршува) спор или ја елиминира неизвесноста во еден, веќе воспоставен граѓанскоправен однос и ги одредува взаемните права и обврски на странките. Овој договор, генерално и по правило, произведува билатерални обврзувачки договор. За овој договор важат сите правила на граѓанското право за дадениот случај, содржината, можност за склучување и ефектите од договорот. Со заклучен вонсудски договор за порамнување се предвидува заштита во парницата, како и заштита на кој било друг билатерално обврзувачки договор.⁸ Вонсудската спогодба може да биде склучена во текот на граѓанската постапка, што редовно води кон повлекување на тужбата од страна на тужителот, а доколку тоа не се случи тужениот има право

⁶ Алтернативно решавање спорови.

⁷ Г. Михајловиќ, Коментар на законот за медијација, Белград, 2007 година, стр. 65 - 66

⁸ Л. Карамарковиќ, Poravnanje i medijacija, Белград, 2004 година, стр. 39.

да истакне материјалноправен приговор, односно дека парничарите се спогодиле надвор од судот со порамнување и ревидирани меѓусебни права и обврски.⁹

Вонсудското порамнување се разликува од обичниот договор како извор на облигација, затоа што со него се извршува повторно уредување на веќе воспоставена врска.

- **Арбитражата** е метод за решавање спорови, алтернативна за методите кои ги применуваат државните судови и кој е интегрално дефиниран како судски метод на решавање на спорови, чија примена државата дозволува под одредени услови, кои се засновани врз договорот на странките, со кој тие отстапуваат од надлежноста на државниот суд и ја залагаат надлежноста на арбитражниот трибунал, кој го овластува нивниот спор за основаноста и конечната одлука.¹⁰

Арбитражната постапка е, по правило, едностепена постапка, помалку формална од редовна судска постапка. По правило, постапката пред арбитражата е имплицитна, тоа е дискреционо право што им овозможува на клиентите да ги чуваат деловните тајни и деловни интереси од пошироката јавност. Арбитражата е независна како постапка, и државниот суд не е може да се меша во нејзината работа.

Основната поделба на арбитражата е во постојана (институционална) и повремена (ад хок) која се заснова на начинот на организирање на самата арбитража,¹¹ како и натаму домашна (домашна) и меѓународна (странска) арбитража. Главната разлика помеѓу арбитражата и медијацијата е тоа што арбитражите сами ја вршат функцијата на пресуда и се овластени конечно да одлучат со одлука за основаноста на спорот кој им е доверен.¹² Арбитражната награда е извршна исправа.

- **Директните преговори** се метод за решавање на спорови во кои страните директно преговараат за заемно прифатливо решение и кое се карактеризира со отсуство на трети неутрални страни. Сепак, оваа постапка не е најкорисна затоа што страните во спорот често немаат сила и можност да го решат својот спор преку преговори и ја прекинуваат комуникацијата меѓу себе и сепак завршуваат кај трето лице за да пресуди.¹³

⁹ Станковић Гордана, Граѓанско процесно право, прва свеска, Парнично процесно право, Ниш, 2012, Правни факултет, Центар за публикации; стр. 385.

¹⁰ Д. Јаникијевиќ, Арбитража, Ниш, 2011, стр. 3. - 5.

¹¹ А. Радованов, Закон за граѓанска постапка, Нови Сад, 2012 година, стр. 434.

¹² Д. Јаникијевиќ, оп. цит, стр.4

¹³ Г. Михајловиќ, оп. цит, стр. 66.

- **Раната неутрална проценка** (проценка на случајот) е релативно нов вид на алтернативно судство што вклучува рана, сеопфатна проценка на случајот од страна на адвокат професионалец со долгогодишно искуство во одредено правно поле. Резултатите од објективен аналитички преглед на случајот, извршен од неутрален експерт, се средство да се изврши притисок врз страните да ги преиспитаат своите ставови во спорот. Проценката на неутрална трета страна во раната фаза на судска постапка во врска со спор што не може да се реши без судска интервенција, ја зголемува можноста за последователно постигнување на консензуално решение.¹⁴

Раната неутрална проценка може да придонесе за побрз и поефикасен развој на понатамошниот тек на постапката пред судот, затоа што една од задачите на неутралниот евалуатор е да помогне на страните да идентификуваат важни фактички и правни прашања што треба да се решат во парница, како и прашања во кои не постои спор.

- **Недела за порамнување** подразбира прекинување на парници, најчесто стари, за период од една недела со цел да се постигне пријателско решение преку медијација, при што како медијатори најчесто волонтираат пензионирани судии и адвокати. Во случај медијацијата да не успее, случаите се враќаат на редовна постапка.
- **Концилијација**, помирување, е метод за решавање спорови во кои помирувачот има за задача да ги помири страните во спорот, но не е овластен да го претстави своето мислење и предлози за време на постапката во врска со начинот на решавање на спорот.
- **Рачиште за порамнување** е целосно вклучена постапка во судот во многу земји, во која судијата или судскиот експерт претседава со ова сослушување и помага на страните да постигнат договор.¹⁵
- **Мини-судењето** е флексибилен и необврзувачки метод за решавање спорови кој претежно се користи надвор од судот. Мини судење се состои во тоа што секоја страна му претставува скратена верзија на случајот на другата страна во

¹⁴ Д.Ананиќијевиќ, А. Мојашевиќ, *Рана неутрална евалуација* - Коректив на судот приложена евалуација, во П. Димитријевиќ (уред.), *Заштита на човековите и малцинските права во европскиот правен простор*, Тематска Збирка на трудови, Книга 1, Ниш, 2011, стр. 363 – 364

¹⁵ Г. Михајловиќ, оп. цит, стр. 67.

присуство на неутрална трета страна, кога состаноците се неформални или со помалку формални доказни постапки и процедури. По ваквите расправи, страните продолжуваат со преговорите за финален договор, со или без присуство на неутрална трета страна.¹⁶

- **Мед-арб** е хибриден, двостепен модел на алтернативно решение на спорови, кои произлегува од комбинација на медијација и арбитража. Таа е погодна за сите случаи во кои странките иако сакаат да го прекинат спорот со донесување на обврзувачки и конечни, сепак се носи одлука пред решавање на постапката да започнат со конструктивно дискутирање на спорните прашања. Во случај да не се постигне договор, со согласност од сите страни во спорот, постапката ќе продолжи како арбитража. Сепак, страните во спорот може да бидат несигурни во претставувањето на својата страна за време на медијацијата, бидејќи тие знаат дека медијаторот подоцна може да стане лицето кое ќе ја донесе конечна одлука за спорот.

Овој проблем го решаваат две различни лица кои се медијатор и арбитер.

Мед-арб се користи повеќе во приватниот сектор отколку во правосудството, иако во САД судството дозволува најмалку еден федерален окружен суд да користи мед-арб.¹⁷

Најголемата предност на моделот со мед-арб е тоа што го поедноставува и го олеснува најскапиот дел од постапката - докажувањето. Може да се дискутира за многу прашања преку медијација, без непотребни трошоци и за пократко време споредено со арбитража и судска постапка. Со завршување на постапката со мед-арб, можно е странките да го решат својот спор делумно заеднички, со договор, и делумно со пресуда од неутрална тело.¹⁸

1.2.1. Медијација

¹⁶ R. Niemic, D. Stienstra, R. Ravitz, *Guide to Judicial Management of Cases in ADR*, Federal Judicial Center, Washington, 2001, стр. 134.

¹⁷ R. Niemic, D. Stienstra, R. Ravitz, *op. cit*, стр. 135.

¹⁸ С. Марјановић, *op. cit*, стр. 194.

Во современиот свет, воочлива е силната тенденција за ширење на полето за примена на медијацијата на различни области, така да и одредени медијации во различни области делимично, а понекогаш и битно се разликуваат. Формулирање на единствена, а прецизна дефиниција за медијацијата денес претставува потешкотија, па понудените дефиниции кои ги дал Кристофер Мур треба да се земат со резерва:

„Медијацијата е интервенирање во несогласување или преговарање преку прифатливи, непристрасни и неутрални трети страни кои немаат авторитативна моќ за донесување на одлуки, туку помагање на странките во несогласувањата преку својата волја да постигнат обострано прифатлива спогодба за предметот на несогласување.¹⁹

Медијацијата треба да се разликува од сличните алтернативни видови за решавање на спорови со помош на трети лица, како што е арбитражата, односно од оние интервенции кои се одликуваат со мешање или влијание на трета страна се со цел доаѓање до некакво решение со помош на истото трето лице.

Арбитражата е процес во кој трета непристрасна страна (арбитар) секогаш ја донесува финалната, најчесто обврзувачката, одлука. Процесот на расправа и одлучување може да биде регулирано според правила, но процедурата не мора а биде законски формулирана.

Судењето е процес кој се одвива во суд, во рамки на законските прописи и процедури. Тој процес се одликува со конфронтации на спротивставените страни, каде судијата или поротата одлучува во корист на едната страна, а на штета на другата страна.

Клучни компоненти на дефинирањето на медијацијата

- *Интервенирање* - значи вложување во веќе постоечкиот систем на односи на поединци или групи со цел да им се помогне. Надворешната интервенција поаѓа од претпоставката дека третата страна може да го измени односот и динамиката на социјалните односи во несогласувањата, така што ќе влијае на уверувањата и однесувањето на страните во спорот, ќе пружи нови информации и ќе увиди и внесе ефикасен преговарачки процес кој ќе им помогне на страните во спорот да дојдат до спогодба.
- *Преговарање* – медијацијата во суштина е преговарање кое вклучува трета страна. Медијацијата претставува проширување на преговарачкиот процес, затоа

¹⁹ Moore, 1986:14

што тој со посредување на трето лице (кое е способно да им помогне на страните во спорот да го структурираат времето, да ги координираат своите активности и да бидат поефикасни во преговорите) добива нов облик. Медијацијата не може да се спроведе без преговарање, а за да таа се спроведе потребно е спротивставените страни мораат да го прифатат процесот на преговарање.

- *Конфликт* – по Кристофер Мур, конфликтот претставува постоење на борба помеѓу две или повеќе страни околу некои дефицитарни добра, статусна моќ или вредности.
- *Прифатливост на трето лице* – кога постои одобрување на страните во конфликтот да одобрат и прифатат трета страна да стапи во извесен спор и да инсистира за пронаоѓање на решение.
- *Непристрасност и неутралност* - непристрасност се однесува на ставот на лицето кога интервенира и значи отсуство за давање на предност на било која страна во конфликтот. Неутралноста подразбира однесување или однос измеѓу лицето кое интервенира и страните во конфликтот и значи дека медијаторот нема свој скриен интерес во однос на предметот на спорот и не очекува директна добивка од едната страна во спорот како компензација за посредничките услуги.

Од друга страна, непристрасноста и неутралноста не значат дека медијаторот не смее да има лични ставови и мислења во поглед на предметот или резултатот од спорот, но не ги соопштува, а посебно не се наметнува кон страните во дадениот конфликт. Конечниот тест за непристрасност и неутралност на медијаторот се воочува кај страните во даден спор кои или ја прифаќаат или ја одбиваат неговата/нејзината асистенција. Сепак, доколку спогодбата на страните не е во склоп на законот или е загрозен интересот на било која страна во конфликтот или некоја треба страна влијае врз крајната спогодба, медијаторот не може да остане неутрален и да ја прифати таа спогодба.

- *Трета страна нема моќ да носи авторитативни одлуки* – Медијаторот работи за помирување на спротивставени интереси и го користи сиот свој стручен авторитет и способност да се постигне договор кој ќе биде втемелен на потребите/интересите на двете страни вклучени во конфликтот. Оваа карактеристика го разликува медијаторот од судијата или арбитер кои по законски пат или договор се одредени да одлучуваат за страните во конфликтот. Тие одлуки повеќе се засноваат на општествени норми, закони и договори,

отколку на автентични потреби/интереси или лични концепции за страните во конфликтот.

- *Пружење помош на страните во конфликтот* - Луѓето бараат посредници затоа што им е потребна помош во преговарањето. Медијаторот ги охрабрува страните во конфликтот да ги препознаат сопствените потреби и интереси. Да согледаат што се можат да очекуваат во иднина и преговараат околу разменување на обекавања и односи кои ќе бидат прифатливи за сите страни вклучени во конфликтот.
- *Доброволно учество* - Страните во конфликтот слободно може да одлучуваат да учествуваат во процесот и слободно да го бираат решението. Тие не се ни надвор, ни внатре присилени да го прифатат медијаторот, да водат преговори и да се договараат околу решението. Важно е дека нема никакви легални последици за страните во спорот кои ќе ја одбијат постапката на медијација или ќе излезат во тек на процесот од истата. Доброволното учество не значи дека претходно немало убедувања или притисоци да се проба со процесот на медијација, меѓутоа таквото прифаќање на медијацијата не значи и истовремено присилно прифаќање на спогодбата.
- *Двострано прифатлива спогодба* - Спогодбата до кој се стигнува подеднакво ја уважувана и ги задоволува основните потреби/интереси на сите страни во конфликтот и во литературата најчесто се означува како двострана win-win победа, наспроти win-lose.²⁰
- *Приватност и поверливост* - Медијацијата е затворена за јавноста и се одликува со принципот за доверливост за приватни информации. Овој пристап е ограничен со обврската на медијаторот доколку дојде до информации дека нечија безбедност е загрозувана, да го прекине процесот на медијација и да го пријави случајот кај надлежните органи. За исклучоците од принципот за доверливост се обавестуваат и страните на почеток на самиот процес.

Од друга страна, некои видови на посредување а посебно они на кои крајна цел им е помирување на две или повеќе групи или заедници, можат да бидат делимично или целосно отворени за јавноста. Типичен пример за таквото посредување е работата на Комисијата за вистина и помирување (Truth and Reconciliation Commission), формирана во 1995 година во Јужна Африка по падот на апартхајдот.

²⁰ В. Јовановиќ, АРС и преговарање.

1.2.1.1 Историја на медијацијата

Во многу земји од светот постои социјално организиран систем на владини и невладини институции, здруженија, агенции и сл. кои школуваат професионални преговарачи и посредници и или нудат преговарачки или посреднички услуги. Посредниците се обично професионалци кои се високо специјализирани за специфични области за посредување, како што е меѓународната политика, економија, брак и семејство, школи, кривични постапки и др. Институциите кои се занимаваат со медијација, од една страна се ослонуваат на долгата традиција на „посредување“ на еманентни традиции и култури, а од друга страна, на позитивните искуства на општествените науки и нивната применета дисциплина.

Вонсудско решавање на спорови не е нов феномен. Историјата на мирно решавање на спорови според староста може да се спореди со самото појавување на спорови или со потребата од тоа истите да се решат.²¹

Ваквите акции биле присутни во решавањето спорови во традицијата на многумина народи, а особено во Африка и Азија, каде социјалните заедници биле водени од принципот да решавањето на спорот треба да остане во рацете на оние што го предизвикале.

Низ историјата се појавуваат различни форми на решавање спорови, како што е арбитража во споровите меѓу грчките полиси, како и медијацијата на католичките папи во решавањето на истите конфликти меѓу европските држави за време на ренесансата.²² Историчари претпоставуваат дека имало случаи на медијација во трговски спорови и кај античките Феникијци и веројатно од жителите на Вавилон.²³

Медијацијата е метод за решавање спорови што се појавил пред судскиот метод, а првите сознанија за неа потекнуваат од античко време, а најстарото сознание е тоа дека се применувала медијација уште во Сумерската цивилизација. Улогата на медијаторот во горенаведената цивилизација ја вршеле машките, кои биле должни да го разгледаат секој спор и да им помогнат на страните да постигнат пријателско решение и само во

²¹ В. Билиќ, Алтернативно решавање на спорови и граѓанска постапка, Загреб, 2008 година, стр. 13.

²² А. Шивановиќ, О. Буџанин, Алтернативно решавање на спорови, медијација и арбитража, Прирачник за експерти соработници во судовите, Сараево, 2009, стр. 31.

²³ В. Билиќ, оп. цит, стр. 13.

случај на невозможност од заедничко решение, страните го решавале спорот пред судска комисија.²⁴

Исто така, медијацијата била најраспространетата метода за решавање спорови во азиските земји, особено во Кина и Јапонија, каде сеуште успешно се применува и денес. Во историјата на Балканот, решавањето на споровите во заедницата било присутно во традицијата на античките Словени, кои признавале дека расправиите помеѓу племињата го слабеат општество и одредени племиња почнале да се појавуваат како посредници, таму каде што се им предлагало на жртвите од кривичното дело да се откажат од одмазда, а за возврат да земат компензација за штетата во добра или пари, а во средновековниот период на Балканот во овој процес во спогодбата се споменува и учество на трети страни кои посредувале или донесувале одлуки.

Во периодот помеѓу двете светски војни во Кралството Југославија се споменува постоење на лаички судови, кои посредувале во спорови за мали побарувања или кај прекршоци и помали кривични дела, и по Втората светска војна во оваа област Мировните совети делувале како социјални тела со цел пријателско решавање на споровите граѓани.²⁵

Модерното посредување, како што го познаваме денес, се појавува како појава во Соединетите Американски Држави кон крајот на 19 век на почетокот на 20 век, поради незадоволство на јавноста предизвикано од огромниот број нерешени случаи во судовите и должината на судските постапки. Првично се појавило како средство за спречување на социјални немири - во тогашните бројни штрајкови се користеле како начин да се решат споровите меѓу работниците и синдикатите. Потоа, локалните имигрантски заедници во САД почнуваат со решавање на спорови на овој начин, со цел да се исклучи мешање на судството, а со тоа и да стивне негативниот публицитет и отпорност на имигрантите. Центрите за медијација се основани во 60-тите години на ниво на локалната заедница. Сепак, во 1976 година можеме да ја маркираме како година на раѓање на медијацијата во нејзината модерна форма. Тогаш на Националната конференција за причините за народното незадоволство, Администрација за правда, професор Френк Сандер од универзитетот Харвард, ја инаугурирал идејата за медијација, како алтернативна техника за решавање на спорови.

²⁴ Л. Карамарковиќ, оп. цит, стр. 318

²⁵ А. Шивановиќ, О. Буџанин, оп. цит, стр. 32.

После тоа, во Европа, најпрво францускиот *Nouveau Code de Procédure Civile* (Членовите 131-1 до 131-15), од 1996 година, ја предвидува можноста за назначување на медијатор кој ќе се обиде да го реши спорното прашање во рок од три месеци. Согледувајќи ги придобивките од медијацијата, пилот-програма за медијација била лансирана во Англија во 1996 година, и одобрена во 1998 година. Следело масовно прифаќање на медијацијата како консензуално решавање на конфликти, вклучително и во земјите што се уште пред воведувањето на медијациите имале ефикасни правни системи (Австралија, Германија и др.). Три години подоцна, Законот за граѓанска постапка стапил во сила во Англија и Велс, што предвидувал дека судот имал право да ја прекине постапката за еден месец, со можност за продолжување на овој период, со цел им даде на страните можност спорот да го решат преку медијација.²⁶ Така, соодветно член 731 од белгискиот законик *Code Judiciaire* (чл.731) предвидува дека тогаш кога една од страните во спорот бара помирување, судот е должен да го организира тоа.

Шпанскиот закон од 2001 година оди чекор понатаму во промовирањето на медијацијата и предвидува дека судиите треба да ги охрабрат страните во спорот да бараат помирување, а ако медијацијата не успее, продолжува редовната постапка.

1.2.1.2 Поимот медијација

Поимот медијација потекнува од латинскиот збор „медиаре“ што значи посредување.

Овој термин за прв пат бил воведен за професионална употреба во Соединетите Американски Држави во 1970 година. Различни автори ја дефинираат медијацијата на неколку различни начини, но најчестиот начин за дефинирање е описен, имајќи ја предвид структурата на медијацијата, функцијата која ја реализира и содржината на дејноста што се презема во постапката за медијација. Медијација е еден од алтернативните методи за мирно решавање на спорот, чија примена овозможува страните во спорот да се решат меѓусебно со меѓусебна согласност на конструктивен и пријателски начин и да се постигне решение што е прифатливо за двете страни со

²⁶ John F. Dienelt, Pascal Hollander, Peter J. Klarfeld and John L. Rogers,, Меѓународно адвокатско здружение, Годишна конференција - септември 2003 година, Сан Франциско, Калифорнија, сесија: Арбитража и медијација во Меѓународни односи со франшиза, стр. 23-28: <http://www.wrf.com/docs/publications/11355.pdf>

учество на трета неутрална страна - медијатор, што им помага на страните да постигнат прифатливо решение.²⁷

Директива 2008/52 / ЕС на Европскиот парламент и на Советот за одредени аспекти медијацијата во граѓански и трговски работи²⁸ ја дефинира како „структурна постапка во која две или повеќе страни се обидуваат со помош на медијација, да постигнат договор за решавање на спорот. Оваа постапка може да биде покрената од странките, предложена или утврдена од судот, како и обезбедено со закон на дадена земја-членка. Ова ја вклучува и медијацијата спроведена од судија кој не е одговорен за какви било парници поврзани со спорот за кој станува збор. Од друга страна, тоа ги исклучува обидите на судот да го реши спорот на суд.²⁹

Македонскиот Закон за медијација од 2006 година, во член 2. го дефинира поимот посредување или медијација: „Медијација“ е секое посредување, без оглед на неговиот назив, при решавање на спорниот однос во постапка на медијација во кој што на страните во спорниот однос им се овозможува истиот да го решат по пат на преговарање, на мирен начин со помош на еден или повеќе лиценцирани медијатори, со цел да се постигне заедничко прифатливо решение изразено во форма на писмена спогодба.³⁰

Една од основните карактеристики на медијацијата е тоа што се спроведува со учество на трети неутрални страни - медијатори. Посредникот кој учествува во процесот на медијација не е овластен да донесе одлука за спорот, ниту може да ја наметне својата одлука како обврзувачка за страните кои го решаваат меѓусебниот спор преку медијација. Оваа карактеристиката ја разликува медијацијата од судската постапка во која се решава спор со донесување на судска пресуда, како и со арбитражата, во која е

²⁷ Н. Петрушиќ, Европски стандарди и принципи на решавање спорови преку медијација; Г.Вукадиновиќ и А.Картагина-Одри (еди.), Европската заедница на народите и универзалните вредности, Нови Сад, 2010 година, стр. 3.

²⁸ [Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters](#): Главна цел Директивата е да се поттикне поголема употреба на медијацијата и да се обезбеди сигурна правна рамка за тие страни кои користеле медијација. Клучното значење на Директивата се рефлектира врз фактот дека се стандардизираат основните принципи на медијации: доброволност, доверливост, непристрасност и неутралност. (Н. Петрушиќ, Европски стандарди и принципи на решавање спорови преку медијација, во: Г. Вукадиновиќ и А. Картаг-Одри, уредник (и), Европската заедница на народите и универзалните вредности, Нови Сад, 2010, стр. 7.)

²⁹ В. Чоловиќ, Директива на Европскиот парламент за Советот за одредени аспекти на медијацијата во граѓански и трговски прашања, европско законодавство, година. 8, бр. 29. - 30, стр. 51 – 52,

³⁰ Член 2. Закон за медијација („Службен весник на Република Македонија“ бр. 60/06).

арбитарот, овластен да донесе одлука за основаноста и страните се должни да ја извршат под закана од присилно извршување.³¹

Медијацијата е посебен метод за решавање на спорови, кој припаѓа на групата алтернативни механизми за мирно, вонсудско, решавање на спорови (припаѓа на техниките на АРС - алтернативно решавање спорови). Како феномен, обично медијацијата се дефинира описно имајќи ја предвид нејзината структура, функцијата што ја извршува и содржината на дејноста кои беа преземени во текот на постапката. Така, некои автори³² се обидуваат да ја дефинираат медијација како начин кој претставува „игра“ во која сите актери имаат одредена улога, а исходот е неизвесен.

³¹ Н. Петрушиќ, Д. Укук Миланков, В. Деспотовиќ Станаревиќ, Д-р Т. Дамоња Игњатовиќ, В. Јовановиќ, Прирачник за спроведување на медијацијата во служба на Комесарот за заштита на еднаквоста, Белград, 2014 година, стр. 28.

³² Relis, Tamara, Perception in litigation and mediation: lawyers, defendants, plaintiffs, and gendered parties, Cambridge University Press, New York, 2009, at 1.

1.2.1.3 Карактеристики на медијацијата

Медијацијата, во смисла на предходните дефиниции е насочена кон *најсоодветното и најприменливото решение* и тоа е нејзината најголема предност. Истата *не е обврзувачка*, што, пак, е позитивно бидејќи во ниеден момент не е присутен притисокот на присилна. Таа е *неформална*, па оттука јавноста е исклучена и нејзиниот кворум е составен само од инволвираните странки. Во нејзините предности е и можноста за *флексибилност за обете страни*. Ова е релевантно како во однос на закажувањето на состаноците, кои што се закажуваат по слободниот распоред на инволвираните страни, така и во однос на отстапките кои што странките ги прават во моментот на донесувањето на најпогодното решение за нив. Оттука, пак, самата одлука е *полесно извршлива* и нема активирање на принуда затоа што странките истата веќе ја имаат прифатено.

Предност на медијацијата е решавање на конфликтите на најбрз, најефикасен и најефективен начин; задоволување на зголемените потреби на општеството за различни пристапи до правдата; и намалување на притисокот врз судовите. Основните предности на медијацијата се поврзани со ниската финансиска и социјалната цена на постапката. Оттаму се изведуваат и сите други предности, кои со педантно бележење формираат импресивна листа.

Формалната кривична постапка има за цел откривање на сторителот и негово осудување, поради што во текот на целата постапка се активни многу субјекти. За разлика од ова основната цел на медијацијата е реинтеграција на жртвата и злосторникот во општеството во состојба во која биле пред да се случи престапот и воедно обесштетување на жртвата со што повторно се воспоставува нарушената рамнотежа.

Дијалогот што се воспоставува преку медијацијата има цел да постигне меѓусебно разбирање. Преку медијацијата прекршителите се ресоцијализираат самоиницијативно сфаќајќи ја направената грешка. Медијацијата им помага да се реинтегрираат во општеството како на сторителите, така и на жртвите.

Основно прашање кое се поставува е прашањето „Која е предноста на медијацијата во однос на судската постапка?“

Првата предност е во однос на одлучувањето. Во судската постапка одлучува судијата односно судскиот совет кој објективно, без консултирање на инволвираните ја донесува одлуката врз основа на своите заклучувања по претходно презентирани докази.

За разлика од ова, кај медијацијата одлуката ја донесуваат самите странки со посредство на медијаторот кој само асистира во изборот на најдоброто решение за обете страни. Во оваа постапка нема губитници.

Тоа е воедно и нејзина *втора* предност. Решението до кое што се доаѓа во медијацијата им одговара и на двете страни што не е случај со одлуката која што е донесена во судската постапка. Кај судската постапка не ретки се случаите каде што и едната па дури и двете страни не се задоволни од одлуката. Ова ретко е случај со медијацијата, а доколку странките не се задоволни од крајниот исход тогаш можат да го продолжат спорот во судска постапка.

Третата предност е што медијацијата се завршува во релативно краток рок – максимум од 45 дена е рокот во Република Северна Македонија, меѓународно и до 60 дена максимум. Истата може да заврши и многу побрзо доколку за тоа се спремни самите странки. За разлика од оваа, судските расправи се долги и неекономично во однос на времето.

Навлегувајќи во сферата на економичноста доаѓаме и до *четвртата* предност. Медијацијата се одликува со огромна економичност, за разлика од судската постапка која е многу скапа и во која не се превземаат особени напори да се намалат трошоците. Во таа смисла, во постапката на медијација се внимава на издатоците на странките, рочиштата се закажуваат кога е најпогодно за странките за да се избегнат непотребните одложувања и сл. Исто така, краткиот временски рок во кој што мора да заврши постапката на медијација ги минимизира сите издатоци типични за судската постапка.

Петата предност ја инпутира приватноста. Во судската постапка приватниот спор станува јавна расправа, додека кај медијацијата е заштитена приватноста со тоа што е исклучена јавноста. Оваа предност се однесува на генералната медијација, додека во однос на медијацијата кај малолетници тоа не е случај затоа што и во судската постапка против малолетници јавноста е исклучена и заштитата на интересите на малолетникот е издигната на ранг на начело.

Шестата предност се однесува на односниот предмет на расправата. Во судската постапка предметот на расправа е концентриран само на предметниот конфликт и целата

постапка е насочена кон казнување на предизвикувачот на штетата односно оној кој ја прекршил правната норма, додека кај медијацијата предмет на расправа се сите околности . Со други зборови, тенденцијата на медијацијата е решавање на сите конфликтни ситуации меѓу двете страни.

И на крајот, *седмата предност на медијацијата* е насочена кон изнаоѓање решение кое ќе превенира од идни конфликти меѓу странките. Од друга страна, со судската постапка се решава само моментниот конфликт.

Ограничувањата на медијацијата извираат од фактот што сите конфликти не се еднакво погодни за медијација. Иако стои проценката дека погодноста на одреден случај за медијација повеќе зависи од карактеристиките на страните, а во помала мера и од карактеристиките на предметот, сепак важно е да се истакне дека заради природата на медијацијата, поголема погодност за изнесување пред неа имаат конфликтите што се базираат на интересите на страните, и тоа вообичаено се спорови кои се регулираат со приватното право. Најголемите ограничувања на медијацијата се рефлектираат во однос на казненото право. Меѓутоа овие ограничувања се позитивни затоа што не може сериозните кривични дела да бидат предмет на приватна расправа помеѓу инволвираните страни. Едноставно „приватизирањето“ на правдата во кривичната сфера е повеќе од опасно.

1.2.2 Начела на медијацијата

Начелата на постапката се темелни, општи и основни правила, идеи кои изразуваат одредени правно-политички и правно-технички цели што се остваруваат во постапката и служат како упатство при уредување на постапката за обезбедување на правна заштита.³³ Во постапката за медијација се применуваат општи правни принципи, како што се законитост, праведност, регуларност, ефикасност, економичност. Освен овие општи начела, одредени специјални начела се применуваат во постапката на медијација.

Дефинирање на начелата на медијација во правен контекст има посебно значење за потребата да се примени медијација во пракса, со оглед на тоа дека медијација, по својата природа е неформална постапка со која првенствено се управува со автономијата на волјата на страните во спорот. Затоа, овие начела претставуваат основна рамка и упатства за дејствување на медијаторите, странките во спорот и другите учесници во процесот на медијација, при што со тоа се обезбедува соодветна примена на медијацијата.³⁴

Примената на начелата во постапката за медијација се регулирани во Законот за медијација³⁵ каде во член 5 се пропишуваат прашања кои не се експлицитно регулирани со овој закон ќе се решат во согласност со принципите на медијација предвидени со ова со закон, како и стандардите на медијација содржани во актите на Обединетите нации, Европската унија и Советот на Европа.

Законот за медијација во решавањето спорови ги предвидува следниве начела на медијација: доброволност, еднаквост, доверливост, исклучување на јавноста во медијацијата, неутралност, ефикасност, правичност и достапност на информации за медијацијата во други постапки.

³³ Г. Станковиќ, оп. цит, стр. 214.

³⁴ N. Petrušić, J. Arsić, Novi zakon o mediciji: nova rešenja za podsticaj razvoja medicije u Srbiji, in: T. Dzamonja Ignjatović (еди.), Медијација - принципи, процес, примена, Белград, 2014 година, стр. 137.

³⁵ Закон за медијација („Службен весник на Република Македонија“ бр. 188/13, 148/15, 192/15 и 55/16).

1.2.2.1 Начело на доброволност

Според Законот за медијација, член 6, се предвидува дека постапката на медијација се спроведува врз основа на стриктна писмена согласност на страните, освен во спорните односи каде што со посебен закон започнувањето на постапка на медијација е предвидена како услов за водење на судска или друга постапка.

Судот или друг орган, кој со посебен закон е обврзан на страните да им укаже на можноста за користење на медијацијата, е должен да ги обезбеди потребните информации до страните за можностите на медијацијата.

.

Ако страните спогодбено не се договорат за начинот на вршење на медијација, медијаторот ја спроведува медијацијата на начинот што го смета за соодветен, земајќи ги во предвид предлозите на страните, околностите на случајот и потребата за брзо решавање на спорниот однос.

1.2.2.2 Начело за рамноправност

Во членот 7 од Законот за медијација е пропишано начелото за рамноправност на страните во даден спор. Страните се подеднакво рамноправни во постапката за медијација. Медијаторот е должен, уважувајќи ги сите околности на спорниот однос, на страните да им обезбеди рамноправна положба. Еднаквоста на страните овозможува постигнување на правда, ефикасност, брзина и навременост на процесот на медијација.³⁶

Еднаквоста на правата бара двете страни да се изјаснат за сите прашања, да добијат исто подеднакво време за изјава, да се договорат за начинот на водење на постапката колку долго ќе траат заедничките состаноци, а особено колку долго ќе траат одделните состаноци и секоја од нив има можност да се изјасни и да ги коментираат сите проблеми што треба да се разгледаат во процесот на медијација.

Нееднаквоста на страните целосно ќе ја спречи целта и самото спроведувањето на медијацијата, а договорот склучен со примената на медијација во која страните имале

³⁶ Đuričin Biljana, Osnovna načela postupka medijacije, Zbornik pravnog fakulteta u Podgorici, god. 30, br. 37, str.2;

нееднаква позиција нема да ги исполнува критериумите на првичниот договор што би се постигнал од двете страни кога би биле задоволени, т.е. критериум за правичност.

Медијаторот е должен да обезбеди еднаква позиција на страните. Тој мора да има активна улога, и должен е да ги предупреди страните за нееднаквата позиција која може да се случи помеѓу и да им помогне да ја согледаат и елиминираат таквата нееднаквост, а се со цел спроведувањето на медијацијата да биде на начин и со цел со првичната мисија за спроведување на медијацијата како алтернативен начин за решавање на спорови. Исто така, медијаторот треба да се погрижи дека постигнувањето на договор е во интерес на двете страни и е должен да ја предупреди странката да не потпишува договор кој не е во нејзин интерес или кој доволно не го разбира.³⁷ Во нееднаква позиција може да бидат неука страна наспроти страната која може да биде претставувана од страна на адвокат, или странка која не е во состојба да ги подмири потребните трошоци, наспроти онаа која го може тоа. Во ситуација кога постои нерамнотежа на моќта помеѓу страните во конфликтот, како што се разни форми на насилство, најчесто психолошки, економски, материјални и физички, медијаторите прво мора да препознаат каква нееднаквост има помеѓу нив, како и да работат на нејзино сузбивање. Во овој случај, медијаторите можат да ги модифицираат некои од основни начела на медијацијата, како што се неутралноста и доверливоста.³⁸

1.2.2.3 Начело на неутралност и непристрасност

Во постапката за медијација медијаторот постапува неутрално и непристрасно во однос на страните или на спорниот однос. Непристрасноста се однесува на односот на медијаторот кон странките во постапката и значи дека на медијаторот не му е дозволено да дава никакви предности на било која од страните.

Сепак, принципот на неутралност подразбира дека медијаторот нема свој скриен интерес во однос на предметот на дадениот спор и не очекува директен профит од ниту една странка во спорот.³⁹ Ова начело не ја исклучува можноста дека медијаторот не може да

³⁷ Đuričin Biljana, Osnovna načela postupka medijacije, Zbornik pravnog fakulteta u Podgorici, god. 30, br. 37, str. 3;

³⁸ Н. Пет рушић, Д. Укук Миланков, В. Деспотовиќ Станаревиќ, Д-р Т. Дамоња Игњатовиќ, В. Јовановиќ, чиј. цит, стр. 107. 117.

³⁹ Т. Дамоња Игњатовиќ, Н. Шегарац, стр. 401.

има лични ставови и мислења во врска со дадениот спор, но има обврска да не им ги соопштува и не им ги наметнува истите на страните во спорот.⁴⁰

Ова начело практично значи дека медијаторот не е овластен да ги убедува страните дали одреден предлог е добар или не, затоа што само страната во спорот може да ја стори таа проценка. Во процесот на медијација, медијаторот е овластен да ги охрабрува разговорите помеѓу странките, да ги охрабрува да пронајдат различни опции за можни решенија за можна најдобра опција, без да им го наметнува сопственото решение и да врши притисок врз страните за тоа.

1.2.2.4 Начело на доверливост

Членот 9 од Законот за медијација го уредува начелото за доверливост во медијацијата. Сите информации што произлегуваат или се поврзани со постапката на медијација ќе останат доверливи, освен ако страните писмено поинаку не се договориле.

Страните, нивните законски застапници и полномошници, медијаторите, третите лица кои присуствуваат на постапката за медијација, како и лицата кои извршуваат административни работи за потребите на медијацијата, се должни сите податоци, предлози и изјави во врска со постапката за медијација да ја чуваат како тајна и одговараат за штетата настаната со повреда на оваа обврска.

Предлозите изнесени во текот на медијацијата, дадени исклучиво во правец на постигнување на спогодбата, не можат да се користат во судска, арбитражна или друга постапка, ниту да се соопштат на друг начин.

Судот или другиот орган кој ја води постапката нема да ги прифати предлозите од членовите од Законот за медијација, ако бидат понудени од која било од страните или нивните полномошници.

Одделни информации од Законот за медијација нема да имаат карактер на доверливост, во неколку случаи, ако : тоа е предвидено со посебен закон или е побарано со цел да се

⁴⁰ Н. Петрушиќ, Д. Укук Миланков, В. Деспотовиќ Станаревиќ, Д-р Т. Дамоња Игњатовиќ, В. Јовановиќ, Приручник за примену медијације у оквиру службе Повереника за заштиту Равноправности, Београд, 2011, стр. 28.

обезбеди заштита на интересите на децата на страните во медијацијата, или заради заштита од повреда на физичкиот или психичкиот интегритет на засегнатото лице во спорниот однос, во случај кога тоа го бара јавниот интерес и кога тоа е нужно за спроведување на спогодбата која произлегува од постапката на медијација.

1.2.2.5 Начело на исклучување на јавноста во медијацијата

Во постапката за медијација е исклучена јавноста, што е експлицитно пропишано со членот 10 од Законот за медијација. Ова начело значи дека во постапката на медијација може да учествуваат, покрај медијаторот, и страните во спорот, директно или преку нивните законски застапници или полномошници.

Имајќи предвид дека јавноста е исклучена во постапката на медијација, трети лица не можат да присуствуваат во процесот на медијација, освен ако страните во постапката не го побараат истото. Присуството на постапката од трети лица значи само набљудување во текот на постапката на медијација како публика, без право на активно учество.

Сите лица кои присуствуваат на медијацијата се должни да чуваат во тајност се што слушнале и виделе во текот на постапката.⁴¹ Со начелата на доверливост се поврзуваат и прашањата кои се однесуваат на можностите за користење на факти и предлози кои се изнесени за време на постапката за медијација кои подоцна може да се искористат во судската постапка.

Имено, за да се обезбеди лојално учество во постапката на медијација, со одредба е утврдено дека се дадени предлози дадени за време на медијацијата со единствена цел за склучување на договор, истите да не можат да се користат на суд, арбитража или на друг начин. Истиот Закон го предвидува тоа како доказ да не може да се користи фактот кога едната странка ќе предложи спроведување на постапката за медијација или изрази волја да учествува во оваа постапка како и сите мислења и ставови изразени од странката во постапката за медијација, како и предлозите што таа ги дала, потоа било какви факти за

⁴¹ 89 Н. Петрушиќ, Медијацијата како метод за решавање на правните спорови, Право теорија и пракса, том. 21, бр. 3/4, Нови Сад, 2004 стр. 8.

време на постапката за медијација, како и можни начини за решавање на спорот односот изразени од медијаторот за време на постапката на медијација, како и фактот дека една од страните во постапката покажала подготвеност да го прифати предложениот начин на решавање на спорот. Покрај тоа, ниту еден документ не може да се користи како доказ на суд и е наменет исклучиво за целите на постапката за медијација.

Наведените докази кои се забранети пред се се однесуваат на видот на информација, а не за формата во која се содржани информациите. Овие одредби имаат за цел да се обезбеди активно и отворено учество на странките во медијацијата, така што двете страни во спорот ќе чувствуваат безрезервна слобода да го презентираат случајот и доказите што може да ги имаат, без страв од тоа дека тие нема да можат да ги користат тие докази во подоцнежна постапка.

Меѓутоа, треба да се има предвид дека фактите кои се постигнати во постапката на медијација во договорот за постигнување на медијација, може да се користат на суд и во која било друга постапка и истите тие ќе се сметаат за неспорни.

1.2.2.6 Начело на еднаквост на странките

Страните имаат еднакви можности за учество во постапката за медијација, за што ќе бидат информирани на јасен и разбирлив начин од страна на медијаторот. Во водењето на постапката медијаторот постапува еднакво со страните имајќи ги предвид околностите на случајот.

1.2.2.7 Достапност на информации за медијацијата во други постапки

Страните, нивните законски застапници и полномошници, медијаторите, третите лица кои присуствуваат на постапката на медијација, како и лицата кои извршуваат

административни работи за потребите на медијацијата, не можат во која било судска или друга постапка да се повикаат на факти, да сведочат или да предлагаат како доказ:

- 1) факт дека една од страните предложила постапка на медијација или изразила волја да учествува во таа постапка;
- 2) мислења и ставови изнесени од страните во постапка на медијација, или предлозите изнесени во таа постапка исклучиво со цел за постигнување на спогодбата;
- 3) можните начини за решавање на спорниот однос кои во текот на постапката за медијација ги изнел медијаторот и фактот дека едната страна во постапката изразила спремност да го прифати предложениот начин на решавање на спорниот однос или
- 4) исправа подготвена исклучиво за потребите на постапката за медијација.

1.2.2.8 Начело за ефикасност

Постапката на медијацијата е економична, ефикасна и брза постапка до која страните имаат лесен и еднаков пристап. Медијацијата мора да биде *ефикасна*, како во однос на цената на нејзиното чинење, така и во однос на времето на нејзиното траење. Страните на медијацијата ќе пристапат кон неа ако знаат и имаат уверување дека нивниот спор ќе биде решен за кратко време, на заемно задоволителен начин и со релативно малку средства. Ефикасноста на постапката за медијацијата се согледува низ точно определените законски рокови во кои што таа постапка мора да започне и да заврши. Оттука се дефинира и ефикасноста што по себе значи дека оваа постапка е брза и не трпи одолговлекувања. Токму спротивната ситуација кога постои одлагање во текот на постапката за медијација, всушност би требало, од страна на медијаторот, да се протолкува како неспособност и неподготвеност на страните да учествуваат во постапката за медијација, со што всушност се смета дека оваа постапка не е успешна и се преминува на примена на редовната судска постапка.

1.2.2.9 Начело за правичност

*Правичноста претставува начело што е од особено значење за постапката за медијација, затоа што тоа, во основа ова начело ја претставува суштината на медијацијата како постапка преку која се изнаоѓа заеднички прифатливо решение. Вака прифатеното решение мора да биде фер, правично и доброволно прифатено од страните во медијацијата, што значи решение кое на најдобар начин ги отсликува нивните интереси. Постигнатото решение не смее да биде незаконско или присилно добиено решение или решение како резултат на доведувањето во заблуда на некоја од страните. Доколку е донесено вакво решение тогаш тоа претставува злоупотреба на службената должност на медијаторот како овластено лице да ја заштити на најдобар начин рамноправноста и еднаквоста на учесниците во постапката за медијација. Медијаторот е должен да не го прифати исходот на постапката за медијација кога тоа претставува кршење на начелата на еднаквост, рамноправност, партиципативност и транспарентност на учесниците во постапката за медијација.*⁴²

Дел од меѓународните инструменти поврзани со стандардизацијата на постапката на медијација биле инспирирани во своето донесување од изнаоѓање на баланс меѓу потребата да се заштити приватноста на постапката на медијација, како уште една нејзина клучна карактеристика, и потребата да се заштити јавниот интерес кога се дознава за извршување или намера за извршување кривично дело. Медијацијата нема цел да утврдува и да завршува со утврдување на правата на страните. Тој аспект на односот меѓу страните останува ингеренција на судот и судската постапка, со редицата филтри на заштита претпоставени со истата.

Сепак, за да биде трајно решението на дадениот спор, тоа треба да биде и *правично, фер за страните*, за што се очекува тие да придонесат преку својот однос кон и во постапката.

Принципот на *правичност* значи правично постапување и правично решавање на спорот. Првото значи почитување на правилата на постапката или со други зборови процедурална правичност, додека второто значи материјална правда односно правичен резултат/исход од постапката. Олеснителна околност при почитувањето на овој принцип е фактот што медијацијата постапка е ослободена од строги формални процедури. Во однос на остварувањето на правичен резултат странките сами спогодбено избираат

⁴² Гордана Бужаровска, Бобан Мисоски: Реформа на казненото право и почитување на човековите права - Подготовки за доследна примена на новиот ЗКП, Проект истражување „Спогудување и Медијација“. Скопје: Здружение За Кривично Право И Криминологија На Македонија, 2009. стр. 20 – 22; 50

решение кое е во заеднички интерес и тоа за нив преставува правичен, односно фер исход.

1.2.3 Модели на медијација

Процесот на решавање на спорот преку медијација може да се класифицира според различни критериуми.

Така, покрај доброволното посредување за кое страните одлучуваат, постојат и други видови на медијација: законски задолжителна медијација - медијација на која мора да се пристапи доколку случајот одговара на видот на спорот за кој законот пропишува задолжителна медијација и судот бара медијација - медијација утврдена од судија во одреден случај, кога тоа го смета за целисходно.⁴³

Според критериумот дали е поврзана со судски постапки, медијацијата може да се смета како:

1. Приватно посредување - кое не е поврзано со судска постапка, односно странките самостојно одлучуваат да покренат постапка за медијација пред да одат на суд и е корисно како начин за ослободување од судовите,
2. Судска медијација - се одвива во рамките на судските постапки што се веќе започнати, или пред судија или медијатор повикан од судот.

Исто така, моделите на медијација можат да се диференцираат според критериумот за улогата на медијаторот - тоа е, со оглед на прашањето дали улогата на медијаторот е во олеснување на процесот на медијација или проценка на ставовите на страните. Овие модели имаат различен фокус, различни цели, програми за обука и на крајот различни резултати. Со оглед на ова, во теорија, најчестата поделба се прави во следниве модели на медијација:

1. Фасилитативен модел - Најстариот, класичен модел во кој медијатор е лицето кое овозможува преговори и изолација на најважните точки на договор и несогласување, а всушност им помага на страните во нивните преговори.

⁴³ Г. Кнежевић (2012), 431.

Третото неутрално лице им помага на страните полесно да комуницираат, не дава никакви мислења или препораки. Медијаторот само им овозможува на страните да постигнат решение, создава услови за нивни преговори. Тој го контролира процесот, а страните во спорот за неговиот исход⁴⁴. Кога станува збор за медијација во семејни спорови, „медијаторите за олеснување бараат да ги зајакнат семејствата за да можат да донесуваат одлуки во тешки околности“⁴⁵.

2. Евалуативни модел - Во овој модел, медијаторот е лице кое има соодветна експертиза за да им овозможи на страните да дадат мислења и препораки во врска со решавањето на нивниот спор. Тој ги советува страните во однос на нивната позиција, може да предложи конкретни решенија или да го процени договорот постигнат од страните. Всушност, медијаторот има голема улога во утврдувањето на текот и исходот на медијацијата. Овој модел укажува на опасност од пристрасност и недостаток на неутралност на медијаторот.
3. Трансформативен модел - Овој модел се обидува да ги трансформира односите меѓу страните. Не се обидува да реши конкретен спор меѓу страните, туку квалитативно да ги трансформира нивните односи - да ја подобри нивната меѓусебна комуникација, меѓусебно разбирање, одговорен пристап кон заемен третман. Во оваа постапка, „неутрална трета страна соработува со конфликтните страни додека ги истражува и дискутира за можностите за решение, помагајќи им квалитативно да ја сменат врската од негативна и деструктивна во позитивна и конструктивна“. Притоа, решавањето на несогласувањата е добредојден ефект.
4. Хибриден модели – Комбинација на одредени стилови на медијација со други видови интервенција за решавање спорови, како што се терапија или арбитража. Кој стил ќе го користи како примарен медијаторот зависи од професијата на медијаторот, неговата личност, обука и слично. Но, може да се заклучи дека е потребно медијаторот да ги земе предвид околностите и потребите на конкретниот случај и да дејствува во согласност со таа цел.

⁴⁴ ⁴⁴ Ј. Арсић, „Медијација у породичним споровима: посебности поступка медијације и улоге медијатора“, *Зборник радова Ново породично законодавство* 2006, 80.

⁴⁵ Џ. Думан, „Модели посредовања“, *Годишњак Правног факултета Универзитета у Сарајеву* 2012, 138.

Глава 2. Домени на примена на медијацијата

2.1. Области на примена на медијацијата

Медијацијата е алтернативен метод за решавање спорови кој има многу широка примена и може да се користи за решавање на спорови во различни области и различни односи. Границите на примената на медијацијата се утврдени во домашното законодавство објективно (каузално), со оглед на својствата на правниот однос во кој се појавува спорот (медијабилност *ratione causae*), со дополнителен ограничувачки услов дека не се со закон предвидени ексклузивната надлежност на судот или на друг надлежен орган (медијабилност *ratione jurisdictionis*).⁴⁶

Медијацијата не е резервирана само за судските или за „правните“ прашања. Таа може да се користи за решавање на конфликти што се појавуваат во рамките на семејството, училиштето, работата, животната

средина, другите односи во локалната заедница, во економскиот сектор, во областа на заштитата на животна средина, меѓуетнички и меѓудржавни односи, итн.⁴⁷

Сепак, споровите што не се погодни за медијација⁴⁸ може да се класифицираат како спорови поврзани со заштита од семејно насилство, потоа оние поврзани со диспозиции што не се дозволени со прописи за принуда или во кои нема диспозиција на странките, или во кои се одлучува само со закон и други, како и во брачни спорови во кои медијацијата е исклучена со Закон за семејство.⁴⁹

И покрај овие ограничувања, областа на примена на медијацијата е многу широка, со оглед на тоа што во секојдневниот живот најголемиот број на спорови се јавуваат базирани на принципот на автономија на волјите.⁵⁰

⁴⁶ Н. Петрушиќ, Алтернативни методи решавања правних спорова у праву Републике Србије, Зборник радова Функционисање правног система Републике Србије, Ниш, 2006, стр. 10.

⁴⁷ Б. Недиќ, Ј. Арсиќ, Препоруке за развој и примену медијације у Србији, Београд, 2011, стр. 13.

⁴⁸ М. Милошевиќ, Алтернативно решавање спорова с посебним освртом на медијацију, Београд, 2014, стр. 26.

⁴⁹ М. Милошевиќ, Алтернативно решавање спорова с посебним освртом на медијацију, Београд, 2014, стр. 25.

⁵⁰ Н. Петрушиќ, Медијација као метод решавања правних спорова, Право теорија и пракса, год. 21, бр. 3/4, Нови Сад, 2004, стр. 7.

Денес, медијацијата успешно се практикува во многу култури и општества, во многу различни области на приватниот и јавниот живот, така што процесот во најголем дел се одредува според контекстот во кој се применува. Во Северна Америка, Австралија и Западноевропските земји, типични области на медијација се (Клок, 1994):

- Семејна и бракоразводна медијација
- Медијација во образовни институции/училишта (врсничка медијација, училишно медијација),
- Бизнис медијација, во работни организации (вработување, организациска медијација),
- Комерцијално посредување,
- Здравствено посредување,
- Медијација во областа на заштитата на животната средина,
- Медијација во заедницата,
- Медијација во граѓански спорови,
- Медијација во кривична постапка помеѓу жртвата и сторителот, особено во случаи на малолетни лица (медијација жртва-сторител);
- Меѓународно и меѓуетничко посредување,
- Медијација во друштвено/социјални промени
- Медијација во меѓународни инвестициони спорови
- Трговска медијација

Широм светот се воспоставуваат специјализирани услуги кои обезбедуваат еден или повеќе видови на медијација. Ширењето на медијацијата е, исто така, поттикнато од основните принципи на вредност што се вградени во него, и тие се однесуваат на еднакви можности за сите и недискриминаторски практики. Достапноста на услугите за медијација за сите, без оглед на статусот и материјалните можности, се обезбедува преку достапност на институции, широки информации за јавноста преку медиумите и популарните летоци, како и преку подигнување на свеста за стереотипите и предрасудите и почитување на културните разлики како фактори кои придонесуваат за создавање и ескалација на конфликти.

2.1.1 Медијација во имотноправни спорови

Имотноправните спорови се оние спорови кои настанале по повод имотноправни субјективни права, а тоа се оние права чиј предмет се изразува во парична вредност, или може да се изразат во парична противвредност. Имотно правните спорови се решаваат во парница, а Законот за парнична постапка овозможува странките спорот да го решат на друг начин, меѓу кои е и медијацијата.⁵¹

2.1.2 Медијација во семејни спорови

Законот за медијација за решавање на спорови пропишал дека медијацијата е дозволена во семејните спорови, а медијацијата во тие спорови детално е регулирана со Законот за семејство.⁵² Посредувањето во брачните спорови ја опфаќа постапката за обид за помирување и постапката за завршување на спорот со договор. Посредувањето по правило го спроведува судот, односно судија поединец, кој не може да учествува во донесувањето на одлуката во некои покасни фази на постапката, освен ако посредувањето успеало. Помирувањето се спроведува само во брачните спорови кое е покренато со тужба за развод на бракот и негова цел е нарушениот однос на сопругниците да се разреши без конфликт и без развод на бракот. Судот е должен да закаже рочиште за миреење и на истото да ги повика и двајцата, во оваа фаза од постапката не може да ги застапува полномошник, но брачните другари не се должни да се јават на овој повик, при што се смета дека помирувањето не успеало. Постапката за помирување може да ја спроведува надлежен орган брачно или семејно советувашиште, односно на друга установа која е специјализирана за посредување во семејни спорови, а постапката за помирување мора да биде завршена во рок од два месеци од денот на доставувањето на тужбата до судот.

Спогодбата за развод се спроведува кога е поднесена тужба за развод на бракот, а помирувањето не успеало, или тужба за поништување на бракот.⁵³ Целта на спогодбата

⁵¹ В. Јовановиќ, Правна рамка за примена на медијацијата во Србија, во: Т. Дамоња Игњатовиќ (ул.), Медијација - Принципи, процес, апликација, Белград, 2014 година, стр. 162,

⁵² Закон за семејство, Сл. Весник на РМ, бр.153 од 20.10.2014 година

⁵³ Закон за семејство, Сл. Весник на РМ, бр.153 од 20.10.2014 година, член 36.

е да нема постконфликтни конфликти. Поточно некогашните сопружници, со допуштено присуство на полномошник, да се договорот околу родителското право и делбата на заеднички стекнатиот имот.⁵⁴ Исто така може да се склучи и спогодба за издршка на брачниот другар по престанокот на бракот.⁵⁵

Една третина од браковите завршуваат со развод, а половина родители не си го вршат родителското право по две години од разводот. Потребата за семејна медијација се заснова на тоа дека децата имаат потреба за континуирана врска со двајцата родители, соработката помеѓу родителите позитивно влијае врз развојот и воспитувањето на децата, континуираните расправи помеѓу родителите штетно влијаат на децата и со медијацијата може да им се помогне на родителите да донесат заедничка одлука. Целта на семејната медијација е да им се помогне на родителите да постигнат меѓусебен договор како би се овозможило континуирано учество на двајцата родители да си го вршат родителското право и соработка помеѓу родителите.⁵⁶

2.1.3 Медијација во трговски спорови

Трговските спорови се сметаат сите оние кои се произлезени од економските односи.⁵⁷ Можат да бидат спорови од промет на стока и услуги, од платниот промет, од областа на осигурувањето, банкарството, спорови за заштита на интелектуалната сопственост, спорови за воздухопловство итн. Основна причина поради која економските субјекти се определуваат за медијација е потребата за брзо решавање на спорите и унапредување на соработката, потребата да се зачува деловниот углед и ремето, како и помалите трошоци за постапката.⁵⁸ Заради правната природа на меѓусебните односи странките и економските поврзаности, особено погодни за решавање по пат на медијација се спорите на странките кои се наоѓаат во трајни работни односи. Одложената диспозиција создава несигурност кај погодените економски субјекти. Се разбира дека присуството на таква несигурност ги прави деловните субјекти помалку склони кон

⁵⁴ Слободан Панов, *Породично право*, Београд, 2012, стр. 65.

⁵⁵ Член 237, Закон за семејство.

⁵⁶ Marion Stevenson, *Family Mediation: Working to Support Separated Families*, у: M. Liebmann, *Mediation in Cintext*, Jessica Kingsley Publishers, London, 2000, стр. 41.

⁵⁷ A. Spaić, *Medijacija u privrednim sporovima - Praktikum*, Podgorica, 2013, стр. 35.

⁵⁸ Б. Недић, Ј. Арсић, *op. cit*, стр. 35

инвестиции и проширување на работењето и може да ја ограничи достапноста на капитал за инвестиции во бизнис активностите. Понатаму, субјектите вклучени во парница се лишени од ресурси и средства кои инаку би им биле достапни. Неможноста за пристап до овие средства и ресурси може да се смета како можната цена на одложената пресуда.

2.1.4 Медијација во областа на животната средина

Медијацијата во областа на животната средина претставува алтернативен вонсудски процес за заштита и користење на животната средина, природните богатства и вредности, во која спротивставените страни по мирен пат доаѓаат до двострано прифаќање на договорот, со помош на независен и неутрален посредник. Иако конфликтите за располагање со животната средина и природните добра е стара колку и цивилизациската историја, примената на медијацијата во оваа област е релативно нова за професионалците кои го практикуваат алтернативното решавање на споровите.

Технолошките и индустриските активности довеле до деградација на животната средина, и на локално и на глобално ниво. Како резултат на тоа, бројот на спорови за заштита на животната средина забрзано расте.⁵⁹ Областа за заштита на животната средина се карактеризира со тоа што последиците и ефектите на конфликтот влијаат на целата држава, погодуваат голем број на луѓе и идните генерации, и заради овие причини структурата на постапката на медијација со времето се менува и се прилагодува на специфичните карактеристики на оваа област.

Секое лице кое предизвикало загадување на животната средина треба без одлагање да преземе мерки заради намалување на штетните кои ги предизвикува врз животната средина, отстранувајќи го понатамошниот ризик, односно опасностите и санација на настанатата штета. Ако загадувањето не може да се санира, лицето кое го предизвикало загадувањето на животната средина должно е да ја надокнади штетата која ја направило, вклучувајќи ја и индивидуална штета.

⁵⁹ H. Kahn Peter, *Resolving Environmental Disputes: Litigation, Mediation, and the Courting of Ethical Community*, Environmental Values, Volume 3, Number 3, August 1994, str. 211.

2.1.5 Медијација во работните спорови

Скриената цена на конфликтот на работното место е во количината на времето кое е потрошено за сложени човечки незадоволства и жалби, драгоцено време и енергија која би можела да биде подобро потрошена за работни задачи или креирање на подобар квалитет на истите или поголема продуктивност. Се проценува дека 20% од времето на раководителите се троши на справување со некаква врста на конфликт, а за повеќето работни организации тоа претставува голем губиток.⁶⁰ Во таа смисла медијацијата може да биде употребена како помош во управувањето со човечките ресурси, односно како дел од персоналната политика на работните организации во решавањето на конфликти. Со брза и стручна интервенција на медијаторот може значајно да се намалат трошоците и да се направи заштеда на ресурси (време, енергија и пари). Овој вид на штедење не се однесува само за наведените трошоци туку и на зачувување на благосостојбата на вработените, задоволството од работата, тимскиот дух и сл.

Типични причини за конфликти и лоши меѓучовечки односи во работните организации може да бидат следниве:⁶¹

- Лични несогласувања, кога луѓето едноставно не се согласуваат взаемно и не можат да најдат начин да работат заедно,
- Различни очекувања кои вработените ги имаат од раководството (и обратно) или различни стилови на комуникација,
- Различен однос спрема реалноста формиран на основа на лично минато, искуство и верувања,
- Дискриминација на основ на пол, брачен статус, религија, етничка припадност, расна, етички ставови и верувања, години, политички уверувања, сексуална определба, посебни потреби и др.
- Агресивност, однесување кое е насочено во насока на нанесување на физичка или психичка болка.

⁶⁰ Мирјана Трипковиќ, Медијација у социјалном контексту, Виктимолошко друштво Србије, 2007,

⁶¹ Doherty N.Guyler, M., 2008, Guide to Workplace Mediation & Conflict Resolution: Rebuilding Working Relationship, London, Kogan Page,

Треба да се нагласи дека постои директна врска помеѓу сериозноста на конфликтот и можноста за негово успешно решавање. Што помалку е сериозно загрозен меѓучовечкиот однос и што пократко трае веројатноста дека ќе дојде до побрзо меѓусебно задоволувачко решение. Што подолго оставен конфликт на страна и нерешен, се поголеми се шансите дека ќе се развие во стресна и скапа ситуација за сите вклучени во конфликтот, а и повеќе е од веројатно дека ќе се прошири и ќе се вклучат и останатите колеги и членови на тимот.

Интерперсоналните конфликти на работното место можат да се манифестираат на многу начини, вклучувајќи ги:⁶²

- Директни изливи на агresiја, бес и вознемиреност
- Обиди да се направат сојузи со другите, да се придобијат страни, кое вклучува озборувања се со цел да се поткопаат и омаловажат другите
- Недоволна и неефективна комуникација, недостаток на консултација, отсуство на разговор со останатите
- Непријателски начин на комуникација, омаловажување на идеите и сугестиите на другите
- Психичко злоупотребување на работното место

Сите овие манифестации создаваат интерперсонални проблеми во извршување на работните задачи, особено ако учесниците директно работат заедно како колеги или се на раководна водечка хиерархиска скала еден до друг.⁶³

Растечките ефекти од конфликтите се изразуваат преку:

- Лоши работни резултати
- Зголемено отсуствување од работа
- Зголемен број на жалби и пријави
- Лошо управување.

Многу е веројатно дека повеќето луѓе, кои се вработени или се во прилика да управуваат со други, имаат искуство во вакви ситуации или пак, биле сведоци на конфликти. Јасно е дека меѓусебните лоши односи на работното место можат да бидат многу штетни. Ако не се обрнува внимание или ако не се постапува на прикладен начин, овие конфликти

⁶² Медијатор магазин, јули, 2020, број 213.

⁶³ Fisher, R.Ury, W. 1981, Getting YES: Negotiating Agreement Without Giving In. Boston, Houghton Mifflin.

можат да станат комплицирани и да одземат доста време и енергија и непотребно да ја чинат работната организација.

Кога работните односи се влошуваат и кога доаѓа до конфликт во работната организација, можно е интервенирање на формално и неформално ниво.

Кога конфликтите не се премногу сериозни и кога не постои било чија формална жалба тогаш на надредените лежи одговорноста да влијаат на ситуацијата и да најдат заедничко прифатливо решение заедно со нивните подредени за решавање на конфликтот. Тоа подразбира дека раководните органи треба да поседуваат вештини потребни за решавање на конфликти и да ги смират несогласувањата помеѓу вработените доколку постојат.

Формалното ниво подразбира обраќање кон работодавецот, одговорното лице или дисциплинската комисија, доколку ја има, со поднесување на формална жалба или пријава со акти за персонална политика, жалејќи се или пријавувајќи вознемирување, дискриминација, мобинг, загрозување достоинство, неможност за остварување на правата на работен однос, физичко насилство и сл. Не е необично за ваков вид на конфликти за време на работен однос да се случи едно лице да приложи жалба или пријава, а другата страна да поднесе контра-жалба или пријава и во таа ситуација конфликтот е се покомплексен.

Секако, персоналната политика на организацијата има доста важно место во формалното решавање на сите врсти на конфликти, како и пријавата и жалбата кои следат. Меѓутоа, овие постапки не се направени така да на соодветен начин можат да се решат сите конфликти со сите компликации кои можат да произлезат од истите. Исто така, не се погодни и не се од помош да ги задоволат страните да бидат сослушани, нивните потреби да бидат препознаени и прифатени на правиот начин. Организациските формални постапки често се забрзуваат со непотребно ескалирање на конфликтот или дополнително го комплицираат носењето на взаемно прифатливо решение.

Погодната ситуација за примена на медијацијата во работните организации можат да бидат и во распон од ситуацијата кога луѓето на работа не се согласуваат се до длабоки и тешки конфликти и проблеми. Потребно е и раководителите и службата за човечки ресурси да имаат јасна претстава за природата на медијација и за улогата која таа ја игра во решавањето на конфликтите, што укажува на важноста на едукацијата на медијацијата во работните организации.

Медијацијата ќе биде најмногу употребувана во организации каде е воведена самата медијација како дел од персоналната политика. Различните организации имаат различни персонални политики, но медијација е неопходна за секоја една организација која се среќава со жалби и пријави поврзани со психичко и физичко насилство, непочитување на различностите, нерамноправни можности за сите вработени, разни облици на дискриминација и сл.

Што се однесува на сериозноста и нивото на ескалација на конфликтот, медијацијата е најпогодна во првиот степен на неформално реагирање, доверливо решение во склоп на персоналната политика. Исто така, медијацијата може да биде употребена како последна или завршна интервенција кога формалната истрага не нашла (или нашла недоволно) докази за вина, пример после работата на дисциплинската комисија. Во тој случај, медијацијата може да биде препорачана или понудена се со цел да се поправат односите помеѓу страните.

Покрај вклучувањето во актите на персоналната политика, медијацијата може да биде регулирана и со засебни акти за медијација. Тоа би имало многу повеќе предности затоа што посебното регулирање на медијацијата како метода за решавање на спорови ќе овозможи јасно запознавање на вработените кои се во ситуација погодна за медијација, како можат да пристапат кон самиот процес, правилата на доверливост, улогите и одговорностите на вклучените страни во медијацијата и сл.

Предноста на засебно регулираната употреба на медијацијата е во тоа што таа би била подостапна и поупотреблива за вработените, така што проблемите би можеле да бидат решени и пред да ескалираат. Вработените би биле во можност на време да ги спречат конфликтите кога би знаеле дека постои позитивен, фер, доверлив начин за решавање на даден спор.

Медијацијата би добила на важност и би била многу повеќе употребувана доколку работните организации би биле охрабрани (со законска регулатива) да ја применуваат во рамка на своите правилници и интерно да ги решаваат конфликтите пред да се обратат на суд.

Многу постапки за медијација би можеле да се реализираат уште во првата фаза со неформален чекор на персоналната политика. Овој неформален прв чекор им овозможува на страните да комуницираат меѓусебно и да најдат начин за решавање на

конфликтот во текот на медијацијата, потпомогнати од страна на обучен и искусен медијатор.

Иако не се сите случаи погодни за медијација, голем број на жалби и поплаки, во нивната рана фаза, може успешно да бидат решени со медијација. Секако, постојат ситуации кога природата на конфликтот е пресложена и кога медијацијата не е соодветна и потребни се формални чекори.

- *Воведување на медијацијата во работните организации*

Многу влади во современите држави, во своите програми и работа на министерствата, ја подржуваат медијацијата и алтернативното решавање на споровите, се со цел да ги намалат бројот на формалните жалби и тужби кои завршуваат на суд и да ги охрабрат и поттикнат граѓаните споровите да ги решаваат со позитивна и ефективна комуникација. Согласно тоа, многу работни организации се одлучуваат за медијацијата како префериран метод за мирно решавање на конфликтите преку повеќето спорови би се решиле на работното место во рамки на самата работна организација. Во некои земји и работодавецот и вработените се казнуваат парично доколку, како прв чекор не пробаат да го решат конфликтот внатре во работната организација.⁶⁴

Воведувањето на медијацијата во работните организации подразбира нејзина интеграција во работната култура преку акти на организационата и персоналната политика на компанијата и бара внимателно разгледување и планирање. Прифаќањето од страна на вработените, нејзината успешност и нејзината употреба преку времето зависи од тоа како е поставена на почетокот и како се размислувало за клучните прашања поврзани со медијацијата:

- Кој може да биде медијатор?
- Дали организацијата ќе користи интерни или екстерни медијатори?
- Каде може да се пронајдат екстерни медијатори?
- Како да се изберат интерни медијатори помеѓу вработените?
- Каква обука им е потребна на интерните медијатори?
- Каква поддршка и супервизија ќе може да им се понуди на интерните медијатори?

⁶⁴ The UK Employment Act 2002 – Dispute Resolution Regulations, 2004.

- Како функционираат интерните медијаторски услуги?
- Како медијацијата како постапка ќе биде дел од интерните акти на организационата и персоналната политика на компанијата?
- Како вработените ќе бидат известени и запознати со медијацијата?

Воведувањето на медијацијата во работните организации се уште не заживеала во нашата земја иако праксата покажува дека постојат многу причини за тоа. За сега постои јасна политика и процедура околу изборот на медијатор и потребните обуки, иако се применува, медијацијата не ги дава потребните резултати. Соодветната законска регулатива, како и пошироките институционални едукативни и промотивни пристапи ќе придонесат за побрзо и поентузијастичко прифаќање на многубројните корисни ефекти од овој модел за мирно решавање на конфликтите во работните односи.

2.1.6 Резултати од примена на медијацијата во случаи од компаративното право

Во продолжение на трудот ќе го прикажеме компаративниот приказ како медијација функционира во пракса. Земјите на кои ќе се посвети внимание, Франција, Кина и САД не се случајно избрани. Тие се претставници на три континенти, три потполно различни правни системи со изразено различна правна култура и кои како заедничка црта имаат многу успешни, но сепак различни, модели на медијација. Освен правно-културолошката компонента и разлика во моделите кои се последица на различните социјални прилики, најбитна карактеристика по која наведените системи ќе се споредат е степенот и начинот на вмешаноста на самиот суд во постапката на медијација.

Франција во својот правен систем ја вовела медијацијата на начин карактеристичен за земјите од континенталното право. Клучните прашања се со закон регулирани, а доколку судот го помести случајот од редовна постапка и ја упати на медијација, тој не дозволува ни во еден момент постапката на медијација да му се изгуби од видокруг. Судот ја задржува надзорната улога, се со цел да не дојде до злоупотреба на медијацијата, која заради флексибилноста на многумина зависи од добрата волја на страните и може да биде многу ранлива на нивните процесни опструкции, додека пак доверливоста е на оптимален начин загарантирана. Од истата причина медијацијата мора да се реализира по пропишани законски рамки, на кои судијата делимично може да влијае во зависност

од комплексноста во природата на самиот случај. Доколку дојде до договорно решавање на спорот, судот најчесто му дава извршен ефект во форма на судско порамнување. Кинескиот модел е специфичен затоа што кај него медијацијата во целост се реализира од страна на самиот суд и во пракса е составен дел од редовна судска постапка, а доверливоста не е начело на истата во овој модел. Американскиот модел, поточно бројните модели на медијацијата кои може да се сретнат во Америка, се бават со медијацијата до моментот на испраќање на странките до истата, додека покасно надзорната улога на судот е минимална или не постои. Случајот кој е препратен на медијација често од истиот момент целосно се губи од судскиот видокруг, освен ако странките не се вратат, затоа што медијацијата е во целост доверлива и често се одвива во приватниот сектор, роковите за нејзино спроведување не се законски дефинирани, а постигнатиот договор од страните ретко завршува во форма на судско порамнување.

При испитување на дадените системи и модели треба да се обрне внимание дали тие и во која мера и на кој начин, исто така, ја користат медијацијата во функција на „прва одбранбена линија“ на судот од конфликти кои со порамнување може да се решат, дури и на полесен начин од методот на судска медијација. Ќе се воочи во продолжение дека Кина и Франција употребуваат за таа цел модели на вонсудска медијација., додека во Америка се користи задолжително судско рочиште за порамнување.

- *Случај Франција*

Медијацијата во својот модерен облик во францускиот правен систем е воведена не толку одамна, така што доволни статистички податоци за нејзиниот успех се уште не се достапни. И покрај тоа Министерството за правда, во својот статистички преглед објавен во 1998та.⁶⁵ изјавило дека е повеќе од задоволно со бројот на случаите кои успешно се решени со помош на медијацијата, како и со коефициентот на нивната успешност.

Табела бр.1 Успешност на медијацијата во Франција

Година	1995	1996	1997
Коефициент на успех на медијација	44,1%	45,3%	46,7%

⁶⁵ Annuaire Statistique de la Justice 1999, стр.261

Статистичките податоци исто така пружаат преглед на коефициентот на успех за секоја јурисдикција одвоено, но не содржат вкупен број на случаи кои биле упатени на медијација.

Франција најдобрите искуства од судски медијации од САД ги прилагодила кон системот на континенталното право и јасно ја дефинирала материјата каде таа може да биде обврзувачка, а каде во целост може да биде на доброволна база. Надзорната улога на судот во текот на медијацијата, како и судското регистрирање на спорите кои се постигнати со медијација се карактеристики на францускиот систем, кој ретко се користи во американските сојузни судови. Активната улога на судот во никој случај не ја загрозува со закон гарантираната доверливост на податоците. Медијацијата е изместена од судот, а медијаторот има голема слобода за користење проценувачки или олеснувачки модел во разумна временска рамка да им помогне на странките да пронајдат излез од спорот. Galliard самоуверено заклучува дека медијацијата во Франција денес не претставува архаична институција од само историски вредности, ниту пак некое минливо APC помодарство. Статистиките јасно покажуваат дека и странките и судот користат модел со разумна фреквенција и коефициент на успех, а медијацијата во тие случаи води до брз и безболен начин на решавање на спорот.⁶⁶

Табела бр.2 Вкупен број на случаи и на медијација во Франција

Јурисдикција		1995	1996	1997
Tribunal de Grande Instance – редовна постапка	Вкупен број на случаи	645319	659153	642319
	Медијација	1850	1632	1651
Tribunal de Grande Instance – refere постапка	Вкупен број на случаи	126501	126772	122456
	Медијација	238	344	644
Tribunal D`instance – редовна постапка	Вкупен број на случаи	491021	456566	449568
	Медијација	3154	3133	3620
Tribunal D`instance – refere постапка	Вкупен број на случаи	83962	82894	81636
	Медијација	276	259	332
Tribunal D`instance – специјална постапка	Прелиминарен обид за медијација	13313	10622	10524
Conseil Des Prud`homes- редовна постапка	Вкупен број на случаи	166593	160536	167820
	Медијација	12362	14552	14817

⁶⁶ Emanuel Gaillard & J. Edelstein, Conciliation and Other Forms of ADR in France, 2000, стр.223

Conseil Des Prud`homes- refere постапка	Вкупен број на случаи	51384	51411	50495
	Медијација	1936	2293	1802
Кривична постапка	Вкупен број на случаи	82828	90128	101341
	Медијација	33648	38918	48145
Службен медијатор	Број на примени тужби	43805	43544	45867
	Број на обработени тужби	41584	42340	43928

Извор: Emanuel Gaillard & J. Edelstein, Conciliation and Other Forms of ADR in France, стр.223, 2000.

- *Случај Кина*

Медијацијата во Кина се спроведува на повеќе нивоа. Моделот на интерна медијација е длабоко вкоренет во кинеските вредности и обезбедува традиционален механизам на решавање на спорови, кои не бараат апсолутно никакво мешање на било каква администрација или суд. На ниво на локална заедница, особено во руралните средини каде правосудството се уште не е профункционирано, народната (квази-судска) медијација поддржана од Министерството за правда и понатаму е доминантен метод за решавање на спорови, кои бараат екстерна интервенција. Како резултат на темелните реформи во Кина, правосудните органи со тек на времето видно се засилуваат и судовите сами на себе се повеќе ги превземаат спорите, кои до скоро биле решавани од страна на народните комитети. Медијацијата во Кина воопшто погрешно е да се нарекува APC, таа е составен дел од граѓанските постапки 60% од спорите пред судот својот исход и понатаму се наоѓаат во успешно завршена судска медијација. Кина е единствената земја во која успешноста на медијацијата може егзактно да се прикаже, затоа што постапката, за разлика од другите земји се спроведува веќе долги низ години, директно од страна на судот и Министерството за правда, кои ја водат деталната статистика. Неверојатен успех на медијацијата во Кина најдобро се илустрира преку следниов приказ на податоци, публикувани во годишниот извештај на Министерството за правда.⁶⁷

Табела 3. Вкупен број на спорови кои се решени со медијација, пресуда или прекинати на друг начин во интервал од 1990-1996 год.

Година	Вкупен број на случаи	Медијација	Пресуда	Останато
--------	-----------------------	------------	---------	----------

⁶⁷ Zhongguo Falu Nianjian 1997 (стр.1056)

1990	1849728	1194350	353940	301438
1991	1910013	1128465	456000	325548
1992	1948989	1136970	460932	351047
1993	2091651	1224060	854227	13364
1994	2382174	1392114	977773	12287
1995	2714665	1544258	1156823	13584
1996	3084464	1672892	1395061	16511

Извор: Zhongguo Falu Nianjian 1997 (стр.1056)

Медијацијата во Кина е судска медијација во правна смисла на зборот и битно се разликува од постоечките решенија во другите земји. Линијата која ги раздвојува постапките на судска медијација од самата парница не е доволно видлива. Парничните и медијациските постапки меѓусебно се испреплетени, неуспешната судска медијација по правило се завршува со пресуда, а не е невообичаено после пресудата постапката повторно да прерасне во медијација, на апелационо ниво. Функцијата на медијаторот често ја обавува самиот судија, како би управувал со парницата, а кога и не е тоа случај пресудата секогаш може да се базира на доказите и изјавите изложени во процесот на медијација. Од друга страна, медијацијата често се одвива надвор од судот, не е ограничена со никаква временска рамка и детални правилни процедури. Факт е дека медијацијата која се спроведува од самиот суд ја оневозможува процесната злоупотреба, и заради нејзината институционалност, не се сметаат за второстепени постапки во однос на парницата и по правило, позитивно се одредуваат.

Гледано од агол на западните критичари, кинеската судска медијација има видна слабост затоа доверливост на постапката воопшто не постои. Доколку при анализата на оваа појава се земе предвид културната компонента и менталитетот обликуван со конфучијанската филозофија, се доаѓа до заклучок дека доверливоста на податоците во Кина воопшто не е потребна. Процесот на медијација, по правило, почнува по завршетокот на доказниот процес, кога веќе сите факти се познати. Странките се впуштаат во медијацијата со одлучна волја дека по секоја цена ќе постигнат договор, затоа што се свесни дека тоа е единствениот пат до предвидлив и конечен излез од спорот, на начин на кој нема да наидат на препреки при извршувањето. Во наведениот контекст кон медијацијата секогаш се пристапува отворено, со добра волја, а при проектирање на процесната стратегија потенцијалните злоупотреби од

спротивставените страни не се земаат предвид. Од друга страна, критиката дека странките често не се во прилика да го одбијат предложено договарање од страна на судијата-медијаторот е повеќе од основана.

- *Случај САД*

Во САД е воочлив јасен тренд на зголемување на формализација и институционализација на медијацијата. Поединечни судови веќе ги усвоиле правилата на самата постапка на медијацијата, додека други и понатаму го практикуваат слободниот тек на работата на медијаторот или судијата. Со соодветниот закон во 1998ма трендот на институционализација на медијацијата се продолжува со задолжително вработување на професионалци, кои ќе се занимаваат исклучиво со АРС. Но, со зголемување на институционализацијата се поставува прашањето за нејзината цена, всушност дали има судот капацитет и ресурси да ја подржи истата?

Доколку институционализацијата на медијацијата бара не само вложување на значајна законодавна енергија, туку и дополнителни вработени, простор, средства, голема административна поддршка и ангажман на самите судии, механизми за обезбедување на квалитет на работата на медијаторите, и после се се поставува прашањето, нели се губи нејзината функција за намалување на обврските на судот?

Особено внимание заслужува прашањето каде да се повлече линијата за оптимално ниво на институцијализацијата, која би гарантирала квалитет на постапките со минимално вложување?

Децентрализиран пристап на уредување на медијацијата во Америка им дозволува на самите судови експериментирање и изнаоѓање на оптимално ниво на институционализација на медијацијата.

Кога искусен американски судија, заслужен за имплементирање на еден од најуспешните модели за медијација, го прашале кој совет може да им го упати на колегите кои се соочуваат со истата задача, тој одговорил: „Почнете со мал програм и направете го квалитетно, немојте да вложувате во површен програм, кој не е доволно поддржан и со малку ресурси да се обидете да преземете наеднаш повеќе случаи. Работете ги само оние случаи кои можете да ги сработите добро, што вклучува контрола на

квалитетот на медијаторот,,⁶⁸ Големи овластувања ги обврзуваат судиите да одговорат на очекувањата на законодавецот: да ги едуцираат странките за медијацијата, како и да изберат прав момент кога треба истата да започне. Може да се додаде дека треба да обезбеди одредена доза на униформираност во постапувањето, така што би требало да се предвиди програм за медијација кој ќе биде интегриран и компатибилен со програмот за управување на случаите на ниво на суд (case management). Студијата на Сојузниот судски центар за успешност на медијацијата имала позитивни искуства со програмите кои оделе по пат на фазно воведување на медијацијата.

За разлика од Кина, каде успешноста на медијацијата може да се прикаже со бројки, во САД тоа не е можно. Заради нагласениот парохиски американски модел, статистички податоци е речиси невозможно да соберат на едно место. Студијата на Сојузниот судски центар се обидела да го направи тоа, со спроведување на анкета во сите 94 окружни судови, но набрзо било забележано дека некои судови не водат детална евиденција, а од моментот кога ќе се префрли спорот од судот и ќе се упати на медијација, нему најчесто му се губи евиденциска трага. Судијата чиј случај е упатен на медијација често не е во состојба, освен ако странката сама не се врати во парница, заради начелата за тајност да провери дали странките во спорот учествувале и на кој начин истиот се разрешил. Индикатор на успешноста на американскиот модел затоа се анкетите, кои се спроведени помеѓу судиите, адвокатите, странките и медијаторите, кои најчесто ја подржуваат и оценуваат медијацијата како многу успешна, но постојат и извештаи со помалку оптимизам.⁶⁹

Како извор, на кој најмногу може да му се верува, најчесто се цитира извештајот на Сојузниот судски центар, во кој од 50% интервјуирани адвокати се изјасниле дека сметаат дека медијацијата ги намалува трошоците за постапката, додека 40% сметаат дека истата го штеди времето потребно за решавање на даден спор. Ова не се импресивни бројки, но и понатаму е присутен фактот дека правосудството е преоптоварено со голем број на случаи. Во американската правничка јавност, и покрај спорната статистика, постои јасен консензус дека иако медијацијата немала револуционерно влијание на самиот број на решени случаи, таа несомнено го подобрила

⁶⁸ D. Stienstra, M. Johnson, P. Lombard, Report to the Judicial Conference Committee on Court Administration and Case Management: A Study of Five Demonstration Programs Established Under the Civil Justice Reform Act of 1990, Fed. Judicial ctr. 1997.

⁶⁹ James S. Kaklik Et Al., An Evaluation of Judicial Case Management Under the Civil Justice Reform Act, Rand and Institute for Civil Justice 1996.

функционирањето на судскиот систем.⁷⁰ Ресник уште еднаш го нагласува познатиот факт дека иницијативата за воведување на медијацијата во САД потекнала од самото судство, институциите кои најдобро ја познаваат природата на граѓанските спорови и бројни недостатоци и ограничувања за нивно решавање преку судска расправа.⁷¹

Искусниот судија Валд, исто така, не им дава особено значење на постоечките анкети и заклучува дека судската медијација е “многу корисна алатка која треба да се поседува, дури иако не е возможно се да се поправи”.⁷²

Дури и за американското правосудство, глобалниот лидер во изучување и користење на медијацијата во нејзиниот модерен облик, може да се каже дека и понатаму се наоѓа во период на транзиција. Бројните добри решенија се искристализирале и наметнале во изминатите две децении, а науката успеала да ги идентификува одредените трендови, како би ја предвидела иднината на овој феномен, кој за толку кратко време ги освоил бројните правни системи. Професорот Ресник со ентузијазам ги презентира амбициозните предвидувања дека американскиот правен систем се “приближува на времето во кое судската расправа ќе се смета за патолошки настан“. Сличноста на споменатата изјава со кинеските принципи би била многу зачудувачка, кога во науката нема да се пронаоѓа на тврдења дека САД при развојот на својот систем за медијација често ја гледала Кина, нацијата која управува со најголемите и најуспешните програми за медијација на светот”.⁷³ Американскиот суд, на своја иницијатива, проаѓа кон трансформација на институциите каде судската парница била примарен вид на решавање на даден спор, а порамнувањето само еден од можните начини за негово решавање, во институција која го негува порамнувањето како основен вид на свои активности.⁷⁴

2.2. Објективни и субјективни граници на медијацијата

⁷⁰ Deborah R. Hensler, A Glass Half Full, a Glass Half Empty: The Use of Alternative Dispute Resolution in Mass Personal Injury Litigation, 73 tex.l.rev. 1587, 1619-22, 1995.

⁷¹ Judith Resnik, Mediating Preferences: Litigant Preferences for Processes for Process and Process and Judicial Preferences for Settlement, 2002,

⁷² Patricia M. Wald, ADR and the Courts: An Update, Published By: Duke University School of Law, 1997.

⁷³ Jun Ge, Meditation, Arbitration and Litigation: Dispute Resolution in the People's Republic of China, 15 UCLA Pac.Basin.L.J., 1996, стр.122, 123-24.

⁷⁴ Patricia M. Wald, ADR And the Courts An Update, 46 DUKE, L.J. 1445, 1997.

Објективните граници на медијацијата ги даваат посебните закони, во нашиот случај Законот за медијација. Меѓутоа, не треба да се заборави дека, самата постапка за медијација како неформална постапка нема потреба од строго дефинирани правила и норми, освен оние што се дефинирани во Законот за медијација и посебните закони кои најчесто само ја споменуваат постапката на медијација како можен алтернативен начин на решавање на спор.

Единствено со закон може да се ограничи медијацијата во споровите во кои е потребна строга судска процедура низ која ќе се докажува правото на било која од страните и само преку таквата процедура може да се оствари.

Зошто да се поттикнува медијацијата во овие спорови?

Зошто судијата би ги упатувал странките на ваква постапка, кога може спорот да го реши со судско порамнување или евентуално низ спорната постапка со изведување на докази?

Мотивот е секако во крајниот ефект на завршната постапка – пријателско решавање на спорната ситуација и самиот спор и да се има предвид дека со судскиот спор и донесената судска одлука се решава спорот, а со спогодбата за медијација се решаваат повеќе меѓусебни односи на странките.

Најзначајно од се, се решава дадена спорна ситуација (конфликт), а меѓусебните односи помеѓу страните не се нарушуваат од причина што странките доаѓаат до решението на спорот по сопствена иницијатива и врз основа на сопствените предлози и интереси кои меѓусебно ги усогласуваат и договараат.

Во кривичните предмети, признавањето на вина, спремноста на обвинетиот да плати штета, да се извини на оштетениот, да прифати понуда за спогодба која ќе значи намалување на последицата од евентуално сторено кривично дело, е основа за судијата или обвинителот да поттикнува решавање на спорот со постапка за медијација.

Што се однесува до субјективните граници на медијацијата во нашето законодавство не постојат. Страни во спорот (даден конфликт) може да бидат било физички или правни лица, државата, единиците на локалната самоуправа и сл. Се поставува прашањето ако се определи правилноста на постапката на медијација во спорните односи, дали може да се дефинираат постапките за медијација како постапки содржани од поединечни субјекти – физички, правни лица или како колективи (законот за мирно решавање на работни спорови). Субјект во постапката може да биде секој

носител на права и обврски, кој може да учествува како странка во судска или некоја друга постапка.

Ширењето на границите на медијацијата е охрабрено од основните принципи на вредност кои се вградени и се однесуваат на еднакви можности за сите и недискриминаторски практики.

Достапност на услугите за медијација за секого, без оглед на статусот и материјалната состојба се обезбедува преку достапноста на институциите, широките информации за јавноста преку медиумите и популарните летоци, сè до подигнување на свеста за стереотипите, предрасудите и почитувањето на културните разлики воопшто.

2.3. Финансиско-правни аспекти за предностите на медијацијата

2.3.1 Медијацијата ја подобрува работата на судството

Едно од најинтересните првични прашања во овој труд е да се одговори колку и како медијацијата го олеснува, растеретува судството, кое е финансирано од страна на државата. Се работи за јавен финансиски аспект, бидејќи не треба само да се дојде до одговор дека заштедата на судските трошоци би била заштеда за државата, туку и самата брзина на решавање, постапување со резултат – решен спор, доведува до побрзо одвивање на севкупните економски текови во една држава. Свесни сме дека досега во нашата држава се вршеа безброј реформи со цел да се намали времетраењето за извршување на финансиите, како на пример Законот за финансиска дисциплина, односно компаниите да работат брзо, да ги наплатуваат своите побарувања со зголемена динамика и со тоа да има бенефит севкупниот макро и микро економски систем. Затоа, медијацијата се наметнува во финансиско правен аспект како можност и предност. Современата наука ги афирмира како доминантни бројни предности⁷⁵, кои медијацијата ги нуди на странките во однос на парницата, но пред да се пристапи кон нив, треба да се потсетиме дека примарниот мотив за прифаќање на медијацијата од страна на судот се наоѓа во потребата за што поефикасно судство. Основна причина заради која правниот систем со толкав ентузијазам ја прифатил медијацијата не е интересот на страните, туку фактот дека со неа видно се намалува работата на судот и се заштедува во судскиот

⁷⁵ The Future Belongs To Mediation - And Its Clients, Eileen Carroll, Solicitor, Mediator and CEDR, Deputy Chief Executive, http://www.tottelpublishing.com/Mediation_cedr.html

буџет. Јавноста на повеќето земји, без оглед на степенот на развиеност, облиците на социјално уредување, или обликот на правниот систем, подеднакво ги критикуваат судовите дека се неефикасни, дека не е прифатливо да се чека со години пресуда за даден случај и дека трошоците за судење се превисоки. Причините кои придонеле до незадоволството на граѓаните од правосудството се бројни, без оглед на која страна од светот се наоѓаме: во САД е тоа необјаслива склоност на граѓаните кон судењето, каде судовите веќе не можат да постигнат, без оглед на буџетските зголемувања; во другите земји причините не можат да се најдат во ограничувањето на човечките и материјалните ресурси во судовите, непостоење на соодветни правни инфраструктури; корупција; лош професионализам и образовни стандарди; менталитет и др.

Решавањето на проблемите со неефикасноста на правосудството налага пристап од два агла. Првиот агол е надворешна интервенција која подразбира неопходна помош од страна на законодавната и извршната власт во вид на обезбедување адекватни буџетски средства, со што би довело правосудството да има складна инфраструктура за извршување на своите функции. Судот не е во состојба сам да се избори против неефикасноста, ако нема или не може да го одржува потребниот број на кадар со високо професионален квалитет, доволен број на простории, придружен персонал, опрема и др. Исто така, во надворешни фактори спаѓа и неопходното постоење на добри закони и ефикасен систем на извршување. Другиот агол подразбира внатрешни промени, должност на судските власти со сопствени сили да го подобри квалитетот на своето работење и да го направи ефикасно, а од истиот тој агол произлегува и иницијативата за медијација. Судовите низ светот, често и без никаква интервенција од другите гранки на власта, го прифаќаат методот на медијација затоа што негова основна предност е да ја направи работата на судот што поефикасна.

Медијацијата навистина произведува далеку подобри резултати доколку и се пружи адекватна законска рамка и одредена финансиска помош, но основната одговорност и иницијатива произлегува од судот, кој со внатрешните сили на медијацијата ги користи како средство за зголемување на својата ефикасност. Причината е едноставна, медијацијата е метод кој ги преместува предметите од судот, тие со нејзина примена се решаваат побрзо, поедноставно и далеку поефтино. Споровите на кои би им требало повеќе години да се дојде до нивно разрешување во парница, во пракса често се решаваат со еден или со неколку состаноци со медијаторот. Исто така, повеќето судови обезбедуваат услуги на медијација без дополнителен трошок за странките. Не само што

споровите се решаваат побрзо, туку и најчесто постапката за медијација се одвива надвор од судот и без никаква вмешаност на судија. Со тоа се ослободуваат ресурсите на судот и остануваат во функција да се занимаваат исклучиво со предметите кои бараат решавање на суд, а ослободените судии имаат време и енергија на тие предмети да им посветат поголемо внимание и да се решат поквалитетно и во пократок рок. Како резултат на ова, доаѓа до штедење на буџетот и негово оптимално користење на повеќето случаи кои бараат права судска интервенција, додека странките кои ќе излезат од постапката на медијација, задоволени правосудно, затоа што им се овозможило својот спор да го решат со алтернативен начин. Следна предност, која произлегува од медијацијата е дека правниот систем настанува подостапен за јавноста, затоа што директно се зголемува капацитетот на судот да го прифати нивниот спор и на поефикасен и адекватен начин да го процесуира.⁷⁶ Квалитативната компонента во работата на правосудството настанува поизразена, затоа што им обезбедува на странките дополнителни услуги при разрешувањето на спорот. Исто така, треба да се има предвид дека во бројни јурисдикции порамнувањето, добиено со медијација, има авторитет и по правило се извршува брзо и доброволно, со што директно се ослободува работата на апелациониот суд, кој може да се посвети на комплексните случаи, а во исто време и системот за принудно извршување, затоа што е ослободен, го прави поефикасен. На кратко, доколку успешно ја прифати медијацијата како алтернативна постапка за решавање на спорови, правниот систем е во можност да функционира подобро и да биде подостапен за граѓаните.

2.3.2 Медијацијата обезбедува поквалитетна и поевтина услуга на странките

Предностите кои медијацијата може да им ги обезбеди на странките се бројни. Видна предност на медијацијата е дека постапката, по правило, е далеку побрза и поедноставна од судската постапка, која им заштедува време и средства на странките. Споровите често се решаваат после еден или неколку состаноци, но и доколку се работи за повеќемесечна медијација во комплексен спор, неговото решавање е далеку пократко од можна судска парница. Во бројни јурисдикции странките услугите на медијаторот или не ги плаќаат или меѓусебно ги делат, но заштедата во времето го надминува и тој дополнителен додатен трошок. Доколку поинаку не е договорено, секоја страна ги сноси сопствените

⁷⁶ Bryant Garth, From Civil Litigation to Private Justice: Legal Practice at War With the Profession and Its Values, 59 Brook. L. Rev. 1993.

адвокатски трошоци, кои повторно се сразмерно ниски заради краткото траење на постапката и се безначајни во однос на неизвесноста на резултатот кој го носи судењето, а која во медијацијата не постои. Со медијацијата двете страни победуваат, поточно доаѓа до обострано прифатливо решение, за разлика од судскиот спор, каде секогаш постои одреден губиток.

Медијацијата ја префрла моќта и одговорноста на самите странки. Автономијата на странките во медијацијата е значајно поголема отколку во парницата, каде моќта на одлучување е доделена на судијата. Странките во ниту еден момент не губат контрола над самата постапка и врз можниот резултат, што во науката се вика *принцип на самоопределување*. Странките најчесто се во можност да одлучуваат во самиот избор на медијатор, за местото каде ќе се одржи самата постапка, прашањата кои ќе се дискутираат, колку долго ќе трае самиот процес, како и дали ќе дојде до посакуван резултат. Медијаторот ни по едно од овие прашања не е во прилика да го наметне својот став пред странките. Дури и во земјите каде судијата има моќ да ја нареди постапката за медијација, принципот на самоопределување не е значајно загрозен затоа што странките не ја губат основната компонента на принципот, а тоа е моќта на одлучување за резултатот на постапката.

Како што е напоменато, за разлика од пресудата, доколку се работи за судско порамнување жалба не е возможна, со што странките ја елиминираат скапата и долга апелациона постапка. Шансите дека порамнувањето доброволно ќе се изврши се многу поголеми, затоа што до него се дошло со доброволен договор од страна на странките. Во земјите во кои не постои ефикасна извршна постапка, за порамнување постигнато со медијација со право се вика дека вреди многу повеќе од самата судска пресуда, која ретко води кон доброволно извршување. Но, во земјите каде доброволното извршување не претставува правило, спогодбата постигната со медијација се пренесува во судот и добива форма на судско порамнување, кое има дејство на извршен документ.

Парничната постапка е отворена за јавност, што е во интерес на јавниот поредок но често е во спротивност на интересите на странките. Со исклучок на азискиот модел на судска медијација која е јавна⁷⁷, на постапката за медијација може да учествуваат само лица кои ќе бидат дозволени или посочени од странките (начело на приватност). Исто така, информациите кои се откриваат за време на самата постапка, по правило остануваат во

⁷⁷ Kwang-Taek Woo, A Comparasion od Court-Connected Mediation in Florida and Korea, Brooklin Journalk of International Law, 1997

тајност и не можат да се употребат во парница или во било која друга постапка. Од странките и медијаторот се очекува да ја исполнат обврската за чување на тајност на информациите. Тајноста се осигурува и преку физички пат, на пример во Апелациониот суд во Квабека дополнително се осигурува со закон загарантирана приватност на податоците, со уништување на белешките на медијаторот од сите списи кои се произведени за време на целосната постапка на медијацијата.⁷⁸

Медијацијата дозволува да се разреши целиот однос на странките, се со цел да се прифати решение кое ќе одговара на обете страни подеднакво, и со взаемно попуштање да сфатат дека ниеден од нив во целост не го добил спорот, да ги сочуваат личните и професионални односи, со што обезбедуваат веројатност за трајно решение на нивниот целокупен однос. Парницата има моќ да реши спор во согласност со законот, но ретко е во можност да го сочува загрозениот однос помеѓу странките. Медијацијата им дава можност на странките да дојдат до заеднично трајно решение, кое ќе ги задоволи целите на двете страни. Во таква атмосфера се зголемува можноста загрозениот однос да се сочува и во иднина да се продолжи со професионална соработка. Но, програмата на медијација не може да претставува замена за правосудниот систем.⁷⁹ За разлика од комерцијалната арбитража, странките со влегувањето во постапката на медијација го задржуваат правото на судска заштита, што значи дека не го губат правото својот спорен однос евентуално покасно да го решат по судски пат. По правило, доколку со медијацијата не дојде до порамнување, странките го преместуваат или го враќаат својот спор во судската арена или продолжуваат со парница.

2.3.3. Клучни финансиски мотиви кај медијацијата-судски трошоци

Прашањето на кое многумина бараат одговор за медијацијата под закрила на судовите е: Како е можно медијаторите, кои минале низ обука од само шест до осум дена, да можат да ја вршат работата на еднаков или подобар начин од судиите, кои завршиле шест години правни студии, а минале и низ седумгодишна обука на работното место, што значи вкупна обука од тринаесет години? Се разбира, одговорот е дека медијацијата е нешто што сосема се разликува од судската постапка. И дека медијацијата претставува

⁷⁸ Louise Otis, *Sudska medijacija u kvebeckom Apelacionom sudu*, prevod Vrhovnog suda Srbije, 21 januar 2003

⁷⁹ Centar for Democracy and Governance, op. cit.

само дополнување на одењето на суд и нема и никогаш не треба да ја замени можноста страните во спорот да одат на суд.

Накусо, во судските предмети постои само еден победник. Медијацијата цели кон постигнување ситуација во која и двете страни добиваат. Судијата главно ја разгледува историјата на предметот и одлучува што не се одвивало како што треба, а медијаторот ги стимулира страните да се фокусираат на иднината и на она што е можно.

Сите овие прашања го прават патот до правдата, за страните кои се во спор, долг, бавен, скап, индиректно наштетувајќи им на нивните финансии со блокирање на големи суми кај другата страна, трошоци на постапката и надомести за адвокати. Како резултат, малите бизниси, се разбира и поединците, се наоѓаат во подредена положба. Од аспект на малите и средни претпријатија (МСП), ваквиот случај може да предизвика неповолни последици по краткорочната ликвидност, солвентноста и идното постоење на компанијата на пазарот. Како последица на погоре наведеното, поставувањето и одржувањето на ефективен и ефикасен систем на решавање на деловните, лични и политички конфликти кои настануваат секојдневно, станува многу значајно. Економијата зависи од тоа, а општествената поставеност го наметнува истото, особено во транзиционите економии. Во овој случај, обезбедувањето на добар процес на решавање конфликти е неопходно и од клучно значење. Ефикасниот, ефективен и доверлив систем на решавање на деловните спорови е витален во поддршката на економскиот раст.

Во продолжение ќе прикажеме споредбена анализа на трошоците кои се потреби за судска постапка и оние за медијација. Самата анализа го посочува фактот за финансиските мотиви и придобивки од медијацијата. Разликата во трошоците потребни да се разреши даден спор е огромна како што може да се увиди во прилогот подолу.

Табела бр.4 Компаративен преглед на трошоци во судска постапка и медијација

Судска постапка	Медијација	Медијација со мин.трошоци
41.610 денари	5.222 денари	1.026 денари

Извор: Хипотетичка сопствена пресметка од медијатор

Спор за парично побарување на право кое произлегува, на пример од работен однос помеѓу вработен и работодавач, во вредност до 20.000,00 денари.

Во судска постапка, со застапување на полномошник адвокат (неопходни трошоци според Законот за судски такси и Адвокатски трошоци) :

1. За состав на тужба – 9.100,00 ден (7.000 + 30% паушал) + 18%ДДВ или вкупно 10.738,00 денари
2. За две застапувања мин.(подготвително рочиште и едно рочиште за главна расправа) – 25.772 денари. Едно рочиште изнесува 10.920,00 (7.000+30% паушал+20%часовнина) +18% ДДВ или вкупно 12.886,00 денари
3. За судска такса за тужба износ од 800,00 денари
4. За судска такса за одлука износ од 800,00 денари
5. За вешт наод и мислење мин.3.500,00 од вработен

Вкупно трошоци за решавање на спорот во судска постапка – 41.610,00 денари

(Трошоците се однесуваат за постапка во прв степен, пред основен суд, а ако се поднесе жалба, трошоците за застапување се зголемуваат за 50%).

Во Медијација (поединечен случај):

1. Барањето за иницирање на постапката – не се таксира
2. Награда за еден час медијација – 2.000,00 денари + ПДД од 11,11% - 222,00 денари, или 2.222,00 денари.
3. Администрирање на предмет - 600,00 денари + ПДД 11,11% или 667,00 денари.
4. За спроведени дејствија - 2.100,00 денари +ПДД од 11,11% или 2.333,00 денари

Вкупно трошоци за решавање на спорот во медијација – 5.222,00 денари

Медијаторот ги изготвува работните верзии на драфт документите за двете страни.

Во Медијација (повластено, со мин.трошоци според Тарифник):

- награда на медијатор – 15 евра во денарска противвредност според средниот курс на НБРМ или 923,00 денари, плус ПДД 11,11% или 1.026,00 денари.

Од предходниот пример е евидентно дека финансиските мотиви за медијација се повеќе од очигледни и доволни за да ја оправдаат нашата теза дека во секој случај медијацијата е исплатлива и потребна во практиките на сите современи системи.

2.3.4 Финансиски предности на медијацијата од аспект на трговските друштва

Откако страните ќе одлучат да пристапат кон медијација, преовладуваат нивните неправни интереси. Со оглед на тоа дека сега зборуваме за трговските друштва, медијацијата во овие случаи треба да биде заснована на деловните интереси на страните. Сепак, особено кога се работи за важни комерцијални прашања со голема парична вредност, медијацијата секогаш се одвива во „сенка на законот“. Деловните интереси секогаш се споредуваат со Најдобрата алтернатива на испреговараната спогодба (во современиот преговарачки и медијациски жаргон: “НАНИС”⁸⁰), а тоа е судска одлука / решение на арбитража. Според тоа, во важни случаи страните секогаш ќе имаат на ум што таа алтернатива може да им донесе, во споредба со спогодбениот договор постигнат со медијација.

Друг важен фактор кој ја издвојува медијацијата од другите механизми на решавање спорови е начелото на доверливост. Пред да започнат процес на медијација, страните се согласуваат на апсолутна доверливост на сè што е кажано и сторено во текот на медијацијата; ниту една трета страна, освен доколку таква не се назначи, нема да има право на информации од медијацијата; во случај медијацијата да пропадне и да треба да се отпочне или продолжи судската постапка, страните имаат договорна обврска да не ги обелоденуваат таквите информации. Тоа ги става судиите во тешка позиција, зашто голем дел од законите за граѓанска постапка почиваат на основната премиса дека страните треба да обелоденат сè што е во интерес на правилно утврдување на фактите, со цел да му се овозможи на судијата да дели правда.

⁸⁰ “Best Alternative to a Negotiated Agreement” BATNA

Друг аспект е тој дека од страните се очекува активно да учествуваат во процесот во поголема мера одошто кај судската постапка / арбитражата. Спорот е нивен и, според тоа, тие треба да бидат гласноговорниците. Со оглед на тоа што изјавите на страните во текот на медијацијата не носат правни последици, страните слободно комуницираат според своетовидување во дадени околности, знаејќи дека дури и да се извинат тоа нема да ја загрози нивната законска позиција. Извинувањето е многу често почетокот на решавање на спорот. Медијаторот треба да биде апсолутно неутрален во перцепирањето на страните: не треба да има врски со ниту една од нив, ниту пак такви врски треба да постојат меѓу страните и партнерите или соработниците на фирмата на медијаторот, освен доколку тоа не е експлицитно договорено меѓу засегнатите страни. Според тоа, од витално значење е медијаторот, пред почетокот на медијациониот процес, целосно да ги објасни таквите односи. Исто така, неутралноста на медијаторот значи дека не треба да фаворизира ниту една од страните, ниту пак да поддржува која и да е од нив. Може да се рече дека медијаторот треба да ги поддржува двете страни. Поради таквата негова неутралност и поради фактот дека тој не одлучува во спорот, медијаторот, за разлика од судијата или арбитерот, може да се среќава засебно со страните на состаноци. Сè што е кажано на таквите состаноци се открива само пред другата страна или на пленарни состаноци, но со експлицитна согласност на засегнатата страна.

2.4. Критики на медијацијата

Самата постапка на медијација во повеќето случаи е независна и изолирана од судските постапки, со самото тоа странките не поседуваат процесна заштита која ја има во парницата. Начелото на тајност често оневозможува судска контрола над работата на медијаторот, санкционирање на процесната злоупотреба на странките и утврдување на фактичката состојба, а за подоцнежното увидување на странките дека порамнувањето е спротивно на нивните интереси, постапка по жалба не е достапна како опција. Без оглед дали услугите за медијација се бесплатни или не, таа може и да претставува дополнително оптоварување за странките кои имаат ограничени финансиски средства, затоа што адвокатските трошоци при медијацијата, доколку поинаку не се договори, се на товар на секоја од странките самостојно. Споменатата критика посебно добива на тежина доколку се работи за мандаторна медијација. Професор Тобијас издвојува дека финансиски посупериорна странка може, во обид на злоупотреба на своите процесни

права, да бара медијација заради стекнување на „стратешка предност“⁸¹, со други зборови да ја одолговлекува постапката за медијација, која е најчесто без судски надзор, со што финансиски би го „изморила“ соперникот, кој со своите адвокатски трошоци, настанати за време на медијацијата нема да биде во можност да бара парница. Овој проблем е можен да се склони со воведување на начелата за совесно користење на процесните права и во постапката на медијација и санкционирање на ваквото однесување.

Законските решенија често се во потполност исклучени од постапката на медијација и често се води сметка единствено за интересите на странките. Тоа може да има и директна последица врз тоа ниту странките ниту медијаторот не водат сметка за јавниот поредок и општите вредности. Скептиците стравуваат дека медијацијата води кон приватизација на правдата, дека јавноста е лишена од поуките и пораките кои решавањето на спорови со себе ги носат, а интересите на сиромашните се вон законскиот контекст и стануваат инфериорни, затоа што се мотивирани да склучат сами по себе неповолно порамнување, како би се избегнале високите парнични трошоци. Судија Веб (Webb) остро ја критикува медијацијата и смета дека судот и странките, заради заштедување на време и пари ја жртвуваат самата правда.⁸² Авторите стравуваат дека заради претерано тежнеење кон ефикасноста, системот губи на темелност и точност на донесените одлуки, со што се создава еден инфериорен, систем на втора класа кој не е во состојба да ги заштити интересите посебно на загрозените поединци или групи.⁸³ Меѓутоа оваа критика би имала на тежина во случај кога моделот на медијација во целост би ја заменил парницата, но кога таа би служела исклучиво како дополнување на постојаниот систем, споменатата критика не е основана.

АДР и владеењето на правото всушност можат да поддржуваат заемно отколку да исклучуваат заемно. Иако свесни дека ова гледиште може да има несогласувања, основите на нашето мислење се како што следува. Кога судството или системот на јавна правда не ги задоволува општествените потреби, треба да се очекува дека граѓаните и деловните субјекти ќе се обратат и ќе се потпрат на алтернативните механизми што им се нудат. Или да го кажеме поинаку: ако владеењето на правото е важно за социјалниот и економскиот развој, додека институциите на јавната правда работат неефикасно и сè повеќе и повеќе граѓани и бизниси се потпираат на неформални алтернативи, се чини

⁸¹ Carl Tobias, Civil Justice Reform in the Fourth Circuit, Washington and Lee Law Review, 1993

⁸² Rodney Webb, Court Annexed ADR – A Dissent, North Dakota Law Review 1994.

⁸³ Lynn A. Kerbeshian, ADR: To Be Or...? 70 N.D.L Rev. 1994, str. 381, 400.

потребно да се разгледаат овие алтернативи заедно со формалната јавна правда институциите во развојни стратегии во врска со владеењето на правото.⁸⁴ Ова подразбира дека владеењето на правото не е во тензија со механизмите за АДР затоа што на крајот на денот и двете страни имаат за цел да ги постигнат истите цели - да ги решат споровите и да ја извршуваат правда. Во овој контекст, самата правда треба да се смета како поширок концепт од пресудата за законски права и грешки.

Втората точка што сакаме да ја нагласиме и која ни се чини неспорна е фактот дека доблестите на владеењето на правото споменати претходно не се ниту совршено компатибилни со АДР, ниту пак се целосно некомпатибилни со него. Ова може да биде тема за долги и бесконечни дискусии со многу добри и лоши страни. Сепак, се чини дека е безвредно да се дебатира за тоа, иако зголемувањето на приватниот систем на правда дополнително ќе покрене прашања за транспарентност, легитимност, отчетност и сл. Според мислењето на авторот на долуспоменатиот труд⁸⁵, она што е поважно е фактот дека штом механизмите за АДР можат да помогнат во одржувањето на општествените вредности кои се во согласност со владеењето на правото (како што се еднаквост и правичност), не можеме да тврдиме ништо друго освен дека АДР го промовира владеењето на правото. И, сметаме дека треба да се прифати дури и кога алтернативните механизмите не даваат резултати што произлегуваат директно од владеењето на правото по дефиниција, туку се засноваат на интереси и преференции на страните.

Така, најважната точка е да се осигураме дека комплементарните АДР механизми ги исполнуваат минималните процедурални стандарди на концептот за владеење на правото. Имено, практиката и различните студии покажуваат дека поединците и деловните субјекти кои користат механизми за АДР генерално пријавуваат високо ниво на задоволство и затоа тоа задоволство го припишуваат на судскиот систем земен во целина. Ова сугерира дека АДР не ги загрозува основните вредности на системот на граѓанска правда, но придонесува за создавање на позитивна слика за истиот.

Одредени критики се упатени и на сметка на медијаторите. Во некои држави лицата со агресивно и непримерно рекламирање на медијаторските услуги се со цел максимизирање на своја лична добивка, што секако оправдано отвора значајни етички

⁸⁴ Bryant G Garth, 'Privatization and the New Market for Disputes: A Framework for Analysis and a Preliminary Assessment' (1992) 12 Studies in Law, Politics, and Society 374

⁸⁵ Dr. Tatjana Zoroska Kamilovska, PRIVATIZATION OF CIVIL JUSTICE: IS IT UNDERMINING OR PROMOTING THE RULE OF LAW? 2019

прашања. Истовремено, во повеќето земји се уште не постојат професионални и етички стандарди, кои би гарантирале некое ниво на медијаторски услуги.

Правичноста на договорите особено доаѓа до знак прашање кога интересот на трета страна или јавноста не е земен во предвид, а порамнувањето има влијание и врз нив. На пример, договор кој на родителите им е доста прифатливо порамнување во бракоразводна медијација, може да биде против интересите на самото дете. Од таа причина кај одредени спорови, од голем јавен интерес, можностите на медијацијата потребно е да се исклучат, или да се бара присуство на органите кои би ги штителе интересите на одредени субјекти, како на пример на органите за старателство. Исклучување на медијацијата во спорите кои се однесуваат за заштита на уставните права и слободата на граѓаните е извесна, оние кои имаат димензија за загрозување на поединечни малцински права, со што на странките би им се отежнал пристап до судот, а политички чувствителните спорови ќе се решаваат надвор од очите на јавноста. За медијација не се подобни и би требало да се исклучи од спорите кои се од јавен интерес во кои учествува владата на одредена држава.

Основна претпоставка на успешна медијација е таа дека постигнатиот договор ќе биде фер и правичен за двете страни. Но странката, која заради своите посебни својства е подобро запознаена со правната перспектива на спорот кој се решава со медијација, често е во позиција да постигне по себе подобро порамнување. Овој проблем во пракса се решава со препорачување на странките во медијацијата да не се впуштаат без адвокатска помош. Доколку едната страна се наоѓа во јака позиција, без разлика дали нејзиниот авторитет е резултат на економска надмоќ, подобро познавање на фактичката состојба, подобро познавање на правото, има појак личен авторитет или емоционална надмоќ, поголеми се шансите правичноста да не биде одлика на постигнатиот договор. Меѓутоа, целта на медијацијата не е да утврди кој е во право, фактичка состојба или одговорност, се се тоа прашања во сенка како најдобро постоечки да се реши спорот и да се осврне кон иднината. Заради фактите дека медијацијата често се завршува со договарање на страните за висината на оштетата, медијацијата најчесто се завршува со договарање на одредена сума која се наоѓа некаде на средина на почетните предлози. Критиката која следи од овој факт е дека странките, со изразени вештини за „пазареење“, се мотивирани во постапката за медијација да започнат со нереални барања, како на крајот би дошле до најповолно компромисно решение. Од истово следи дека ако

медијацијата во главно резултира со компромисно решение, таа е спротивна на конвенционалните сфаќања дека само едната страна во спорот е во право.

Медијацијата, како и другите модели на APC, и тоа како зависат од добра волја на странките во даден спор. Правниот систем не поседува механизам со кој на странките би им ја „наметнал“ добрата волја при решавањето на спорот и медијацијата во тој поглед не е исклучок. Во САД на пример, се забележуваат случаи каде што странките со задни намери влегуваат во постапка за медијација како би ги дознале информациите за слабите страни на спротивставената страна (fishing expedition, free discovery). Злонамерната странка често влегува во процес на медијација со цел за одлагање на самата постапка и одолговлекување на парницата. Медијацијата, исто така ја загрозува процесната стратегија на странките, затоа што од нив се очекува дека во потполност ќе ги разоткријат своите позиции и информации, кои инаку би можеле во своја корист и во вистинско време да бидат употребени во тек на судската парница.

Може да се заклучи дека бројните наведени критики се основани и му налагаат на правниот систем да одговори на истите, така што ќе осмисли механизам со кој потенцијалните негативни ефекти од постапката на медијација ќе најде начин да ги елиминира. Меѓутоа, суштински, сите изнесени критики за медијацијата немаат капацитет да ги оспорат само со нивно воведување, се со цел да се истакне примарната цел и предност на самата постапка на медијација. Укажаните критики се најчесто од корективна природа и едноставно испраќаат пораки се со цел поединечните аспекти на медијацијата дека мораат да бидат регулирани и внимателно осмислени, како не би дошло до злоупотреба.

Глава 3. Улога на медијаторот во ефикасно решавање на споровите: финансиски аспекти

3.1. Финансиски прашања за работата на медијаторот

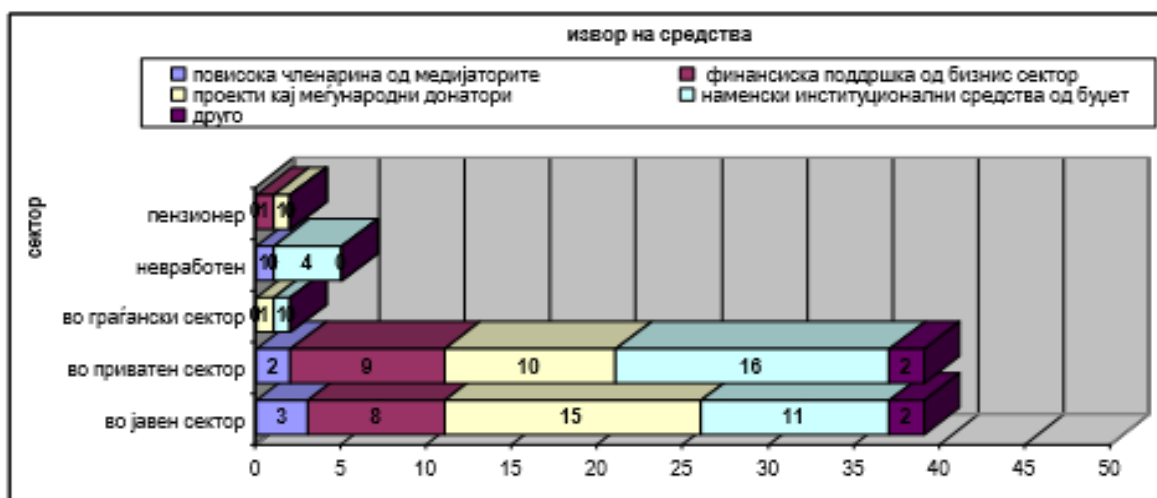
Директивата за медијација го дефинира медијаторот како лице кое медијацијата ја спроведува ефективно, непристрасно и компетентно. Професионализацијата на медијаторите во Европа е неопходна за понатамошниот развој на пазарот за медијација, и странките и препорачувачите треба да имаат доверба во постапката и во медијаторите.

Искуството на останатите земји покажало дека квалитетот на медијаторите е услов - *sine qua non* медијацијата да биде успешна.

Медијаторите во Република Македонија, од своето формирање во Комората на медијатори, реализираат активности со цел медијацијата да биде позастапена во македонското општество во решавањето спорови меѓу две страни. Многубројните судски постапки би можеле да бидат решени преку медијација за што е потребно информирање на јавноста за можностите што ги дава медијацијата. Во овој контекст, од особено значење и важност, има личната перцепција и ставовите на медијаторите за медијацијата, нивната информираност, желба и мотивираност за ангажирање во промоција на медијацијата, и активности што треба да бидат преземени, како и издвојување на најголемите проблеми со кои се соочува медијацијата. Медијаторите како лично засегната страна во развојот на медијацијата, на најдобар начин можат да ја опишат состојбата, да ги констатираат добрите и слабите страни, и да предложат насоки за подобрување на состојбите преку конкретни активности што би биле реализирани во иднина. Реализацијата на ваквите активности претпоставува медијаторите да располагаат со квалитетни и точни информации за да можат навремено да излезат во пресрет на потребите на страните во спорот. Во одредена мера, активностите на медијаторите во поглед на примената на медијацијата во практиката е условена од ангажирањето други институции, како што се судовите, министерството за правда и други.

Припадноста на одреден сектор покажа извесна разлика меѓу медијаторите што припаѓаат во јавниот и приватниот сектор кога станува збор за финансирање на медијацијата. Имено, од медијаторите во јавниот сектор, 15 се изјаснуваат дека основен извор треба да бидат меѓународните донатори преку реализација на проекти, 11 се изјаснуваат дека е потребно институционално решавање на оваа состојба, односно средства од буџетот, а 8 сметаат дека медијаторите можат да сметаат на финансиска поддршка од бизнис секторот (види графикон 1). Од медијаторите од приватниот сектор повеќето се изјаснуваат (16) дека за медијацијата вистински извор е буџетот на државата, а 10 медијатори сметаат дека е потребно да се побараат средства од меѓународни донатори и 9 од бизнис секторот. Може да се констатира дека медијаторите од приватниот сектор во споредба со медијаторите од јавниот сектор, повеќе се изјаснуваат и очекуваат дека институционалните средства од буџетот во наредниот период се посоодветен извор на финансирање на медијацијата, наспроти другите два потенцијални извора - меѓународни донатори и бизнис секторот.

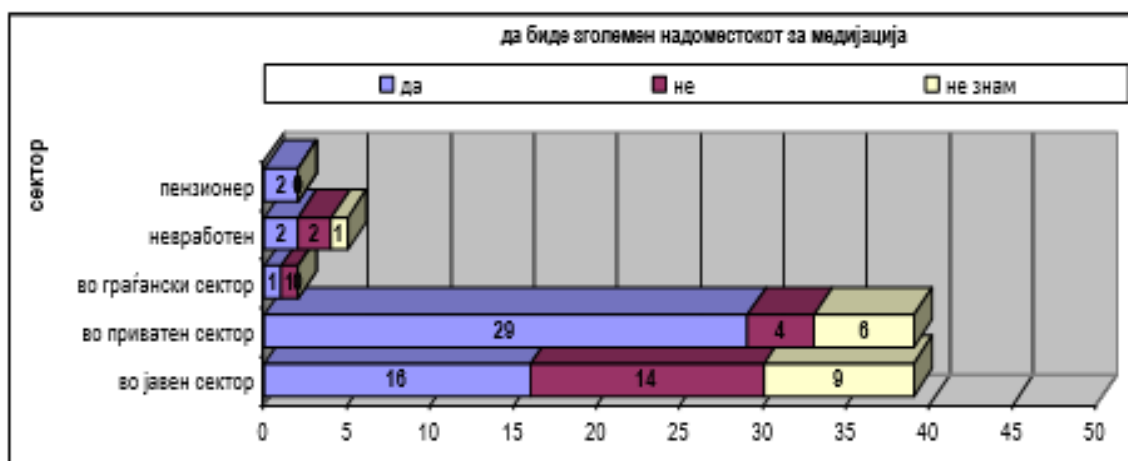
Графикон 1. - вработен во сектор и извор на средства што може да обезбедат финансиска одржливост за развој на медијацијата во наредните 12 месеци



Извор: РЕШЕТЕ го спорот - да, со медијација. - Скопје: Институт за европска политика (ЕПИ), 2013 година, стр. 47

Медијаторите што работат во приватниот сектор повеќе се изјаснуваат од оние што работат во јавниот сектор да се зголеми надоместот за медијација (види графикон 2). Имено, 29 медијатори од приватниот сектор се за преземање на оваа активност, а само 4 имаат негативен став, во споредба со медијаторите од јавниот сектор каде што за оваа активност се изјасниле 16, а против се 14 медијатори.

Графикон 2 - вработен во сектор и преземање, односно непреземање активности да биде зголемен надоместот за медијација во наредните 12 месеци



Извор: РЕШЕТЕ го спорот - да, со медијација. - Скопје: Институт за европска политика (ЕПИ), 2013 година стр. 47

3.2. Препреки за ефикасно решавање на спорите

Од сите досегашни научни достигнуања кои ги истражуваат препреките за ефективно решавање на спорот и улогата на медијаторот во надминување на истите препреки, ќе го издвоиме Мнукиновиот (Mnookin) труд од 1993 година.⁸⁶ Имено, овој автор првенствено ги издвојува спорите кои можат да бидат решени со ефикасно преговарање на страните во спорот, но до тоа не дошло од различни причини. По понкретно кажано, Мнукин акцентот го става на спорите кои не се завршени (а би можеле да се) или пак се завршени но со неефикасна метода и при тоа се испитуваат факторите кои допринесле до таков (неефикасен) резултат.

Во горенаведениот Мнукинов труд, тој го наведува примерот на развод помеѓу сопружници во борбата за старателство над детето. Наместо исцрпувачка борба околу разводот и старателството над детето во долготрајна и скапа парница, страните во спорот можеле да пристапат кон преговарање околу сите тие прашања и да го решат дадениот спор со помалку трошоци. Со други зборови, двете страни, вклучувајќи го секако и детето, би можеле да ја подобрат својата позиција (таканаречено Парето подобрување)

⁸⁶ Robert H. Mnookin, Why Negotiations Fail: An Exploration of Barriers of the Resolution of Conflict, Ohio State Journal on Dispute Resolution, Vol.8, no.2, 1993, page. 235-249;

кога би пристапиле кон преговарање, но наместо тоа спорот се завршува на начин на кој и сопружниците и детето се на губиток. Тој губиток се однесува на експлицитни трошоци за адвокати и вештаци, но и имплицитни трошоци кои во овие видови на спорови секако значајни трошоци, како на пример: нанесување на емоционална болка на детето, оштетени меѓусебни односи помеѓу сопружниците, како и нивниот однос со детето.

Кога станува збор за границите за ефикасно решавање на спор, овој автор првенствено го наведува стратегиското однесување на страните во спорот.⁸⁷ Имено, странките можат да заземат стратегиска позиција во преговорите околу поравнувањето како себе би обезбедиле поголема корист. Таквото однесување може да услови прекин на преговорите и продолжување на парничната постапка, дури и доколку постои простор за склучување на порамнување.⁸⁸

Друга препрека за ефикасно решавање на споровите, по мислење на Мнукин, може да биде последица на добра познатиот *принципал-агент проблем* во договорниот однос помеѓу адвокатот и клиентот⁸⁹ таканаречено постоење на конфликтни интереси помеѓу адвокатот и клиентите.⁹⁰ Конфликтните интереси може да настанат во ситуации кога адвокатот е охрабрен да склучи порамнување со друга страна, а неговиот клиент би сакал да продолжи со парнична постапка. Зад таквото однесување најчесто тежнее адвокатот кон максимизација на сопствената благосостојба, а не кон благосостојбата на својот клиент. Исто така, во односот помеѓу адвокатот и клиентот присутна е и *асиметрија на информации* кои адвокатот може да ги искористи во корист на некој друг.⁹¹ На тој начин, јасно е дека различни стимуланти помеѓу адвокатот и клиентот можат негативно да се рефлектираат на исходот на преговорите, а кои, како што видовме, најчесто подразбираат присуство на агенти кои не ги застапуваат интересите на принципалот.

⁸⁷ Стратегиското однесување во спорот може економски да се моделира. Види, пример, Пнгов модел на стратегиско однесување на странките во преговорите во: I.P.L.P.ng, Strategic Behavior in Suit, Settlement, and Trial, The Bell Journal of Economics, vol.14, no.2, 1983, page 539-550.

⁸⁸ A. Mitchell Polinsky. An introduction to Law and Economics, Aspen Publishers, New York, 2003, page 135-141.

⁸⁹ Борис Беговиќ, Мирољуб Лабус, Александра Јовановиќ, Економија за правници, Правен факултет Универзитет во Белград, Издавачки центар, 2008 год. Стр. 386-389.

⁹⁰ Owen M. Fiss, Against Settlement, Yale Law Journal, vol.93, no.6, 1984, str.1078 I 1081-1082.

⁹¹ Robert Cooter, Thomas Ulen, Law and Economics, Fourth Edition, Pearson Addison Wesley, Boston, San Francisco, New York, London, Toronto, Sydney, Tokyo, Singapore, Madrid, Mexico City, Munich, Paris, Cape Town, Hong Kong, Montreal, 2004, str.405

Како трета препрека за успешни преговарања, Мнукин ги издвојува когнитивните фактори, идентификувани од страна на бихејвиористите.⁹² Станува збор за одредени психолошки фактори како што е перцепцијата на странките по прашањето за правично порамнување.⁹³ Имено, странките не тежнеат кон максимизација на добитокот во парична форма, туку и таквите добитоци кои ги проценуваат како фер и искрени. Затоа бихејвиористите истакнуваат дека значењето на APC методата за решавање на спорови, во рамки каде трето неутрално лице, медијатор, ќе работи на промени во перцепцијата на странките во врска со склопување на порамнување на спор.⁹⁴ Понатаму, во теоријата се наведуваат и други мотивациони фактори кога поединци тужат и започнуваат постапка, да речеме, да ги изразат своите чувства, или некој да чуе за нивните проблеми, а не за да остварат некоја материјална корист. Потоа, самиот избор дали да се оди со порамнување или на судење зависи и од контекстот во кој тој избор се врши. На пример, изборот помеѓу двете понуди за случување на порамнување во многу случаи зависи и од тоа дали постои или не постои трета понуда во склучувањето на порамнувањето.⁹⁵ Конечно, но не и помалку важно, ја наведуваме и *теоријата на изгледот или перспектот* (eng. Prospect theory) на Даниел Канеман (Daniel Kahneman) и Амос Тверски (Amos Tversky), која го опишува изборот помеѓу повеќето опции кои го вклучуваат ризикот.⁹⁶ Имено, поединците носат различни одлуки, одлуки да превземат ризик или одлука да го направат спротивното, во зависност од тоа дали понудената опција е обликувана како добивка или загуба (eng. framing effect). Во случај на добивка, се избегнува ризикот, во случај на загуба, ризикот се превзема. Оваа појава се назначува како *аверзија спрема губитокот* и таа има важни импликации околу прашањата за избор помеѓу судењето или порамнувањето. Имено, кога би тргнале од тоа дека понудата за склопување на порамнување преставува *сигурен*, а износот кој се очекува на основ на судска пресуда *неизвесен* добиток, поединците би избрале сигурен добиток (порамнување), дури и ако би бил понизок од очекуваниот. Но, се поставува прашањето како ќе се однесуваат парничарите ако едниот од двата потенцијални исходи

⁹² Christine Jolls, Cass R. Sustein, Richard Thaler, A Behavioral Approach to Law and Economics, Stanford Law Review, vol.50 may 1998, достапно на <http://ssrn.com/abstract=959177>.

⁹³ Дејан Јаничевиќ, „Психолошке препреке споразумног решавању породичноправних спорова“, Зборник радова Правног факултета у Нишу, Центар за публикациије Правног факултета у Нишу, Ниш, бр. LVIII, 2011, стр.127-139.

⁹⁴ Austin Sarat, Alternatives in Dispute Processing: Litigation in a Small Claims Court, Law and Society Review, vol. 10, 1979, str. 339.

⁹⁵ Mark Kelman et. Al. Context-Dependence in Legal Decision Making, Journal of Legal Studies, vol.25, 1996, str.287-318

⁹⁶ Daniel Kahneman, Amos Tversky, Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk, Econometrica, vol.47, 1979.

(порамнување или судење) го проценат како загуба. Во врска со ова, одредени истражувања⁹⁷ укажуваат на тоа дека тужителите најчесто ја проценуваат исплатата врз основа на порамнувањето како добивка. Додека, пак, тужените таквата исплата ја проценуваат како загуба. Спрема теоријата на изгледите, следува дека тужените ќе бидат спремни да продолжат со преземање на парничната постапка до завршување на истата. Значи, тужените се спремни да превземаат ризик заради избегнување на сигурна загуба. Сето ова укажува дека проценката на очекуваниот исход на парничните странки во многуте случаи зависи од судбината на парничната постапка.

Конечно, последната препрека за ефикасно решавање на спорот, која Мнукин ја наведува, се однесува на една појава која се истражува во рамки на социјалната психологија, првенствено од страна на истражувачи и професори по психологија на универзитетот Стенфорд, Ли Рос (Lee Ross).⁹⁸ Во прашање е појава која е означена како реактивна девалвација (eng. reactive devaluation). Имено, реактивната девалвација, како што и самиот назив сугерира, се однесува на ситуација каде едната страна во преговорите ја намалува актуелната вредност на понудата или концесијата на другата страна., особено ако помеѓу нив постои непријателски однос. Оваа појава генерално гледано, е последица на преговарање како општествено интерактивен процес помеѓу две страни во даден спор, во кој тие често ги изнесуваат своите ставови отколку намерите, мотивите или интересите на другата страна. Токму тоа е и причината зошто истражувачите од областа на социјалната психологија пристапиле кон проучување на појавата на реактивната девалвација. Така, во еден експеримент, кој е спроведен од страна на студентите од универзитетот Стенфорд, докажаната хипотеза дека поединци ја намалуваат вредноста на актуелната понуда, преферирајќи ја другата, алтернативната понуда, која не е актуелизирана. Со други зборови, докажано е дека поединците, во изборот помеѓу понудената и непонудената опција, ја преферираат оваа другата. Ова истражување, а и бројни други истражувања, укажуваат дека поединците во преговарањата покажуваат склоност кон верување дека понудата на другата страна е нереална и врз основа на таквата проценка, одбиваат да учествуваат во размена со другата страна. Онаа страна која упатила иницијална понуда, ќе го процени одбивањето на понудата од страна на другиот учесник во преговорите како одраз на непријателство,

⁹⁷ Jeffrey J. Rachinski, Gains < Losses and the Psychology of Litigation, Southern California Law Review, vol.70, 1996, str.130-149.

⁹⁸ Lee Ross, Reactive Devaluation in Negotiation and Conflict Resolution, <https://law.stanford.edu/program/centers/scicn/papers/reactive-devaluation.pdf>.

или како одраз на стратегиско однесување.⁹⁹ Со тоа може да се создаде маѓепсан круг, кој ќе оневозможи постигнување на договор за порамнување. Излезот од тој маѓепсан круг може да се најде или во одењето на судење или во помошта од страна на трето неутрално лице (медијаторот).

3.3. Улогата на медијаторот во осигурување за ефикасно решавање на споровите

Кога станува збор за улогата на медијаторите во ефикасното надминување на препреките за решавање на спорот, односно осигурување во однос на исходот, таа е повеќе од значајна.¹⁰⁰ Прво, кога зборуваме за стратешко однесување на страните во спорот, треба да се истакне дека суштината на процесот на преговорите претставува поделбата на кооперативниот вишок.¹⁰¹ Во таа пригода се посочува дека поделбата на кооперативниот суфицит на еднакви делови претставува разумно решение.¹⁰² На пример, ако купувачот е подготвен да купи кука по цена од 50.000 евра, додека продавачот е подготвен да ја продаде куката по цена од 45.000 евра, јасно е дека кооперативниот суфицит од 5.000 евра би бил поделен на еднакви делови и тоа претставува разумно решение. Но, постои можност за влез на продавачот и купувачот во исцрпувачка борба околу поделбата на кооперативниот вишок со цел да се заземе поголем дел од “колачот“. Тоа би било рационално однесување, но прашањето е дали би било разумно. Ова прашање се поставува, имајќи го предвид фактот дека епилогот од тактичката борба помеѓу преговарачите може да бидат неуспех за да се постигне договорно решение во врска со поделбата на кооперативниот вишок. Имено, да тргнеме од претпоставка така што купувачот и продавачот ги знаат цените меѓусебно, продавачот може да преземе стратегија за продажба на имотот не под 49.999 евра, а стратегијата за купување на купувачот да не биде погоре од 45.001 евра. Во овој случај, секој сака да присвои што е можно повисока вредноста на кооперативниот вишок во износ од 5.000 евра. Во прашање се две екстремни позиции што ги заземаат за материјализирање на максимумот вредности на кооперативен вишок, што зависи од

⁹⁹ Преговарачот може да ја одбие понудата од стратегиски причини, како би во текот на преговорите може да издејствува уште понизок износ на понудата за случување на порамнување.

¹⁰⁰ Анализата која следи е базирана врз база на Мнуковиот труд од 1993. Види: Robert H. Mnookin, op.cit.1993.

¹⁰¹ Robert Cooter, Thomas Ulen, op. cit.2004, str.78-79

¹⁰² Ibid.,str.80, fusnota br.5.

вредностите на веродостојната закана на двајцата учесници во преговорите. Сè на сè, оваа стратешка игра може да доведе до тоа и двајцата учесници во преговорите да бидат во неповолна позиција, т.е. дека резултатот од преговорите ќе биде неуспехот да се постигне договор за поделба на кооперативен вишок. Економски гледано, нето-исходот може да биде непотребно губење ресурси (пари, време) на неуспешни преговори за поделба на кооперативниот вишок. Во нашиот пример, тоа практично би значело дека продажбата нема да се реализира, што би било некооперативно решение за игра. Во врска со ова, се поставува прашањето: може ли медијаторот да придонесе во тоа да се избегне некооперативно решение за играта, предизвикано од стратешко однесувањето на страните во конфликтот (спорот)? Одговорот е да, но има и такви одредени услови што мора да бидат исполнети за да се случи ова. Пред сè, медијаторот треба да ја добие довербата од обајцата преговарачи. Само во атмосферата во која владее доверба постои можност за страните во спорот да ги откријат нивните вистински потреби и интереси. Само ако медијаторот успее да ги достигне основните потреби и интереси на страните во спорот, може да се очекува со своите вештини за преговарање да им помогне во зголемување на „колачот“, но и рационално да се подели истиот. Во претходниот пример, медијаторот може да ја релаксира напнатата ситуација помеѓу продавачот и клиентот (купувачот) и да го поттикне нивното нестратешко однесување. Да речеме дека може да ги поттикне да размислуваат за можните придобивки од кооперативното решение.

Второ, кога станува збор за *проблемот со главниот агент*, медијаторот, исто така, може да биде од голема корист за нејзино надминување. Инаку, овој проблем може да се манифестира во односот помеѓу адвокатот и клиентот, но и во односот корпоративни менаџери и сопственици, работодавци и работници итн. Да речеме¹⁰³, управителот на корпорацијата може да има различни интереси во однос на сопствениците на корпорации во решавање на даден спор. Корпоративниот менаџер може да биде во интерес на продолжување на судењето, додека сопствениците на корпорацијата може да бидат заинтересирани за склучување на спогодба. Мотивот по кој менаџерот се раководи може да биде различен од оној на сопствениците. На пример, може да биде избегнување на лична одговорност, што се постигнува со пролонгирање на судска постапка. Ваквото раководно однесување може да нанесе огромен материјална штета на корпорацијата и

¹⁰³ Robert H. Mnookin, Robert B. Wilson, Rational Bargaining and Market Efficiency: Understanding Pennzoil v. Texaco, Virginia Law Review, Vol. 75, 1989, стр. 299,

секако на нејзините сопственици. Прашањето е како медијаторот може да помогне да се надмине проблемот со главниот агент во односите помеѓу управителот и сопственикот. Да речеме¹⁰⁴, медијаторот може да донесе претставник на преговарачката маса од други компании, кои немаат сопственост во компанијата во која има конфликт помеѓу интересите на менаџерите и сопствениците. Присуството на претставник на друга компанија можеби поттикнала зближување на интересите на менаџерите и сопствениците. Потоа, слично може да постои судир на интересите помеѓу адвокатите и нивните клиенти.¹⁰⁵ Имено, адвокатите на страните во спорот можат силно да се охрабрат да одат на судење, кое често се манифестира во американската судска пракса, барем кога станува збор за адвокати кои се платени по час. Тој нивен поттик може да биде поттикнат од аспирациите на нивните клиенти, особено ако тие имаат добри финансиски услови и доколку се подготвени да одат до крај во судската битка. Но, во овој случај, поттикот да се избегне судење може да биде резултиран со високи парнични трошоци. Со оглед на тоа што трошоците за парница ќе бидат на товар на клиентите, постои можност медијаторот на преговарачката маса да им помогне да видат дека нивниот заеднички интерес за заобиколување на плаќањето на тие трошоци и тоа со свртување кон преговори и склучување на спогодба со другата страна. Само медијаторот може да го стори тоа затоа што не може да се очекува од адвокат, силно охрабрен со одење на судење, да влијае на страните да се договорат и дојдат до едно заедничко прифатливо решение.

Трето, кога станува збор за *когнитивните бариери*, идентификувани од страна на бихејвиористите, ќе се задржиме на *аверзијата кон загубата и ефектот на обликот*. Да се потсетиме дека аверзијата кон загубата значи дека поединци покажуваат тенденција негативно да се процени загубата од референтната точка. Со други зборови, повеќето луѓе не се подготвени да ризикуваат при изборот помеѓу сигурна и неизвесна добивка, дури и кога несигурната добивка може да донесе доста поголема корист. Од друга страна, луѓето се повеќе подготвени да ризикуваат за да се избегне сигурна загуба отколку што се подготвени да ризикуваат да остварат профит, дури и ако, во просек, безбедната загубата е поголема. Едноставно кажано, поединците се коцкаат за да ја избегнат таа сигурна загуба, но тие не сакаат да се коцкаат и ризикуваат ако имаат сигурна победа. Во прашање е когнитивна бариера што се нарекува избегнување на загубата или одбивност кон загубата. Прашањето што се поставува е: како оваа

¹⁰⁴ Robert H. Mnookin, op. cit., 1993, стр. 248,

¹⁰⁵ Ibid., стр. 242 и 248,

когнитивна бариера може да влијае на резултатот од преговорите? Може да влијае ако едната страна во преговорите оцени дека отстапката направена на другата страна е безбедна загуба. Според логиката на бихејвиористот, таа страна би ризикувала да ја избегне одредена загуба, т.е. таа ќе продолжи со преговорите, што носи дополнителна неизвесност и ризик. Понатаму, кога станува збор за ефектот на обликување, тоа значи дека поединците носат различни одлуки - одлука за ризик или одлука за спротивното, во зависност од тоа дали понудата на опциите е обликувана како добивка или загуба (инж. ефект на врамување). Изборот помеѓу двете опции може да се форматира како добивка (позитивен ефект на врамување), или може да се оформи како загуба (негативен ефект на врамување). Во случај на добивка, ризикот се избегнува, во случај на загуба, ризикот е преземен. Затоа, аверзија кон загубата и обликувањето како избор помеѓу повеќе опции може негативно да влијае на резултатот од преговорите. Но, каква е улогата на медијаторот во овој поглед? Како прво, медијаторот би можел ги преобликува изборите со кои се соочуваат страните во спорот, односно дека може да придонесе до ублажување на негативната перцепција на страните дека станува збор за концесија што води кон спогодба за сигурна загуба. Тој може да го стори тоа со нагласување на позитивните ефекти од решавањето на споровите. Со други зборови, добро обучен медијатор би можел ќе им помогне на страните во спорот да ги видат изборите од поинаква перспектива, т.е. од перспектива што води до исход кој не е толку негативен како што се проценува. Токму за вакви прашања се манифестира олеснувачката способност на медијаторот.

Конечно, ако станува збор за реактивна девалвација, како феномен каде што едната страна во преговорите ја намалува реалната вредност на понудата или концесијата на другата страна, особено ако постои непријателски односи меѓу нив, улогата на медијаторот е повеќе од корисна. Имено, доколку едната страна ја оцени концесијата од друга страна, како одраз на непријателство, се поставува прашањето дали таа проценка ќе остане идентична, доколку предлогот за решавање на спорот доаѓа од трето неутрално лице. Медијаторот може во одделни дискусии со страните во спорот да воочи и да ги открие нивните интереси и потреби и, врз основа на тоа, формулира предлог што би било прифатливо решение за двете страни. Предлогот мора да се даде многу внимателно, затоа што ако не содржи барем минимум прифатливи елементи за двете страни, прашањето е дали тоа ќе биде прифатено. Во секој случај, преку ова се манифестираат во тој поглед карактеристики на добро обучен медијатор.

3.4. Улогата на медијаторот во ублажување на проблемите на негативната селекција

Овој дел со селекцијата и ризикот произлегува од еден од позначајните поими во финансиската теорија и практика поврзан со т.н. морален ризик кој произлегува од постоење на асиметрични информации, односно едната страна е добро информирана и во предност, а другата страна недоволно информирана и заради тоа е во ризик да направи погрешен избор/селекција од што подоцна може да има штета. Затоа е важна улогата на медијаторот при анулирање на ваков тип на проблеми.

Во овој дел, врз основа на статијата на Браун (J.G.Brown) и Ајрес (I.Ayres) од 1994 година¹⁰⁶, посебно внимание се посветува на улогата на медијаторот во ублажување на проблемот со негативната селекција помеѓу страните во спорот, како вид на проблем со информациите. Акцентот е ставен на одделни разговори што медијаторот ги води со страните во спорот и кои претставуваат посебна техника да се подобри трансферот на информации помеѓу нив. Но, пред тоа, потребно е да се одговори на неколку прашања: пред сè, што се подразбира под негативен избор и, особено, во кои случаи се јавува, а потоа е важно да се разграничи идејата за *најдобра алтернатива на договорот со преговори* (скр. БАТНА) од поимот *цена на резервација*, со цел улогата на медијаторите во ублажувањето на проблемот со негативната селекција помеѓу страните во спорот да биде во целост разбирлива.

3.4.1. Поим за негативна селекција

Како што е наведено, пред да се проучи улогата на медијаторите во ублажувањето на проблемите со негативната селекција, се поставува прашањето што значи поимот негативни селекции? Одговорот на тоа прашање може најдобро да се илустрира со примерот на пазарот на осигурување. Имено, на пазарот на осигурување, осигурениците се подобро информирани за ризиците што можат да им се појавуваат, за разлика од осигурителната компанија која нема такви информации, односно не може да ги оддели високо ризичните групи од осигурениците со низок ризик. Затоа осигурителните компании се принудени да ја утврдат цената според просечната веројатност појава на ризичен настан. Во тој случај, ризикот поминува подобро кај осигуреници, бидејќи

¹⁰⁶ Jennifer Gerarda Brown, Ian Ayres, Economic Rationales for Mediation, Virginia Law Review, Vol. 80, No. 2, 1994, стр. 323–402,

плаќаат премија за ризик што е помала од нивниот реален ризик. Спротивно на тоа, осигурениците со низок ризик плаќаат премија за ризик што е поголем од нивниот реален ризик. Логичката последица од таквиот начин на одредување на цената на премиите за осигурување е дека полиси за осигурување купуваат повеќе осигуреници со висок ризик. Таков феномен на пазарот на осигурување се нарекува неприроден или негативно неповолен избор. Основниот проблем поради кој се јавува негативен избор се рефлектира во тоа дека една договорна страна крие информации за некои од нејзините карактеристики од другата договорна страна пред склучување на договорот. Само таков проблем може да се појави и меѓу преговарачите во спорот. Со други зборови, концептот на негативна селекција може да се примени и во ситуација кога страните во спорот преговараат за спогодбено решение на спорот, при што едната или двете страни кријат информации за некои од неговите карактеристики, пред склучување на договорот. Но, се поставува прашањето за природата на информациите што ги кријат страните едни од други. За таа цел, ќе илустрираме пример помеѓу купувач и продавач, кои ги кријат своите цени на резервација. Сепак, како што е предложено, терминот резервацијата на цените е тесно поврзана со поимот најдобар алтернативен договор со преговори (скр. БАТНА), и потребно е да се разликуваат, како економската анализа на улогата на медијаторите во надминувањето на проблемот би била негативна изборот беше олеснет.

3.4.2. Разликата помеѓу БАТНА и резервациските цени

Во горенаведениот пример со купувачот и продавачот, претпоставката беше дека купувачот ја знае резервациската цена на продавачот и обратно. Таа претпоставка, генерално, служеше за разбирање на стратешкото однесување на преговарачите во преговорите. Но, во реалноста често се случува купувачот да не знае која е резервациската цена на продавачот и обратно. Ова практично значи дека секоја страна има приватни информации, непознати за другата страна, за вредноста на одредено добро или услуги што можат да бидат предмет на продажба. Токму присуството на ова може да генерира приватни информации за вредноста на добрата или услугите може да го генерираат проблемот на негативна селекција. Во исто време, проблемот со негативната селекција може да се јавува, не само помеѓу купувачот и продавачот кои се согласуваат за цената, туку и во сите видови спорови што доведуваат до влегување на двете страни

во преговори заради спогодбено решение на спорот. Инаку, резервациската цена, што ја означува максималната цена по која купувачот е подготвен да купи одредено добро или услуга, или минималната цена на кој продавачот е подготвен да продаде одредено добро или услуга, во теорија се означува како *најдобра алтернатива на договор со преговори*, или накратко БАТНА (eng. Best Alternative to a Negotiated Agreement.). Се поставува прашањето: дали има разлика помеѓу поимот резервациските цени и поимот БАТНА? Имено, БАТНА има поквалитетно значење, наспроти резервациските цени кои се квантитативен израз, БАТНА значи моментална очекувана вредност на изборот на едната страна да не склучи договор за спогодба со другата страна.¹⁰⁷ Постои можност најдобрата алтернатива на договорот со преговори да претставува судска пресуда. Во овој случај, потребно е да се пресмета очекуваната вредност на судењето, т.е. очекуваната вредност на пресудата и со тоа да се утврди вредноста на најдобрата алтернатива на договорот со преговори. Во примерот со клиентот и продавач, постои можност најдобрата алтернатива да ја изврши купувачот за некоја друга (алтернативна) набавка, или да не се изврши какво било купување. Во секој случај, за разлика од резервациските цени, вредноста на БАТНА на една страна во преговорите може да пренесе поголема количина на информации на другата страна и обратно.¹⁰⁸ Имајќи предвид, пред сè, дека резервациските цени не се исти како и БАТНА, тогаш, фактот дека преговарачот не ја знае резервациската цена, тоа е БАТНУ на другата страна, како и фактот што страните во преговорите може да имаат различна моќ на преговарање, јасно е дека успехот на преговорите не е однапред загарантиран. Ова практично значи дека страните треба да пристапат кон одредени видови, индиректни или директни, на комуникација, во смисла на размена на приватни информации. Само, иако ограничена, размената на информациите, да речеме за резервациската цена, може да им овозможи на страните да видат дали постои можност за реализација на придобивките од размената. Во ваква ситуација сите рационални преговарачи ќе имаат поттик да ја искористат постојната асиметрија на информации, со цел да се оствари највисоката можна корист од размената. Тоа се манифестира во стратешкото однесување на преговарачот, во смисла на прикривање на приватни информации, или нивно погрешно претставување на други страници. Ова е точно како се манифестира проблемот со негативна селекција. Да

¹⁰⁷ John S. Murray, Alan S. Rau, Edward F. Sherman, op. cit., 1996a, стр. 202.

¹⁰⁸ Roger Fisher, William Ury, Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In, Second Edition by Fisher, Ury and Patton, Random House Business Book, 2003, стр. 49–54, <http://6thfloor.pp.fi/fgv/gettingtoyes.pdf>

речеме во нашиот пример, клиент кој е навистина подготвен да плати за добра или услуга од повисока цена, постои поттик да се претстави како купувач кој е подготвен да го стори тоа по пониска цена. Од друга страна, продавач кој е навистина подготвен да продаде добро или услуга по пониска цена, се охрабрува да го стори тоа по повисока цена. Како ова може да доведе систем за поттикнување, предизвикан од асиметрија на информации до непотребно трошење на ресурси. Со други зборови, можно е партиите да не склучат договор за порамнување, иако придобивките од размената постојат, или обратно, дека страните непотребно се исцрпуваат во долгите преговори, иако придобивките од размената навистина не постојат. Ова не доведува до клучното прашање, што е: дали медијаторот може да ја поправи неефикасноста генерирана од асиметријата на информации помеѓу преговарачите? Одговорот е позитивен и споменатите автори издвојуваат три начини на кои медијаторот може да го надмине проблемот со негативните селекции: зголемување на цената на стратешкото однесување со охрабрување преговорите да се прекинат ако нема корист од размената; со охрабрување на таа страна за поделба на презентираната придобивка од размената повеќе или помалку на еднакви делови; овозможување на едната страна да пренесува одредени сигнали на другата страна за нејзината резервациската цена.

3.4.3. Прекин на преговорите и поделба на презентираните придобивки на еднакви делови

Во горенаведениот пример со купувачот и продавачот ќе дојде до реализација на купување само ако се понудат двете страни за цената на добрата или услугата во рамките на нивните резервациски цени. Аналогно, преговарачите во кој било спор можат да склучат договор за спогодба само за заемна корист ако нивните понуди за порамнување се совпаднаат. Практично гледано, ако понудата за склучување на спогодба од една страна би изнесувала 11.000 денари, додека другата страна би била подготвена да се задоволи со износ не помал од 10.000 денари, а во исто време, не ги крие тие информации, би имало простор за склучување на порамнување. Ако претпоставиме дека двете страни, без прекумерно договарање, решението во износ од 10.500 динари, би претставувало разумно решение, до кое ќе се дојде без стратешка пресметка. Но, бидејќи тоа не е баш реална ситуација, се поставува прашањето: дали медијаторот може да им

помогне на страните во спорот да се решат, доколку едната страна крие информации за тоа колкав е износот за кој е подготвена страната да подмири, или пак ако лажно ги презентира овие информации? Да претпоставиме дека клиентот крие информации за резервациската цена или прикажува пониска резервациската цена отколку што навистина е, додека продавачот треба да ја понуди својата цена во однос на продажбата. Ако би тргнале од тоа дека медијаторот во одделен и доверлив разговор ја дознава презентираната резервациската цена на купувачот, каде што оваа цена не ја надминува презентираната резервациска цена на продавачот, медијаторот би можел да ги охрабри и двете страни да ги прекинат преговорите. Зошто? Имено, ако клиентот и продавачот биле соочени со можноста да ги прекинат преговорите од страна на медијаторот, тогаш ќе бидат охрабрени да ги изразат своите резервациски цени искрено. Со други зборови, ако во посебен разговор со преговарачите, врз основа на презентирани резервациски цени, се утврди дека не постои можност за меѓусебна размена и корист, во исто време, се најавува дека преговорите ќе бидат прекинати, медијаторот на тој начин создава систем на стимулации за страните вистински да ги изразат своите резервациски цени. Едноставно кажано, медијаторот ја зголемува *цената на лажењето* објавувајќи дека ќе дојде до прекинување на преговорите, бидејќи секој денар лажно ја зголемува цената на резервациската цена на продавачот, односно секој денар на лажно намалување на резервациската цена на купувачот, ја зголемува веројатноста дека нема да има размена за заемна корист, т.е. до договор за цена. На овој начин се охрабруваат рационалните преговарачи верно да ја изразуваат својата подготвеност да продаваат или купуваат. Овој вид на однесување на медијаторот, на крајот, ги намалува и трошоците за преговори.¹⁰⁹

3.4.4. Прекинување на преговорите во играта „земи или остави“ со медијација или без медијација

Во играта каде што продавачот треба да даде понудата кон купувачот може само да ја прифати или само да ја одбие (земете ја или оставете понудата), најдобро може да се согледа проблемот со негативната селекција и улогата на медијаторите во нејзиното

¹⁰⁹ Tracy R. Lewis, David E.M. Sappington, *Countervailing Incentives in Agency Problems*, Journal of Economic Theory, Vol. 49, Issue 2, December 1989, стр. 294–313.

ублажување. Во исто време, играта што вклучува медијација се споредува со идентичната игра во која нема медијација. Првата првична претпоставка е дека не постои асиметрија на информациите. Во таквата игра со целосни информации, продавачот би дал понуда што е малку пониска од резервациската цена на купувачот. Имајќи предвид дека продавачот ја знае резервациската цена на купувачот, да речеме 10.000 денари, ќе испрати понуда од 9,999 денари, која купувачот не може да ја одбие. Тоа значи дека во ваквата игра секогаш би имало договор, почнувајќи, се разбира, од основната претпоставка дека договор е нужно постигнат ако резервациската цена на продавачот е пониска од резервациската цена на купувачот. Но, ако поаѓаме од претпоставката дека постои асиметрија на информации, купувачите кои имаат повисока резервациската цена добиваат стимул да ја држат во тајност што подолго. На пример, купувачите со повисока резервациската цена, да речеме 11.000 денари, би оствариле трансакција со продавачот во споредба со купувачите со пониска резервациската цена, да речеме 10.000 денари, под претпоставка дека продавачот има информации за цените. Затоа, во ситуација кога продавачот нема информации за резервациската цена, т.е. кога има асиметрија на информации, клиентите со повисока резервациската цена се охрабруваат да не ги изразуваат тие цени. Во таква ситуација, продавачот ја има единствената оптимална стратегија на располагање што се рефлектира во понудата на цена што го одржува просекот на нејзините трошоци за производство на стоки или услуги и максимална резервациската цена на купувачот.

Да се вратиме на основното прашање: како може да ви помогне медијаторот да се избегнат неефикасности генерирани од негативен избор и асиметрија на информации помеѓу преговарачите во претходно објаснетата игра? Како што споменавме, присуството на медијатор во оваа игра на асиметрични информации ги наведуваат страните вистински да ги кажат своите резерви, затоа што во спротивно ја затвораат секоја можност за размена. Единствено нешто што медијаторот треба да направи е да им соопшти на страните дека ќе има пауза во преговорите, доколку врз основа на презентираниите резервациски цени се утврди дека не постои можност за размена. На тој начин, страните добиваат поттик да бидат вистинити и да ги презентираат своите резервациски цени и да продолжат со преговорите. Таа способност медијаторот да ги прекине преговорите, во суштина, доведува до воспоставување на рамнотежа во презентацијата на резервациски цени во претходната игра. На пример, ако купувачот му каже на медијаторот дека неговата резервациска цена е 100 денари, а продавачот му презентира на медијаторот дека неговата цена на резервација е 110 денари, медијаторот

може да им соопшти на страните дека преговорите ќе бидат прекинати. Ако медијаторот не би се вклучил во пренесување на сигнал до страните дека ќе се појави прекин на преговорите, навистина би се случил прекин. Така, медијаторот со објавувањето дека преговорите ќе бидат прекинати и испраќањето на сигнали за цените ќе ги охрабри страните искрено да ги наведат цените на резервациите и, врз основа на тоа, ќе дојдат до можна процена дали има можности за размена. Доколку видат дека има таква можност, страните ќе продолжат да преговараат, дури и ако медијацијата не успее. Но, тука постои една опасност. Имено, самата можност страните да продолжат да преговараат дури и ако медијацијата не успее, создава поттик за продавачот уште повеќе да ја зголеми, т.е. купувачот да ја намали резервациската цена. Почетната теза беше дека страните ќе бидат искрени во изразување на резервациската цена доколку се соочат со можноста за прекин на преговорите од страна на медијаторот. Сега, како што се отвора можноста за продолжување на преговорите по неуспешното посредување и поаѓајќи од фактот дека страните во спорот веќе знаат за оваа можност, се создава систем за стимулации за продавачот се повеќе да ја зголеми, односно купувачот дополнително да ја намали презентираната резервациската цена.

3.4.5. Поделба на презентираните придобивки на еднакви делови во играта „земи или остави“ со медијација или без медијација

Другата придобивка од медијацијата во оваа игра се рефлектира во што медијаторот може да ја ограничи можноста на продавачот да ја користи својата пазарна моќ и да утврди единствена висока цена. Имено, во играта без медијација, како што беше речено, продавачот, поради сегашната асиметрија на информации, одредува уникатно висока цена што одговара на одредена класа на клиенти кои високо ценат за одредено добро или услуга, но не одговараат на друга класа на клиенти кои ниско ги вреднуваат добрата или услугите. Сепак доколку медијаторот во оваа игра само би им пренесувал информации на купувачите од понудата на продавачот со кои се дели потенцијална корист од размената на повеќе или помалку еднакви делови, тие би биле охрабрани поискрено да ги изразат своите резервациски цени. На овој начин, медијаторот би спречил продавачот да ја искористи својата пазарна моќ и да постави единствена висока

цена, од една страна, додека, од друга страна, ќе се намали поттикот на купувачот да ја крие својата резервациска цена.

Врз основа на горенаведеното, произлегува дека медијацијата е поефикасен метод за минимизирање на социјалната неефикасност на преговорите, генерирана од негативниот избор и асиметријата на информациите, во однос на методот заснован на преговори земи или остави, што не вклучува медијација. Но, битно е да се истакне дека медијацијата не може целосно да го елиминира проблемот со негативниот избор и асиметријата на информации, бидејќи секогаш ќе има некои клиенти и продавачи кои нема да имаат корист од трговијата, без оглед на присуството на медијаторот. Затоа, подобро е да се каже дека медијацијата може да го ублажи или намали постоењето на одреден проблем, и тоа под одредени претпоставки. Пред се, медијаторот да би бил успешен во претходната игра потребно е преговарачите да бидат рационални и секогаш да тежнеат кон максимизација на ефикасноста (размена на придобивките). Второ, и двете страни мора да соработуваат со медијаторот, т.е. да му дозволат на медијаторот да ја пренесе вредноста на презентираната резервациска цена на другата страна. Потоа, медијаторот мора да има согласност од двете страни дека трансакцијата ќе се изврши по цена која претставува просек на нивните резервациски цени, под претпоставка дека резервациската цена на купувачот е поголема од резервациската цена на продавачот.

Без овие претходно утврдени отстапки на страните, медијаторот во оваа игра може само да ги спречи понатамошните обиди да се добие корист од размената. Но, како што напоменавме, дури и кога медијаторот ги добива овие отстапки, играта преку медијација генерира повисоко ниво на социјални придобивки од преговорите во споредба со играта без медијација, но секако не и апсолутно ниво.

Да заклучиме дека улогата на медијаторот е од суштинско значење во ублажување на ефектите од асиметријата на информациите меѓу преговарачите а која се рефлектира во социјалната неефикасност на преговорите. Таа улога на медијатор се манифестира преку примена на специфичните техники на преговорите - најава за прекини на преговорите ако нема придобивки од размената и објавување на поделбата на презентираните придобивки во повеќе или помалку еднакви делови.

Сепак, постојат некои проблеми во примената на овие техники на посредувањето од страна на медијаторот. Во следниот текст, врз основа на (веќе цитираниот) труд на Браун и Ајрес за економската рационалност на медијацијата, ќе бидат објаснети проблемите со

кои се соочува медијаторот при спроведувањето на овие техники, како и методите за нивното премостување. Но, пред тоа, потребно е да се објасни влијанието на знаењето на преговарачите врз ефективната на медијацијата, со оглед дека ова прашање е само напоменато и дека неговата елаборација отвора низа други важни прашања, пред се, прашањето за задолжителна медијација наспроти доброволно медијација.

3.4.6. Влијанието на знаењето на преговарачите врз ефективната на медијацијата – финансиски импликации

Анализата на преговорите може да се заснова на различни претпоставки во однос на знаењето за преговарачите. Имено, може да се претпостави дека преговарачите не секогаш ги знаат своите резервациски цени. Потоа, може да се појде од тоа дека преговарачот ја знае својата резервациска цена, но не и резервациската цена на другиот преговарач. Може да се претпостави само дека секој преговарач ја знае резервациска цена на другиот преговарач (од општо знаење). Претходна игра со асиметричните информации почиваше на претпоставката дека само продавачот знае дека резервациската цена на клиентот се дистрибуира во одреден интервал.¹¹⁰ Улогата на медијаторот е во тоа да ги охрабри страните, засновани на одредени техники, да ги откријат своите резервациски цени и, на тој начин, да се создаде можност за достигнување на взаемно корисен договор. Врз основа на презентираниот модел, беше извлечен заклучок дека „играњето“ со медијацијата е поефикасно отколку „играњето“ без медијација, но само во однос на ех ante очекувани придобивки од размената. Со други зборови, медијацијата ги зголемува социјалните придобивки од преговорите преку создавање на стимулации за максимизирање на очекуваните придобивки од размената, и само ако преговарачите не ја знаат нивната резервациска цена. Во прашање е ех ante проценка на ефикасноста, во која играта со медијација доминира над играта без медијација. Ако сега би ја промениле оваа претпоставка во поглед на знаењето на преговарачот и се започне од тоа дека преговарачите ги знаат нивните резервациски цени, во тој случај со играта на медијација би се намалиле очекуваните придобивки од размената за некои купувачи и продавачи. Имено, играта со медијација ја зголемува

¹¹⁰ Произволно беше речено дека станува збор за интервал од 0 до 10 000 денари. Оваа претпоставка може да важи за обете страни, не само за продавачот.

очекуваната придобивка од размената за случајни купувачи и продавачи, како што покажа претходната анализа, но не за јасно идентификувани странки. Станува збор за купувачи и продавачи кои имаат високи резервациски цени. Овие купувачи и продавачи очекуваат повеќе заработка од играта без медијација и може да покажат одбивност кон медијација.¹¹¹ Ова практично значи дека од овој средно временски хоризонт (кога преговарачот ја знае својата резервациска цена, но не и резервациската цена на другиот преговарач), играта со медијација престанува да доминира во играта без медијација и не може да се каже ниту дека втората доминира со првата. Така, гледано од перспективите на средно време на проценка на ефикасноста, се отвора проблемот за избор на метод на преговарање, бидејќи не е јасно кој од нив е поефикасен. Според тоа, временскиот хоризонт на проценката на ефикасноста игра важна улога во изборот на метод на преговори (со или без медијација). Следено од средно временски хоризонт, не може со сигурност да се каже дека медијацијата е нужно поефикасен метод за решавање на спорови во однос на играта без медијација, т.е. во однос на методот на преговори „земи или остави“ кој не вклучува медијација. Но, од друга страна, гледано од *ex ante* временскиот хоризонт, медијацијата е поефикасен метод од играта без медијација. Во прилог на тоа, во една студија¹¹² се покажа дека играта со медијација, во која страните сè уште не ги спознале своите резервациски цени, генерира повисоко ниво на очекувани социјални придобивки во однос на која било игра во која страните ги знаат своите резервациски цени. Тоа понатаму значи дека би било општествено посакувано страните да ја прифатат медијација се додека не ги дознаат нивните резервациски цени, бидејќи медијацијата, во тој момент, генерира повисоко ниво на социјална корист во споредба со методите во кои не се преговара со вклучување на медијација. Природна претпоставка, во овој случај, е дека страните имаат можност доброволно да влезат во преговори за решавање на одреден спор.¹¹³ Но, тие честопати воопшто не можат да пристапат на овој вид преговори додека не ги научат своите резервациски цени.¹¹⁴ Но, кога ќе ги научат, прифаќањето на медијацијата, како начин за решавање на спорот, се доведува во прашање. Затоа и се разгледува можноста за обврзување на страните да пристапат кон опцијата за медијација, бидејќи тие тоа нема да го направат доброволно. Ова отвора уште едно важно прашање, кое предизвикува многу полемики во теоријата

¹¹¹ Gerarda Brown, Ian Ayres, *op. cit.*, 1994, стр. 347.

¹¹² Roger B. Myerson, Mark A. Satterthwaite, *Efficient Mechanisms for Bilateral Trading*, Journal of Economic Theory, Vol. 29, Issue 2, April 1983, стр. 265–281.

¹¹³ Roger Fisher, William Ury, *op. cit.*, 2003, стр. 10

¹¹⁴ Со други зборови, сè додека не научат на кои видови купувачи или продавачи припаѓаат.

и практиката - воведување на задолжителна медијација. Во следниот текст, ќе го разработиме ова прашање, од економска и правна гледна точка.

3.4.7. Задолжителна медијација наспроти доброволна медијација – теоретски аспект и примена во практиката во македонското законодавство

Претходно презентираниот економски модел пружа силен аргумент во прилог на задолжителна медијација. Поконкретно, докажано е дека асиметријата на информациите помеѓу преговарачите генерира проблем на негативна селекција, што понатаму доведува до непотребно трошење на ресурси, т.е. до социјална неефикасност на преговорите. Тогаш беше утврдено дека медијацијата, како посебен метод на АРС, може да доведе до ублажување на проблемот со негативна селекција и делумно да ја елиминира социјалната неефикасност на преговорите. Се нагласува дека медијацијата може да биде ефикасна само од аспект на претходна проценка на ефикасноста, што подразбира дека страните сè уште не ги спознале своите резервациски цени. Заклучокот е дека општествено е пожелно *ex ante* да се обврзат странките да одат со постапка за медијација за да го олеснат проблемот со негативна селекција. Тоа е заклучокот кој го сугерира економската анализа на преговарање и медијација. Во прилог на овој економски аргумент и во прилог на оправданоста на воведувањето на некој вид на задолжителна медијација, (енг. *mandatory mediation*),¹¹⁵ во теоријата¹¹⁶ се издвојуваат и останати аргументи во таа насока.

Кога станува збор за задолжителна медијација, како задолжителна фаза во редовната постапка, постојат следниве аргументи што ја оправдуваат таа имплементација: медијацијата, генерално, има висока стапка на успешност; обидот за воведување на задолжителна медијација не може да биде штетен; успехот од медијацијата¹¹⁷ не се доведува во прашање дури и во случаи кога судијата наложува странките да одат на медијација и сл. Еден од аргументите¹¹⁸ дека судовите најчесто се користат како изговор

¹¹⁵ Гашо Кнежевиќ, Владимир Павиќ, *op. cit.*, 2009, стр. 233, каде е цитирано според: Лепосава Карамарковиќ, *Поравнање и медијација*, Факултет за пословно право, Београд, 2004, стр. 349.

¹¹⁶ David Cornes, „Commercial Mediation: The Impact of the Courts“, *γ: Arbitration*, Sweet and Maxwell Limited, London, Vol. 73, 2007, стр. 12–19.

¹¹⁷ Court Referral to ADR: „Criteria and Research“, NADRAC, 2003.

¹¹⁸ Will Hardy, *Mandatory Mediation*, 2008, стр. 8, достапно на : <http://willhardy.com.au/legal-essays/mandatory-mediation/view/>

за да им наложи на страните во спорот да посредуваат во судењето е во фактот дека многу страни кои првично не сакаа да одат на медијација, на крајот го завршуваат спорот со медијација. Поточно, многу од странките непотребно трошат време и пари во редовни судски постапки кои с завршуваат со медијација, наместо веднаш да преминат на истата. Потоа, воведувањето на задолжителна медијација треба да придонесе за понатамошна потврда на оние карактеристики на медијација поради кои се здобила и самата со популарност, како што се: брзината на решавањето на споровите, неформалноста на постапката, приватноста, економичноста, итн. Да додадеме, исто така, и на овие карактеристики на медијација и не помалку важната предност на медијацијата над редовните судски постапки во психолошка смисла како што се намалување на тензијата, напнатоста и стравот помеѓу страните. Од друга страна, еден од основните аргументи против воведувањето на задолжителната медијација е дека постојат случаи за кои едноставно не се подобни за медијација. Пример е односот помеѓу страните во спорот што вклучува насилство. Се посочува дека формално исклучување на овие случаи од постапката на медијацијата не е доволна, бидејќи многу случаи од ваков вид остануваат тајни (семејно насилство). Потоа, се смета дека¹¹⁹ со воведување на задолжителна медијација може да се поткопа основниот принцип врз кој е изградена самата – принципот на доброволност. Со други зборови, задолжителната медијација може да биде контроверзна ако страните се принудени да одат на постапката за медијација, а тие не сакаат. Понатаму, самото воведување на задолжителна медијација во правниот систем на една земја генерира дополнителни трошоци, и во случаи кога медијацијата не вродува со плод, резултатот од тој неуспех се рефлектира во непотребно трошење на ресурси. Потоа, процесот на медијација може да доведе до злоупотреба на моќта од една страна, во извесна смисла на наметнување на такво решение кое не и одговара на другата страна, особено ако медијацијата ја води неискусен или недоволно обучен медијатор. Најпосле, се посочува дека во екстремна смисла, создавањето на систем заснован на доминација на медијација во текот на редовните судски постапки, може да ги загрози принципите на правдата врз која се заснова оваа постапка, пред сè: транспарентноста, отчетноста и јавноста.

3.4.8 Регулатива и дилеми во Република Северна Македонија

¹¹⁹ Гашо Кнежевић, Владимир Павић, 2009, стр. 234.

Постоечките одредби на Законот за медијација како основниот правен документ за регулирање на оваа материја и досегашната пракса во спроведување на медијацијата претставуваат базични индикатори за поставување на прашањето за третманот на медијацијата во целина и потребата од нејзино концептуално коригирање, и дополнување. Основен мотив за натамошно третирање претставува неминовната потреба од реструктурирање на медијацијата како поим и општествено призната категорија во правосудниот систем треба да има далеку посилно влијание и позначајна улога во решавањето на спорите.

Во основа не се доволни само прокламативните параметри на доброволноста и незадолжителноста, туку треба да се користи и законската облигаторна форма, која по дефиниција ја детерминира обврската секоја страна да направи напор повеќе. Оттука се наметнува прашањето зашто да се применува медијацијата во својата гола и излитена форма ако се претпостави можноста и потребата за примена на прерогативот задолжителност и верувањето за ефикасно и практично надминување на спорните состојби на поефикасен начин.

Медијацијата во Република Северна Македонија во периодот на своето воспоставување создаде амбиент за можноста од мултидисциплинарен концепт и условно екипираност на повеќе професии кои согласно законските одредби имаа обврска да ја одработат примарната улога на медијацијата. Во тој почетен стадиум, на адвокатите им се даде историска можност од позицијата на регулирана професија активно да учествуваат во креирањето и операционализирањето на медијацијата во целина. Во основа тоа значеше практично почитување на основните постулати на адвокатскиот етички кодекс на однесување во меѓународна рамка и апострофирање на улогата на адвокатот и заложбата да се постигне решение на предметот со вонсудска спогодба – медијација.

Останува прашањето колку адвокатите успешно ги одработија тогашните претпоставки во пракса?

Гледано реално и без предрасуди и согласно досегашните параметри, со сигурност може да се подвлече дека адвокатите во Република Северна Македонија имаат интерес и професионална заложба да го подржат и промовираат воспоставувањето на задолжителен обид на медијација. Во основа со задолжителниот концепт на медијација кај адвокатите би се промовирала заложбата за заштита на клиентите и нивниот интерес.

Во оваа смисла концептот на задолжителната медијација во значителна мера е подржан од повеќето медијатори кои имаат различен професионален формат и интерес за поефикасна и недвосмислена заложба за активно учество во решавање на спорови.

Алтернативната форма на медијаторот би се заменила со декларативната можност да се биде вистински и практично активен, задолжително и безусловно етаблиран чинител во медијацијата.

Основа цел е создавање ефикасна и економична медијација која ќе служи на граѓанинот за решавање на неговите потреби.

Основното прашање се наметнува од анализата на досегашниот период на примена на медијацијата како алтернативно средство за решавање на спорови.

Што е досега направено и дали во доволна мера медијацијата го оправдала своето место и улога во решавање на постоечките проблеми во македонското општество? Досегашната пракса во постапката за медијација покажа одредени недостатоци и потешкотии особено во делот на нејзиното прифаќање, профилот на медијатор, институционалната поставеност на медијацијата и остварувањето на соработка со институциите на системот.

Улогата и значењето на медијацијата е исклучително важна во услови на остварување на силен реформски процес на правосудниот систем на Република Северна Македонија и исполнување на тековните обврски кои произлегуваат од процесот на пристапување кон Европската унија.

Нашата земја согласно последните измени од Законот за парнична постапка кои отпочнаа да се применуваат од 1-ви февруари 2016 година, во стопанските спорови за парично побарување чија што вредност не надминува 1.000.000 (еден милион) денари, а по кои постапката се поведува со тужба пред суд, странките се должни, пред поднесување на тужбата да се обидат спорот да го решат по пат на медијација. При поднесување на тужбата тужителот е должен да приложи писмен доказ издаден од медијатор дека обидот за решавање на спорот по пат на медијација не успеал.

Што се однесува до доброволната медијација во споредба со задолжителната се наврќаме до едно од начелата на медијацијата кое гласи дека страните сами ја поведуваат, водат и завршуваат постапката за медијација по своја волја. Страните сами одлучуваат кога постапката ќе започне, каде најмногу им одговара таа да се води, колку

пати тие ќе се сретнат. Единствено ограничување во доброволноста, е таа да не засега во правата на другите или пак во јавниот поредок или моралот. Страните во спорот можат доброволно да ја поведуваат и да учествуваат во постапката за медијација, како и во секое време да се откаже од неа. Со откажувањето на било која од страните од постапката за медијација, таа запира. Доколку медијацијата произлегува од судската постапка или од друга постапка, таа постапка ќе продолжи пред судот. Откажувањето на странките од медијацијата не влијае врз нивното право спорот да го решат по судска или друга постапка.¹²⁰

Во член 6. од Законот за медијација ова начело е наведено како основно начело во постапката за медијација. Ова начело произлегува од начелото на автономија на волјите на страните во спорот и се однесува на покренување и завршување на постапката за медијација, спроведување на медијацијата и избор на медијатор.¹²¹ Постапката за медијација е можна само на основа на обострана согласност на странките во спорот, односно странките сами да одлучуваат дали ќе се обидат својот спор да го решат со помош на медијатор. Не постои можност за принудно спроведување на медијација.

Меѓутоа на ова правило постои и исклучокот кој е пропишан со закон и кој погоре го споменаваме. Медијацијата може да биде и задолжителен начин на решавање на спорови во посебни случаи каде што медијацијата е предвидена како услов за покренување на судски спор или друга постапка. Во овој случај, нејзино не спроведување претставува процесна претпоставка и ќе претставува причина за одбивање на тужбата.

3.4.9. Нормативен аспект на задолжителната медијација во врска со сегашната дебата во нашата земја

Еден вид на задолжителна медијација која вклучува избор на страните да не отпочнуваат со процес на медијација освен ако судијата го прифати тој избор со образложение дека не е соодветно во конкретен случај да се упатуваат странките на медијација, е регулиран во Австралија и некои американски држави.¹²² Потоа, постојат држави, како Англија и

¹²⁰ Препознавање спорови погодни за медијација, Прирачник за судии и јавни обвинители, стр. 26.

¹²¹ *Ibid*, стр. 137

¹²² Во федералните судови на големиот број американски држави, постојат медијации кои се припоени кон судовите и кои се регулираат со актите на тие судови. Тексас, Минесота, Флорида, Северна Каролина се американски држави во кои во последните две децении, со успех, се применува задолжителна

Велс, кои сè уште не обезбедиле законски никаков вид на задолжителна медијација, и покрај некои исклучоци во судската пракса. Овие исклучоци покажуваат дека сепак се случило судовите да им наложат на странките да го решат даден спор со медијација.¹²³ За овие држави може да се каже дека останале посветени на доброволната медијација,¹²⁴ но со можност судијата да ги распредели трошоците за парницата на товар на странката која одбила медијација од неразумни мотиви. Ова е еден вид казна против оној учесник во даден спор која неразумно одбил медијација. Како пример каде медијацијата е задолжителна ќе ја земеме Австралија. Австралија има поинакво искуство од Англија во однос на воведување на задолжителни шеми за медијација, и покрај нивното заедничка законска традиција. Како прво, Австралија е помалку ограничена од надворешни фактори. Сепак, федералниот систем значи дека различните законодавни и судски иницијативи многу се разликуваат од држава до држава. Второ, Австралија веќе има искуство со голем број на успешни шеми на задолжителна медијација што обезбедува одредена основа за понатамошна работа во оваа област и е показател за поширока поддршка меѓу правната професија и судството. Уште во 1980 година, во Нов Јужен Велс беа основани центри за правда во Заедницата, како а пилот програма за обезбедување на услуги за доброволно посредување за одредени спорови.¹²⁵

Шемата стана постојана во 1983 година, откако извештајот од 1982 година ветуваше резултати.¹²⁶ Од тоа време, бројот на организации кои нудат услуги на медијација драматично се зголемија и Австралија беше во првите редови на воспоставување на задолжителни шеми за медијација. Тие се движеле од далекусежни судски овластувања кои дозволуваат дискретно упатување на медијација до категорични законодавни шеми за кои е потребна медијација како предуслов за поведување на судска акција. Примерите за категорични шеми во Нов Јужен Велс беа како воведен Закон за медијација 1994 година (Нов Јужен Велс), Закон за закуп на мало 1994 година (Нов Јужен Велс), Закон за право 2004 (Нов Јужен Велс) и Закон за управување со шеми на слоеви 1996 година

медијација. На пример, во 1995 година, во државата Флорида над 75.000 случаи завршиле со судска медијација. Податоци земени од: Љубица Милутиновиќ, Медијација во Србија, Меѓународна финансиска корпорација, Белград, 2006 година, стр. 11–12, фуснота бр.15

¹²³ David Cornes, *op. cit.*, 2007, стр. 13.

¹²⁴ Се подразбира дека судиите можат да ги поттикнат или охрабрат странките да одат со постапка на медијација, но не и да ги принудуваат на тоа.

¹²⁵ NSW Law Reform Commission, Community Justice Centres, Report 106 (2005)

¹²⁶ Ibid

(Нов Јужен Велс).¹²⁷ Во Квинсленд, Законот за изменување и дополнување на осигурувањето за сообраќајни несреќи 2000 (Qld) и Законот за изменување и дополнување на постапките за лични повреди 2002 (Qld) предвидува категорично упатување на медијација на барања за лични повреди.¹²⁸ На федерално ниво, законодавството наложува медијација во постапките за семејно право, освен таму каде што има одредени фактори што ја прават медијацијата несоодветна, во чиј случај страните се дозволени да се исклучат од постапката.¹²⁹

Судовите во Австралија имаат широки дискрециони овластувања да начуваат постапка на медијација без согласност на странките. Законодавни одредби за зајакнување на Врховниот Суд на Нов Јужен Велс за воведување на задолжителна медијација првпат се појави во 2000 година.¹³⁰ Врховниот суд ги зајакна овие овластувања на судиите да наметнуваат постапка на медијација.¹³¹ Постоела и отворена судска поддршка за оваа иницијатива, често во форма на припоена медијација каде што процесот го спроведува судски службеник, а во некои случаи и судија.¹³²

Во тој период постоела и голема поддршка и за дискреционо задолжително упатување на АДР од Националниот советодавен совет за алтернативно решавање на спорови („НАДРАЦ“). Во својот извештај, „Одлучи да се реши“, НАДРАЦ изјавил дека поддржува „задолжително барање пред акција за обид за АДР“ за соодветно случаи.¹³³ Ги охрабрил судовите да имаат овластувања да начуваат задолжително АДР и на фазите за предполнување и на фазите за пополнување, но предупредило исто така од категоричен пристап, нагласувајќи дека судот треба да ја задржи својата дискреција при упатување на случајот до АДР. Ова е затоа што судовите се ‘добро поставени да ги идентификуваат оние типови на работи каде што може да има барање пред акција за употреба на специфичен процес или процеси на АДР’.¹³⁴ Евидентно е дека постојат низа силни фактори на јавната политика во прилог на дискреционо задолжително посредување, особено ако може да го намали товарот на судовите, истовремено зголемувајќи го задоволството на страните во исходот на процесот. Додека судовите

¹²⁷ Tania Sourdin, ‘Mediation in Australia: Impacts on Litigation’, in Nadja Alexander (ed), *Global Trends in Mediation*, (Kluwer Law International, 2006) 37, 62

¹²⁸ McIntosh, above n 13, 280

¹²⁹ Sourdin, n 120, 58–9; Nicola Berkovic, ‘Family Law Blitz to Hit Backlog’, *The Australian* (online) 24 May 2012

¹³⁰ Supreme Court Act 1970 (NSW)

¹³¹ Supreme Court of NSW, Practice Note SC Gen 6 – Mediation, 10 March 2010

¹³² Chief Justice James J Spigelman, ‘Mediation and the Court’ (2001) 39(2) *Law Society Journal* 63, 63

¹³³ NADRAC, *The Resolve to Resolve – Embracing ADR to Improve Access to Justice in the Federal Jurisdiction: A Report to the Attorney-General* (Report, Commonwealth of Australia, September 2009) 24 [2.16]

¹³⁴ Ibid 24 [2.18]; 38

играат интегрална улога во решавањето на сложени спорови и создавање и толкување на правен преседан, за помалку комплексни работи, принудните страни кои ќе се обидат со медијација имаат потенцијал за намалување на трошоците, дозволување на поширок спектар на решенија и одржување на односи меѓу страните.¹³⁵ Во поново време, во Австралија, се спроведува квази-задолжителна медијација. Во 2009 година, НАДРАЦ препорача воведување на квази-задолжителен систем на сојузно ниво слично на ЦПР во Англија, дозволувајќи извршување на трошоци против странките кои претходно не преземаат соодветни чекори за решавање на нивниот спор пред судење.¹³⁶ Имено, предупредувањата се да не се наложуваат налози за трошоци против странката врз основа на однесување за време на процесот на АДР.¹³⁷ Препораката за протоколи пред акција од двата извештаи неодамна излегоа на виделина со воведувањето на законодавството во Нов Јужен Велс и на федерално ниво.¹³⁸ Законодавството на Комонвелтот, кое се применува на постапките во Сојузниот и Федералниот суд, започнаа со работа на 1 август 2011 година.¹³⁹ Истото бара од страните да преземат „вистински чекори за решавање на спор“ пред тие да поднесат граѓанска постапка. Вистинските чекори вклучуваат ‘разгледување дали спорот може да се реши со процес олеснет од друго лице, вклучително и алтернативен процес на решавање на спорови.¹⁴⁰ Исто така, од страните се бара да заземат ‘разумни чекори’ за решавање на спорот или стеснување на спорните прашања.¹⁴¹ Овие законодавни режими му дозволуваат на судот да го разгледа предпарничното однесување на странките при правење нарачки за трошоците.

Се чини дека е поважно тоа дека судовите развиваат јасни упатства во однос на тоа што претставуваат „вистинските чекори“ до дозволување на страните да донесуваат информирани одлуки за соодветноста на АДР за нивниот случај. Во Австралија и покрај овие проблеми, очигледно е дека постои поголемо ниво на поддршка за медијација од страна на судството, законодавната и правната професија и без оглед на тоа дали

¹³⁵ *Yoseph v Mamano & Ors* [2002] NSWSC 585; *Johnston v Johnston* [2004] NSWSC 497 (cf *Roy v Roy* [2004] NSWSC 463).

¹³⁶ NADRAC, above n 132, 37 [Recommendation 2.6]

¹³⁷ Ibid 26 [2.27].

¹³⁸ Civil Procedure Act 2010 (Vic) ch 3, repealed by Civil Procedure and Legal Profession Amendment Act 2011 (Vic) as of 30 March 2011

¹³⁹ Civil Dispute Resolution Act 2011 (Cth).

¹⁴⁰ Ibid s 4(1)(d). See also s 4(1)(e)–(g).

¹⁴¹ Civil Procedure Act 2005 (NSW) s 18E

задолжителните шеми се трајни или само привремени целисходности, тие сепак се позитивен чекор во поттикнување на поефикасен пристап до граѓанска правда.

Што се однесува до земјите членки на Европската унија и начинот на спроведување на медијацијата во следните неколку табели ќе ги прикажеме земјите и начинот на ракување со медијацијата во зависност од даден спор.

Табела 4. Спорови во трговското и граѓанското право во ЕУ

Модел на медијација	Земја членка
Доброволна медијација	Австрија, Белгија, Кипар, Естонија, Финска, Франција, Германија, Летонија, Литванија, Луксембург, Холандија, Португалија, Романија, Шпанија, Шведска, Велика Британија
Медијација со задолжителна прва сесија	Чешка, Италија (во 8% во граѓански и трговски спорови).
Задолжителна медијација	Ниту една

Табела 5: Спорови од областа на семејното право

Модел на медијација	Земја членка
Доброволна медијација	Австрија, Белгија, Хрватска, Кипар, Чешка, Естонија, Финска, Франција, Германија, Хрватска, Унгарија, Ирска, Италија, Латвија, Малта, Холандија, Полска, Португалија, Романија, Шпанија, Шведска
Медијација со задолжителна прва сесија	Литванија, Луксембург, Велика Британија
Задолжителна медијација	Хрватска, Унгарија

Табела 6: Спорови од областа на работните односи

Модел на медијација	Земја членка
Доброволна медијација	Белгија, Кипар, Чешка, Естонија, Финска, Франција, Германија, Унгарија, Ирска, Италија, Латвија, Луксембург, Холандија, Полска, Португалија, Романија, Словачка, Словенија, Шпанија, Шведска, Велика Британија
Медијација со задолжителна прва сесија	Ниту една
Задолжителна медијација	Австрија, Хрватска, Литванија, Малта

Извор: Implementacija Direktive o medijaciji 1 29. 11. 2016. Godine, Odeljenje za politiku C: prava građana i ustavna pitanja Evropski parlament, достапен на file:///E:/SRP_Implementacija%20EU%20direktive%20o%20medijaciji%20-%20Copy.pdf

Земја-членка што досега повеќе го искористи членот 5¹⁴² е Италија, каде 8% од сите граѓански спорови мора прво да поминат преку медијација. Тоа значи над 200.000 медијации годишно, или 20 пати повеќе медијации отколку во која било друга земја на ЕУ. Пред десет години, Европскиот суд на правдата издаде појаснување за тоа како може да се усогласат барањата за медијација со правото на пристап до правда.¹⁴³ Според ЕУСР, овој процес мора да биде необврзувачки и брз, мора да го запре пресметувањето на застареноста и не смее да чини скапо. . Судот понатаму напиша дека напорите за медијација не само што можат, туку треба да бидат и задолжителни, со цел системот за решавање на спорови да биде ефективен.

Врз основа на анализите и истражувањата на досегашната алтернативна форма на медијацијата, практикувањето во изминатите години, недвосмислено може да се истакне дека македонската медијација има потреба од радикална промена.

¹⁴² На 18 март 2010 година, во заедничкиот случај на Росалба Аласини и сор. (C-317/08 & C-320/08), Европскиот суд на правдата пресуди дека барањето на Италија за спроведување на ADR пред парницата е легитимна цел на италијанскиот закон, и дека од општ интерес е страните во спорот да испробаат поекономични методи за решавање на споровите и да се намали притисокот врз судовите.

¹⁴³ Пресуда на Судот (четвртиот совет) од 18 март 2010 година во споени случаи C-317/08, C-318/08, C-319/08 и C-320/08

3.4.10. Компаративни сознанија во примена во македонската регулатива

Според досегашните анализи и истражувања претпоставени се низа компаративни вредности и предности од нејзиното воспоставување. Воведување и практикување на задолжителниот обид за медијација во Република Македонија реално се очекува дека ќе влијае да се постигне големо растоварување на судството, во областите кои во моментот се силно експлоатирани и не покажуваат ефикасност во решавање на споровите. Новиот концепт на задолжителна медијација во стопанските спорови до 1 милион денари ќе обезбеди поголема ефикасност и економичност. Токму економичноста односно финансиските придобивки од медијацијата ни се повеќе од важни за нашето стопанство и целокупната економија во нашата држава. Економијата зависи од тоа, а општествената поставеност го наметнува истото, особено во транзиционите економии. Во овој случај, обезбедувањето на добар процес на решавање конфликти е неопходно и од клучно значење. Ефикасниот, ефективен и доверлив систем на решавање на деловните спорови е витален во поддршката на економскиот раст и развој. На економии како нашата каде бизнисите се во развој и во секојдневна борба за опстанок, повеќе од потребен им е методот на медијација, каде што значајно ниските трошоци за решавање на даден спор со медијација би биле олеснување за самиот бизнис и унапредување на целокупната финансиска клима во земјава.

3.4.11. Методи за ефективно завршување на преговорите по пат на медијација

Во претходните делови беше заклучено дека улогата на медијатор е од суштинско значење во ублажувањето на ефектите од асиметрија на информациите помеѓу преговарачите, што се рефлектира во социјална неефикасност на преговорите. При тоа спомнавме дека улогата на медијаторот се манифестира во апликацијата на специфични техники за преговарање – да се објави прекинување на преговорите доколку нема корист од размената и да се објави поделба на презентираниите придобивки на повеќе или помалку еднакви делови. Сега се поставува не помалку важното прашање: Како може медијаторот ефикасно да ги користите овие техники? Поконкретно, кога станува збор за објава за прекинување на преговорите, со кои методи може самиот

медијатор да се служи, како и тоа како постапката за прекинувањето на преговорите да биде веродостојна?

3.4.12. Кредибилитетот на објавата за прекинување на преговарањето

Познато е дека улогата на медијаторот е да создаде помирлива атмосферата помеѓу страните во спорот со што успешно би ги завршиле преговорите, или да им помогне на страните да постигнат заедничко прифатлив договор. Ова е класичната улога на медијаторот, која се фокусира на *ex post* ефикасност. Со други зборови, преговорите се ефективни доколку на крајот резултираат со успешен исход. Но, се поставува прашањето за времетраењето на овие преговори, трошоците што се вклучени и специфичните улоги на медијаторите за прекинување на преговорите. Се поставува и прашањето: дали може да доведе ова континуирано преговарање, со помош на медијаторот до нарушување на првичните стимулации на преговарачите да ги изразат вистинските резервациски цени?

Треба да се нагласи дека е особено тешко за медијаторот да ги прекине преговорите доколку преговарачите продолжат да имаат економски стимулации за продолжување на преговорите, поради потенцијални придобивки од размената. Ова подразбира дека доколку две компании имаат економски бенефит од преговорите и по цена на менување на првичната причина за даден спор, улогата на медијаторот е особено тешка затоа што тој самиот е должен да ги следи и да се води по начелата на медијацијата кои во овој случај странките во спорот може да ги прекршат или изостават поради потенцијалните придобивки од размената. Улогата на медијаторот, која е нагласена во економскиот модел, се базира токму на фактот дека тој мора да објави пауза за време на преговорите и со тоа да се зголеми ефикасноста на преговорите. Од друга страна, класичната улога на медијаторот го занемарува фактот дека медијаторот со објавата за прекин на преговорите навистина може да доведе до зголемена ефикасност на преговорите во иднина.

На прв поглед, се чини парадоксално дека со прекин на преговорите од страна на медијаторот може да се доведе до нивно ефективно завршување во иднина, но ова е пристапот на медијацијата кој се заснова на *ex ante* ефикасност, а не *ex post*, за кој што

веќе беше дискутирано.¹⁴⁴ На пример, медијаторот може да постави временско ограничување за крај на преговорите, т.е. ако преговорите не се завршат во точно определено време, тој ќе објави прекинување на преговорите. Преговарачите сè уште можат да имаат стимулации за да преговараат затоа што придобивките од размената не се исцрпени. Тоа значи дека, во конкретниот случај, најавата за прекинување на преговорите од страна на медијаторот е неефикасна и е во спротивност со класичната улога на медијаторот, како личност која треба да ги води страните во спорот кон договор, а не да го раскинува и веќе постигнатиот. Но, ако ја разгледуваме оваа појава од *ex ante* перспектива, т.е. од перспектива дека еден случај може да влијае на другите случаи *pro futuro*, јасно може да се види дека веродостојната најавата за прекинување на преговорите од страна на медијаторот, преку објавување одреден временски рок, создава стимулации за страните во спорот во некои идни случаи да започнат преговори порано и посериозно. Со ова се постигнува значителна заштеда на ресурси (пари, време и друго) и се постигнува социјална ефикасност, за која веќе се дискутираше. Единствениот услов за постигнување на таа ефикасност е дека најавата за прекинување на преговорите од страна на медијаторот е веродостојна, т.е. дека страните во спорот тоа го очекуваат тоа да се случи. Да додадеме на тоа дека медијаторот, како што сугерира економскиот модел, секогаш треба да ги прекинува преговорите кога, врз основа на презентираниите резервациски цени, открие дека нема никаква корист за понатамошни преговори. Но, ако има поттик од страна на страните да продолжат со преговорите затоа што постојат потенцијални придобивки од разменат, тогаш и медијаторот треба да заврши со ефективното преговарање. Ова подразбира дополнителен напор на медијаторот и употреба на специфични методи за постигнување на таа цел.

Покрај поставувањето на временско ограничување, тука е и прашањето на другите методи достапни на медијаторот. Во овој поглед, тие се издвојуваат теоретски следејќи ги методите за успешно прекинување на непотребното континуирано преговарање.¹⁴⁵ На пример, да речеме дека страните може да се договорат однапред да ги прекинат преговорите, доколку е така нарачано од медијаторот. Таквиот договор може да биде обезбеден со некаков вид заложба, така што странката што не се придржува до договорните обврски да не продолжува со преговорите, го губи правото на тоа што го

¹⁴⁴ Да повториме, *ex ante* ефикасноста значи дека страните во спорот сè уште не ги реализирале своите резервациски цени и дека во тој случај е социјално пожелно да одат на медијација, бидејќи е пониска веројатноста дека тие ќе се однесуваат стратешки. *Ex post* ефикасноста имплицира на тоа дека странката ја знае и својата и резервациската цена на другата страна и обратно.

¹⁴⁵ Jennifer Gerarda Brown, Ian Ayres, *op. cit.*, 1994, стр. 351–355.

заложила, а кое оди во рацете на медијатор. Потоа, медијаторот може да одбие да ги открие резервациските цени на преговарачите, со што се намалуваат стимулациите за понатамошно преговарање. Ако медијатор ја чува резервациската цена во тајност и, притоа, информирајќи ги преговарачите дека нивните цени не се совпаѓаат, според природата на нештата, преговарачите ќе го изгубат стимулот за понатамошно преговарање. Конечно, постои една не толку популарна стратегија што може да се примени од страна на медијаторот. Тоа се рефлектира во фактот дека медијаторот може да го охрабри непријателство помеѓу преговарачите. Поттикнување на непријателство помеѓу преговарачите влијае на намалувањето на стимулациите за директно преговарање без помош од трето неутрално лице. Сите овие методи за ефикасно завршување на континуираните преговори, и кои, во основа, го прават прекинот на преговарањето кредибилен, доведува до ублажување на негативната селекција и асиметријата на информациите помеѓу преговарачите. Како што напоменавме, овие методите се користат во рамките на посебна техника што ја користи медијаторот – техники за објавување на прекин на преговорите. Покрај најавата за прекин на преговорите, постои, како што е објаснето, и друга техника во форма на објавување на поделба на презентирани придобивки на повеќе или помалку еднакви делови. Сепак, во литературата¹⁴⁶ се појавува уште една техника за подобрување на ефикасноста на преговорите од страна на медијаторите, во форма на непрецизен пренос на информации од страна на медијаторот. Во следниот текст, ќе зборуваме за оваа техника.

3.4.13 Неточен пренос на информации од страна на медијаторот

Овој наслов сугерира дека нешто, во суштина, е во судир со класичното разбирање на улогата на медијаторот, како личност која треба да им пренесе на страните во даден спор што е можно попрецизни поточни информации кои ги добил во одделни разговори со нив. Според тоа разбирање, и на прв поглед забележано, ваквото однесување на медијаторот треба да доведе до успешен крај на преговорите. Притоа, ова гледиште за улогата на медијатор започнува од претпоставки да не се менува квантитетот и квалитетот на информациите обезбедени од страните во спорот кои му се откриваат на медијаторот. Но, оваа претпоставка е фундаментално проблематична. Имено,

¹⁴⁶ Анализа базирана на: *ibid.*, стр. 356–371.

информациите кои медијаторот ги добива од страните во спорот во одделните разговори не можат да бидат во постојана големина. Ако тргнеме од пореални претпоставки дека квалитетот и квантитетот на информациите се менуваат, тогаш е јасно дека медијаторот може неточно да ги пренесе добиените информации од една страна, охрабрувајќи ја другата страна да ги пренесе информациите попрецизно. Едноставно кажано, ако има двајца преговарачи, преговарач А и преговарач Б, медијаторот открива одредени информации во одделни разговори со нив и ги трансферира на другата страна. Класичната претпоставка е дека тоа треба да го стори што попрецизно и поверодостојно. Но, ако информациите добиени од преговарачот А, медијаторот непрецизно му ги пренел на преговарачот Б, тогаш преговарач Б би бил охрабрен попрецизно да ги му ги соопштува информациите на медијаторот. Ова особено доаѓа до израз тогаш кога станува збор за преговарачи со нееднаква моќ. Да речеме, ако медијаторот му ги пренесе на продавачот сите информации добиени од купувачот, тогаш продавачот може да ја искористи својата пазарна моќ соодветно, врз основа на добиените информации. Но, ако медијаторот би пренел само некои информации добиени од клиентот, т.е. доколку пренесувал информации неточно или делумно, тоа би било можност на продавачот да ја искористи својата пазарна моќ. Без ваков ангажман на медијаторот, преговарачите можат да откријат уште помалку информации. Поконкретно речено, ако резервациската цена на купувачот е 900 денари, медијаторот не требаше да ја пренесе реалната цена од 900 динари на продавачот, но да искористи вистинска, но непрецизна изјава од типот на „резервациската цена на купувачот е нешто помалку од 1.000 денари“. Продавачот и купувачот, од една страна, имаат интерес да не ги откриваат нивните резервациски цени, а од друга страна, имаат заедничкиот интерес за избегнување на скапите преговарања, кога не постои простор за порамнување. Со испраќање од такви непрецизни сигнали, медијаторот во суштина балансира помеѓу нив двајца. Суштината на оваа техника на медијаторот може подобро да се разбере со споредување на „играта“ со медијација и „играта“ без медијација. Во играта без медијација, продавачот не може да ги идентификува купувачите со пониски и купувачите со повисоки резервациски цени. Клиентите со повисока резервациска цена имаат стимул да ги сокријат информациите околу таа информација. Покрај тоа, и клиентите со пониска резервациска цена имаат поттик да ги скријат информациите за истата, бидејќи продавачот може да го искористи тоа за да ги присвои сите придобивки од размената. Тоа значи дека продавачот мора да даде единствена понуда до сите купувачи. Но, ако претпоставиме дека продавачот го сноси трансакцискиот трошок на понудата во износ од 100 денари, ќе има намалување

на поттикот на продавачот да ја испрати понудата. Тоа особено се однесува на продавачите со поголеми трошоци за производство. Всушност, многу продавачи нема да дадат понуда, а оние што ќе понудат некаква понуда можат да очекуваат да бидат отфрлени. Резултатот од ваквото однесување на купувачот и продавачот во „играта“ без медијација и како последица на асиметријата на информациите се смета за социјална неефикасност на преговорите. Од друга страна, доколку беше вклучен во играта медијаторот, тој можеше да му укаже на продавачот вистински, но со непрецизни информации за резервациската цена на купувачот. На пример, тој би можел да му даде до знаење на продавачот дека „резервациската цена на купувачот е помала или поголема од 1.000 денари“. Во тој случај, доколку презентираната резервациска цена на купувачот е поголема од 1.000 денари, медијаторот ќе му дозволи на продавачот да ја посочи неговата понуда за „земи или остави“ опцијата. На тој начин се создаваат стимулации за клиентите вистински да ги изразат своите резервациски цени, т.е. да се преземе стратегија за вистинско изразување на цените. Клиентите со пониски резервациски цени, ја преземаат стратегијата за вистинско изразување на истите, бидејќи продавачот, кој ја применува стратегијата за „земи или остави“ опцијата, никогаш нема да испрати понуда која ќе биде помала од 1.000 денари. Клиентите со поголема резервациска цена ќе ја применат истата стратегија во исто време, бидејќи ја задржуваат можноста дека токму со таа стратегија ќе извршат размена со продавачот. Но, ако медијаторот би му пренел на продавачот дека презентираната резервациска цена на купувачот е поголема од 1.000 денари, тогаш продавачот би ја утврди цената на неговата понуда на ист начин како и во играта опишана погоре без медијација.¹⁴⁷

Во оваа „игра“ со медијација, медијаторот, испраќајќи неточни сигнали, охрабрува повеќе продавачи да дадат понуди отколку во „играта“ без медијација, со што се зголемува просторот за склучување на потенцијални договори. Може да се очекува дека поголемиот број на продавачи ќе дадат понуди од едноставна причина во која медијаторот е комуникацијата со продавачот кој им пренесува информации за купувачот кои го вреднуваат доброто или услугата над 1.000 денари, т.е. вршат идентификација на потенцијалот купувач во корист на продавачот. Продавачите со повисоки трошоци се охрабруваат да дадат понуда, бидејќи медијаторот ја намалува можноста да не ја прифати добиената понуда.

¹⁴⁷ Погледнете го делот: Прекинување на преговорите во играта, земи го или остави со медијација и без медијација, точка бр.3.3.4, стр.84,

Сè на сè, неточниот пренос на информации од страна на медијаторите е многу корисна техника за намалување на асиметријата на информациите помеѓу преговарачите, негативната селекција и резултираат со социјална неефикасност на преговарање.

3.5. Улогата на медијаторот во ублажување на проблемите со моралниот хазард

Морален хазард¹⁴⁸ претставува ризично и невнимателно однесување на една од договорните страни, а кои произлегуваат како резултат на невозможност за контрола или надзор на другата страна. Со оглед дека едната договорна страна не може или не сака да спроведе контрола, најчесто заради високите трошоци, се создава простор за ризично однесување од другата договорна страна. Моралниот хазард е редовен придружник на пазарот на осигурување. Познато е дека осигуреникот кој е целосно осигуран, склон кон ризично и невнимателно однесување, поради самиот факт дека е осигуран, односно заради фактотот дека трошоците за таквото однесување ќе ги сноси некој друг (осигурувачот). Генерално земено, моралниот хазард може да настане на било кој пазар на кој економските субјекти не сносат последици за своето однесување. Со други зборови, доколку едниот субјект ги екстернализира последиците за своите одлуки на други субјекти, тој по природа на нештата, ќе се однесува видно поризично.

Се поставува прашањето: која е улогата на медијаторот во ублажување на проблемите кои може да настанат од моралниот хазард? Дали е возможно медијаторот да ги ублажи проблемите со моралниот хазард на една од договорните страни во дадена ситуација?

3.5.1. Борба помеѓу половите – основни карактеристики

За да дадеме одговор на ова прашање, неопходно е да прикажеме една игра, која во теоријата на игрите ја означува и претставува борбата помеѓу половите (анг. The Battle Of the Sexes).¹⁴⁹ Оваа игра опишува еден заљубен пар кој треба да донесе одлука како ќе ја помине вечерта. При тоа, младиот дечко преферира фудбалски натпревар, а девојката одење во кино. Појдовна претпоставка е дека и двајцата преферираат да ја поминат вечерта заедно, а не одвоено. Но, проблемот е како да се ускладат различните

¹⁴⁸ Борис Беговиќ, Мирољуб Лабус и Александра Јовановиќ, оп.цит.2008, стр.381-386

¹⁴⁹ Божо Стојановиќ, оп.цит.2005, стр.129-131

преференции. Девојката би сакала заедно да ја поминат вечерта во кино, додека младиот дечко на стадион. Матрицата на исплата во оваа игра можеме да ја прикажеме на следниов начин: доколку заедно би отишле на кино, исплатата за девојката ви изнесувала 5, доколку би отишле на стадион, исплатата за младиот дечко ќе изнесува исто така 5, поединечните исплати во случај секој да има одвоено излегување би изнесувале 3, доколку би ја поминале вечерта заедно сепка но на места каде не преферираат поединечно, подеднаква исплата би била 4. Според оваа калкулација, исплатата во случај на заедничко одење во кино би била 5,4 додека исплатата во случај на заедничко одење на стадион би била 4,5. Доколку би ја поминале вечерта одвоено исплатата би изнесувала 3,3. Произлегува дека ако младиот дечко и девојката ќе завземале стратегија да се најдат заедно, но на место каде што поединечно преферираат, не би се случила воопшто реализација за состанокот. Според ова, во оваа игра се јавува проблемот како да се усогласат различните стратегии, односно ќе се јави проблем со координацијата на стратегијата. Со други зборови, за да го избегнат нејнеповолниот резултат, односно да ја поминат вечерта одвоено, младиот дечко и девојката, на некој начин би морале да ги координираат своите стратегии.

За да го дадеме конечниот одговор на проблемот со координацијата, неопходно е да ја утврдиме рамнотежата на резултатот од оваа игра, односно постоењето на *Нешовата рамнотежа*. На прв поглед може да се воочи дека во оваа игра постојат две Нешови рамнотежи во чистите стратегии:¹⁵⁰ една е искажана со исплатата (5,4) а другата со исплатата (4,5). Со други зборови, кога младиот дечко би избрал фудбалски натпревар, најдобар одговор од девојката е да му се приклучи и заедно да одат на стадион. Обратно, ако девојката би избрала одење во кино, за младиот дечко најдобар одговор би бил да и се приклучи на девојката. Но се поставува прашањето: која од овие Нешови рамнотежи е подоминантна – дали првата или втората? Како во оваа конкретна игра на борба помеѓу половите да се предвиди единствен резултат на играта?

Одговорот на ова прашање даден е од страна на американскиот економист Томас Шелинг (Thomas Schelling) кој во теоријата на игрите вовел поим *централни точки* (анг.focal point).¹⁵¹ *Централна точка*, или Шелингова точка, како што уште и се нарекува, претставува решение кое го користат преговарачите во отсуство на

¹⁵⁰ Чиста стратегија, во теоријата на игрите, претставува избор на една стратегија со стопроцентна веројатност. Во случај на чиста стратегија, може да се очекува дека играчот доследно ќе се придржува до таа стратегија.

¹⁵¹ Thomas C. Schelling, *The Strategy of Conflict*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1960, стр. 57 и понатака.

комуникација и кое го претставува единствениот резултат од играта помалку неизвесен. Централната точка, всушност, претставува избор на кој се потпираат двете страни, затоа што за нив тој избор е најзначаен или најистакнат во отсуство на други избори. Тоа може да биде, да речеме, вообичаен начин за организација на состанок или традиција. Како на пример, обичај е луѓето најчесто да се состануваат на одредено место, и со самото тоа секој од играчите може да очекува дека другиот играч ќе го направи баш тој избор. Според тоа, централна точка може да послужи за предвидување која од рамнотежите е поддоминантна, кога играчите одбираат чиста стратегија. Во претходниот пример, правилно е да се испита каква е организацијата на излегувањето на младиот пар. На пример, ако еднаш месечно одат во кино. Па следниот месец на стадион, потребно е во моментот на испитување да се воспостави на кој начин го организирале состанокот минатиот месец. Ако минатиот месец биле заедно на стадион, може да се предвиди дека овој месец ќе одат на кино. Според тоа, опцијата состанок во кино би претставувало единствен урамнотежен резултат на оваа ситуација. Но, ако на овој начин не може да се утврди организацијата за состанок на овој пар, Шелинг препорачува користење на други централни точки. Да речеме, традицијата во која младиот пар живее налага дека момчињата секогаш излегуваат во пресрет на желбите на своите партнерки.¹⁵² Во тој случај опцијата кино би била единствен урамнотежен резултат на оваа игра со чиста стратегија.

Во гореспомената игра, играчите може да користат и *мешовита стратегија*. Мешовита стратегија претставува стратегија во која играчите играат со *одредена веројатност*.¹⁵³ при тоа услов е играчите да се индиферентни во изборот на своите чисти стратегии. Ако со p се означува веројатноста дека младиот дечко ќе избере да одат на кино, а со q веројатноста дека девојката ќе избере кино, под услов дека дечкото ја игра својата мешовита стратегија, очекуваната исплата за девојката, доколку одбере кино, ќе биде $5p + 3(1 - p)$. Ако девојката одбере стадион, очекуваната исплата ќе биде: $3p + (1 - p)$. Изедначувањето на овие две еднаквости и решавањето по p , со претходен услов за индиферентност, се добива дека p изнесува $1/3$. Значи, веројатноста од $1/3$ е веројатност за избор на киното од страна на дечкото, со што следи дека неговата веројатност за избор на стадион претставува $2/3$, со што девојката би била индиферентна помеѓу изборот кино

¹⁵² Deborah Tannen, *You Just Don't Understand: Women and Men in Conversation*, Harper Paperback, 1 edition, 2001.

¹⁵³ Sylvain Sorin, "Bluff and Reputation", *Game of Theory and Economic Analysis: A Quiet Revolution in Economics*, Routledge, *Advances in Game Theory*, edited by Christian Schmidt, Routledge, London, New York, 2001, стр. 57-73

или стадион. Од друга страна, ако девојката игра мешовита стратегија, очекуваната исплата за дечкото ако одбере кино ќе биде: $4q + 3(1 - q)$. Ако дечкото избере стадион, неговата очекувана исплата ќе биде $3q + 5(1 - q)$. Со изедначување на овие две еднаквости и решавањето по q , со претходен услов на индиферентност, се добива дека q изнесува $2/3$. Значи веројатноста од $2/3$ е веројатност на изборот за кино од страна на девојката, со што следи дека нејзината веројатност на избор на стадионот треба да биде $1/3$, со што дечкото би бил индиферентен во изборот помеѓу кино и стадион, неговата чиста стратегија.

Спрема тоа, претходната изнесена игра може да биде решена со чисти стратегии, а кои подразбираат некој вид на координации, или мешовита стратегија, без координација. Во игра без координација, веројатноста од $2/3$ е веројатност на избор на киното од страна на девојката, додека веројатноста од $2/3$ е веројатност на избор на стадионот од страна на младиот дечко. Дел од овие мешовити стратегии ($2/3$ и $2/3$) претставува единствен урамнотежен резултат во играта без координација. Меѓутоа, оваа рамнотежа не е ефикасна, со оглед дека дечкото и девојката се одрекуваат од користа од заедничко излегување со веројатност од 55%.¹⁵⁴ очекуваната исплата за секој играч во оваа игра на мешовита стратегија, без комуникација, изнесува само 2. Од друга страна, играта која подразбира комуникација (кога двајцата одат заедно или на кино или на стадион) секако е подоминантна во *Парето* смисла над играта без координација. Доколку девојката направи отстапка и му удоволи на дечкото во поглед на заедничкото излегување на стадион, нивната очекувана исплата, како што рековме, ќе изнесува 4,5 и обратно, ако момчето попусти, очекуваната исплата ќе биде 5,4. Оваа очекувана исплата од 5, односно 4^{155} во играта на чиста стратегија, секако е посупериорна во однос на очекуваната исплата од 2 во играта на мешовита стратегија без координација.

¹⁵⁴ Доколку девојката оди во кино а дечкото на стадион со веројатност од $4/9$, ($2/3 \times 2/3 = 4/9$), додека девојката ако оди на стадион а дечкото оди на кино со веројатност од $1/9$ ($1/3 \times 1/3 = 1/9$). Кон тоа следи, $4/9 + 1/9 = 5/9$ или 0.55. Спрема тоа, 55% е веројатноста дека нема заедно да излезат.

¹⁵⁵ Секој играч добива исплата 5 со веројатност $2/9$ ($2/3 \times 1/3 = 2/9$), односно исплата 4 со веројатност $2/9$ ($2/3 \times 1/3 = 2/9$). Од ова следи дека $5 \times 2/9 + 4 \times 2/9 = 10/9 + 8/9 = 18/9 = 2$.

3.5.2. Проблемот со координацијата во улогата на медијаторот во играта борба помеѓу половите

Сега доаѓаме до клучното прашање: кои се механизмите кои им стојат на располагање на играчите, а кои можат да бидат искористени како би се дошло до урамнотежен резултат во играта на чиста стратегија? Поедноставно речено, на кој начин играчите може да дојдат до взаемно отстапување и со тоа до поголема очекувана исплата? Одговорот на ова прашање делумно е даден, тоа може да биде некое неформално правило кое важи во партнерските односи (вообичаен начин на организирање на состанок), или пак некое екстерно правило кое произлегува од традицијата или културното милје на некоја средина. Но, покрај овие начини за надминување на проблемите со координација, постои уште еден, доста ефикасен начин - ангажирање на медијатор.¹⁵⁶ Учеството на медијаторот во оваа игра придонесува со зголемена очекувана исплата за двајцата играчи.¹⁵⁷ Зголемениот износ на очекувана исплата креира систем за поттикнување дека рационалните играчи ќе ја прифатат медијацијата. Но, прашањето е која техника медијаторот би требало да ја користи се со цел да резултира со успешен резултат. Во тој поглед, во литературата се наведува¹⁵⁸, на прв поглед, едноставна техника, но која може да биде доста ефикасна. Станува збор за *техниката на фрлање на паричка*, која ја спроведува медијаторот.¹⁵⁹ При тоа, ако се падне глава, медијаторот би требало да им препорача на играчите да изберат една опција, во нашиот случај киното. Од друга страна, ако падне писмо, медијаторот би требало да им препорача на играчите да изберат друга расположлива опција, која во нашиот случај е одењето на стадион. Во оваа игра, медијаторот со случаен избор им ги праќа на играчите еден од двата расположливи сигнала, а чија содржина не мора ни да ја знае. На тој начин медијаторот им помага на играчите да дојдат до еден од двата урамнотежени резултати, со што всушност се забрзува координацијата помеѓу двете страни. Би требало, при тоа, да се нагласи, дека учеството на медијаторот во даден игра, во некоја рака, го заменува договорот кој играчите би можеле сами да го постигнат. Но, со оглед на тоа дека самите не можат или не се способни, со договор да ги координираат своите акции, се јавува потребата од медијатор. Според тоа, медијаторот ја зацврстува координацијата помеѓу

¹⁵⁶ Не е реално да се очекува дека младиот пар ќе ангажира медијатор, но тоа е само илустративен пример во цел за нагласување на проблемот со координацијата.

¹⁵⁸ Jennifer Gerarda Brown, Ian Ayres, op.cit.1994, str.373-377.

¹⁵⁹ Roger B.Myerson, Multistage Games with Communication, Econometrica, vol.54,no.2,1986, str.323-358.

две договорни страни и го олеснува потенцијалниот проблем на морален хазард во договорните односи. Треба и да се нагласи, а произлегува од претходната елаборација, дека медијаторот не може да го ублажи проблемот од морален хазард на една од договорните странки, туку само моралниот хазард на две или повеќе договорени страни, кога постои потреба за координација на договорните обврски. Ова е логичен факт дека медијаторот влегува на сцена тогаш кога постојат две страни со спротивставени интереси. Во играта борба помеѓу половите, улогата на медијаторот е во тоа да ги *промени мислењата на момчето и девојката*. Кажано со речникот на теоријата на игрите, медијаторот го менува мислењето на едниот играч како ќе се однесува другиот играч. Ако медијаторот најави состанок во кино, момчето кое преферира фудбалски натпревар, ќе биде мотивирано да размислува за тоа дека единствен можен начин за заедничко дружење со девојката е да оди во кино. Медијаторот како трето неутрално лице, всушност го зголемува верувањето на тој играч, кој има дилема како да ја помине вечерта, во врска со тоа како ќе се однесува со другиот играч.

3.5.3. Игра на заедничко вложување – основни карактеристики

Играта на заедничко вложување (анг. Joint venture game)¹⁶⁰ според претходно опишаната игра за борба помеѓу половите, може да послужи за разбирање на улогата на медијаторот во ублажување на проблемите со моралниот хазард. Во оваа игра на заедничко вложување две компании би требало да вложат заеднички напор за да продадат одреден производ. Инаку, соработката (кооперацијата) во принцип, секогаш е оптимална во случај на две компании со еднакви инвестициски можности и со стабилен пазарен удел. Но, доколку едната компанија има, да речеме, технолошка предност над другата, се доведува во прашање еднаквоста на користа од заедничкото вложување. Исто така, големите компании имаат поголема мотивација за соработка во однос на малите компании, со оглед на тоа дека се подобро позиционирани да присвојат корист од заедничкото вложување.¹⁶¹ Следствено на тоа, се поставува прашањето на еднаквост на заедничкиот напор на двете компании. Со други зборови, прашање е дали компаниите

¹⁶⁰ Jennifer Gerarda Brown, Ian Ayres, op.cit.1994, str.377-383

¹⁶¹ John A.Aloysius, Researc joint ventures: A cooperative game for competitors, European Journal od Operational Research, no.136, 2002, str.591-602.

вложуваат подеднаков напор во обидот за продажба на заедничкиот производ.¹⁶² При тоа, по природа на нештата, отежната е контролата на активности на едната компанија врз другата. Уште повеќе, доколку компаниите би направиле договор кој би го регулирал прашањата за еднаквост на трудот, судот би имал тешка задача за проценка на тоа прашање.

Матрицата за исплата за две компании во играта на заедничко вложување ќе биде следнава: ако двете компании вложуваат заеднички напор во однос на продажбата на производот, очекуваната исплата за секоја компанија би била 40; ако едната компанија не вложи труд, исплатата би била 50; а за компанијата која се труди, исплатата ќе биде 15;¹⁶³ конечно, ако двете компании не вложуваат напор во продажба на производот ќе имаат нулта исплата. Во оваа игра, ако двете компании подеднакво се трудат да го продадат производот, заедничката корист од вложувањето ќе биде максимизирана. Но, проблемот може да настане доколку едната компанија има поттик да не се труди, ако појде од помислата дека другата компанија ќе внесе повеќе напор за продажба на одреден производ. Со други зборови, секоја компанија во оваа игра има поттик да извлече корист од другата компанија.

Се поставува прашањето: како да се ускладат заедничките напори на две компании во оваа активност, земајќи ги во предвид претходно истекнатите претпоставки, особено претпоставката во отежнатата контрола (надвор) на едната компанија врз другата? Како и во играта за борба помеѓу половите, проблемот може да биде решен со воведување на медијаторот и примена на специфични техники за посредување, за кои ќе стане збор во продолжение на текстот.

3.5.4. Проблемот со координацијата и улогата на медијаторот во играта на заедничко вложување

¹⁶² Flavio Rodrigues, Victoria Souza, Joao Leitao, Strategic Competition of Global Brands: A Game Theory Approach to “Nike+iPod Sport Kit” Co-branding, Center for Inovation, Technology and Policy Research, IN+, MPRA Paper, no.16146, 2009.

¹⁶³ Исплатата на компанијата која не вложува напор ќе биде поголема од проста причина што истата се штеди во трошоците за трудот кој треба да го вложи.

Оваа игра, како и играта за борба помеѓу половите, можеме да ја надгледуваме како игра на мешовита стратегија. Слично на тоа, ако веројатноста дека компанијата 2 ќе вложи напор ја означиме со p , тогаш очекуваната исплата за компанијата 1, ако би вложила напор ќе изнесува: $40 \times p + 15 \times (1-p)$, додека очекуваната исплата за компанијата 1, доколку би вложила напор би изнесувала $50 \times p + 0 \times (1-p)$. Со воспоставување на еднаквост на овие изрази, следи дека веројатноста дека секоја од компаниите ќе вложи напор, во рамнотежа, изнесува 60%, и дека очекуваната исплата за секоја компанија, во рамнотежа, ќе изнесува 30%.

Очекуваната исплата од 30 е резултат на играта на мешовита стратегија без взаемна координација помеѓу играчите, или координација од страна на трето лице. Но, ако во играта биде вклучен медијатор, кој ги ја применил техниката фрлање на паричка како во играта борба помеѓу половите, претходниот резултат од 30 би бил повисок, односно очекуваната исплата за секој од играчите ќе изнесува 32,5%. Понатаму, овој резултат од 32,5% може да биде уште поголем, под услов медијаторот да примени една друга техника за посредување. Станува збор за техниката *фрлање на коцка*, а која подразбира дека медијаторот фрла коцка и потоа, без претходно запознавање со бројот кој се паднал, оди до секоја компанија и им упатува индивидуална препорака. Да речеме, доколку се падне бројот 1, препораката од медијаторот ќе биде се труди-не се труди, ако падне бројот два, препораката ќе биде исто така, се труди-не се труди, ако падне бројот три и четири ќе бидат се труди-се труди, и пет и шест ќе бидат не се труди-се труди. Поконкретно кажано, ако медијаторот фрли, на пример, број 6, ќе му упати препорака на играчот број 1 дека не се труди, а на играчот 2 дека се труди. Играчот 1, на основа на препораката дека не се труди, заклучува дека на играчот број 2 му е кажано (препорачано) дека се труди, од кое се извлекува заклучок дека се паднал бројот 6 или 5. Но ако се падне на пример бројот 2, медијаторот ќе му препорача на играчот број 1 дека се труди. При тоа, со самото тоа што му е речено дека се труди, не е никаква гаранција дека и на другиот играч му е речено дека се труди. Играчот број 1 може само да претпостави со веројатност од 50% дека на другиот играч му е речено истото. Со други зборови, со 50% играчот може да претпостави дека се паднал бројот 3 или 4 и дека на играчот број 2 му е речено дека се труди, и со 50% може да претпостави дека се паднал бројот 1 или 2 и дека му е препорачано на другиот играч да не се труди. Ваков вид на медијација, им помага на играчите (компаниите) да ги координираат своите активности. Тоа секако не подразбира дека компаниите секогаш ќе се трудат, со оглед на тоа дека претходната игра сугерира дека веројатноста за стимулирање на урамнотежен резултат

(се труди-се труди) ќе изнесува 33%. Со други зборови, секој од компаниите ќе се труди со учество од 33%, што секако претставува поголем резултат отколку во играта мешовита стратегија без организација од страна на медијаторот. Исто така, ова е повисок резултат отколку во играта со медијација која подразбира фрлање на паричка.

3.5.5. Поттик да се следат препораките од медијаторот

Да се навратиме на горенаведениот пример со фрлањето на паричката, и да претпоставиме дека паднал бројот два. Во тој случај медијаторот ќе го упати играчот 1 препорака да вложи труд. Со самото тоа што нему му е сугерирано повеќе да се потруди, не е гаранција дека и на другиот играч му е посочено истото. Како што рековме, играчот 1 може да претпостави со веројатност од 50% дека на играчот број 2 му е препорачано исто така да се потруди. Но, овде се наметнува уште едно важно прашање, а кое се однесува на поттикта на играчите да се придржуваат до дадените препораки. Со други зборови: дали играчот 1 има поттик да се придржува до препораките дадени од страна на медијаторот? Ако појдеме од разумна претпоставка дека играчот 2 ќе ја следи препораката од медијаторот, играчот 1 има поттик да го направи истото, односно да се придржува кон дадените препораки. Со други зборови, на играчот 1 му е насочено да се вложи, со самото тоа нема рационална основа да постапи поинаку, со оглед на очекуваната исплата, на основ на матрицата на исплатата, поголема доколку би се трудел, отколку во спротивниот случај. Аналогно на ова, играчот 1 нема поттик да отстапи од препораките да не се труди, ако претпостави дека играчот 2 ќе се придржува на дадените препораки. Според тоа, во оваа игра, со ваква структурирана матрица на исплата, се создава систем за поттикнување на двата играчи да се придржуваат до препораките добиени од страна на трето лице, односно медијатор. Причината за таквото однесување на играчите лежи во природата на препораките дадени од страна на медијаторот. Имено, медијаторот упатува на едниот играч точен, но веројатно непотполн сигнал (препорака). Да речеме ако се падне бројот 2, и медијаторот му препорача на играчот 1 да се потруди, тој всушност ја испраќа и сигнализира следнава содржина: “Му препорачав на играчот број 2 да не се труди, но запаметете дека веројатност дека тоа сум му го препорачал е 50%“. Тоа покажува дека медијаторот

упатува непрецизен сигнал,¹⁶⁴ а сепак е му е доволен поттик на играчот 1 да постапи според препораките. Следствено на тоа, во оваа игра медијаторот може да им навести на двата играчи обострано да се трудат со веројатност од 33,33%, и реално може да генерира поволна очекувана исплата во однос на играта без медијација, како и во играта со медијација на база на фрлање на паричка.

Најпосле, да истакнеме уште една важна предност на играта со медијација заснована врз играта на фрлање на паричка во однос на другите игри. Се работи, всушност за тоа дека во оваа игра медијаторот може да послужи како “жртва“ во случај кога заедничкото вложување на две компании нема да биде пропорционално. Тогаш, управата на компанијата може да им објасни на сопствениците дека доследно се држеле до препораките од медијаторот, и дека прифаќањето за учество на медијаторот и координираната заедничка продажба била последица од потребата да се избегнат повисоки трошоци за индивидуална продажба. На тој начин, управата на двете компании ќе си ги “чува“ образите пред своите сопственици.

3.5.6. Импликации од играта на заедничко вложување во воведувањето на задолжителна медијација

Интересно е и прашањето за доброволно или задолжително прифаќање на медијацијата во играта на заедничко вложување.¹⁶⁵ Имено, вклучување на медијаторот во играта, како што рековме, создава силен поттик играчите доброволно да ја прифаќаат медијацијата, земајќи ја во предвид висината на очекуваната исплата. При тоа, играчите во оваа игра не поседуваат приватни информации, кои потенцијално би можеле да го загрозат успешниот исход на преговорите. Со оглед дека нема приватни информации, нема ни стратешко однесување, а кое, по дефиниција, го доведува до прашање успехот на преговорите. Токму во тоа и се согледува еден од суштинските разлики помеѓу играта на медијација во случај на морален хазард и играта на медијација во случај на негативна селекција. Поконкретно кажано, во играта со медијација во случај на негативна селекција, играчите и покрај присуството на приватни информации, можат да го одбијат учеството на медијаторот, а кој би генерирал повисоко ниво на социјални бенефити. Тоа

¹⁶⁴ Медијаторот не му открива на играчот 1 што му препорачал на играчот 2, тоа подразбира дека се работи за непрецизен сигнал (препорака).

¹⁶⁵ Jennifer Gerarda Brown, Ian Ayres, оп.цит.1994, стр.376-377

е, како што е веќе кажано, еден од економските аргументи за воведување на некој вид на задолжителна медијација. Но, редно е да се истакне дека овој економски аргумент претставува важен, но не и доволна причина, за воведување на некој вид на задолжителна медијација. Пред се, трошоците за било кој вид на државна интервенција, во овој случај законска интервенција во вид на имплементација на задолжителна медијација, може да ги надмине очекуваните користи од таа интервенција.¹⁶⁶ Тогаш, воведувањето на задолжителна медијација зависи и од видот на спорот кој е во прашање.¹⁶⁷ Ако станува збор на некој вид на спор кој ја доверува до прашање утврдената вон договорна одговорност за надоместок на штета, да речеме, сообраќаен прекршок, задолжителната медијација има смисла и оправдување, со оглед на тоа дека страните во спорот не можеле однапред да се договорат. Со други зборови, не може да се очекува дека виновникот кој ја предизвикал штетата и оштетениот во сообраќајната несреќа, а кои имаат приватни информации за висината на штетата или други важни прашања, доброволно ќе ја изберат постапката на медијација. Во истото и се наоѓа оправдувањето за воведувањето на задолжителна медијација во овој вид на спорови. Од друга страна, ако станува збор за договорени страни кои им пристапуваат на преговорите заради уредување на идни бизнис релации, може да се очекува дека доброволно ќе се пристапи кон медијацијата. Воведувањето на задолжителна медијација во овој вид на спорови не би можела да се оправда. Ова е важна порака за законодавците во приликата за разгледување за воведувањето на задолжителна медијација.

Покрај оваа препорака, постои уште една која мора сериозно да се земе предвид. Се работи за тоа дека моменталната дебата за задолжителна медијација наспроти доброволната медијација во главно има екстремни почетни точки. Поконкретно речено, од една страна, задолжителната медијација подразбира дека страните не можат со договор да го изменат она што со закон е пропишано. Со други зборови, страните не можат во договорот, да речеме, во договор за градба, да предвидат некој друг механизам за решавање на спорот, ако законот пропишува задолжителна медијација за спорови кои се последица од неизвршени договорни обврски, кои произлегуваат од тој договор за градба. Од друга страна, доброволната медијација, како што е познато, подразбира дека страните со своја волја го избрале третото неутрално лице да им помогне во решавањето

¹⁶⁶ Harold Demsetz, Information and Efficiency: Another Viewpoint, Journal of law and Economics, vol.12, no.1, 1969, str.1-22

¹⁶⁷ Frank E. A. Sander, Jeffrey Z. Rubin, The Janus Quality of Negotiation: Dealmaking and Dispute Settlement, Negotiation Journal, vol.4, issue 2, april, 109-113.

на некој спор и за тоа доброволно склучиле договор. Но, во теоријата¹⁶⁸ се истакнува и едно средно решение, а кое поаѓа од законското обврзување на страните да одат на медијација, ако не се експлицитно, по пат на договор, се откажале од медијацијата. Тоа би значело дека страните се обврзани да одат со постапка на медијација, доколку со договор поинаку не е превидено. Да речеме, во тек на создавањето на договорот за градба, ако договорените страни експлицитно не предвиделе некој друг механизам за решавање на спорот, постои законска претпоставка дека договориле медијација. Медијацијата имплицитно ќе се смета за дел од тој договор. На ова место го изразуваме согласувањето со ова средно решение, со оглед на тоа дека тоа ги задржува предностите и на мандаторната и на доброволната медијација. Од една страна, страните може доброволно да се одлучат за медијација или да се откажат од неа, додека пак, од друга страна, медијацијата станува задолжителна ако со договорот не е поинаку договорено.

Од друга страна пак, во играта со медијација во случај на морален хазард, опасноста од одбивање на медијацијата не постои, затоа што нема приватни информации, а со самото тоа ни стратешко однесување. Според тоа, разгледувањето за воведување на задолжителна медијација заради ублажување на проблемите со морален хазард не е потребно, со оглед на тоа дека играчите имаат голем поттик на доброволна основа да прифатат некој вид на медијација.

Да заклучиме. Раздвојувањето на проблемите со моралниот хазард од проблемот со негативната селекција, овозможува да се упати силен економски аргумент во прилог на воведувањето на задолжителната медијација, заради минимизација на социјална неефикасност на преговарањата генерирани од присуството на приватни информации, и тоа само во случај на негативна селекција, но не и во случај на морален хазард.

3.6. Општото знаење како препрека за ефикасното решавање на спорот и улогата на медијаторот

Заради приказ на кој начин општото знаење може да биде препрека за ефикасно решавање на спорот, и како медијаторот може да помогне таа препрека да се отстрани, ќе наведеме пример со развод на сопружници. Но, пред тоа, неопходно е да го

¹⁶⁸ Ian Ayres, Robert Gertner, Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules, Yale Law Journal, vol.99, 1989, str.87,

дефинираме поимот општо знаење (анг. common knowledge).¹⁶⁹ Имено, општото знаење означува некој битен факт, да речеме на пример, резервациска цена, која е позната на двете страни во дадени преговори. Уште повеќе, едниот преговарач знае дека овој факт му е познат на другиот преговарач, и три тоа, знае дека, исто така, другиот преговарач знае дека и нему истиот факт му е познат. Тоа подразбира дека овој вид на директна комуникација не ги пренесува само основните информации, туку и ги генерира и дополнителните информации, оние кои се познати како информации од втор ред. Според тоа, доколку комуникацијата помеѓу две лица придонесе до тоа да се изврши пренос не само на основните информации, туку и взаемна трансмисија на информации од повисок ранг, во тој случај основната информација настанува и се нарекува општо знаење.

Овој вид на поедноставена комуникација, послужен е како илустрација за креирање на креирање на информации од повисок ред, а кои во таков облик на комуникација, по природа на нештата, немаат големо значење. Но, во преговорите ситуацијата е дијаметрално спротивна. Имено, често се случува преговарачите взаемно да си испраќаат основни информации, без никаква намера од креирање и учење на информациите од повисок ред. Токму присуството на тие информации од висок ред, кои од основните информации создаваат општо знаење, ги отежнува или прекинува преговорите. Да се навратиме со примерот со разводот на сопругниците. Преговорите околу разводот претставуваат еден вид на дистрибутивни преговори. Во тие преговори не се создава нова вредност, туку само се утврдува дали постои можност за размена и како евентуалната корист од таа размена да се подели. Со оглед на тоа, секоја страна има поттик да ја убеди другата страна дека нејзината резервациска цена е пониска отколку што мисли останатата страна. И не само тоа, секоја страна посакува од другата страна да верува дека нејзината резервациска цена е пониска. Причината за тоа лежи во тоа доколку другата страна смета дека резервациската цена на спротивната страна е пониска, тоа многу ќе влијае на спремноста за договор од другата страна. Во секој случај, во интерес се двата преговарачи да ја знаат резервациската цена, затоа што со тоа се олеснува размената. Тоа подразбира дека е извршена кредибилна комуникација, т.е. кредибилен пренос на информации помеѓу преговарачите околу нивните резервациски цени. Но, оваа комуникација може да биде загрозувана со информациите кои станале општо знаење. Да речеме, заканата за развод од страна на сопругот, може додатно да го

¹⁶⁹ Adam Brandenburger, Knowledge and Equilibrium in Games, Journal of Economic Perspectives, vol.6, issue 4, fall 1992, str.83-101

загрози веќе постоечкиот однос, и крајно, навистина да доведе до развод, иако таа закана била насочена на промена на веќе постоечкиот однос. Причината е што со комуникацијата со закани за развод на бракот се пренесуваат и информациите од повисок ред. Поконкретно кажано, со поупатените закани, сопругата знае дека нејзиниот сопруг размислува за развод. Покрај тоа, сопругот знае дека неговата сопруга знае дека самиот тој размислува за развод. Со такви информации од повисок ред, сопругата најверојатно нема да сака да го подобри односот со својот сопруг, иако тоа била негова првична намера. Од друга страна, знаејќи го претходно споменатото, дури и доколку она би била спремна на одредена отстапка, сопругот не би бил уверен дека сопругата навистина го посакува тоа. Со оглед на таквото негово верување, ни тој самиот не би бил спремен на отстапка и унапредување во однос на бракот. Според тоа, општото знаење за базичните информации (за закана за развод) ја загрозува можноста за унапредување на односите во бракот, и во краен случај, можноста за зачувување на бракот воопшто.

Основното прашање гласи: на кој начин медијаторот може да помогне општото знаење да не ги доведе до отежнување или прекин на преговорите? Пред се, медијаторот би требало да им помогне на странките во спорот да увидат дека нивната резервациона цена или БАТНА не е толку висока како што тие мислат дека е. Во претходниот пример, медијаторот би можел, после доверливиот разговор со сопругот, да ја праша сопругата дали ги согледува последиците од нејзината стратегија или однесувањето спрема сопругот. Формата на тоа прашање може да биде: што мислите дека ќе се случи ако останете на таа позиција? Сопругата може ќе мисли дека нејзината најдобра алтернатива е да го сочува статусот кво, и да не се согласи на ниедна промена. Токму медијаторот може со вакво индиректно прашање, или нешто подиректно прашање, да ја поттикне сопругата на размислување дали нејзината постоечка БАТНА навистина е најдообра алтернатива. Секако, сопругата може да мисли дека позади прашањата од страна на медијаторот се крие закана од страна на сопругот. Но, доколку добро обучениот медијатор квалитетно ја изврши својата задача, тој, во суштина, ќе ја пренесе основаната информација од сопругата, при што ќе се задржи неизвесноста кај двете страни за информациите од повисок ред. Поентата е медијаторот да ги пренесе само основните информации (заканата за развод), која го олеснува договорот, а да го спречи преносот на информациите од повисок ред, кои ги отежнуваат преговорите, или да ја одржи неизвесноста кај двете страни за тие информации. Таа неизвесност може да се одржи со тоа што ќе се зголеми на повисоко ниво во ланецот на верување. Да речеме, појдуваме

од тоа дека постои 70% шанса за пренесување на информациите од прв ред, 70% дека праќачот на таа информација знае за таа информација и 70% шанса дека примачот на информацијата знае дека испраќачот на истата знае да таа информација. Во тој случај, постои 34,3% шанса дека ќе се пренесе информација од повисок ред.¹⁷⁰ Според тоа, неизвесноста е поголема на повисоко ниво во ланецот на верување, така што медијаторот може да влијае на двете страни во правец на одржување на поголема неизвесност околу информациите од повисок ред. Начинот на кој тоа ќе го изврши може да биде со поставување на прашања како во наведениот претходен пример. Токму таквата форма на прашања овозможува другата страна да не биде доволно сигурна дали другата страна ги знае основните информации. Во горенаведениот пример би значело дека сопругата не може да биде сигурна дека сопругот знае дали и е пренесена основната информација, иако сопругот претпоставува дека медијаторот ќе и ја пренесе таа информација на сопругата. Исто така, уште помала е веројатноста дека сопругот знае дека сопругата знае дека тој самиот знае дали е пренесена таа информација. Улогата на медијаторот е од клучна важност за ваквиот исход, со оглед на тоа дека секоја страна сака медијаторот да ги открие доверливите податоци на другата страна, но истовремено да им каже дека другата страна (било кој од двете) не ги открила. Значи, фиктивната доверливост на медијаторот во одвоените разговори со двете страни помага да се сочува неизвесноста околу информациите од повисок ред.

3.7 Општа стратегија за преговарање како препрека за ефикасно решавање на спорот од страна на медијаторот

Во делот за Улогата на медијаторот во преминување преку препреките за ефикасно решавање на спорите кажавме дека стратегиското однесување на преговарачите, како една од препреките за ефикасно решавање на спорот, може да ги отежне или прекине преговорите. Во таа прилика наведен е примерот со купувач и продавач кои влегуваат во исцрпувачка борба за присвојување на поголем дел од кооперативниот вишок. Сега се поставува прашањето за природата на таа тактичка борба, т.е кои се конкретните облици на тактичка борба кои се јавуваат кај двајца преговарачи, а кои може да

¹⁷⁰ $0,7 \times 0,7 \times 0,7 = 0,34$ или 34,3%

придонесат до прекин на преговорите или до постигнување на субоптимален договор?¹⁷¹ Прашањето кое е од посебна важност во врска со тоа се однесува на улогата на медијаторот во преминување на бариерите за ефикасно постигнување на договор. При тоа, бидејќи тактичката борба помеѓу преговарачите може да се манифестира во мноштвото на појавени облици, за што сведочи и секојдневната пракса, на ова место ќе го издвоиме обликувањето на перцепцијата на другата страна во алтернативните решенија.¹⁷²

Се со цел за подобра илустрација на овој вид на тактичка борба помеѓу преговарачите, може да послужи примерот со двајца потенцијални купувачи и еден продавач на куќа. Овде станува збор за дистрибутивни преговори, со кои, како што е познато, се утврдуваат можностите за размена и делба на кооперативниот вишок, а кој подразбира да повеќе за едниот значи помалку за другиот. Да појдеме од тоа дека купувачот 1 е спремен да ја купи куќата по цена од пет милиони денари и му упатил понуда на продавачот, додека купувачот 2 не знае дека купувачот 1 е заинтересиран за купување на истата куќа. Од друга страна, продавачот знае дека купувачот 2 ја разгледува можноста дека купувачот 1 сака да ја купи куќата, но не знае колку тој ја вреднува куќата. Всушност, купувачот број 2 е спремен да ја купи куќата за цена од седум милиони денари. Под таква претпоставка, како што рековме, тие влегуваат во исцрпувачка борба за присвојување на поголем дел од кооперативниот вишок, кој се движи во распон од 5 до 7 милиони денари. Во овој случај, размената (купопродажбата) е можна, но не е загарантирана, земајќи ја превид стратегиската борба на преговарачите во целта за обликување на перцепцијата на другиот преговарач за алтернативите. Поконкретно кажано, купувачот 2 може да проба да го измами продавачот дека непостигнување на договорот околу цената за него е сосем прифатливо, или дека времето е на негова страна, или пак да примени некоја друга тактика. Од друга страна пак, продавачот може да проба да блефира, така што ќе му ја претстави на купувачот 2 цената од купувачот 1 како повисока, или да прибегне кон перфидна техника дека нашол друг (лажен) купувач кој би дал нова, повисока понуда.

Однесувањето на продавачот може да се опише како обид за обликување на перцепција (верување) на купувачот 2 за неговата резервациска цена. Со други зборови, продавачот

¹⁷¹ Под субоптимален договор се подразбира договор кој не е постигнат со повисоки трошоци отколку што би бил постигнат доколку преговарачите би се однесувале поефикасно.

¹⁷² David a.Lax, James K.Sebenius, *The Manager as Negotiator: Bargaining for Cooperation and Competitive Gain*, The Free Press, New York, 1986, str.119-121.

сака да го зголеми на повисоко ниво верувањето на купувачот за минималната цена по која е тој самиот спремен да ја продаде куќата. Доколку купувачот навистина поверува во повисока минимална цена, со самото тоа продавачот самиот на себе би си осигурал подобра позиција во преговорите околу продажбата на неговата куќа. Тактиките со кои продавачот би можел да се послужи, според убедувањата, се: наговарање, блефирање, заканување, или промена на алтернативни понуди. При тоа, продавачот може да влијае не само на своите алтернативи, туку и на алтернативите на самиот купувач. Како пример, продавачот може да го убеди купувачот дека неговата алтернативна купопродажба е полоша. Но, од друга страна, и купувачот може да влијае врз алтернативите на продавачот. Да речеме дека, купувачот може да го убедува продавачот дека неговата алтернативна продажба е ризична или финансиски неисплатлива. Ваквото однесување на купувачот очигледно е насочено на соборување на резервациската цена на продавачот, со оглед на тоа што е во негова лична корист. И покрај убедувањата, и купувачот може да користи перфидни методи, како што се закани и сл.

Овој пример, покрај останатото, покажува дека преговарачите се соочуваат со една дилема, дали да ги откријат информациите со кои располагаат или не.¹⁷³ Информациите секако, може да бидат различни, но вниманието се фокусира на резервациските цени. Значи, преговарачите имаат поттик да ги откријат своите резервациски цени, со оглед на тоа дека може да постигнат оптимален договор, кој ќе биде максимално прилагоден на различните интереси на преговарачите. Но, преговарачите, како што покажува претходниот пример, имаат и силно влијание да ја сокријат информацијата за резервациската цена, не бирајќи средства за остварување на таа цел. Според тоа, оштрата стратегија за преговарање (анг. *hard bargaining tactic*)¹⁷⁴, која подразбира користење на невиности, закани, и слично и може да се покаже како корисна стратегија во преговорите. Одбирањето на оваа стратегијата може да се одвива по принципот дека целта ги оправдува средствата. Но, кои се последиците од избирањето на ваква стратегија? Пред се, преговорите може да бидат прекинати, односно за се најдат во мртва точка од која нема никаков развој. Понатаму, преговорите може да пролонгираат, што секако создава дополнителни и непотребни трошоци. Потоа, преговорите може да резултираат со некој вид на договор, но некој кој не е најефикасен. На крај, во некои

¹⁷³ David A.Lax, James K.Sebenius, op.cit.1986, str.29-45

¹⁷⁴ Kenneth J. Arrow, Robert H. Mnookin, Lee Ross, Amor Tversky, Robert Wilson, Barriers to Conflict Resolution, W.W. Norton&Company, New York, London, 1994, str.7-9

ситуации има случај каде општата стратегија може да предизвика до уште поголема ескалација на конфликтот.

Се на се, различните тактики на преговарање, се со цел за наведување на другата страна да ги прифати условите од договорот кои не и одат во прилог, во основа, имаат како последица дисторзија за размена на информациите. Оваа дисторзија понатаму води кон нарушување на можностите за постигнување на ефикасен договор или до договор воопшто. Според тоа, бројните негативни последици од избраната оштра стратегија на преговарање укажува на тоа дека на преговарачите им е потреба помош од трето неутрално лице. Во мера во која медијаторот може да им помогне на страните во спорот кооперативно да му пристапат на решението на проблемот, и во мера во која медијаторот може да ја намали или ублажи стратегиската борба помеѓу нив, може да се очекува намалување на трансакционите трошоци за преговарањето. Но, покрај намалените трансакциони трошоци во процесот на преговарање, може да се очекува и пронаоѓање на нови можности преговарачите да го решат својот спор на поефикасен начин. Условот за пронаоѓање на нови можности за размена е медијаторот да ги открие информациите од преговарачите во одвоени разговори, и при тоа, да изврши трансмисија на истите на начин кој нема да го загрози принципот на доверливост врз кој се заснова медијацијата како постапка.

3.8 Различните очекувања на страните како препрека во ефикасното решавање на спорот и улогата на медијаторот – финансиско-правни аспекти

Моделот на различна перцепција (модел на оптимизам)¹⁷⁵ покажува дека постои простор за порамнување се додека перцепцијата на страните во спорот за веројатност на судски исход не е во голем расчекор. Со други зборови, просторот за порамнување постои се додека очекуваниот добиток од тужителот од судење го преоѓа очекуваниот губиток на тужениот од судењето за износ кој е поголем од збирот на нивните судски трошоци. Ако овој услов не биде исполнет, може да се очекува дека рационалните парничари ќе стигнат до судење. Во суштина, моделот на оптимизам сугерира дека дивергенцијата во очекувањата на страните во спорот по прашање на исходот од судењето може да

¹⁷⁵ Robert D. Cooter, Daniel L. Rubinfeld, An Economic Analysis of Legal Disputes and their Resolution, Journal of Economic Literature, vol.27, no.3, 1989, str.1067-1097

придонесат до тоа дека нивниот избор нема да биде преговарање, и евентуално склучување на порамнување.

Следствено на тоа, прашањето кое по природа на нештата, се наметнува: дали и на кој начин, медијаторот, како неутрално трето лице, може да влијае да се намали дивергенцијата во очекувањата на страните во спорот во оние ситуации кога ни самите не можат тоа да го направат, или кога тоа можат да го направат, но со далеку повисоки трансакциони трошоци?

Добро обучен медијатор може да ја засили конвергенцијата во очекувањата на страните во спорот во врска со судскиот исход на различни начини.¹⁷⁶ Прво и основно, медијаторот може да ги подобри протокот на информации помеѓу страните во спорот. Имено, претераниот оптимизам на тужителот по прашање на судскиот исход, а кој штотуку доведува до отпочнување на судењето, има корени во асиметријата на достапните информации. Со други зборови, поединецот, во овој случај во улога на тужител, може да покаже склоност кон тоа да се фокусира само на сопствените компаративни предности во однос на тужениот, и да ги занемари оние фактори кои ја слабеат неговата позиција. Аналогно на тоа, ваквата тенденција важи и за поединецот кој ќе се најде во улогата на туженик, кој, исто така, може да го насочи вниманието кон своите предности, а помалку кон своите слабости, или пак во потполност да ги занемари факторите кои ја слабеат неговата позиција. Ваквото позиционирање на страните може да доведе до пропусти во надоместувањето на празнината (недостатоците) во сопственото знаење. Концентрирајќи се само на своите цели, аспирации, плановите на другата страна, поединците може да креираат нереална слика за идниот исход на судењето, односно да го проценат тој исход со преголем оптимизам. Како пример, тужителот може да процени дека има големи шанси за успех на судењето, со оглед на тоа дека не ги зел предвид претходните слични случаи во кои успехот на тужителот не бил стопроцентен.

Според тоа, уште еднаш се потврдува тезата дека асиметријата на информациите, која генерира превисок оптимизам, ја сочинува сржта на неуспешните преговори и, како последица, основ за одење на судење. Токму медијаторот може да им помогне на двете страни да го согледаат случајот од перспектива на другата страна, како и да ги разбере интересите, целите, или аспирациите на другата страна. Тогаш, доколку превисокиот

¹⁷⁶ Kenneth J. Arrow, Robert H. Mnookin, Lee Ross, Amor Tversky, Robert Wilson, Barriers to Conflict Resolution, W.W. Norton&Company, New York, London, op.cit.1994, str17-18, str.23.

оптимизам е последица од недостатокот на адекватни информации, медијаторот може да придонесе со пополнување на тие празнини во знаењето помеѓу страните. Да речеме, ако тужителот процени дека има големи изгледи за успех на судење, со оглед на тоа дека не ги зел предвид расположливите статистички податоци во врска со слични случаи, медијаторот може да му ги презентира овие податоци. Соочувајќи го тужителот со конкретни податоци за износот на очекуваните парнични трошоци, или стапката на успех на тужителот во исти или слични ситуации, медијаторот може да придонесе за намалување на неговите очекувања и аспирации во поглед на успехот на судењето.

Според тоа, медијаторот може да им помогне на страните во спорот да ги приближат своите очекувања по прашање на судскиот исход и, врз темелот на неговата реална проценка од тој исход, да пристапи во решавање на спорот. Но, овде се поставува прашањето: зошто страните во спорот самите не би размениле есенцијални информации и, на тој начин, да ги отстранат сите информациски дисторзии кои доведуваат до одење на судење? Поттикот за ваквото однесување (независна размена на информации), секако, лежат во заобиколување на судењето, кое, по природа на нештата, генерира високи трансакциони трошоци, но и медијацијата, како метода која, исто така, повлекува одредени трошоци. Со ова прашање особено се занимавал американскиот теоретичар ЕАП, Стивен Шавел (Steven Shavell), во својот труд од 1995 година.¹⁷⁷

¹⁷⁷ Steven Shavell, *Alternative Dispute Resolution> An Economic Analysis*, Journal of Legal Studies, vol.24, 1995, str.1-22.

Глава 4. Медијацијата и арбитражата во меѓународни спорови во кои како страна се јавува државата

Во ерата на глобализацијата постои тесна економска поврзаност меѓу државите. Тоа првенствено се случува со Странските директни инвестиции и големите Мултинационални компании кои влегуваат низ разни форми во разни држави од светот, потоа со разни последици од Економски договори и асоцијации во различни Економски, трговски и монетарни зони, меѓународното финансирање и трговија и секако меѓународното оданочување. Во секој случај станува збор за големи финансиски износи кои значително ги оптоваруваат националните буџети на засегнатите држави. Затоа арбитражата е многу важен инструмент.

Кога фискалните мерки ја испреплетуваат арбитражата, понекогаш следи непотребна збунетост. За да се подобри аналитичката јасност, арбитражата поврзана со данокот може да биде поделена на три дела. Првиот произлегува од обичните трговски спорови кои стануваат врзани со случајни даночни прашања. Колективната аквизиција, на пример, може да носи даночни последици кои, пак, вклучуваат побарувања или одбрана презентирани на арбитражен суд за решавање. Вториот вид на арбитража поврзана со данок се јавува во врска со спорови за прекугранични инвестициски спорови. Правилно или погрешно, странските инвеститори често ги сметаат фискалните акти на земјата домаќин како дискриминаторски, нефер или рамно на експропријација, со што се кршат меѓународните обврски. Конечно, арбитражата стапува во игра според договорите за данок на доход кога две земји со ривалски барања сакаат да го оданочат истиот прилив на приход. Во рамките на една мултинационална корпоративна група, потенцијалното економско двојно оданочување може да се појави преку несовапаѓање на приходите и одземањата од една во друга земја. Ваквото економско двојно оданочување ја става корпоративната група во улога на фискален акционер, подготвена да плати данок на едната или другата земја, но не и двете. Во такво сценарио, арбитражата од држава до држава може да промовира симетрија при распределбата на фискалната надлежност, како што е елаборирана неодамна согласно иницијативата на ОЕЦД за база на ерозија и промена на профитот. Скромната цел на следнава анализа лежи во декортирање на некои од темите, и практични и доктринарни, кои ги предизвикуваат арбитражите кои имаат задача да одлучуваат за прашања од фискална природа.

4.1 Инвестициона арбитража и медијација

Од финансиско-правен аспект, при разгледување на прашањата за перспективите и значењето на медијацијата во нашата држава, неминовно се наметнуваат прашањата, каде имаме случаи во кои државата е субјект на спор кој би се решил по пат на медијација, а аналогно на тоа на арбитража. Од тие причини, во овој труд е извршена анализа на неколку домени значајни за финансиските аспекти на медијацијата и арбитражата во Република северна Македонија. Пред се потребно е да се разграничат следните правни прашања. Прво, во овој труд се разгледани и анализирани единствено случаите од јавноправен финансиски интерес за нашата држава, а тоа се случаите на меѓународна инвестициона арбитража, односно случаите каде имало спор во кој едната страна била државата а другата страна странски инвеститор, кој подоцна е разрешен преку инвестициона арбитража, односно медијација, согласно законската регулатива. Секако, дадени се главните карактеристики, кои се анализирани и претставени од аспект на нивно поврзување со главната тема на докторската дисертација, односно алтернативното решавање на спорови – медијација, кое е непосредно поврзано со прашањето на арбитража – како посебен вид на решавање на спорови вон судовите. Истовремено, во анализата посочено е и на медијацијата која произлегува како дозволено правно решение во доменот на меѓународната инвестициона арбитража.

Второ, во продолжение на таа анализа се дадени објаснувања за меѓународната даночна арбитража, правен институт кој сеуште не е многу развиен кај нас, но за кој има перспективи да се доуреди и примени во иднина. Причина за ова се споровите од меѓународното даночно право, во кои една од страните е потенцијално нашата држава, а кои побрзо би можеле да се разрешат преку меѓународна даночна арбитража или дури и медијација. Станува збор за потенцијални даночни приходи на Република Северна Македонија кои би произлегле од ваков начин на разрешување на споровите, а секако и заштеда на финансиски средства, за разлика од досегашниот начин на решавање на спорови. Секако, не постои даночна медијација, но сепак, во продолжение на претходната аргументација, добро е да се даде осврт и на овој важен вонсудски начин за решавање на спорови.

На крајот, националното македонско законодавство не познава институт даночна арбитража, бидејќи, во даночната постапка државата најсилно го изразува својот

даночен суверенитет, па оттаму се користат правилата на даночната постапка, односно дозволените правни лекови. Оттука во овој труд станува збор само за меѓународната инвестициона и меѓународната даночна арботража.

4.2 Значење на инвестициите за финансискиот систем и економијата

Инвестиционата политика претставува економска категорија која ги разгледува клучните и едни од најзначајните фактори на економскиот развој – инвестициите. Од нивниот обем, структурата и ефикасноста на употребата е детерминиран процесот на економскиот развој на една земја. Инвестиционата политика претставува најзначаен дел од развојната макроекономска политика, со голема улога за економскиот раст и за постигнување повисоко ниво на економска развиеност. Инвестиционата политика, поаѓајќи од целите на економскиот развој, ги определува начините како најефикасно да се постигнат целите на развојот во секоја фаза од развојот на националната економија.

Инвестициите, или инвестиционите средства, служат за обновување и проширување на производната основа на економијата. Инвестициите се преод на заштедите во капитални фондови.

Во основа тие произлегуваат од:

- Делот на БДП издвоен како амортизација; и
- Делот од БДП, т.е. новосоздадената вредност издвоен како заштеди.

Поимот инвестици ги опфаќа:

- Инвестиционите средства, т.е. инвестиционата потрошувачка; и
- Чинот на нивната употреба, т.е. претворањето на паричните средства од заштедите во инвестирање што уште и се нарекува инвестициона активност.

Инвестициите може да се претстават и како „жртвување“ на дел од тековната потрошувачка за сметка на иднината. Тоа всушност се остварува на тој начин што, наместо да се наменат средствата денес, средствата се наменуваат за изградба на нови капитални добра од кои пораст на потрошувачката се очекува во иднина. Инвестициите ги поврзуваат и активираат и другите фактори на развојот: техниката, технологијата, знаењето, природните богатства, инфраструктурата и т.н.

Инвестициите, меѓу другите поделби, можат да бидат домашни или странски/надворешни. Она што во поново време го динамизира глобалниот економски раст и растот на економиите во развој е силниот подем на Странските директни инвестиции, кои се засилија кон крајот и почетокот на XXI-от век, кога е достигнат врвот на економската глобализација и либерализација. Нивни носители се големите западни Мултинационални компании кои своите бизниси и пазари ги шират прекугранично, особено на Истокот, во потрага по поевтина работна сила и ресурси, даночни олеснувања, па и државна помош, како и освојување на нови пазари. Потоа следуваат и сите други форми на движење на меѓународниот пазар на капитал, од кои најдоминанти се пазарите на хартии од вредност/берзите-формални или електронски на кои се тргува со огромни средства во форма на акции и обврзници, девизни средства и пазарот на кредити. Сите овие случувања и трансакции имаат големи правно-финансиски импликации кои се предмет на детална меѓународна и национална регулатива.

Од тука, јасно е дека меѓународните инвестиции се вбројуваат меѓу најзначајните фактори на економскиот развој, особено во неразвиените економии како што е македонската, каде што тие во минатото беа доста оскудни. Затоа се вели дека меѓународните инвестиции кои се јавуваат како вкупен капитал, фактички претставуваат катализатор („врзувач“) на останатите фактори на развој на економијата.

4.3 Меѓународниот центар за решавање на инвестициски спорови: значење и надлежности во изминатиот период

Од аспект на разрешување на споровите до кои доаѓа поради спротивставени ставови и потреби, или неисполнување на меѓународни инвестициони договори уште во подалечното минато, пред 60-тина години е формиран посебен центар со повеќе надлежности. Така во 1966 година е основан Меѓународниот центар за решавање на инвестициски спорови (International Centre for Settlement of Investment Disputes-35 ISCID)¹⁷⁸, во согласност со Вашингтонската конвенција за решавање на инвестициски спорови помеѓу држави и државјани на други држави (1965). Тогаш ретко кој можеше да претпостави дека главниот поттик за развојот на оваа постојана арбитражна

¹⁷⁸ Меѓународен центар за решавање на инвестициски спорови (Eng. International Centre for Settlement of Investment Disputes - ISCID) - Една од петте институции во склоп на Светската банка ги решава инвестициските спорови помеѓу странските инвеститори и нивните земји домаќини.

институција може да бидат билатерални договори за заштита и унапредување на инвестициите. Сепак, прв таков билатерален договор со кој надлежност за решавање на спорови помеѓу странски инвеститор и земјата домаќин се доверува на ICSID склучен е меѓу Индонезија и Холандија во 1968 година.

Во изминатите години овој центар работи со огромен број активности. Денес постојат над две илјади договори од овој тип. ICSID (International Centre for Settlement of Investment Disputes), во превод “Меѓународниот центар за решавање инвестициони спорови“ е автономна и самостојна меѓународна институција основана со Конвенцијата за решавање на инвестициски спорови помеѓу држави и државјани на други држави (на ICSID или Вашингтонската Конвенција) со над 140 земји-членки. Со конвенција се утврдува мандатот на ICSID во превод како арбитражна институција, организационата поставеност и основни функции. Примарната цел на ICSID е да обезбеди средства за помирување и постапка за арбитража на меѓународни инвестициски спорови.

Конвенцијата е мултилатерална спогодба формулирана од страна на директори на Меѓународната банка за обнова и развој (Светска банка). Таа беше отворена за потпишување на 18 март 1965 година и стапи на сила на 14 октомври 1966 година. ICSID денес игра важна улога во полето на странските инвестиции и економски развој. Така, ICSID се смета за водечка меѓународна арбитражна институција посветена за успешно решавање на инвестициските спорови настанати меѓу странски инвеститор и земјата-домаќин. За надлежноста на ICSID важни се следните одредби¹⁷⁹:

- (1) Арбитражна спогодба содржана во инвестициски договор помеѓу државата и странски инвеститор, или конкретно склучени меѓу државите и странски инвеститори;
- (2) Одредбите содржани во националниот закон за странски инвестиции, со кој државата однапред ја прифаќа надлежноста на Меѓународниот центар за решавање инвестициони спорови);
- (3) Одредбите содржани во билатерални или мултилатерални меѓународни договори со кои државите однапред ја прифаќа надлежноста на Меѓународниот центар за решавање инвестициони спорови;

¹⁷⁹ Меѓународниот центар за решавање на инвестициони спорови како механизам за заштита на меѓународниот елемент во Македонија при инвестирање - МАГИСТЕРСКИ ТРУД - Катерина Халачева, 2011 год.

(4) Одредбите содржани во билатерални или мултилатерални меѓународни договори со кои државите однапред ја прифаќаат надлежноста на Меѓународниот центар за решавање инвестициони спорови;

Во втората и третата ситуација, државата се согласува да биде тужена пред Меѓународниот центар за решавање инвестициони спорови како арбитражна институција од кој било приватен инвеститор, кој ги исполнува условите пропишани со закон, односно со билатерален или мултилатерален меѓународен договор.

Растечкиот тренд добива уште поголема динамика во XXI век, така до 31-ви декември 2005 година вкупниот број на случаи иницирани Меѓународниот центар за решавање инвестициони спорови се зголемува на 199.

Порастот на инвестициите спорови врз основа на меѓународни билатерални договори е резултат на разни фактори:

- Прво, фактот дека во изминатите неколку децении во светот се склучени/потпишани голем број на билатерални договори за заштита на инвестициите (според проценки, повеќе од 2.300) и мултилатерални договори кои содржат одредби за решавање на спорови помеѓу странските инвеститори и земјите-домаќини;
- Второ, во светот скоро секоја година се бележи се поголем износ на странски инвестиции;
- Трето, голем број земји се наоѓаат во политичката транзиција што имплицира извесна нестабилност на државните институции и националното законодавство. Република Северна Македонија е потписничка на повеќе од 30 билатерални договори за заштита и унапредување на инвестициите. Со исклучок на Грција, Република Северна Македонија има склучено билатерални договори за заштита и унапредување на инвестициите и со државите соседи и тоа со Србија на 04.09.1996 година со Бугарија 22.02.1999 година и со Албанија на 04.12.1997 година.

4.4 Меѓународна инвестициона арбитража

Меѓународна арбитража како еден од можните начини за заштита на директните странски инвестиции во Република Македонија, владеењето на правото и еднаквиот

третман на странски инвестиции е неизбежен темел на инвестиционата пирамида која се гради како во нашата така и во останатите транзиционите земји. Затоа, немањето институционална и правна рамка за разрешување на спорови би имало многу повеќе негативен импакт од еден спор со инвеститор, туку тоа може да ја загрози целата пирамида. Затоа е нормално меѓународните институции да реагираат, ако се смета инвестиционите интереси се загрозени. Инвестирањето во транзициони земји кои имаат не само кревок економски, туку и несигурен правен систем, секогаш се сметало за многу ризично за инвеститорот. Па тогаш се поставуваат прашњата:

“Како беше можно во изминатите две декади да се инвестираат повеќе од илјада милијарди евра од западни компании во приватна и државна сопственост во земји од источна и југоисточна Европа, создавајќи притоа милиони нови работни места, обезбедувајќи голем економски раст и подобрувајќи ги животните услови на граѓаните на овие земји?

Како беше можно, банките и меѓународните институции како Светска Банка¹⁸⁰, и други да дадат милиони евра за кредити, иако повеќето од овие земји имаат лош рејтинг?“

Одговорите лежат во следното: еден од предусловите за овие инвестиции е широка мрежа на мултилатерални и билатерални договори, со кои државите се обврзуваат да ги поддржат и заштитат странските инвестиции на одреден начин. Без такви договори, ниедна земја нема да биде во состојба да привлече голема странска инвестиција, ниедна банка нема да даде заем без дадени гаранции од државата. Република Северна Македонија ратификуваше такви билатерални договори за поттикнување и заштита на инвестиции со повеќе од 30 земји и е договорна страна на **Договорот за енергетска повелба (ЕСТ)**¹⁸¹, кој одредува слични обврски. Овие договори даваат многу широка заштита на инвестициите и одредуваат многу детални обврски и одговорности за владите и сите институции што се наоѓаат под контрола на државата.

Во договорите се предвидува:

- Обврзувачка арбитража за двете страни

¹⁸⁰ Светска банка (Eng. World Bank) - Меѓународна организација посветена на обезбедување финансирање, совети и истражување за земјите во развој со цел да им помогне да остварат економски напредок.

¹⁸¹ Договорот за енергетска повелба - правно-обврзувачки мултилатерален инструмент за сите земји потписнички, со цел да се зајакне владеење на правото во енергетските прашања, со градење еднакви правила за сите, намалување на ризиците во областа на инвестициите во енергетиката и трговијата во оваа област;

- Донесените одлуки од арбитражниот суд се обврзувачки и конечни и можат директно да се извршуваат.
- Таквите меѓународни арбитражи обезбедуваат одлуките да се носат според највисоките стандарди на објективност и легалност од страна на независен форум, кој не е под влијание на некоја држава. На овој начин се обезбедува нешто што е од примарен интерес за секој странски инвеститор - а тоа е правната сигурност и заштита на неговата инвестиција. Вообичаено, државата во договорот за странска инвестиција им гарантира на странските инвеститори и нивни инвестиции:
- Фер и еднаков третман, заштита од експропријација
- Слободен трансфер на средства и
- Целосна заштита и безбедност.

Факт е дека согласно постоечките договори секој инвеститор може да поднесе тужба против Република Македонија пред арбитража на Меѓународниот центар за решавање инвестициони спорови и Република Северна Македонија не може да одлучува дали сака да оди на арбитража или не. Значи, меѓународното инвестициони решавање на овие спорови е задолжително.

Во случај на спор помеѓу едната договорна страна - инвеститор ни другата договорна страна, инвеститорот со детални податоци писмено ја известува договорната страна на чија територија е направена инвестицијата, за постоењето на таквиот спор. Кој и да било спор помеѓу договорна страна и инвеститор на другата договорна страна, ќе се решава спогодбено. Во случај кога спорот не може да се реши спогодбено во рок од шест месеци од денот на писменото известување со кој другата Договорна страна е известена за предметот на спорот, засегнатиот инвеститор, по свој избор одлучува спорот да се решава:

- пред компетентниот суд на договорната страна на чија територија инвестицијата е извршена;
- пред арбитражен суд *ad hoc*, согласно Арбитражните правила на Комисијата на Обединетите нации за меѓународно трговско право (УНЦИТРАЛ)¹⁸²;

¹⁸² Комисијата на Обединетите нации за меѓународно трговско право (Eng. United Nations Commission on International Trade Law/UNCTRAL) - Главно тело во Обединетите нации од суштинско значење од областа на меѓународното трговско право, спроведувајќи реформи од стопанското право, со цел модернизација и кармонизација на правилата на меѓународниот бизнис;

- пред Меѓународниот центар за решавање на инвестициони спорови, согласно Конвенцијата за решавање на инвестициони спорови меѓу држави и државјани на други држави.

Конвенцијата се применува во случај двете договорни страни да ја потпишале таа Конвенција. Штом ќе се поведе постапка за решавање на спорот пред надлежен суд на Договорната страна или пред меѓународната арбитража, изборот за една од двете постапки е дефинитивен. Овие одредби претставуваат писмена согласност на нашата држава како држава договорничка во смисла на второто поглавје на Вашингтонската конвенција и заедно со подоцнежниот писмен предлог од страна на инвеститорот спорот да се изнесе пред арбитражниот суд во Меѓународниот центар за решавање инвестициони спорови. Покрај согласноста за постоење надлежност потребно е спорот да потекнува директно од инвестирањето и од инвестициите.

4.5 Меѓународни инвестициони договори во домашното право и практика

Според одредбите од билатералните договори што ги има склучено нашата држава поимот инвестиција е дефиниран доста широко и опфаќа различни права дефинирана следниот начин:

Секоја договорна страна на чија територија е извршено инвестирање од страна на инвеститори од другата договорна страна, ќе им дозволи слободен трансфер на средствата поврзани со тие инвестиции, а особено на:

- a) влогот и дополнителните суми на пари потребни за одржување и проширување на инвестициите;
- b) заработката, добивката, камати, дивиденди и други тековни приходи; износите за враќање на кредити, вклучувајќи и камати, според важечки и документиран договор кој е во непосредна врска со одреденото инвестирање;
- c) надоместоци за авторски права и провизии;
- d) приходите од целосна или делумна продажба или ликвидација на инвестицијата;

е) заработките на државјаните на едната Договорна страна на кои им е дозволена работа во врска со инвестициите направени на територијата на другата Договорна страна.

Македонија е членка на Меѓународниот центар за решавање на инвестициони спорови, согласно Конвенцијата за решавање на инвестициони спорови меѓу држави и државјани на други држави од 1998 година. Во продолжение се разработени примери на неодамнешни пресуди кои произлегле од меѓународна инвестициона арбитража кај нас или во други инвестициони спорови.

4.5.1 СМЕ против Република Чешка

Холандска радиодифузна компанија имала лиценца во чешка компанија. Со помош на Владата, компанијата СМЕ била истисната од сопствената инвестиција. Пресудено е дека Република Чешка ги повредила обврските од билатералниот договор за заштита на инвестициите помеѓу Холандија и Република Чешка и пресуди надомест на штета од 350 милиони американски долари на инвеститорот.

4.5.2 Saluka Investments против Република Чешка

Холандската подружница на јапонска банка купила банка во Република Чешка. И покрај големиот износ на лош долг и неефективните правни лекови да се наплатат заеми, владата одбила да и даде државна помош на банката, иако им доделила државна помош на други банки соочени со слична ситуација. Пресудено е дека Република Чешка лошо го третираше странскиот инвеститор според билатералниот договор за заштита на инвестициите помеѓу Холандија и Република Чешка и пресудил надомест на штета од 236 милиони американски долари за инвеститорот.

4.6 Надлежности

Втората глава од Вашингтонската конвенција, со која се регулира надлежноста на Меѓународниот центар за решавање на инвестициски спорови-ICSID се состои само од три члена-овие членови се (25, 26, 27) Основните услови за компетентноста на Меѓународниот центар за решавање на инвестициски спорови се дефинирани во членот 25.

За да има Меѓународниот центар за решавање на инвестициски спорови надлежност мора да бидат исполнети три услови:

- Првиот се однесува на природата на спорот (надлежност *ratione materie*) односно дека тоа е правен спор кој директно и непосредно произлегува од инвестициите,
- Вториот услов се однесува на странките (надлежност *ratione personae*) односно дека е спор меѓу државјанин на една држава договорничка со друга држава договорничка потписничка на Вашингтонската конвенција,
- Третиот услов се однесува на согласноста на странките односно постоење писмена согласност на странките спорот да го изнесат пред Меѓународниот центар за решавање на инвестициски спорови како арбитражната институција.

4.7. Примена на одредби од билатерален договор на Република Македонија како основ за надлежност на Меѓународниот центар за решавање на инвестициски спорови

Одредби од билатерален договор на Република Македонија како основ за надлежност на Меѓународниот центар за решавање на инвестициски спорови.

Во случај на спор помеѓу едната договорна страна и инвеститор на другата договорна страна, инвеститорот со детални податоци писмено ја известува договорната страна на чија територија е направена инвестицијата, за постоењето на таквиот спор. Кој и да било спор помеѓу договорна страна и инвеститор на другата договорна страна, ќе се решава спогодбено.

Во случај кога спорот не може да се реши спогодбено во рок од шест месеци од денот на писменото известување со кој другата договорна страна е известена за предметот на спорот, засегнатиот инвеститор, по свој избор одлучува спорот да се решава:

- пред компетентниот суд на договорната страна на чија територија инвестицијата е извршена;
- пред арбитражен суд *ad hoc*, согласно Арбитражните правила на Комисијата на Обединетите нации за меѓународно трговско право (УНЦИТРАЛ)¹⁸³;

¹⁸³ Комисијата на Обединетите нации за меѓународно трговско право (Eng. United Nations Commission on International Trade Law/UNCTRAL) - Главно тело во Обединетите нации од суштинско значење од областа

- пред Меѓународниот центар за решавање на инвестициони спорови (ИЦСИД), согласно Конвенцијата за решавање на инвестициони спорови меѓу држави и државјани на други држави, отворена за потпишување од 18.03.1965 година во Вашингтон во случај двете Договорни страни да потпишале таа Конвенција¹⁸⁴.

Штом ќе се поведе постапка за решавање на спорот пред надлежен суд на Договорната страна или пред меѓународната арбитража, изборот за една од двете постапки е дефинитивен.

Овие одредби претставуваат писмена согласност на нашата држава како држава договорничка во смисла на второто поглавје на Вашингтонската конвенција и заедно со подоцнежниот писмен предлог од страна на инвеститорот спорот да се изнесе пред арбитражниот суд односно пред Меѓународниот центар за решавање инвестициони спорови преставува писмена спогодба на странките за надлежноста на Меѓународниот центар за решавање инвестициони спорови арбитражната институција.

Покрај согласноста за постоење надлежност потребно е спорот да потекнува директно од инвестирањето и од инвестициите. Според одредбите од билатералните договори што ги има склучено нашата држава поимот инвестиција е дефиниран доста широко и опфаќа различни права дефинирана следниот начин:

Секоја договорна страна на чија територија е извршено инвестирање од страна на инвеститори од другата договорна страна, ќе им дозволи слободен трансфер на средствата поврзани со тие инвестиции, а особено на:

- влогот и дополнителните суми на пари потребни за одржување и проширување на инвестициите; - заработката, добивката, камати, дивиденди и други тековни приходи;
- износите за враќање на кредити, вклучувајќи и камати, според важечки и документиран договор кој е во непосредна врска со одреденото инвестирање;
- надоместоци за авторски права и провизии;
- приходите од целосна или делумна продажба или ликвидација на инвестицијата;

на меѓународното трговско право, спроведувајќи реформи од стопанското право, со цел модернизација и кармонизација на правилата на меѓународниот бизнис;

¹⁸⁴ Конвенцијата за решавање на инвестициони спорови ;

- заработките на државјаните на едната договорна страна на кои им е дозволена работа во врска со инвестициите направени на територијата на другата договорна страна.

4.8. Регулатива на меѓународната инвестициона арбитража меѓу Република Северна Македонија и трети земји

Покрај економските фактори, веќе напоменавме дека еден од најзначајните фактори кои една земја ја прават привлечна за странските инвеститори претставува правната сигурност, а која пак директно зависи од правниот систем на државата домаќин. Секоја држава домаќин мора да создаде систем за решавање на спорите, во кој подеднакво ќе имаат доверба и таа и странскиот инвеститор. Досега Република Македонија има потпишано вкупно 39 билатерални договори за поттикнување и заемна заштита на инвестиции со други земји. Присуството на многу светски познати компании, кои ја избрале токму Република Северна Македонија за инвестирање е доказ повеќе за обезбедената сигурност на нивните инвестиции, фер третманот и еднаквите права за секој инвеститор, како и одличните услови понудени на странските компании. Како членка во МИГА - Мултилатерална агенција за гаранција на инвестиции од 1994 година, имаме обезбедена заштита на странските инвестиции од политички ризик и регулирани се постриктни заштитни стандарди за странските инвеститори. Овие договори преку дефинираните членови во нив ги дефинираат поимите инвестиции, територијалните одредби, поттикнувањето и заштитата на инвестициите, пристапот до информации за инвеститорот и транспарентноста, третманот на инвестициите, експропријацијата, надоместот, трансферите, решавањето на спорови помеѓу инвеститорот од една страна и другата договорна страна, решавањето на спорите помеѓу договорните страни, примени на договорот, влегување во сила, траење и престанок и сл. Со потпишувањето на овие договори се воспоставува правна рамка која на инвеститорите им ја гарантира сопственоста и правата кои произлегуваат од сопственоста. Постоенето на ваков договор е еден од најважните предуслови за стимулирање на деловните иницијативи и привлекување на инвеститори меѓу двете држави, со што би се придонело зголемување на бројот на деловни односи и инвестиции помеѓу субјектите од дадени две земји.

Важното за овој труд е делот со решавањето на споровите кои би произлегле од даден договор помеѓу двете страни. Во зависност од договорот најчесто да двете договорни страни им се дава 3 или 6 месеци за решавање на даден спор. Доколку во тој период не се дојде до заедничко прифатливо решение тогаш спорот се поднесува во арбитражниот суд по барање на двете договорни страни. Таквите арбитражи обезбедуваат одлуките да се носат според највисоките стандарди на објективност и легалност од страна на независен форум, кој не е под влијание на некоја држава. Типично, државата им гарантира на странските инвеститори и инвестиции фер и еднаков третман, заштита од експропријација, слободен трансфер на средства и целосна заштита и безбедност. Факт е дека со постоечките договори секој инвеститор може да поднесе тужба против Република Северна Македонија пред арбитража на Меѓународниот центар за решавање инвестициони спорови. Понатаму, Република Северна Македонија не може да одлучува дали сака да оди на арбитража или не. Во случај на спор помеѓу едната договорна страна друга договорна страна, инвеститорот со детални податоци писмено ја известува договорната страна на чија територија е направена инвестицијата, за постоењето на таквиот спор. Кој и да било спор помеѓу договорна страна и инвеститор на другата договорна страна, ќе се решава спогодбено. Во случај кога спорот не може да се реши спогодбено во рок од шест месеци од денот на писменото известување со кој другата договорна страна е известена за предметот на спорот, засегнатиот инвеститор, по свој избор одлучува спорот да се решава:

- пред компетентниот суд на договорната страна на чија територија инвестицијата е извршена;
- пред арбитражен суд *ad hoc*, согласно Арбитражните правила на Комисијата на Обединетите нации за меѓународно трговско право (УНЦИТРАЛ);
- пред Меѓународниот центар за решавање на инвестициони спорови (ИЦСИД), согласно Конвенцијата за решавање на инвестициони спорови меѓу држави и државјани на други држави, отворена за потпишување од 18.03.1965 година во Вашингтон во случај двете договорни страни да ја потпишале таа Конвенција.

Во дефинирање на односот меѓу странските инвеститори и земјата-домаќин и заштита на инвестициите од правни ризици значајна улога имаат два различни типа на договори.

(1) Од една страна тоа се договорите склучени од страна на државата-домаќин и инвеститорот (investor State contract)¹⁸⁵.

(2) Од другата страна тоа се билатералните меѓународни договори за заштита и промоција на инвестиции (Bilateral Investment Treaty - BIT)¹⁸⁶ склучени помеѓу земјата-домаќин држава чиј што државјанин е инвеститорот.

Како правни инструменти двата вида на договори може да бидат со назив договори-спогодби за инвестирање („investment agreement“) но природата не им е иста.

Првиот е асиметричен или дијагонален бидејќи едната договорна страна е суверен, а другата е приватно лице, а другиот вид на договор е симетричен бидејќи од двете страни како договорни странки се јавуваат суверени држави. По правило двата вида на договори, содржат **арбитражна клаузула** врз основа на која странски инвеститор може да поведе арбитражна постапка против државата-домаќин. Сепак, обврските на државата-домаќин кои произлегуваат од овие два договори по својата природа не се исти - врз основа на договорот со странскиот инвеститор, државата домаќин има договорна обврска регулирана со одредбите на договорот и меродавното граѓанско право.

Врз основа на билатерални договори има меѓународна обврска која е регулирана со меѓународен договор (односно, билатерални договори) и меѓународното право. Обврската на државата врз основа на вториот инструмент обично се состои во:

- обезбедување правичен и фер третман на инвеститорите на другата држава договорничка;
- во обезбедување на национален третман, третман на најповластена/најпривилигирана нација,
- воздржување од незаконита експропријација;
- давање надомест во случај на законска експропријација;
- надомест на штета предизвикана поради воени дејствија или немири;
- обезбедување трансфер на приходот од вложувањата како и на средствата добиени со ликвидација на вложувањата.

Во првиот вид договори државата истапува како приватно лице *iure gestionis*, а во другиот вид договори истапува како суверен *iure imperii*. Во исто време треба да имаме

¹⁸⁵ (Eng. investor State contract) односно договорите склучени од страна на државата-домаќин и инвеститорот

¹⁸⁶ (Bilateral Investment Treaty – BIT) односно билатералните меѓународни договори за заштита и промоција на инвестиции

во предвид дека прекршување на обврските од првиот вид инвестиционен договор уште познат како дијагонален од страна на државата не е автоматски кршење на меѓународните договори или меѓународното право.

4.9.Решавање на спорите пред арбитражен суд или медијација

Арбитражниот суд се формира од случај до случај, при што секоја договорна страна ќе именува по еден член, а двајцата членови ќе се договараат за државјанин на трета држава со која двете страни ќе одржуваат дипломатски односи. Одлуките на арбитражниот суд се обврзувачки и секоја страна ги поднесува трошоците на својот избран член како и на своето застапување во постапката пред арбитражниот суд, трошоците на Претседателот како и останатите трошоци во процесот. Сите овие трошоци кои се предвидени и со договор се обврзувачки доколку дојде до спор помеѓу двете страни кој би се решил со арбитража, би можеле да се избегнат и се значително намалени доколку спорот се реши со постапка на медијација.

Медијацијата само по себе е поедноставна од арбитражата, подискретна постапка која и двете страни би ги чинела значително помалку трошоци и значајно време со која би се решил даден спор.

4.10 Примери од практиката на досегашни инвестициони спорови од домашната практика

Република Северна Македонија до сега како една договорна страна како држава учествувала во пет случаи кои се објавени на веб страната на Меѓународниот центар за решавање инвестициони спорови. Три од петте спорови се завршени со арбитража, еден од нив е сè уште во процедура додека еден е завршен со спогодба.

Случајот со Свислион ќе го посочиме како пример за спогодба во кој двете страни се изложени на неверојатно високи трошоци од околу 3.000.000 УСД кој во друг случај на решавање на истиот спор со постапка на медијација би ги чинел двете страни околу 200.000 УСД.

Во пресудата која е објавена на веб страната на Меѓународниот центар за решавање инвестициони спорови стои дека:

*- **Трибуналот одлучува на следниов начин:** Пријавениот го прекришил членот 4 (2) од Договорот со тоа што не се согласил на фер и правичен третман на инвестицијата на Побарувачот. Во рок од 45 (четириесет и пет) дена од испраќањето до страните на оваа награда, Повиканиот ќе му плати на Побарувачот надоместок во износ од 350.000 € (триста и педесет илјади евра), зголемена за полугодишно засилена камата на износот на стапка на LIBOR применлива од 30 март 2007 година до датумот на плаќање во целост на ова Награда. Пријавениот ќе плати сума од 350.000 € (триста и педесет илјади евра) на тужителот како дел од неговите правни трошоци и трошоци. Надвор од исплатата на штетата и делумната исплата на законското барање на трошоците на барателот, ниту една од страните нема да прибегне кон другата. Страните подеднакво ги делат трошоците и трошоците на Трибуналот и ICSID. Сите други побарувања од која било од страните се одбиваат.¹⁸⁷*

Поднесоците на Република Северна Македонија за вкупните трошоци во овој спор на 24 април 2012 година изнесуваат 3.675.211.23 американски долари.

И Конвенцијата и Арбитражните правила даваат широка дискреција на Трибуналот во доделување на трошоци. Трибуналот внимателно ги разгледа поднесоците за трошоците на страните и заклучи дека Повиканата страна треба да сноси дел од трошоците на тужителот за правно застапување. Во околностите на овој случај, Трибуналот смета дека е соодветно тужениот да плати 350.000 € од трошоците на тужителот за правно застапување. Секоја страна инаку ги сноси своите трошоци поврзани со постапката, како и надоместоците и трошоците на арбитрите и трошоците за користење на објектите и услугите на Центарот. Така е наредено.

Медијацијата во меѓународните инвестициони спорови е многу поповолно правно решение кои доведува до заштеда на значајни финансиски средства. Оттука, нашата држава треба да се погрижи да ги користи расположливите правни инструменти кои се содржани во меѓународните инвестициони договори. Затоа се надеваме дека медијацијата како многу поекономичен, побрз и поефикасен правен инструмент има солидни перспективи во меѓународната инвестициона арбитража!

¹⁸⁷ http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C740/DC2612_En.pdf

4.11 Посредување меѓу инвеститори и држави

Прашањето за појава, третман и решавање на спорови меѓу инвеститорите и државата не може да се смета за едноставен од повеќе причини. Прво, ваквите спорови најчесто не се регулирани со националното законодавство. Наместо тоа, тие се регулирани со меѓународно јавно право, односно најчесто договорите склучени помеѓу две или повеќе држави (билатерални или мултилатерални меѓународни договори).¹⁸⁸ Второ, споровите меѓу инвеститорите и земјата домаќин најчести третираат теми од општ интерес, како што се даночни или регулаторни прашања, политики или заштита на животната средина, во кои земјата домаќин е принудена да дејствувајќи во насока на нивна заштита. Од друга страна, станува збор за интереси, чие кршење инвеститорите го препознаваат како повреда на правата кои им се загарантирани и кои се одредени и наведени со договорот.¹⁸⁹ Трето, поради јавни интереси на кои им се закануваат спорови меѓу инвеститорите и државата, исто така имаат политичка димензија и тие се предмет на проценка на разни социјални и политички групи.

Ова дополнително влијае врз развојот на стратегијата од политичка природа што ја користат двете страни - и домаќинот, најчесто владите, и инвеститорите. Четврто, исходот и начинот на решавање на овие спорови промовира долгорочни инвестиции, како врска од која имаат корист сите страни во спорот. Петто, трошоците генерирани во овој вид спорови се огромни, во некои случаи достигнувајќи стотици милиони или милијарди евра. Во повеќето спорови што произлегува од договорот меѓу инвеститорот и државата, земјата домаќин е изложена на ризикот од плаќање огромни суми кои, во однос на буџетот на земјата и достапните финансиски средства, понекогаш можат да се покажат дури и тешки за иднината на засегнатата земја.

4.12 Што е тоа посредување меѓу инвеститорот и државата?

Медијацијата нуди пристап за решавање на спорови. Улогата на медијаторот е да ги олесни преговорите на страните, на пример, помагајќи им на секоја страна да ги

¹⁸⁸ Salacuse, J., Reed P.D., Is There a Better Way? Alternative Methods of Treaty-Based, Investor-State Dispute Resolution, 31 Fordham Int'l L.J. 138., 2007.

¹⁸⁹ Harten, G., Private Authority and Transnational Governance: The Contours of the International System of Investor Protection, 12 Rev. Int'l Pol. Econ. 600, 610 - 11, 2005.

идентификува своите интереси, да ги надмине бариерите за решавање и да развие можни опции за решавање со страните. Медијацијата е целосно доброволна и типично се заснова на пишан договор за медијација меѓу страните што спорат.

Концептот за изнаоѓање спогодбени решенија преку преговори не е нов: тој се наоѓа во многу мултилатерални договори за инвестиции, честопати нарекувани „период на спогодбено порамнување“ или „период на разладување“. На пример, членот 10.15 од Договорот за слободна трговија на Централна Америка вели дека „барателот и тужениот првично треба да се обидат да го решат спорот за [инвестиции] преку консултации и преговори, што може да вклучува употреба на необврзувачки постапки од трети страни, како што е како помирување и посредување“. Член 26 од Договорот за инвестиции за заедничката инвестициска област COMESA бара шестмесечен период на ладење, за време на кој страните „ќе побараат помош од медијатор на страните што не се спорат“. Посредувањето обично започнува со заедничка седница за отворање, проследена со писмени изјави и состаноци меѓу страните и медијаторот (а) и / или одделни состаноци помеѓу медијаторот и секоја од страните. Правилата за медијација на држави од инвеститори на ИБА обезбедуваат законска рамка специјално дизајнирана медијација во контекст на инвеститор-држава, нудејќи корисна почетна точка за страните заинтересирани да извршат медијација за инвестиции.

4.13 Отворени прашања во спорови меѓу инвеститори и земји

Кога инвеститор поднесува тужба во врска со инвестиции направени во странска земја (домаќин), се поставуваат многу прашања. Во врска со она што се дискутира сложеното прашање на инвестиции, односно третманот што го имаат овие инвестиции, два клучни теоретски пристапи во меѓународното право се искристализирани: пристапот Доктрини Калво и Хул.¹⁹⁰ Доктрината Калво - пристап именуван по Карлос Калво, Аргентински адвокат, се смета за израз на правен национализам.¹⁹¹ Оваа доктрината наведува дека

¹⁹⁰ Braun, T., *Investor-State Mediation: Is there a Future?*, Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation The Fordham Papers, Leiden, Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 2007, str. 374-388.

¹⁹¹ Доктрината Калво првично беше содржана во неговото дело *Derecho Internacional Practico teorico i de Europa i Америка* (Париз, 1868). Целта на ова учење е да се заштити помалку развиениот од економски силниот држава, и да го најде своето место денес во многу национални уставни држави од Јужна Америка, и не само таму, веќе во бројни договори и конвенции. Доктрината е основа на решавање на спорови од отстапки. Воспоставува јурисдикција на националните судови за решавање на спорови за инвестиции и го оневозможува повикувањето на дипломатска заштита.

треба да се обезбедат странците, односно странски инвеститори да имаат третман еднаков на третманот на домашните граѓани.¹⁹² Доктрината Калво лежи на премиса дека припаѓа на јурисдикцијата за решавање на меѓународни инвестициски спорови во судовите на земјата домаќин, т.е. земјата во која се инвестира.¹⁹³ Затоа го фаворизира ставот дека е потребно да се забрани дипломатска заштита се додека не ја добијат сите извори. Според оваа доктрина, се очекува инвеститорите да се обратат кај судовите на земјата примател. Од друга страна, доктрината Хал тврди дека треба да има меѓународен минимален стандард за странски инвеститори, за да обезбеди поголема заштита во однос на третманот што го уживаат државјаните на земјата примател. Оваа доктрина главно ја објаснува постапката во случај на експропријација, која е само едно во низата прашања регулирани со билатерални инвестиции договори.¹⁹⁴

Современите држави денес се согласуваат и ги фаворизираат алтернативните техники за решавање спорови, воведувајќи повеќе клаузули (ар-арб. клаузули) за решавање на спорови во билатерални договори за инвестиции (БИТ). Токму со овој вид на договор БИТ предвидува договор со двостепени или повеќеслојни клаузули соодветна заштита на инвеститорите во однос на земјата домаќин.¹⁹⁵ Во средина на една таков спор за инвестиции, состојбата на седиштето на инвеститорот се соочува со ова прашање околу нејзината улога во спорот меѓу нејзиниот инвеститор и земјата домаќин. Според практиката и статистичките податоци, очигледно е дека специфичноста на споровите со што резултирала една од страните во спорот со суверенитет воспоставување на специјална институционална арбитража - Центар за решавање на меѓународни инвестициски спорови меѓу државите и државјаните на другите земји-членки во Вашингтон (ICSID центар), во согласност со Конвенцијата од Вашингтон од 1965 година. Се разбира, улогата на Центарот, така определена, не ограничува на кој било начин можноста за решавање на спорови за инвестиции на суд или на друг начин

¹⁹² Calvo, C., *Le Droit International* 231: "Aliens who established themselves in a country are certainly entitled to the same rights of protection as nationals, but they cannot claim any greater measure of protection, 1985, 5th ed.

¹⁹³ Клаузулата Калво често е вклучена во договорите за инвестиции на американски компании, на пр. Северно-Американска компанија за ископување на Тексас, УСА . Обединети мексикански држави, 4 Р.И.А.А. 26, 1926 година.

¹⁹⁴ Smith, K., *The Law Of Compensation For Expropriated Companies And The Valuation Methods Used To Achieve That Compensation*, str. 143, Pismo 22. Avgust 1938, objavljeno u: *Mexico-United States: Expropriation by Mexico of Agrarian Properties Owned by American Citizens*, 33 Am. J. Int'l. L. 191; E. Lauterpacht, *International Law and Private Foreign Investment*, 4 Ind. J. Global Leg. Studies 259, 276, 1997: „This minimum standard requires the payment of “prompt, adequate and effective” compensation in cases of expropriation“, na: <http://www.wfu.edu/~palmitar/Law&Valuation/Papers/2001/Smith.htm>, 22.06.2013.

¹⁹⁵ Braun, T., *op.cit.*, str. 374-388.

постапка. Поточно, под претпоставка дека се и земјата домаќин и земјата инвеститор земји членки на Конвенцијата од Вашингтон, Центарот нема да биде *ipso iure* компетентен за решавање на спорот. Имено, потребна е изречна писмена согласност од обајцата договорни страни, што најчесто се обезбедува преку билатерални инвестиции спорови.¹⁹⁶

¹⁹⁶ The ICSID CASELOAD Statistics (2012 – 1), str.10, na:
<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&CaseLoadStatistics=True&language=English31>, 26.06.2013.

4.13.1 Услуги за медијација

ICSID ги поддржува напорите на страните да ги решат спорите за инвестиции преку медијација во сите фази на спорот. Ги обезбедува своите капацитети и административни услуги, вклучително и тим посветен на персоналот кој им помага на страните и на медијаторот (ите) во текот на целиот процес. Административната помош на ICSID може да вклучува идентификување квалификувани медијатори, олеснување на комуникацијата меѓу страните и медијаторот, ракување со сите аспекти поврзани со организацијата на заеднички или одделни сесии за медијација и управување со финансиите на процесот. ICSID е во единствена позиција да понуди најсовремени конференциски простории во канцелариите на Групацијата на Светска банка низ целиот свет. Страните во постапките за медијација можат слободно да ги изберат посакуваните услуги.

4.13.2 Предложени правила за медијација на ICSID

Во 2018 година, ICSID започна со работа на нов пакет правила за медијација. Како дел од поширокиот напор за ажурирање и понатамошно модернизирање на процедуралните правила на Центарот за решавање на спорот со инвестициите, ова ќе бидат првите правила за институционална медијација дизајнирани специјално за спорови за инвестиции. Правилата за медијација ги надополнуваат постојните правила на ICSID за арбитража, помирување и утврдување на факти и можат да се користат или независно од, или заедно со, арбитражна постапка или постапка за помирување. Откако ќе бидат одобрени од земјите-членки на ICSID, нивната достапност ќе им помогне на земјите-членки да ги спроведат одредбите за меѓународниот договор за инвестиции кои нудат медијација за инвестиции.

4.13.3 Клаузули за решавање спорови во инвестициски договори

Инвестициските договори утврдуваат алтернативни механизми за решавање спорови на прво место, преговори, односно решавање на спорот на пријателски начин. Клаузули кои ги одредуваат овие инструменти, односно кои предвидуваат т.н. период на ладење

(Клаузула за период на ладење), првично промовиран пријателски начини на решавање на спорови со утврдување на состојбата на изминување на времето во кое страните, пред да прибегнат кон арбитража, тие мора да се обидат да го решат спорот со преговори. Стандардна клаузула за решавање на спорови во врска со меѓународните инвестиции е изрично предвидени во сите поголеми правни системи, и како пример го наведуваме решението Модел договор за инвестициски спорови на Сојузна Република Германија, 2008 година:¹⁹⁷

- Секој спор што може да се појави помеѓу инвеститори на една договорна страна и другата договорна страна, во врска со инвестиција на територијата на таа друга договорна страна, доколку е можно, ќе се решат на пријателски начин.
- Доколку спорот од ставот 1 на овој член не може да се реши во рок од три месеци од датумот на кој било која од страните во спорот испратила писмено барање да се реши спорот спогодбено, инвеститорот ќе има право на, по негов избор, да поднесе барање за решавање на спорот:

а) Меѓународниот центар за решавање на инвестициски спорови, да се реши преку арбитража или помирување според Конвенцијата за решавање на инвестициски спорови меѓу држави и државјани на други држави, отворени за потпис во Вашингтон 18 март 1965 година;

б) Меѓународен центар за решавање на инвестициски спорови според правилата за регулирање на дополнителни капацитети за управување со помирување, арбитража и истражни постапки (Правила за дополнителни објекти), доколку една од страните договорна страна не е земја-членка на Конвенцијата, како што е наведено во став а) на овој напис;

в) Арбитража или меѓународен ад хок арбитражен суд, според случајот Арбитражни правила на Комисијата за меѓународна трговија на Обединетите нации (УНЦИТРАЛ);

г) Арбитражен трибунал на Меѓународната трговска комора (МКС).

- Секоја договорна страна со ова дава своја безусловна согласност за поднесување спор за меѓународно помирување или арбитража во согласност со одредби од овој член.

¹⁹⁷ Во 1957 година, Сојузна Република Германија го потпиша првиот билатерален договор за инвестиции во светот. Таа го потпиша истото со Пакистан, ноември 1957 година, БГБИ. 1961 година II, стр.793.

- Согласноста дадена од договорните страни во став 3 на овој член, заедно со писмено поднесување на спорот за решавање од страна на инвеститорот или инвеститорите со давање претходна согласност за таквиот поднесок ќе биде во писмена форма со согласност и писмена согласност на страната во спорот да го достави спорот до резолуција во смисла на Поглавје II од Конвенцијата ICSID, Правила за дополнителни ставки за ICSID, член I од правилата за арбитража на УНЦИТРАЛ, правила за арбитража на MKC и член II од Конвенцијата на Обединетите нации за признавање на извршување на странски арбитражни одлуки („Њујоркшка конвенција“).
- Арбитражната одлука е конечна и обврзувачка за страните во спорот и ќе биде направено во согласност со законите на договорната страна на чија територија се реализира инвестицијата.
- Правно лице кое е државјанин на договорна страна и кое, пред појавата на таков спор ќе биде контролирана од државјани на другата договорна страна, ќе бидат третирани, во согласност со член 25 (2) (б) од Конвенцијата, во рамките на значењето на Конвенцијата, како државјанин на другата договорна страна.¹⁹⁸

Моделот на договор за спор за инвестиции во САД во 2004 година, на идентичен начин бара страните да прибегнат кон преговори за време на задолжителните т.н. периоди на ладење.¹⁹⁹ Само по истекот на периодот на разладување, страните прибегнуваат кон арбитража или други техники на ADR.

4.13.4 Решавање на спорови за инвестиции преку медијација

Како што видовме прибегнување кон медијација како механизам за решавање на добиените споровите меѓу инвеститорите и државата сè уште не се присутни во голема мера. Имено, како што веќе истакнавме, околу 369 случаи се решени пред Центарот ICSID до денес, а само 7 од нив преку медијација, односно со учество на медијатори.²⁰⁰

¹⁹⁸ Овој тип на стандардна клаузула е карактеристичен и за повеќето билатерални договори за инвестиции во кои е една од договорните страни во некои од земјите во нашиот регион, а според официјалните податоци на ICSID, бројот е следен: Албанија (31 БИТ), Босна и Херцеговина (28 БИТ), Хрватска (56 БИТ), Македонија (21 БИТ), Црна Гора (2 БИТ), Србија (29 БИТ).

¹⁹⁹ Членот 23 предвидува „во случај на спор, тужителот и тужениот првично треба да бараат решавање на спорот преку консултации и преговори, што може да вклучува ангажирање на неутрална трета страна“.

²⁰⁰ Официјален веб-сајт на ICSID: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&CaseLoadStatistics=True&language=English31>

Критичарите примената на медијацијата во оваа област ја потенцираат со неколку причини што ја применуваат медијација во инвестициските спорови кои според нив се ставени во втор план, односно трендот сеуште се забележува кога има спор меѓу инвеститорот и државата, и двете страни обично прибегнуваат кон ад хок преговори, а потоа и до арбитража.²⁰¹ Иако, националното законодавство денес исто така содржи правен текст за медијација, како механизам за решавање на спорови од областа на семејното, граѓанското и трговското право, кога станува звор за инвестиции ја оспоруваат динамиката на напредокот во спроведувањето и тој не е толку видлив.

Клучната причина за отпор при примената на медијацијата е токму недостатокот на механизам за признавање и извршување на спогодбата склучена со медијација, што е регулирано со еден од најшироко прифатените меѓународни текстови на приватното право - Конвенција на ООН за признавање и извршување на странски арбитражни решенија, кога станува збор за арбитражни решенија. Во тој контекст се споменуваат и државните бирократии и процедури кои предизвикуваат поголеми трошоци и ненавременост на резултатите од медијација. Имено, пред државата да се согласи и да го потпише договорот за порамнување, потребно е државата да добие претходна согласност од сите надлежни органи и институции. На пример, некои владини агенции вклучени во процесот на медијација може да бара административни акти и / или овластувања од други владини агенции, со цел да се реализира самиот чин на медијација. Конечно, јавното мислење може да ја оспори определбата на државата да реши одредено контроверзно прашање со инвеститор во постапка за јавна медијација. Имено, губење на јавната контрола во проценка на непристрасност, фер и еднаков третман на странски и домашни инвеститори од странските држави можат да претставуваат значителна пречка и да ја исклучат државата во прибегнување кон медијација.²⁰²

Сепак, во контекст на воспоставување на медијација, анализите се исто така значајни и вредни и напорите на организациите кои првично обезбедуваат услуги за решавање спорови со арбитража. Најважна меѓу нив е Меѓународната Адвокатска Асоцијација (ИБА), формирана во 2007 година, со задача да: утврди употреба на медијација во врска со спорови помеѓу земјата домаќин и земјата, ставовите ќе резултираат во поширока и почеста употреба на медијација - поголеми придобивки за државата и за инвеститорите, да се идентификуваат и проценуваат пречки за пошироко спроведување на медијацијата

²⁰¹ Coe, J., Toward a Complementary Use of Conciliation in Investor-State Disputes—A Preliminary Sketch, 12 U.C. Davis J. Int'l. Law & Pol'y 7, 2005.

²⁰² Stevens, M., оп/цит., стр. 404

и да се предлагаат конкретни мерки што би довеле до почести прибегнување кон медијација во решавање на споровите меѓу инвеститорите и државата. Во контекст на споменатите напори за планот за поинтензивна употреба на медијација за решавање на спорови меѓу државата и инвеститорите, невозможно е да не се спомене важноста и улогата на конференцијата на Фордхам за меѓународна арбитража и медијација (Фордхам конференција за меѓународна арбитража и медијација) и Центарот за ефикасно решавање на спорови (CEDR). Во 2009 година, Центарот ја дефинираше правната рамка која фаворизира постигнување на договор преку преговори и медијација.²⁰³

Понатаму, анализата на упатствата дадени од УНКТАД и УНЦИТРАЛ, во врска со потребата од поттикнување на медијација во контекст на решавање на споровите меѓу инвеститорот и земјата домаќин. Поточно, Комисијата и Секретаријатот на УНКТАД работеа интензивно на зајакнување на примената на ефективни алтернативни техники за решавање на спорови, со акцент на медијацијата, бидејќи таа придонесува за одржување добри и долготрајни деловни односи меѓу страните, пократко време за решавање на спорови, подобрување на деловната активност, како и подобрување на регулаторната регулативна политика.²⁰⁴

4.14 Градење на капацитети

Како дел од своите напори за зголемување на знаењето за медијацијата меѓу државите инвеститори, ICSID ко-организираше серија настани за медијација на инвестиции, вклучително и веб-обуки и конференции.

Секоја година ICSID организира и тридневен курс за искусни медијатори и владини претставници. Курсот им дава на практичарите за решавање спорови меѓу инвеститорите и искусните медијатори знаење за контекстот, рамката и практиката на споровите меѓу државите инвеститори и им нуди на учесниците вештини за ефикасно посредување во спорови за инвестиции. До денес, курсот се одржуваше во Париз, Вашингтон и Хонг Конг.

²⁰³ Ibidem., str. 389-417, 397.

²⁰⁴ Report of the United Nations Commission on the International Trade Law, June para. 211-212.
http://www.uncitral.org/pdf/english/commission/sessions/unc/unc-44/A-66-17-AS_SUBMITTED.pdf, 17.11.2012.

Членовите на Секретаријатот на ICSID неодамна исто така спроведоа низа снимени интервјуа со експерти за да ги побараат своите перспективи за медијацијата меѓу државите инвеститори. Овие нудат практични совети и искуство на оваа тема.

4.15 Меѓународна даночна арбитража: предизвици и перспективи

Во последните неколку години се бележи значителен раст на мобилноста на даночните обврзници, бројот на прекугранични трансакции и интернационализацијата на финансиските инструменти. Во денешниот свет, со сè помалку граници, државите сè повеќе работат заедно за да се спречи злоупотребата на глобалниот финансиски систем во областа на оданочувањето. Понатаму, процесот на глобализација претставува значаен предизвик за даночните администрации во целиот свет и ја отежнува постапката на точна проценка на висината на даночниот долг од страна на државите. Затоа, зајакнувањето на заемната правна помош како механизам за административна соработка помеѓу државите, останува едно од отворените прашања во областа на меѓународното даночно право.

4.16 Концепт на взаемна правна помош во даночни прашања

Концептот на меѓусебна правна помош по однос на даночни прашања меѓу државите се развил заедно со меѓународното даночно право, преку конвенциите за двојно оданочување на доходот и капиталот, кои се резултат на големиот напор и интензивната активност на меѓународните организации (главно на ОЕЦД) за поттикнување на соработка меѓу националните даночни власти преку различни договори²⁰⁵.

Моделот на заемна правна помош во даночни прашања меѓу двете држави-договорнички, особено кога се работи за помош во наплата на даноците, се соочува со некои големи пречки кои вклучуваат суштински и процедурални даночни проблеми поради фактот дека заемната помош во даночни прашања е форма на екстериторијален фискален упад. Даночните обврзници можат да преземаат прекугранични активности,

²⁰⁵ Нешовска Ќосева, Елена, *Институтот „даночна арбитража“ како инструмент за подобрување на ефикасноста на заемната помош во даночните работи*, Годишник во чест на проф.Мицајков, Том 58, Правен факултет Јустинијан Први, Скопје, 2018, стр.435-451.

но даночните власти не можат да одат надвор од државните граници со цел утврдување и наплата на даноци. Долг временски период заемната помош во даночни работи се засновала исклучиво врз традиционалниот концепт на билатералната соработка, но како резултат на ефикасното справување со мултинационалните претпријатија и поединци кои дејствуваат на глобално ниво, постојано, сè повеќе и повеќе, покрај билатералната форма на заемна помош, се појавија и мултилатерални облици на соработка.²⁰⁶

Најважниот мултилатерален инструмент во областа на заемната помош во даночни работи е **Конвенцијата за заемна помош во даночните прашања** од 1988 година која била развиена заеднички од страна на ОЕЦД и Советот на Европа и нејзиниот Протокол, кој стапил на сила на 1 јуни 2011 година Конвенцијата предвидува широк спектар на мерки и инструменти за административна помош помеѓу било кои две држави-потписнички на Конвенцијата. Покрај ова, со оглед на улогата и значењето на ОЕЦД Модел-конвенцијата за доход и капитал врз развојот на меѓународното даночно право, во 2003 година. Модел-конвенцијата е дополнета со чл. 27, кој го регулира прашањето за помош во наплатата на даноците со што се прекинала долгата традиција на непружање помош на другите држави при утврдување и наплата на даноците. За борба против даночното затајување и даночната измама, Европската унија пак, ги има донесено Директивите за административна соработка помеѓу даночните администрации на државите-членки, како што е старата Директива 77/799/ЕЕС и нејзините подоцнежни измени, Директивата 2008/55/ЕС и Директивата 2011/16/UE, усвоени на 15 февруари 2011 година.

Постапката за заемно договарање, како основа на заемната помош во даночни работи, претставува класичен инструмент за решавање на спорите во врска со примена на билатералните договори за избегнување на двојно оданочување на доход и капитал. Оваа постапка се поведува на барање на даночниот обврзник, најчесто компанија која тврди дека е повисоко оданочена бидејќи едната држава-договорничка не го применила соодветно билатералниот договор, или затоа што примената на билатералниот договор во двете договорни страни не е усогласена. Најчесто, ваквите спорови се однесуваат на принципот на трансферни цени, вреднувањето на нематеријалните средства или услуги или на прашањето за постоење на резидентство или постојана деловна единица²⁰⁷. Често

²⁰⁶ Нешовска Ќосева, Елена, *Даночен третман на прекуграничните активности низ призмата на билатералните договори за избегнување на двојно оданочување на доходот и капиталот*, Монографија, Издавач: Стоби трејд доел Скопје, 405 стр., ISBN 978-608-4767-11-4, 2016, стр. 227-228.

²⁰⁷ Gildemeister, Arno, *Arbitration of Tax Treaty Disputes*, Transnational Dispute Management, 2007, 1-2.

пати, и покрај иницијативата на даночните обврзници, постапката за заемно договарање се поведува на барање на даночните органи на државите-договорнички.

Даночниот обврзник или даночниот орган, своето барање, во форма на приговор, во рок од три години од првото известување за дејството кое резултира со оданочување кое не е во согласност со билатералниот договор, го поднесува до надлежниот орган во резидентната држава. Обично, тој надлежен орган е министерството за финансии или посебна канцеларија, како што е случајот во Германија. Доколку надлежниот орган смета дека приговорот е оправдан и доколку тој самиот не може да најде задоволително решение, надлежниот орган може да го изнесе предметот до надлежниот орган на другата држава-договорничка и тие заедно ќе настојуваат да се најде решение, што значи дека не постои обврска за решавање на спорот, односно може и понатаму да постои двојно оданочување²⁰⁸.

Страни во постапката за заемно договарање се надлежните органи на државите-договорнички, а не даночниот обврзник кој ја иницирал оваа постапка. Надлежните органи се слободни во изборот на начин за да се постигне заеднички договор и дали тие ќе ги земат предвид интересите на одредени даночни обврзници. Како резултат на ова, постапката за заемно договарање може да биде прекината без воопшто да биде постигнат било каков заеднички договор. Даночниот обврзник нема ниту гаранција дека ќе се донесе решение во согласност со суштинските одредби на договорот, ниту пак, има право значајно да влијае на постапката²⁰⁹.

Ако, на крајот на постапката за заемно договарање, надлежните органи на државите-договорнички постигнат меѓусебен договор, тој ќе му биде презентираан на даночниот обврзник кој потоа може истиот да го прифати или да го одбие. Ако даночниот обврзник го прифаќа постигнатиот договор, истиот станува правно обврзувачки, што значи дека даночниот обврзник дефинитивно се откажува од сите правни лекови кои му стојат на располагање во домашното право. Спротивно на ова, ако не биде постигнат меѓусебен договор или ако е одбиено постигнување на меѓусебен договор, даночниот обврзник сè уште може да ги користи сите домашни правни лекови кои дотогаш биле само суспендирани²¹⁰.

²⁰⁸ Herdin-Winter, Judith, *Mutual Agreement Procedure*, Institute for Austrian and International Tax Law, Wien, 2012, 8.

²⁰⁹ Romano, Carlo, *Advanced Tax Rulings and Principles of Law: towards a European Tax Rulings System?*, Doctoral series, IBFD, Amsterdam, 2002, 78-82.

²¹⁰ Luchtman, Michiel, *European Cooperation between Financial Supervisory Authorities, Tax Authorities and Judicial Authorities*, *Ius commune Europaeum*, No.76, Intersentia, 2008, 32-37.

4.17 Концепт на меѓународна даночна арбитража

ОЕЦД во неколку наврати предлагал измени и дополнувања на својот Модел-даночна конвенција и нејзиниот Коментар со кои ќе се воспостави систем на задолжителна арбитража на даночните спорови помеѓу двете држави-договорнички во случаи кога даночните службеници од тие држави нема да бидат во можност да ги решат спорите во рок од две години. Се работи за добронамерен предлог и се однесува на мал, но значаен проблем на „ретки случаи“ на потенцијално двојно оданочување, кои не се решени преку постојните механизми предвидени во билатералниот договор за избегнување на двојно оданочување. Сепак, се чини дека целта на ОЕЦД била да се задоволи меѓународната бизнис заедница наспроти целта да се унапреди јавниот интерес за транспарентен и непристрасен систем²¹¹. Иако ОЕЦД агресивно бара коментари и размислувања од меѓународната бизнис заедница за својот предлог и истиот го има редизајнирано во согласност со овие коментари, таа многу помалку се залага за добивање на мислења и анализи од академици и други луѓе кои, поверојатно, го застапуваат јавниот интерес. Покрај ова, многу држави во развој, кои не се членки на ОЕЦД, имаат мала или немаат никаква улога во развојот на овој предлог за даночна арбитража.

ОЕЦД предлогот ги вклучува следниве три алтернативи кои долго време биле на листите на желби на мултинационалните компании²¹²:

- (1) Форум кој ќе биде надвор од контрола на даночните власти каде што тие ќе можат да ги водат даночните спорови во тајност;
- (2) Клуб кој ќе можат да го користат за да ги принудат даночните власти за решавање на меѓународните даночни спорови во рамки на многу кратки временски рокови (обично шест месеци) и
- (3) Директно вклучување на нивните правни службеници во постапката на надлежните даночни органи.

²¹¹ Bantekas, Ilias, *The Mutual Agreement Procedure and Arbitration of Double Taxation Disputes*, ACDI, Year 1, No.1, Bogota, 2011, 20.

²¹² Zuger, Mario, *Arbitration under Tax Treaties: Improving Legal Protection in International Tax Law*, Doctoral Series No.5, IBFD Publications, Amsterdam, 2001, 56-62.

Не е ни најмалку чудно што системот на даночна арбитража, предложен од страна на ОЕЦД, има силна поддршка од меѓународната бизнис заедница. Во материјалите што ги дистрибуирала за јавен коментар, ОЕЦД не објаснила зошто смета дека арбитражата е соодветен механизам за решавање на спорови во „ретки случаи“ кои надлежните органи од државите-договорнички не биле во состојба самостојно да ги решат тие спорови. Се претпоставува дека ОЕЦД верува дека потребно е решавање на некои нерешени даночни спорови и дека тајната и задолжителна даночна арбитража е единствената расположлива алтернатива за решавање на овие спорови што би било прифатливо решение за меѓународната бизнис заедница²¹³.

Тековната позиција на ОЕЦД по однос на постапката за заемно договарање и даночната арбитража е предмет на постојана ревизија. ОЕЦД го усвоила нејзиниот сегашен Модел-даночна конвенција во јули 2005 година, сепак, со измените на Конвенцијата од јули 2008 година ОЕЦД моделот за прв пат ја вклучува одредбата за задолжителна арбитража. Покрај тоа, чл.25 бил дополнет со ставот 5 кој содржел одредба за задолжителна и обврзувачка даночна арбитража. До ажурирањето на Конвенцијата на 18 Јули 2008 година одредбата за постапка за заемно договарање содржела само четири ставови, поради што постапката била необврзувачка, односно незадолжителна постапка со цел елиминирање на оданочувањето кое што не е во согласност со одредбите од склучениот билатерален договор за избегнување на двојно оданочување. Коментарот на чл. 25, став 5 воспоставува рамка за користење на одредбата за задолжителна даночна арбитража од договорните страни и даночните обврзници. Коментарот на ОЕЦД Модел-конвенцијата забележува дека, иако необврзувачката постапка за заемно договарање е ефективна и ефикасна, сепак, постојат голем број случаи во кои одредбите за доброволно меѓусебно договарање не успеале, и од оваа причина обврската за задолжителна даночна арбитража претставува начин за спречување на двојното оданочување. Повеќето од коментарите се однесуваат на начинот на кој договорните страни можат да ја применат одредбата за задолжителна даночна арбитража²¹⁴. Така:

- Одредбите за задолжителна арбитража мора да се применат доколку надлежните органи, во доброволната постапка за заемно договарање, не успеат да постигнат меѓусебен договор.

²¹³ McIntyre, Michael, *Comments on the OECD Proposals for Secret and Mandatory Arbitration of International Tax Disputes*, Wayne State University Law School, Michigan, 2012, 5-12.

²¹⁴ Bertolini, Michelle, Weaver, Pamela, *Mandatory Arbitration within Tax Treaties: A Need for a Coherent International Standard*, University of Hartford, 2010, 7-11.

- Доколку надлежните органи постигнат договор за сите прашања преку доброволната постапка за заемно договарање, тогаш нема да се примени одредбата за задолжителна арбитража и даночниот обврзник не може да бара арбитража по однос на веќе решениот даночен спор.
- Доколку националните правила на државата-договорничка не дозволуваат арбитража, тогаш одредбата за задолжителна арбитража нема да биде вклучена во билатералните договори за избегнување на двојно оданочување на доход и капитал кои ќе ги склучи таа држава.
- Договорните страни го задржуваат правото да ја ограничат примената на одредбата за задолжителна арбитража по однос на специфични прашања или специфични случаи.
- Потребно е усогласување на одредбата за задолжителна даночна арбитража со останатите меѓународни инструменти за арбитража, како што е Европската арбитражна конвенција.
- Ако билатералниот договор не предвидува можност за решавање на даночните спорови преку доброволната постапка за заемно договарање, тогаш ниту одредбите за задолжителна арбитража нема да бидат применливи.
- Се предвидува можност за договарање на дополнителен период подолг од 2 години пред да се примени одредбата за задолжителна арбитража.
- Потребно е да се утврди дека надлежните органи не можат да го решат случајот или даночниот спор, освен ако сите прашања се решени.
- Прашањето кое ќе биде предмет на арбитража, мора да произлезе од активностите на државите-договорнички. Потенцијалната можност за појава на еден даночен спор не е доволна за примена на одредбата за задолжителна арбитража.
- Рокот од 2 години започнува да тече од моментот кога надлежниот орган на едната држава-договорничка или даночниот обврзник ќе стапи во контакт со надлежниот орган на другата држава-договорничка во врска со барањето за заемно договарање по однос на спорното прашање.
- Препознавање на потенцијален конфликт со домашните правни лекови, поради што даночниот обврзник не смее да ги користи двете средства за заштита на неговите права истовремено. Даночниот обврзник не смее да ги користи домашните правни лекови, вклучително и задолжителната арбитража, за време на постапката за заемно договарање.

Доколку даночниот обврзник потоа го отфрли крајниот резултат од постапката за заемно договарање, тогаш обврзникот може да ги искористи домашните правни лекови. Покрај тоа, една држава може да бара од даночниот обврзник да се откаже од употреба на домашните правни лекови пред отпочнување на задолжителната арбитража.

- Резултатот од задолжителната арбитража е обврзувачки за двете држави-договорнички.
- Одлуката од задолжителната арбитража се применува само на тој конкретен случај. Резултатот нема да биде обврзувачки за сите идни задолжителни арбитражи со слични факти или по слични даночни прашања.
- Арбитражната комисија треба да ја сочинуваат експерти кои ќе бараат решение по однос на претставениот даночен спор.

Една важна негативна последица од ОЕЦД предлогот за задолжителна арбитража е дека тој ќе им даде можност на мултинационалните компании да ги заобиколат домашните судови и нивниот случај да го реши трибунал кој е независен од националните даночни органи. Теоретичарите тврдат дека заобиколувањето на домашните судови претставува сериозна работа и дека тоа не треба да биде дозволено без причина. Многу спорни прашања од билатералниот договор за избегнување на двојно оданочување зависат од толкувањата во домашното право, а токму тоа толкување го даваат националните судови. Се чини дека ОЕЦД признава дека меѓународниот трибунал не треба да дејствува како суд за преглед на одлуките на домашните судови. Сепак, таа е подготвена да им даде можност на мултинационалните компании да ги истиснат домашните судови со решавање на нивните даночни спорови од страна на таен трибунал по сопствен избор. Додека потенцијална опасност од ОЕЦД моделот за задолжителна арбитража претставува отворената можност за корупција на лицата кои ќе бидат членови на арбитражната комисија, наспроти непристрасноста и објективноста на судиите при одлучување по даночните спорови²¹⁵. Сепак, во духот на мотото на Европската арбитражна конвенција: „Најдобрата арбитража е да нема арбитража” (“The best arbitration is no arbitration”).

Сепак, притисокот кон државите за инкорпорирање на одредби за зајакнување на механизмите за решавање на даночните спорови дополнително се зголеми со усвојувањето на Инклузивната рамка за справување со проблемот на ерозија на

²¹⁵ Gildemeister, Arno, *Arbitration of Tax Treaty Disputes*, Transnational Dispute Management, 2007, 3-11.

даночната основа и селење на добивката во 2015 година, како резултат на две годишните преговори, договори, политички превирања и компромиси помеѓу ОЕЦД и Г20. БЕПС Инклузивната рамка која претставува Пакет од 15 акциони плана чија цел е борба против избегнување на плаќање на данок, подобрување на кохерентноста на меѓународните даночни правила и осигурување на поголема транспарентност на даночните системи.²¹⁶

Релевантна за главниот предмет на истражување на оваа докторска дисертација претставува Акција 14 која има за цел да го подобри решавањето на даночни спорови помеѓу државите. Акцијата 14 е една од минималните стандарди, подлежи на процес на рецензија и има за цел да ја зголеми ефикасноста и да ја подобри навременоста на решавање на споровите на двојно оданочување. Оваа Акција се состои од 21 елемент и 12 најдобри практики, кои прво ја проценуваат правната и институционалната рамка на државата во следниве четири клучни области: спречување спорови, достапност и пристап до постапката за заемно договарање (во понатамошниот текст: МАП), решавање на МАП случаи и спроведување на договори за МАП. Заедно со усвојувањето на овој минимален стандард, членовите на БЕПС Инклузивната рамка се согласија за: процес на рецензија за проценка на спроведувањето на овој стандард и известување за МАП статистика во рамките на ново развиената рамка за известување („Рамка за извештаи за статистика на МАП“). Процесот на рецензија за Акцијата 14 беше започнат на крајот на 2016 година, со план 79 јурисдикции да бидат разгледани во период од 2016 до 2021 година.

Процесот се состои од две фази. Во фаза 1, се оценува спроведувањето на Акцијата 14 и се даваат препораки каде државите треба да се подобрат за да бидат целосно во согласност со барањата според овој стандард, додека во фаза 2 се следи спроведувањето на препораките. Досега направена е рецензија на 45 држави и издадени се околу 990 препораки, вклучително и препораки за државите да ја одржуваат усогласеноста со одредени елементи на минималниот стандард.

Сите членови на БЕПС Инклузивната рамка се обврзуваат да го спроведат минималниот стандард предвиден со Акцијата 14, кој вклучува објавување на нивните МАП профили согласно договорен образец. Во согласност со елементот 2.2 на минималниот стандард,

²¹⁶ Нешовска Ќосева, Елена, *Иднината на меѓународното и македонското даночно право: Соочувајќи се со предизвиците по имплементирањето на БЕПС Инклузивната рамка на ОЕЦД*, Зборник на трудови од 6-тата Меѓународната научна конференција „Охридска школа на правото“, Институтот за правно-економски истражувања и едукација „Јуридика Прима“, Скопје, 2020.

новиот профил на МАП треба да обезбеди детали за надлежните органи, врски до домашните упатства за МАП и други корисни информации. Обврзувањето да се спроведе минималниот стандард вклучува и навремено и целосно известување за статистичките податоци за постапките за заемно договарање (МАП) согласно договорената рамка за известување.

Истовремено, може да се согледа дека БЕПС Акцијата 14 веќе има пошироко влијание врз процесот на заемно договарање низ целиот свет со тоа што е забележано зголемување на бројот на предмети кои ги решаваат надлежните органи, со оглед дека процесот на рецензија поттикна промени во однос на структурата и организацијата на надлежните органи во врска со постапките за решавање на споровите, а дополнително се зголемува и бројот на МАП профили на членките на Инклузивната рамка објавени на веб страницата на ОЕЦД (покрај тоа, многу јурисдикции воведоа упатства за МАП за да им дадат на даночните обврзници јасни правила и упатства). Исто така пристапот до МАП сега се доделува и за случаи на трансферни цени, особено во оние јурисдикции кои во минатото не обезбедиле пристап до случаи на постапки на заемно договарање.

4.18 Перспективи за меѓународна даночна арбитража во Република Северна Македонија

Кога станува збор за Република Северна Македонија, македонското прекуграничното даночно право во голема мера соодветствува со меѓународниот даночен режим по однос на постапката за заемно договарање. Македонските даночни власти активно се вклучуваат во постапки за заемно договарање, иако овие постапки во најголем процент се иницирани од другата држава-договорничка. Овие постапки главно се однесуваат на потврда за резидентност во странската држава и потврда за видот на приход кој се исплаќа од странски на македонски правни лица.

Евидентно е дека македонските даночни власти при склучување на билатералните договори за избегнување на двојно оданочување на доходот и капиталот не ги земаат во предвид измените и дополнувањата на ОЕЦД Модел даночната конвенција, односно членот 25 (Постапка за заемно договарање) **не е надополнет со одредбата за задолжителна даночна арбитража**. По однос на идејата за воведување на клаузулата за задолжителна даночна арбитража, чуден и по малку контрадикторен е ставот кој го

имаат македонските даночни власти и практичари. Имено, за разлика од емпириските истражувања за ставот на државите на светско ниво по однос на оваа одредба кои истата најчесто ја оспоруваат прикажувајќи ја како своевидна повреда на државниот суверенитет, даночните власти во Република Северна Македонија сметаат дека со инкорпорирање на оваа клаузула во прекуграничното даночно право дополнително ќе се развие и ќе се усоврши меѓународната соработка, што можеби говори за непознавање на обврските кои ги предвидува оваа клаузула.

Но, декларативните заложби на македонските власти да бидат рамноправен партнер во глобалната борба против даночната евазија и штетните практики на агресивно даночно планирање беа потврдени во август 2018 година кога Република Северна Македонија стана 117-тата држава членка на БЕПС Инклузивната рамка. Со овој чекор нашата држава се обврза за имплементирање на четирите стандарди кои се сметаат за минимум во македонското даночно законодавство, при што токму еден од овие минимум стандарди се правилата инкорпорирани во Акцијата 14 (Механизми за решавање на даночни спорови). Даночните експерти познавачи на меѓународното даночно право сметаат дека: во блиска иднина на Република Северна Македонија и претстои значителна работа во насока на имплементирање на правилата и обврските чија цел е зајакнување на механизмите за решавање на даночните спорови, иако неспорен е фактот дека сериозен предизвик и понатаму остануваат ограничените капацитети, човечки, технички и финансиски, со кои располага нашата држава за поуспешно усогласување на македонското даночно законодавство со меѓународните правила за заемна помош во даночни работи, а посебно со даночната арбитража.

Глава 5. Финансиски аспекти на медијацијата во Република Северна Македонија

5.1 Развојот на медијацијата

Медијацијата како еден од непосредните ефекти на реформата на правосудниот систем во РМ, со која се афирмира решавањето на спорите по мирен пат, би значела зголемување на ефикасноста на работата на правосудните институции и намалување на бројот на нерешените предмети. Со медијацијата им се дава поголема можност на странките во даден спор да воспоставуваат комуникација и активно да учествуваат во изнаоѓање на заемно крајно решение на спорот, кое би било прифатливо за сите страни.

Во оваа смисла значењето за пошироката примена на медијацијата произлегува од предноста на самиот систем за решавањето на спорите, што овозможува да се земат предвид пред се меѓусебните интереси на странките, со можност за постигнување спогодба која ќе биде доброволно почитувана од страните.

Медијацијата како еден од алтернативните начини за решавање на спорите, во РСМ е промовирана со донесувањето на Законот за медијација во 2006 година. Законот ги следи искуствата за спроведување на медијацијата, која наоѓа широка примена како дел од правниот систем во земјите - членки на Европската унија, со што РМ уште еднаш го потврдува зацртаниот план за влез во европското семејство. По донесувањето на Законот за медијација, (изготвен според европски модел и стандарди на Европската унија) медијаторите ја формираа Комората на медијатори на РМ и нејзините органи.

Изготвување на Законот и неговата примена беа подржани од Меѓународната финансиска корпорација ИФЦ, членка на групата на Светска банка, со обезбедување техничка помош и со советодавни улоги во врска со Законот.

Со примената на медијацијата на граѓаните им се овозможува постапка за брзо решавање на спорите, до која странките имаат лесен пристап, им се гарантира правично постапување, ефикасност, неутралност, непристрасност и доверливост. Со тоа Законот за медијација е успешно применлив модел за решавање на одделни спорови и секако олеснување на судството од натрупување на предмети.

Алтернативните начини за решавање на спорови, добиваат полна афирмација во светот, бидејќи постојат спорови кои според својата природа не се најпогодни за решавање во судска постапка. Во таа насока произлезе и потребата поради преоптовареност на судовите со бројни предмети што чекаат решавање, да се излезе од судската процедура и да се побара поефикасна постапка за нивно одлучување. Мирното решавање на споровите само едно дополнување на судскиот систем, а не и негова замена. Затоа кога постапката за мирно решавање на спорови, нема да даде определен резултат, странките можат да се вратат на судска постапка. Една од основните цели на Националната стратегија на реформата на правосудството е ефикасен правосуден систем, кој може да се оствари не само со добра законска рамка, туку и со изнаоѓање на други патишта и начини што ќе им овозможи на граѓаните поширок пристап до правдата. Токму затоа по донесувањето на Законот за медијација и формирањето на Комората на медијатори на РМ, доаѓа најзначајниот чекор, примена на Законот, преку препознавање на предметите погодни за медијација, односно примена на Прирачникот за судии и јавни обвинители. Досегашните искуства од примената на медијацијата покажа дека страните најмногу се подготвени на компромис во конфликтните ситуации, тогаш кога ќе им се објасни што е медијација и кои се нејзините предности. Прифаќањето на медијацијата од страна на судиите и запознавањето на странките со медијацијата, како и познавањето на нејзината постапка е еден од предусловите за закажување на медијација како нов институт во правниот систем во РМ.

Имено успехот на медијацијата од една страна зависи од информациите што може и треба судијата да им ги даде на странките за да ги упати на соодветен начин за предностите за медијацијата, а од друга страна, Прирачникот дава можност за информирање на странките во спорот, бидејќи преку него ќе се запознаат со своите можности и права и на тој начин полесно ќе ги прифатат предностите на медијацијата.²¹⁷

Министерството за правда спроведе програма за алтернативно решавање на спорови, со намера да ја подобрат инвестициската клима и условите за водење на бизнис, пред се на малите и средните претпријатија. Проектот покренат во 2005 година ја опфати поддршката на изработката на првиот Закон за медијација во Македонија, обуката на медијаторите, основањето на републичкиот Центар за медијација и јавната кампања за промоција на овој метод.

²¹⁷ Михајло Маневски, Министерство за правда во Владата на Република Македонија, Скопје, ноември 2009 година.

Медијацијата е неформална постапка во која странките сакаат спорот да го решат на мирен начин со помош на трета, неутрална страна – медијатор. Во споредба со судските постапка, медијацијата е поефикасен, побрз, поевтин и поделотворен метод на решавање на спорови. Досегашните искуства покажаа дека странките се посpremни на компромис кога ќе им се објаснат предностите на медијацијата, отколку кога не се информирани што е медијација и кои се нејзините предности. Запознавањето на судиите со постапката на медијација и прифаќањето на медијацијата од страна на судиите е еден од предусловите медијацијата целосно да заживее како нова институција на правниот систем во РСМ.²¹⁸

Воведувањето на медијација во Република Северна Македонија било неопходно заради усогласување со европските правни стандарди и исполнување на превземените обврски со потпишувањето на меѓународните договори. Како основни цели при воведувањето на медијацијата биле: смалувањето на бројот на предмети во судот, смалување на трошоците во постапката и должината на траење, зголемување на квалитетот на решените спорови, зголемување на довербата на судот, вклучување на странките во процесот за решавање на спорот и вклучување на судството во современите промени на правото. вкупната бројка на медијации од 2007 до 2016 година не можеше да достигне ниту стотина. Но, од 2017 година почнува да се забележува драстична разлика. Во 2020 година медијаторите покажале внес на 1.943 предмети во регистарот за евиденција на постапките на медијација на Министерството за правда. Од нив, 65 проценти или 1.275 завршиле со спогодба. *Целта е овој процент дополнително да се зголемува, а Северна Македонија да биде регионален лидер по спорови решени со медијација.* Целите на новиот предлог Законот за медијација е приближување кон практиките на земјите членки на ЕУ, каде во секоја ситуација на разрешување на конфликтни и спорни ситуации, акцентот се става на алтернативното решавање. Во законот се воведува и новина во начинот на полагање на испитот за медијатори пред комисија, што ќе влијае на создавање квалитетен, стручен и обучен кадар.

Како новина во овој дел на полето на развивање и афирмација на медијацијата е дека Министерството за правда на РС Македонија, изработи софтвер со кој медијаторите се регистрираат и користат електронски регистар за евидентирање на предметите на медијација. Е-Регистарот го изработи и е во надлежност на Министерството за Правда,

²¹⁸ Игор Матијевиќ, Регионален менаџер на Проектот за медијација на Меѓународна финансиска корпорација (ИФЦ)

а во истиот може да се внесуваат податоци за предмети на медијација по кои постапувале медијаторите. Целта на воведување на е-Регистар е да се олесни работата на медијаторите при евидентирањето на предметите без оглед на исходот на спорот **и да се формира база на статистички податоци кои ќе бидат показател за примената на медијацијата како начин на решавање на спорите.** Пријавувањето на предметите во регистарот го вршат исклучиво медијаторите кои поседуваат важечка лиценца за извршување медијаторски работи и кои се запишани во Именикот на медијатори кој го води Комората на медијатори. Евидентирањето на предметите и достапност до внесените податоци имаат само медијаторите со цел за доследна примена и почитување на начелото на доверливост на постапката на медијација. Со ваквата евиденција се прави точен увид на сите предмети кои се решаваат по пат на медијација и врз основа на тие податоци регулаторот со другите чинители од оваа област, може да превземаат идни чекори за делување на полето и во развивање на користењето на медијацијата.

Со измените на Законот за парничната постапка со членот 47 се пропишаа измени во членот 461 од Законот за парничната постапка и се пропиша обврска за задолжителен обид за медијација во стопанските спорови за парично побарување чијашто вредност не надминува 1 000 000 денари, а по кои постапката се поведува со тужба пред суд. Притоа, странките се должни пред поднесувањето на тужбата, да се обидат да го решат спорот по пат на медијација. При поднесување на тужбата, тужителот е должен да приложи писмен доказ издаден од медијатор дека обидот за решавање на спорот по пат на медијација не успеал.²¹⁹ Медијацијата од ЗПП добива директна и објективна поддршка и легитимитет, но истовремено заради некои начелни одредби кои не дадоа доволно простор за имплементација на овој институт во пракса, се покажа дека е неопходно донесување Закон за медијација, кој би го регулирал детално овој материјал.

Законот за медијација е донесен во 2006 година и претставува прв закон кој за предмет на регулирање ја има исклучиво медијацијата. Медијацијата е дефинирана како постапка за разрешување на спорови во која страните преговараат за спорните прашања за да постигнат договор со помош на еден или повеќе медијатори.²²⁰ За подобрување на медијацијата донесени се измени и во Законот за парнична постапка значајна е измената

²¹⁹ <http://www.akademik.mk/zakonski-izmeni-zaradi-primena-na-zakonot-za-medijatsija-vo-parnichnata-postapka/>

²²⁰ Препознавање на спорови погодни за медијација, Прирачник за судии и јавни обвинители, стр. 102

во членот 308 кој конкретно се однесува на склучената спогодба во постапка по медијација, па со измените се додава нов став (4) кој предвидува:

- Доколку странките склучиле спогодба во постапка по медијација, должни се истата да ја достават до судот во рок од 8 дена по нејзиното склучување. Судот закажува рочиште на кое што на записник ја констатира склучената спогодба која добива својство на судско порамнување ако се исполнети условите за склучување на судско порамнување согласно чл.307 од овој закон.²²¹

Целта на донесувањето на овој закон е можноста странките доброволно да ги решат спорните односи по пат на преговарање, што придонесува за олеснување на судовите и придонесува да се остварува правото на правично судење во разумен рок.²²²

Спрема моментално важечките законски прописи медијацијата во Република Северна Македонија е регулирана со Законот за медијација. Наведениот закон стапил во сила 8 ден од денот на објавувањето во Службен весник на РМ, а членовите 15 став (3) и 18 од овој закон ќе се применуваат со денот на започнување на примена на Законот за парнична постапка, во кој се содржани одредби со кои се уредува постапката за медијација, ставот (3) од член 1 на овој закон, во однос на примена медијацијата во кривични спорови ќе се применува со денот на започнување на примената на Законот за кривична постапка, во кој се содржани одредби со кои се уредува постапката за медијација.²²³

Други закони кои имаат одредби за медијација се следниве закони: Закон за парнична постапка,²²⁴ Закон за малолетничка правда,²²⁵ Закон за семејство,²²⁶ Закон за облигациони (обврзувачки) односи,²²⁷ Закон за трговски друштва,²²⁸ Закон за мирно решавање на работните спорови,²²⁹ Закон за заштита на потрошувачите,²³⁰ Предлог на Законот за кривична постапка.

²²¹ <http://www.ipacademy.gov.mk/upload/Prezentacii%202014/Prezentacija.pdf>

²²² *ibid*

²²³ Член 29, Закон за медијација, Службен весник на РМ, бр. 114 од 14.09.2009 година.

²²⁴ Службен весник на РМ бр. 79/05, 110/08, 83/09.

²²⁵ Службен весник на РМ, бр. 87/07, 103/08, 161/08.

²²⁶ Службен весник на РМ, бр. 80/9, 9/96, 38/04 и пречистен текст од 22.12.2008 година.

²²⁷ Службен весник на РМ, бр. 18/01, 84/02, 84/08.

²²⁸ Службен весник на РМ, бр. 28/04, 84/05, 85/05, 25/07, 87/08.

²²⁹ Службен весник на РМ, бр. 87/07.

²³⁰ Службен весник на РМ, бр. 38/04, 77/06, 77/07.

5.2 Закон за медијација

Медијацијата е специфичен метод за мирно решавање на спорови, активноста која се врзува за постапката за медијација далеку ја надмина содржината за посредување во нејзиното класично значење. Од друга страна, поимот посредување во нашата правна теорија и пракса, традиционално се означуваат и други активности кои не се во никаква врска со медијацијата, со тоа би се изедначиле овие два поими и би довело до потешкотии при препознавањето и разбирањето на медијацијата како сосема нов институт во нашето право. Имајќи го во предвид и фактот дека терминот медијација денес е општоприфатен израз.

Законот за медијација е составен од 6 делови и тоа:

- 1) Општи одредби,
- 2) Принципи на медијацијата,
- 3) Медијатор,
- 4) Постапката за медијација,
- 5) Организација на медијаторите,
- 6) Преодни и завршни одредби.

Со овој закон се уредуваат принципите на медијација како алтернативен начин на решавање на спорови, условите за медијатор, постапката за медијација и организирањето на медијаторите.²³¹ Овој закон ќе се применува во граѓанските, работните, трговските, потрошувачките и др. спорни односи меѓу физичките и правни лица во согласност со законот, без оглед на тоа дали медијацијата се води врз основа на договор постигнат меѓу страните пред или по завршувањето на спорот, врз основа на законска обврска или по упатство или препорака на суд, арбитражен совет или друг орган, освен кога со закон не е поинаку пропишано. Но овој закон не се однесува на колективните работни спорови, кривични работи, управни работи, како ниту на случаи во кои судијата или арбитерот, во текот на судската или арбитражната постапка, настојува да го олесни мирењето, со исклучок на медијацијата што се спроведува во суд.

²³¹ Член 1, Закон за медијација, Службен весник на РМ, 60/06.

Медијацијата може да се спроведува во наведените случаи освен ако страните поинаку не се договорат.

Дефиниција: Медијацијата е вонсудска постапка за решавање на спорови врз слободно изразена волја на страните со помош на трето неутрално лице – медијатор, кое нема право да наметне решение на спорот.

Пропишан е домен на примена на медијацијата, така што покрај имотнoprавните, трговските, семејните, работните и други граѓанско- правни спорови, управни и кривични работи во кои страните можат слободно да располагаат, додадени се исто така и споровите од областа на заштита на животната средина, потрошувачките спорови, а воведено е дека посредувањето е дозволено и во прекршочните спорови во поглед на имотнoprавните барања. Исто така со новиот закон е пропишано дека посредувањето може да се применува и во сите спорни односи, во кои посредувањето одговара на спорниот однос и може да помогне при неговото разрешување.

5.3 Останати закони кои ја регулираат медијацијата

Законот за парнична постапка има пропишано дека судот е задолжен да ги извести странките дека спорот можат да го решаваат и со медијација, судот може да ги упати странките на медијација, или на информативно рочиште за медијација, односно да му се укаже на странките за можноста за вонсудско решавање на спорот со медијација или со некој друг разумен начин. Со истиов закон е пропишано дека судијата не смее да ја врши судската функција ако во истиот предмети учествувал во постапката за медијација.

Со овој закон се уредува начинот и постапката на мирно решавање на колективните и одделни индивидуални работни спорови, изборот, правата и обврските на помирувачот и арбитрите, и другите прашања од значење за мирно решавање на работните спорови. Постапката за мирно решавање на работните спорови се покренува и води во согласност со овој закон.²³²

Колективните работни спорови во смисла на овој закон се сметаат споровите по повод склучување, измена, дополнување или примена на колективен договор, остварување на

²³² Член 1, Закон за мирно решавање на работните спорови, “Службен весник на РМ” бр. 7 од 12.07.2007 година

правата а синдикалното организирање и штрајк.²³³ Помирувач во смисла на овој закон се смета лицето кое дава помош на страните во колективниот спор со цел да склучат спогодба за решавање на спорот, а арбитер во смисла а овој закон се смета лицето кое одлучува за предметот на индивидуалниот спор.²³⁴ Со Законот за семејство пропишана е постапка за посредување во брачните спорови. Посредувањето во брачните спорови опфаќа постапка за обид за помирување и постапка за обид за разумно окончување на спорот (спогодба).

Закон за малолетнички права, сторителите на кривични дела и кривичноправната заштита на малолетни лица пропишан е со посебен воспитен налог, кој може да му се изрече на малолетниците кои сториле кривични дела за кои е пропишана парична казна или казна затвор до пет години, а тоа е и порамнувањето со оштетениот како би се надоместила штетата, извинувањето, работа или на некој друг начин за отстранување на штетните последици предизвикани со сторување на кривично дело.²³⁵ Овој воспитен налог може да се применува пред покренување на кривичната постапка или ако кривичната постапка против малолетникот биде запрена, а негова основна цел е да се влијае на правилниот развој на малолетникот и на јакнење на неговите лични одговорности, како да би се спречило малолетникот во иднина да извршува кривични дела. Законот за заштита на потрошувачите е вонсудско решавање на спорови е определено како начин на решавање на спорови помеѓу потрошувачите и трговците, посредувањето или арбитражата, во согласност со законот со кој се уредува посредувањето и арбитражата или друг начин на решавање на споровите во склад со други прописи во кои се уредува вонсудското решавање на споровите. Покренувањето и водењето на постапката за вонсудско решавање на потрошувачките спорови, не ја исклучува можноста за остварување на правата по пат на судска заштита, во согласност со закон. Спрема Законот за кривична постапка медијацијата претставува процесна форма на скратена кривична постапка која се води на основа на поднесената приватна тужба. Пред определување на главниот претрес за кривични дела кои се гонат по приватна тужба, судијата ќе го повика приватниот тужител и обвинетиот во определено време да се јават на суд заради запознавање со можностите за упатување на предметот пред медијатор. Ако во постапката за медијација дојде до помирување на приватниот

²³³ Член 2, Закон за мирно решавање на работните спорови, “Службен весник на РМ” бр. 7 од 12.07.2007 година

²³⁴ Член 4, Закон за мирно решавање на работните спорови, “Службен весник на РМ” бр. 7 од 12.07.2007 година

²³⁵ Член 1, Закон за малолетнички права “Службен весник на РМ” бр. 87 од 12.07.2007 година

тужител и обвинетиот и решавање на имотноправното барање, приватната тужба се смета за повлечена и судијата носи решение за одбивање на приватната тужба. Во случај на неуспешно завршување на постапката за медијацијата, судијата по добивањето на известувањето, ќе го утврди главниот претрес. Доколку приватниот тужител и обвинетиот не ја прифатат медијацијата, судијата ќе земе изјави и ќе ги повика да ги изнесат своите предлози во поглед на прибавените докази, при што мораат да укажат кои факти ќе бидат докажани од предложените докази.

Доколку приватниот тужител не одговори на уредно добиената покана до дојде на суд со цел да се запознае со можноста за спроведување на постапката пред медијација и отсуство не се оправда, судијата решението ќе го одбие, а доколку обвинетиот не се јави на таквата покана кој му е уредно доставен, или пак доколку обвинетиот не можел да се јави, судијата ќе определи главен претрес.

5.4 Операционализација на системот за медијација по пат на подзаконски акти

За поблиску да биде регулирана и систематизирана медијацијата усвоени се шест подзаконски акти.²³⁶

Правилник за начинот за вршење на надзорот над работата на комората на медијатори на РМ: со овој правилник се пропишува начинот на вршење на надзор над работата на Комората на медијатори на РМ. Овластените лица од Комисијата за вршење на надзорот во вршењето на своите работи се независни и непристрасни од било какво влијание кое би можело да влијае директно или индиректно на нивната работа. Овластените лица во своето работење го почитуваат принципот на доверливост на информациите и податоците. При вршење на надзорот, од страна на овластените лица се следи дали:

- уредно се водат Деловните книги;
- уредно се води Именикот на медијаторите;
- уредно се води евиденција на актите на Комората;
- уредно се води евиденција за издадени уверенија на факти;
- уредно се води евиденција за наплатената членарина на членовите на Комората;

²³⁶ <http://www.pravda.gov.mk/resursi.asp?lang=mak&id=11>

- се постапува по укажувањата на надзорните органи за отстранување на недостатоците во работењето на Комората. При вршењето на надзорот, претседателот на Комората треба да се придржува кон Етичкиот кодекс на медијаторите. По барање на овластените лица кои го вршат надзорот, претседателот на Комората или лицето овластено од него доставува дополнителни копии доколку овластените лица за надзор сметаат дека се потребни за изготвување на Извештајот за извршен надзор. По барање на овластените лица кои го вршат надзорот, претседателот на Комората или лицето овластено од него дава писмено или усно објаснување во врска со прашања кои се однесуваат на надзорот и приложува соодветни докази во поткрепа на објаснувањето. За извршениот надзор во присуство на претседателот на Комората или лицето овластено од него, овластените лица составуваат записник кој содржи податоци за: денот кога е пратено известување за надзор до претседателот на Комората, денот и часот на вршење на надзорот, овластените лица кои го вршат надзорот, преземените службени дејствија, листа на земени копии од списите, книгите и евиденцијата на Комората, забелешките дадени на претседателот на Комората или лицето овластено од него, потписи на овластените лица, потпис на претседателот на Комората или лицето овластено од него, печат на Комората и забелешка во случај претседателот на Комората или лицето овластено од него да одбие да го потпише записникот. Записникот се составува во два примерока и еден примерок од записникот веднаш му се предава на претседателот на Комората. По спроведениот надзор овластените лица составуваат извештај за извршен надзор, кој содржи податоци за денот и часот на надзорот, овластените лица кои го вршат надзорот, констатираната фактичка состојба од надзорот, констатираните очигледни недостатоци со напатствија за нивно отстранување и со рок за постапување и потписи на овластените лица кои учествувале во вршењето на надзорот. Комората го известува Министерството за правда за преземените дејствија за отстранување на констатираните недостатоци и приложува докази за тоа, во периодот определен во извештајот.²³⁷

Тарифник за висината на реално потребните трошоци за полагање на испитот за медијатор, признавање на обуките завршени во странство и издавање на лиценца односно акредитациите. Со овој тарифник се определува висината на реално потребните трошоци за полагање на испитот за медијатор, признавање на обуките завршени во странство и издавање на лиценците односно акредитациите од страна на Одборот за обезбедување. Висината на реално потребните трошоци за **полагање** на испитот за

²³⁷ Правилник за начинот за вршење на надзорот над работата на комората на медијатори на РМ, Службен весник на РМ, бр. 126 од 12.9.2017 година

медијатор е во износ од 9.000 денари. Висината на реално потребните трошоци за **признавање** на обуки завршени во странство е во износ од 9.000 денари. Висината на реално потребните трошоци за **издавање** на лиценца за медијатор е во износ од 600 денари. Висината на реално потребните трошоци за **акредитација на програма** за обука на медијатори е во износ од 150.000 денари.²³⁸

Правилник за начинот на пресметување на месечниот паричен надоместок и признавањето на патните трошоци на членовите на одборот за обезбедување, следење и оценување на квалитетот на работата на медијацијата. Со овој правилник се пропишува начинот на пресметување на месечниот паричен надоместок и признавањето на патните трошоци на членовите на Одборот за обезбедување, следење и оценување на квалитетот на работите на медијацијата, за присуство на седниците на Одборот. Висината на месечниот паричен надоместок на членот на Одборот се пресметува во зависност од редовноста на членот на закажаните седници на Одборот врз основа на записникот од одржаната седница на Одборот. Вкупниот месечен паричен надоместок на членот на Одборот се дели на бројот на одржани седници во месецот за кој се пресметува, со што се добива износот за надоместок за секоја одржана седница на Одборот. Месечниот паричен надоместок за членот на Одборот се намалува сразмерно на бројот на отсуства од закажаните седници. На членот на Одборот не му следува месечен паричен надоместок доколку во тековниот месец не присуствувал или не се одржала, ниту една седница на Одборот. На членот на Одборот чие работно место не е во Скопје, за присуство на седница на Одборот му се признаваат патни трошоци во висина на вредноста на повратен билет за користење на редовен меѓуградски автобуски превоз.²³⁹

Правилник за изменување на правилникот за условите и начинот на полагање на испитот за медијатор.²⁴⁰

Правилник со поблиските критериуми и начинот на субвенционирање и образецот за наплатената награда и трошоци на медијаторот. Со овој правилник се пропишуваат поблиските критериуми и начинот на субвенционирањето и образецот за наплатената

²³⁸ Тарифник за висината на реално потребните трошоци за полагање на испитот за медијатор, признавање на обуките завршени во странство и издавање на лиценца односно акредитациите, Службен весник на РМ, бр. 9 од 27.1.2017 година

²³⁹ Правилник за начинот на пресметување на месечниот паричен надоместок и признавањето на патните трошоци на членовите на одборот за обезбедување, следење и оценување на квалитетот на работата на медијацијата, Службен весник на РМ, бр. 94 од 16.05.2016 година

²⁴⁰ Правилник за изменување на правилникот за условите и начинот на полагање на испитот за медијатор, Службен весник на Република Македонија“ бр. 188/13, 148/15, 192/15 и 55/16

награда, како и трошоци на медијаторот. Од страна на Министерството за правда се обезбедуваат средства, по основ на субвенција, во износ од по 15 евра во денарска противвредност за првите спроведени четири часа на медијација, а врз основа на поднесен трошковник од страна на медијаторот, на образец за наплатена награда и трошоци на медијаторот до Министерството за правда. Субвенционирањето се врши доколку медијаторот, во прилог на трошковникот достави и:

- доказ дека наплатил наградата за медијација, намалена за износот кој го побарува по основ на субвенционирање,
- доказ дека спорот помеѓу страните не е предмет на судска постапка односно дека страните не се упатени на медијација од страна на судот,
- доказ дека нема спроведена друга медијација помеѓу истите страни за истиот спорен однос и дека помеѓу истите страни за истиот спорен однос не е спроведена медијација пред друг медијатор што се докажува со изјава дадена од медијаторот и страните кои учествуваат во медијацијата и
- доказ дека медијаторот е уредно осигурен од одговорност за штета.

Образецот на трошковникот содржи: наслов „ТРОШКОВНИК за наплатена награда и трошоци на медијаторот“, податоци за медијаторот и тоа: име и презиме на лиценцираниот медијатор, број на лиценца и датум на издавање, број и датум на упис на медијаторот во Именикот на медијатори, датум на полисата за осигурување од штета на медијаторот и назив на осигурувачот, податоци за постапката за медијација и тоа: датум и број на уписот на предметот во Регистарот за евиденција на постапките за медијација, име и презиме/назив на страните во медијацијата, вид на спорниот однос предмет на медијацијата, датум на пишаната спогодба за медијација, датум и час на започнување на разговорите со страните на медијацијата, простор во кој се одвивала медијацијата, вкупен број на часови на медијацијата до завршување на постапката - без оглед на исходот, вкупен износ на награда на медијаторот за извршената работа, износ на наплатена награда за медијација, вкупен износ на наплатени трошоци на медијацијата (пр. наем на простор, телефон, телефакс, поштенски и патни трошоци и сл), датум и место и место за потпис на медијаторот.²⁴¹

²⁴¹ Правилник со поблиските критериуми и начинот на субвенционирање и образецот за наплатената награда и трошоци на медијаторот, Службен весник на Република Македонија“ бр. 188/13, 148/15 и 192/15.

Т Р О Ш К О В Н И К ЗА НАПЛАТА НА НАГРАДИ И ТРОШОЦИ НА МЕДИЈАТОРОТ

Податоци за медијаторот

Име и презиме на лиценцираниот медијатор,	
Број на лиценца и датум на издавање,	
Број и датум на упис на медијаторот во Именикот на медијатори,	
Датум на полисата за осигурување од штета на медијаторот и назив на осигурувачот,	

Податоци за постапката за медијација

Датум и број на уписот на предметот во регистарот за евиденција на постапките за медијација	
Име и презиме/назив на странките во медијацијата	
Вид на спорниот однос и предмет на медијацијата	
Датум на пишаната спогодба за медијација	
Датум и час на започнување на разговорите со страните на медијацијата	
Простор во кој се одвивала медијацијата	
Вкупен број на часови на награда на медијаторот за извршената работа	
Вкупен износ на награда на медијатор за извршената работа	
Износ на наплатената награда за медијација	
Вкупен износ на наплатени трошоци на медијацијата (пр. наем на простор, телефон, телефакс, поштенски и патни трошоци и сл.)	

Датум и Место

Потпис на медијаторот

Table of hourly rates for mediators (January 2017)

Hourly rates mediators/secretaries NAI 2017 (in €)

Category	Financial interest	Hourly rate mediator	Hourly rate secretary	
			Junior	Senior
1	0 - 50.000	150	65	80
2	50.001 - 100.000	175	65	80
3	100.001 - 500.000	200	75	100
4	500.001 – 1.000.000	225	75	100
5	1.000.001 - 10.000.000	300	75	100
6	10.000.001 - 25.000.000	350	85	125
7	25.000.001 - 50.000.000	400	85	125
8	Meer dan 50.000.001	450	85	125

Извор: <https://www.nainl.org/downloads/ENG%20Tabel%20uurtarieven%20mediators%20januari%202017.pdf>

На прикажаните пример се претставени трошковниците за медијатори во Холандија, по час и по вредност на спор. Медијацијата во Холандија има долгогодишна традиција и силна практична апликативност и е една од најзастапените форми на решавање на конфликтите. Затоа и токму неа ја земаме како пример.

NETHERLANDS ARBITRATION INSTITUTE APPENDIX TO THE MEDIATION RULES ADMINISTRATION COSTS

The following scale applies with respect to administration costs as from 1 January 2019, exclusive of VAT (see Article 9(2) of the Rules):

up to	€	50,000.-	tot	€	50,000.-	:	€	400.-
from	€	50,000.-	tot	€	100,000.-	:	€	500.-
from	€	100,000.-	tot	€	150,000.-	:	€	750.-
from	€	150,000.-	tot	€	200,000.-	:	€	1,000.-
from	€	200,000.-	tot	€	500,000.-	:	€	1,750.-
from	€	500,000.-	tot	€	1,000,000.-	:	€	2,500.-
from	€	1,000,000.-	tot	€	2,000,000.-	:	€	3,000.-
from	€	2,000,000.-	tot	€	5,000,000.-	:	€	6,000.-
from	€	5,000,000.-	tot	€	10,000,000.-	:	€	7,500.-
from	€	10,000,000.-	tot	€	20,000,000.-	:	€	9,000.-
from	€	20,000,000.-	tot	€	30,000,000.-	:	€	10,500.-
from	€	30,000,000.-	tot	€	40,000,000.-	:	€	12,500.-
from	€	40,000,000.-	tot	€	50,000,000.-	:	€	15,000.-
from	€	50,000,000.-	tot	€	75,000,000.-	:	€	20,000.-
from	€	75,000,000.-	tot	€	100,000,000.-	:	€	25,000.-
from	€	100,000,000.-	tot	€	250,000,000.-	:	€	30,000.-
as from	€	250,000,000.-				:	€	35,000.-

Правилник за формата и содржината на лиценцата за медијатор. Со овој правилник се пропишува формата и содржината на лиценцата за медијатор. Лиценцата за медијатор се издава на образец на бела кунздрук хартија со А-4 формат. Образецот на лиценцата содржи: во горниот дел е отпечатен грбот на Република Македонија и текстот: РЕПУБЛИКА МАКЕДОНИЈА, ОДБОР ЗА ОБЕЗБЕДУВАЊЕ, СЛЕДЕЊЕ И ОЦЕНУВАЊЕ НА КВАЛИТЕТОТ НА РАБОТИТЕ НА МЕДИЈАЦИЈАТА, законскиот основ за издавање на лиценцата за медијатор, назив „ЛИЦЕНЦА ЗА МЕДИЈАТОР“, податоци за името, татковото име и презиме, датум и место на раѓање, општина и држава, датум на издавање на уверение за положен испит за медијатор согласно Законот за медијација, соодветна област за која се издава лиценцата, ден, месец и година до кога важи лиценцата, број на лиценцата, датум и место на издавање на лиценцата, место за потпис на Претседателот на Одборот за обезбедување, следење и оценување на квалитетот на работите на медијацијата и место за печат.²⁴²

²⁴² Правилник за формата и содржината на лиценцата за медијатор. Со овој правилник се пропишува формата и содржината на лиценцата за медијатор, Службен весник на Република Македонија“ бр. 188/13, 148/15 и 192/15



РЕПУБЛИКА МАКЕДОНИЈА
ОДБОР ЗА ОБЕЗБЕДУВАЊЕ, СЛЕДЕЊЕ И ОЦЕНУВАЊЕ НА КВАЛИТЕТОТ
НА РАБОТИТЕ НА МЕДИЈАЦИЈАТА

Образец

Врз основа на член 59 став (1) точка г) од Законот за медијација („Службен весник на Република Македонија“ бр. 188/13, 148/15 и 192/15), Одборот за обезбедување, следење и оценување на квалитетот на работите на медијацијата, издава:

ЛИЦЕНЦА ЗА МЕДИЈАТОР

На _____ роден-а на _____ година во _____
(име, татково име и презиме) (датум на раѓање) (место)

општина _____ држава _____, со положен испит за медијатор на _____ година,
(датум на издавање на уверение за положен испит за медијатор)

која/а ги исполнува условите за медијатор согласно Законот за медијација.

Се издава лиценца за медијатор од областа на _____

Лиценцата се издава со рок на важење до _____ година.
(ден, месец и година)

Број _____
Датум _____
Скопје _____

Претседател,

(потпис и печат)

2 од 2

Службен весник на РМ, бр. 18 од 4.2.2016 година

Правилник за формата и содржината на лиценцата за обучувач на медијатори. Со овој правилник се пропишува формата и содржината на лиценцата за обучувач на медијатори. Образецот на лиценцата содржи: во горниот средишен дел е отпечатен грбот на Република Македонија, а под него е испишан текстот: „РЕПУБЛИКА МАКЕДОНИЈА, ОДБОР ЗА ОБЕЗБЕДУВАЊЕ, СЛЕДЕЊЕ И ОЦЕНУВАЊЕ НА КВАЛИТЕТОТ НА РАБОТИТЕ НА МЕДИЈАЦИЈАТА, законскиот основ за издавање на лиценцата; назив на лиценцата „ЛИЦЕНЦА ЗА ОБУЧУВАЧ НА МЕДИЈАТОРИ“; податоци за името, татково име и презиме, датум на раѓање, место и држава, на лицето кое ги исполнува условите за обучувач на медијатори согласно Законот за медијација; број на лиценцата со датум и место на издавање; место за потпис на Претседателот на Одборот за обезбедување, следење и оценување на квалитетот на работите на медијацијата и место за печат. Образецот на лиценцата е даден во прилог.²⁴³

²⁴³ Правилник за формата и содржината на лиценцата за обучувач на медијатори, „Службен весник на Република Македонија“ бр. 188/13, 148/15 и 192/15.

2 од	 РЕПУБЛИКА МАКЕДОНИЈА ОДБОР ЗА ОБЕЗБЕДУВАЊЕ, СЛЕДЕЊЕ И ОЦЕНУВАЊЕ НА КВАЛИТЕТОТ НА РАБОТИТЕ НА МЕДИЈАЦИЈАТА	Образец
Врз основа на член 59 став (1) точка г) од Законот за медијација („Службен весник на Република Македонија“ бр. 188/13, 148/15 и 192/15), Одбор за обезбедување, следење и оценување на квалитетот на работите на медијацијата, издава:		
ЛИЦЕНЦА ЗА ОБУЧУВАЧ НА МЕДИЈАТОРИ		
На _____ роден-а на _____ година во _____ (име, татково име и презиме) (датум на раѓање) (место и држава)		
кој/а ги исполнува условите за обучувач на медијатори согласно Законот за медијација.		
Број _____ Датум _____ Скопје		
ПРЕТСЕДАТЕЛ, _____ (потпис и печат)		

Правилник за критериумите во однос на просторните услови и материјално – техничка и информатичка опрема на просториите за полагање на испитот за медијатори. Со овој правилник се пропишуваат критериумите во однос на просторните услови и материјално- техничката и информатичката опрема на просториите за полагање на испитот за медијатори. Полагањето на испитот се спроведува во две простории од кои секоја одделно треба да биде опремена со: - најмалку 36 работни бироа од кои 30 за станиците за тестирање, пет за членовите на комисијата и еден за серверот; - најмалку 36 столчиња; - дисплеј за објавување на резултатите со димензии од најмалку 2x2 метри; - најмалку 30 персонални компјутери чиј монитор е најмалку 19”; - еден централен сервер со монитор за надгледување на процесот на тестирање и за локално снимање на процесот на тестирање; - локална комуникациска мрежа; - мрежен преклопник и - мрежна камера за снимање на полагањето. Просториите за полагање на испитот имаат интернет конекција од минимум 10мб/с, наменета за електронското полагање на испитот

и пристап до апликацијата на Министерството за правда за спроведување на електронско полагање на испитот.²⁴⁴

Правилник за условите и начинот на полагање на испитот за медијатор. Со овој правилник се пропишуваат условите и начинот на полагање на испит, Испитот се полага во февруарска и октомвриска испитна сесија. Пријавувањето за испитот се врши во периодот од први до петнаесетти во месецот кој претходи на месецот во кој се спроведува испитната сесија. Пријавата за полагање на испитот заедно со доказите се поднесува до Одборот за обезбедување, следење и оценување на квалитетот на работите на медијацијата. Кандидатот може да го одложи испитот од оправдани причини, најдоцна 48 часа пред почетокот на испитот. Доколку кандидатот не се појави на испитот, а истиот не го одложил овој член или самиот се откаже од полагање на веќе започнатиот испит, ќе се смета дека не го положил испитот. На денот на полагањето на првиот и вториот дел од испитот, пред почетокот на полагањето од страна на претставникот од Министерството за правда се утврдува идентитетот на кандидатот со увид во лична карта и на кандидатот му се дава пристапен код, односно лозинка со која му се одобрува пристап во електронскиот систем во кој е содржана базата на прашања за првиот и вториот дел од испитот. По одобрување на пристапот, кандидатот добива електронски тест, компјутерски генериран, чија содржина, по принцип на случаен избор ја одредува софтверот на електронскиот систем. Тестот содржи упатство за начинот на решавање на истиот, за кое од страна на претставникот од Министерството за правда се дава појаснување, пред да започне полагањето.²⁴⁵ Правилник за начинот и постапката на спроведување на обуката на медијатори. Обуката на медијатори се организира и спроведува од страна на Министерството за правда, според Програмата за обука на медијатори. Административните и техничките работи на обуката се вршат од страна на Министерството за правда. Од страна на Министерството за правда се објавува оглас за пријавување на заинтересирани кандидати за обучувачи кој се објавува на огласната табла и на веб страницата на Министерството за правда. Заинтересираните кандидати за обучувачи до Министерството за правда ги доставуваат следните документи: - пријава за обучувач; - сертификат од овластена институција (универзитет, консултантска фирма или друга институција која врши обука за обучувачи за медијатори) за завршена обука

²⁴⁴ Правилник за критериумите во однос на просторните услови и материјално – техничка и информатичка опрема на просториите за полагање на испитот за медијатори, „Службен весник на Република Македонија“ бр. 188/13

²⁴⁵ Правилник за условите и начинот на полагање на испитот за медијатор, Службен весник на Република Македонија“ бр.188/13, 148/15 и 192/15,

за обучувачи како потврда за стекнати исклучителни обучувачки вештини, или да поседува докторат во сродна област; - сертификати од други завршени обуки за медијација, конференции, семинари; - доказ за претходно стекнато искуство во спроведување обуки и пренесување на теоретско знаење; - доказ за претходно искуство во областите на медијација, решавање на конфликти, преговарање или мирее;

Листата на обучувачи на медијатори се формира од пријавените кандидати кои ги исполнуваат условите за обучувач и истата се објавува на веб страницата на Министерството за правда. Од страна на министерот за правда од листата на обучувачи, се овластуваат двајца или повеќе обучувачи кои ќе ја спроведат обуката.²⁴⁶

Огласот за поседување обука на медијатори се подготвува од страна на Министерството за правда и се објавува на огласна табла и на веб страницата на Министерството за правда. Пријава на посетување на обука на медијатори, кандидатот ја поднесува до Министерството за правда од 1ви до 15ти претходниот месец од месецот кога се спроведувала обуката. Покрај пријавата се доставуваат и следниве документи: диплома за завршено високо образование 300 кредити (ЕКТС) или нострифицирана диплома од странство со стекнати 300 кредити според европскиот кредитен трансфер систем, потврда за работно искуство од најмалку пет години по дипломирањето и уверение за државјанство на РМ. Документите се приложуваат во оригинал или фотокопија заверена кај нотар. Обуката за медијатори ја вршат двајца или повеќе обучувачи, кои се избираат од страна на обучувачи, евидентирани во Министерството за правда или од институцијата која ја спроведува обуката. Кандидатот може оправдано да отсутствува од обуката најмногу 4 часа. Ако во текот на обуката настанат оправдани причини поради кои кандидатот не може да продолжи со обука обуката ќе се прекине за определено време. За продолжување на обуката кандидатот поднесува барање до Министерството за правда во роковите предвидени за пријавување на обуката, а ако не поднесе барање за продолжување на обуката ќе се смета дека не ја завршил. Кандидатот кој нема да дојде во определениот ден на обуката или пред почетокот на обуката ќе изјави дека се откажува, се смета дека обуката не ја завршил. Сертификатот за завршената обука за медијатори се евидентираат во евиденција за издадени сертификати при

²⁴⁶ Правилник за начинот и постапката на спроведување на обуката на медијатори, Службен весник на Република Македонија“ бр. 60/06, 22/07 и 114/09.

Министерството за правда во која се внесуваат податоци за лицето кое ја завршило обуката за медијатор и местото и датумот на одржување на обуката.²⁴⁷

Тарифник за награда и надоместок на трошоци на медијаторите. Тарифникот се донесува врз основа на Законот за медијација во согласност со начелата. Надоместокот на трошоците и наградата на медијаторот за извршената медијација претставува исплата на соодветен паричен износ за ангажирањето и трошоците на медијаторот во постапката на спор меѓу две страни. Во постапката за медијација трошоците за странките треба да бидат разумни и соодветни на предметот на спорот и на обемот на работата на медијаторот. Постапката за медијација може да биде бесплатна за странките во случај кога странките и медијаторот ќе се договорат за тоа или кога тоа е уредено со закон. Медијаторот и странките можат слободно да ја договорат висината на наградата, висината на трошоците и начинот на плаќањето, но не смее да е помалку од предвиденото во тарифникот.

Наградата на медијаторот претставува надоместок за вложениот труд и потрошеното време во постапката. Висината на наградата спогодбено ја утврдува медијаторот и страните во спорот. При определувањето на наградата треба да имаат предвид: вложениот труд и потрошеното време во постапката, видот на спорот, и бројот на страните. Наградата не може да биде пониска од 15 евра во денарска противвредност за секој започнат час од медијацијата. наградата се исплаќа по завршувањето на секоја средба на начин на кој се договориле. Во постапката страните можат да се договорат да ги одложат плаќањата најмногу до завршувањето на постапката за медијација. Во случај на непочитување на обврската за плаќање на наградата од страните, медијаторот може со изјава да се откаже од водење на постапката. Висината на административно-техничките трошоци се утврдува според износот на реално направените трошоци поткрепени со соодветна документација. Медијаторот треба грижливо да се однесува и да ги сведе трошоците на најниско можно ниво. Во спорови каде што постапката ја водат повеќе медијатори наградата се определува спогодбено помеѓу медијаторите и страните. Наградата не може да биде пониска од 24 евра кога учествуваат повеќе медијатори. Исплатата на наградата и трошоците за комедијаторот се врши одвоено од наградата и трошоците на медијаторот. Секоја страна ги сноси своите трошоци од постапката за медијација освен ако страните поинаку не се договорат. Трошоците се покриваат на

²⁴⁷ Член 11 став (5) од Законот за медијација, „Службен весник на Република Македонија“ бр. 60/06, 22/07 и 114/09.

еднакви делови секако освен ако не се имаат договорено поинаку. Наградите и надоместоците на медијаторот се наплаќаат на негова жиро сметка. Медијаторот може да побара од страните да донираат аванс за трошоците на постапката. По завршување на постапката за медијација пред определувањето на надоместокот медијаторот треба висината на износот на депонираниот аванс од страните да го одбие од вкупниот пресметан трошок. На утврдениот износ на име на награда медијаторот не е пресметан данок и истиот паѓа на товар на страните.²⁴⁸

Правилник за програмата за обука на медијатори и образецот за завршена обука за медијатор. Оваа програма се состои од Програма за почетна обука на медијатори и Програма за напредна обука на медијатори.²⁴⁹

Полномошно за застапување во медијација

(Меморандум на правното лице кое иницира медијација)

П О Л Н О М О Ш Н О

Го овластувам адвокат _____ (со наведување на основни податоци) да го застапува правното лице _____ (со наведување на целосен назив, седиште, ЕМБС, сметка банка, управител, е-маил) во постапка на медијација која ќе ја спроведе медијатор _____ (податоци за лиценцираниот медијатор), за решавање на спор со правното лице _____, предмет на спорот _____ (со краток опис на спорот) и вредност на спорот _____.

Застапувањето го опфаќа следниот делокруг на овластувања: (пример: поднесување на Барање за спроведување на постапката на медијација, деловна кореспонденција со _____)

²⁴⁸ Врз основа на член 24 ставовите (4) и (5) од Законот за медијација („Службен весник на Република Македонија“ бр. 60/06, 22/07 и 114/09, подзаконски акти.

²⁴⁹ Член 11 став 1 точка 4 од Законот за медијација („Службен весник на РМ“ бр. 60/06) министерството за правда донесе Правилник за програмата за обука на медијатори и образецот за завршена обука за медијатор.

медијаторот во интерес на спроведување на медијацијата, застапување во евентуални преговори доколку спротивната страна ја прифати поканата за учество во медијација, да прифати или да се откаже од одредено право или обврска во врска со предметот на спорот во текот на медијацијата, склучување и потпишување на евентуално постигната спогодба, застапување на страната иницијатор во постапка за солемизација на спогодбата пред надлежен нотар и доколку не заврши успешно постапката на медијација, да ја прими изјавата донесена од медијаторот како предуслов за натамошно иницирање на судска постапка со тужба).

Управител,

(потпис и печат)

НАПОМЕНА: Исто вака составено полномошно се издава и за застапување од дипломиран правник вработен кај правното лице кое ја иницира постапката на медијација

Образец – Барање за спроведување на медијација

(Меморандум на страната иницијатор)

До

Медијатор _____

(основни податоци и адреса)

ПРЕДМЕТ: Барање за спроведување на постапка на медијација

Согласно одредбата од чл.47 од Законот за изменување и дополнување на Законот за Парнична постапка (Сл.весник на РМ бр.124/15), Ве молам да спроведете постапка на медијација за решавање на спор со правното лице _____, со седиште _____, со ЕМБС _____, со с-ка (број на сметка и банка), застапувано од управител _____ со е-маил _____, мобилен/телефон _____.

Предмет на спорот е _____ (основ и краток опис).

Вредноста на спорот изнесува _____ денари (или евра во денарска противвредност).

Во прилог на Барањето, Ви доставувам:

1. полномошно за застапување од адвокат _____ од _____ со тел.број _____
2. Тековна состојба од ЦРРМ за страната иницијатор
3. Тековна состојба од ЦРРМ за спротивната страна

Датум и место

Со почит,

(потпис и печат)

(Управител)

5.5 Директива 2008/52/ЕЗ на Европскиот парламент и советот од 21 мај 2008 година во врска со одредени аспекти на медијацијата во граѓанските и трговските прашања

Целта на оваа директива е да го олесни пристапот до алтернативно решавање на спорови и да го промовира спогодбеното решавање на спорови преку поттикнување на употребата на медијација и преку гарантирање на балансирана врска меѓу медијацијата и судската постапка.²⁵⁰ Оваа директива се применува, во прекугранични спорови, за граѓански и трговски прашања освен во однос на правата и обврските што не се на располагање на страните според важечките применливи закони. Нема да опфати прашања од областа на приходи, царина или административни прашања или за одговорноста на Државата за дејствија и превиди во спроведувањето на државната власт (*acta iure imperii*).²⁵¹

²⁵⁰ Сл. весник С 321, 31.12.2003 година, стр. 1.

²⁵¹ Член 1, ДИРЕКТИВА 2008/52/ЕЗ НА ЕВРОПСКИОТ ПАРЛАМЕНТ И СОВЕТОТ од 21 мај 2008 година во врска со одредени аспекти на медијација во граѓански и трговски прашања,

5.5.1 Прекугранични спорови

За целите на оваа директива, прекуграничен спор е спор каде најмалку една од страните е со седиште или живеалиште во земја-членка која е различна од земјата- членка на другата страна, на датумот на кој: (а) страните се согласуваат да користат медијација по настанат спор; (б) медијацијата е наредена од страна на судот; (в) обврската да се користи медијација произлегува од националните закони; или

(г) за целите на член 5, се доставува покана до страните.²⁵²

За целите на оваа директива, се применуваат следните дефиниции: „медијација“ е структуриран процес, без оглед како е именуван, каде две или повеќе страни во спор се обидуваат самите на доброволна основа да постигнат пријателска спогодба за спорот со помош на медијатор. Овој процес може да биде започнат од страните или предложен

или наредан од страна на суд или пропишан со закон на одредена земја-членка.²⁵³ Тој опфаќа медијација водена од судија кој не е одговорен за никаква судска постапка во однос на конкретниот спор. Овој процес ги исклучува обидите од страна на судот или судијата за решавање на спорот во текот на судската постапка во врска со конкретниот спор. „Медијатор“ е секое трето лице кое е ангажирано да спроведе медијација на ефективен, непристрасен и компетентен начин, без оглед на називот или професијата на тоа трето лице во конкретната земја-членка или на начинот на кој тоа лице е назначено или задолжено да ја спроведе медијацијата.²⁵⁴

5.5.2 Обезбедување на квалитетот на медијација

Земјите-членки го поттикнуваат, на начин што го сметаат за соодветен, развојот на или придружувањето до кодексот на однесување на медијаторите и организациите што овозможуваат вакви услуги, како и други механизми на ефективна контрола во однос на обезбедувањето на медијаторски услуги.²⁵⁵ Земјите-членки ја охрабруваат првичната и

²⁵² Член 2 Став 1, 2, 3, ДИРЕКТИВА 2008/52/ЕЗ НА ЕВРОПСКИОТ ПАРЛАМЕНТ И СОВЕТОТ од 21 мај 2008 година во врска со одредени аспекти на медијација во граѓански и трговски прашања.

²⁵³ Член 3, Став 1, ДИРЕКТИВА 2008/52/ЕЗ НА ЕВРОПСКИОТ ПАРЛАМЕНТ И СОВЕТОТ

²⁵⁴ Член 3, Став 2, ДИРЕКТИВА 2008/52/ЕЗ НА ЕВРОПСКИОТ ПАРЛАМЕНТ И СОВЕТОТ

²⁵⁵ Член 4, Став 1, ДИРЕКТИВА 2008/52/ЕЗ НА ЕВРОПСКИОТ ПАРЛАМЕНТ И СОВЕТОТ

понатамошната обука на медијатори со цел да обезбедат дека медијацијата се спроведува на ефективен, непристрасен и компетентен начин во однос на страните.²⁵⁶

5.5.3 Прибегнување кон медијација

Судот пред кој се одвиваат дејствијата може, кога тоа е соодветно и имајќи ги предвид сите околности на случајот, да ги повика страните да користат медијација со цел да ги решат спорот. Судот може, исто така, да ги повика страните да присуствуваат на информативен состанок за употребата на медијација доколку такви состаноци се одржуваат и се лесно достапни и за двете страни.²⁵⁷ Оваа директива не е во спротивност со националното законодавство според кое медијацијата е задолжителна или подлежи на поттик или санкции, пред или по почетокот на судската постапка, доколку таквото законодавство не ги спречува страните да си го остварат правото на пристап до судскиот систем.²⁵⁸

5.5.4 Примена на спогодби што произлегуваат од медијација

Земјите-членки гарантираат дека за страните е можно, или пак за една од нив со директна согласност од другата, да побара примена на содржината на писмената спогодба што произлегува од медијацијата. Содржината на една таква спогодба се применува, освен во случај кога, содржината на таа спогодба е во спротивност со законот на земјата-членка каде се извршило барањето, или законот на таа земја-членка не опфаќа нејзина спроведливост. Содржината на спогодбата може да се примени од страна на суд или друг надлежен орган во пресуда или договор или со автентичен инструмент во согласност со законите на земјата-членка каде е поднесено барањето. Земјите-членки ја известуваат Комисијата за судовите или другите органи надлежни да примаат барања.²⁵⁹

5.5.5 Доверливост на медијацијата

Со оглед на тоа што медијацијата има за цел да се одржи на начин на кој ќе се почитува доверливоста, земјите-членки гарантираат дека, освен ако страните не се договорат

²⁵⁶ Член 4, Став 2, ДИРЕКТИВА 2008/52/ЕЗ НА ЕВРОПСКИОТ ПАРЛАМЕНТ И СОВЕТОТ

²⁵⁷ Член 5, Став1, ДИРЕКТИВА 2008/52/ЕЗ НА ЕВРОПСКИОТ ПАРЛАМЕНТ И СОВЕТОТ

²⁵⁸ Член 5, Став 2, ДИРЕКТИВА 2008/52/ЕЗ НА ЕВРОПСКИОТ ПАРЛАМЕНТ И СОВЕТОТ

²⁵⁹ Член 6, ДИРЕКТИВА 2008/52/ЕЗ НА ЕВРОПСКИОТ ПАРЛАМЕНТ И СОВЕТОТ

поинаку, ниту медијаторите ниту оние вклучени во администрацијата на процесот на медијација нема да бидат присилени да откриваат докази во граѓански и трговски судски постапки или арбитража во однос на информации што произлегуваат од или во врска со процесот на медијација, освен : кога ова е потребно од причини примарни за јавната политика на засегнатата земја-членка, особено кога е побарано за да се обезбеди заштита на најдобрите интереси на децата или поради заштита од повреда на физичкиот или психолошкиот интегритет на лицето, или кога е потребно обелоденување на содржината на спогодбата што произлегува од медијација со цел да се примени или спроведе истата. Ништо не ги спречува земјите-членки од донесување на построги мерки за заштита на доверливоста на медијацијата.

Информации за општата јавност, земјите-членки ја поттикнуваат примената на медијацијата, на начин за кој сметаат дека е соодветен, достапноста до општата јавност, особено преку интернет и други јавни медиуми, на информациите за тоа како да се стапи во контакт со медијатори и организации што овозможуваат такви услуги.²⁶⁰

5.6 Финансископравни аспекти на медијацијата

Бизнисот брза, трендот на интензивно намалување на трошоците, зголемување на ефикасноста, технолошките придобивки со можности за моментален трансфер на информации, мобилност во сите сегменти од живеењето, ја наметнуваат потребата да се надмине традиционалното водење на судските постапки и да се бараат нови начини за ефикасно разрешување на спорите и конфликтите преку иницирање на алтернативни постапки како медијацијата.

Имајќи предвид дека парницата традиционално се изучува во рамките на правната наука, и во рамките на нејзиниот процесен закон, се поставува логично прашање: зошто економисти, или адвокатите кои ја почитуваат економската логика, би биле заинтересирани да ја испитуваат оваа област која е дел од правото? Одговорот на поставеното прашање може да биде следниов: *прво*, начинот на кој страните го решаваат спорот, да речеме, преку судски спор или арбитража, има огромно влијание врз трошоците за функционирање на целиот правен систем (т.н. административни

²⁶⁰ Член 9, ДИРЕКТИВА 2008/52/ЕЗ НА ЕВРОПСКИОТ ПАРЛАМЕНТ И СОВЕТОТ

трошоци); *второ*, методот со кој се решава спорот, како и трошоците кои ги бара секој метод поединечно создаваат стимулации за страните да ги избегнат потенцијалните спорови; и *трето*, економската анализа обезбедува објаснување зошто некои лица во спорот влегуваат во спогодба, а другите ја продолжуваат парницата до правосилна судска пресуда.

Од овие три одговори произлегуваат три важни импликации. Прво, затоа што различните методи на решавање на спорите создаваат различни трошоци, отворајќи простор за компаративна економска анализа на овие методи засновани на критериуми за економска ефикасност. Второ, имајќи ги предвид различните методи и трошоците за истите, и влијанието на однесувањето на потенцијалните страни, произлегува дека овие методи можат да послужат како средство за спречување на идни непожелни однесувања и спорови. Трето, со оглед на тоа дека економската анализа ги објаснува импликациите на различните методи за решавање на спорови, кои се јавуваат врз основа на условен избор на стимулациите создадени со различни методи се создава основа за примена на корективни политики кои би ги намалиле трошоците преку унапредување на судската парница. Прво, потребно е да се испитаат стимулациите на странките (тужителот и тужениот) во врска со преземањето на разни парнични дејствија во парничните постапки, како што се: поднесување на тужба, одење на судење или спогодување, предлагање на докази и друго. Преземањето на овие парнични дејствија во голема мера зависи од: начинот на распределба на парничните трошоци; начините на плаќање на адвокатите; начинот на размена на информации помеѓу страните во спорот; веројатноста за успех на судењето; од тоа дали странките се осигурани или не; и низа други фактори, кои треба јасно да се идентификуваат. Затоа и (проблематично) се забележува однесувањето на парничарите во граѓанската постапка и, особено, во непосредниот процес на преговорите, бидејќи резултатот од парницата зависи од неговиот исход да започне или да продолжи ако е веќе започната. Притоа, го потенцираме тоа дека стимулациите за порамнување, како последица на директните преговори помеѓу странките, го набљудуваме во однос на стимулацијата за одење на суд, бидејќи станува збор за две поврзани дејствија на странките.

Да додадеме дека е важно да се испита, покрај приватните стимулации, и социјалните стимулации поврзани со преземање на разни парнични дејствија. Имено, со оглед на тоа дека поднесувањето на тужбата е скапо, приватните стимулации на странките во постапката можат значително да ги отстапат социјални стимулации и со тоа да се намали

или зголеми фреквенцијата на парницата или на порамнувањето. Нас не интересира со кои инструменти бројот на тужбите и порамнувања може да доведат до општествено прифатливо ниво.

Во следниот табеларен приказ ќе ги прикажеме финансископравните аспекти на медијацијата преку споредба со судските разрешувања.²⁶¹

	Суд (државен)	Медијација
Време	Трговските спорови кои се водат пред редовни државни судови во просек траат една година. По донесување на првостепена одлука, странките можат да вложат правен лек против одлуката, со што постапката продолжува и може да потрае неколку години до нејзиното правосилно завршување . Од 3 до 6 години	Најбрз алтернативен метод за решавање на спорови, чие времетраење во најголема мера зависи од волјата на страните за изнаоѓање на заемно прифатливо решение
Трошоци	Вкупните трошоци за иницирање и завршување на судска постапка пред државен суд варираат во зависност од вредноста на предметот на спорот, а во нив се вклучени судските такси, адвокатските награди, како и надоместоците за вештите лица, сведоците и другите учесници во судската постапка	Најниски вкупни трошоци во споредба со судската и арбитражната постапка. Нема скриени трошоци
Непристрасност во одлучување	Странките немаат можност да влијаат врз одлуката за избор на судечкиот судија т.е. со поднесување на тужбено барање до судот се врши автоматска компјутерска распределба на предметот помеѓу судиите	Непристрасност на медијаторот кој е избран со постигната согласност на страните во спорот. Целосно влијание на страните над процесот

²⁶¹ Извор: “Медијацијата како ефикасен начин на алтернативно решавање на спорите” Скопје, 25.09.2019 година, Стопанска комора на Македонија.

	Суд (државен)	Медијација
Стручност	Судечките судии се правници – специјализирани за одредени правни области и постои голема веројатност истите да немаат познавање од предметната област на спорот, па затоа се прават дополнителни трошоци преку ангажирање на вешти лица	Медијаторот може да биде лице со специјализирани познавања од сферата на припадност на спорниот однос (медијатори специјализирани за одреден вид на спорови)
Степени на одлучување	Судската постапка се одвива во повеќе фази, во зависност од тоа дали против првостепената одлука странките ќе вложат правни лекови, со што се оддолговлекува постапката и на крај резултира со преиначување или потврдување на првостепената одлука	Страните во спорот се единствен авторитет, со насоките на медијаторот и прилагодување на нивните ставови се доаѓа до спогодбата (ефект на двојна добивка)
Автономија на странките	Судот при одлучување применува процесни закони, според чии основни начела, автономијата на волја кај странките е ставена во рамки на законските начела и на тој начин странките се ограничени во своето дејствување. Нема расправање надвор од тужбеното барање	Осврт врз емоционалниот аспект на спорот, кој често е суштинска причина за истиот. Нема тужбено барање, се расправаат прашања кои ќе се наметнат во моментот, а за кои

	Суд (државен)	Медијација
Доверливост	Постапката пред државен суд е јавна т.е. секое лице може да присуствува на судско рочиште, со што се губи доверливоста на предметот, а дополнително може да се бара увид во судската документација и известувања за одредени предмети	Доверливост на постапката и законско ограничување да предлози искажани при постапката на медијација бидат искористени како аргумент во подоцнежна судска или арбитражна постапка
Предвидливост на постапката	Строго пропишана но непредвидлива	Флексибилност во постапка
Иницирање на постапка	Тужба	Барање или предлог преку суд
Завршување	Пресуда	Потврда за запирање на постапката или спогодба

5.7 Финансископравни аспекти за државата

Државата може во секој случај, доколку се испочитуваат основните начела за медијација, да има позитивни ефекти од тоа. Прво, се гради поволен деловен амбиент во кој економските субјекти несметано работат и се мотивирани да инвестираат, со што се постигнува најголемата придобивка за секоја национална економија.

Потоа, се намалуваат потребите на судскиот буџет, зошто се намалува бројот на споровите и сите директни трошоци и ресурси врзани за тие процеси, но и индиректно опортунитетни трошоци за сите учесници во постапките.

Најголема е придобивката за економските субјекти и населението, кое наместо да се изложува на високи судски трошоци и други ресурси, се насочува на други продуктивни активности кои ја зголемуваат нивната благосостојба, и во крајна линија благосостојбата во држава, што е основна цел на секоја современа држава.

Државата и нејзините органи, тела, јавноправни субјекти често се соочуваат со разни спорови од меѓународен карактер, кој обично се од големо материјално и нематеријално значење, а кои ве секој случај бараат ангажирање на многу разни ресурси во одбрана на националните интереси.

Стопанската комора на Македонија ја поддржува Медијацијата, со главна цел популаризација на овој начин на вонсудско решавање на споровите

Со популаризација на медијацијата ќе се намалат непотребно долгите и скапи спорови и ќе се зголеми ефективната во надминување на конфликтите во ставовите на страните, преку наоѓање решенија прифатливи за двете страни.

Во оваа насока а со цел поддршка на медијацијата и поголема нејзина афирмација и достапност до компаниите, на 15.07.2016 година во Стопанската комора на Македонија се формираше Асоцијација за поддршка на медијацијата (АПМ) каде членки се лиценцирани медијатори, експерти од конкретната област, институции и фирми кои сакаат да чествуваат во поддршката на медијацијата

Глава 6. Финансиско-правни аспекти на медијацијата во регионот и пошироко

Медијација како метод за мирно решавање на спорови, е предвидена со акти на меѓународни организации со цел да се овозможи мирно решавање на спорови на глобално ниво. Тоа е предвидено со актите на организациите како што се: Меѓународниот центар за решавање на инвестициски спорови (ICSID), Комисијата на ООН за Меѓународно трговско право (UNCITRAL), Светска организација за интелектуална сопственост на имот (WIPO). Имајќи ги предвид сите предности на алтернативните методи за решавање на спорови, Советот на Европа даде голем број препораки за медијација која ја препорачува на своите земји-членки, да создадат услови за нејзина поширока примена.²⁶² Искуствата во примената на медијација, пред се во американските и европските земји, посочуваат дека медијацијата претставува исклучително ефикасен метод за решавање на спорови.²⁶³

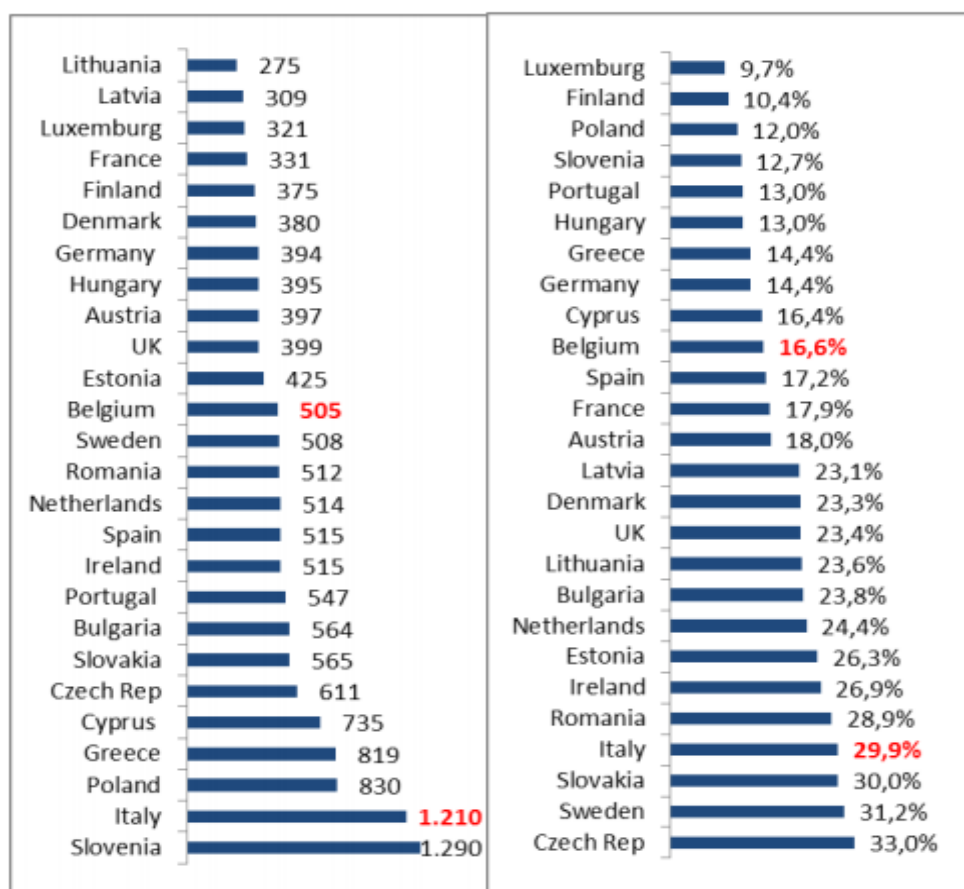
Компаративните истражувања покажуваат дека во последниве години медијацијата е доста фаворизирана и дека во многу земји овој метод на процес доживува вистинска

²⁶² Conseil de l'Europe <http://www.coe.int>

²⁶³ Н. Петрушић, нав. дело, стр. 5.

експанзија. Како прилог на ова можеме да ги земеме како почетна точка податоците на Светска банка за деловно работење, во табелата подолу, која претставува проценка на Светска банка за времето, во денови, потребни за решавање на спорот и трошоците за странките за решавање на спорот во 26-те земји-членки на ЕУ. Времето е мерено во календарски денови, почнувајќи од моментот кога тужителот ќе ја поднесе тужбата до судот до извршување на пресудата. Трошоците се евидентираат како процент од побарувањето, што се претпоставува дека е еквивалентно на 200% приход по глава на жител (за оваа бројка, три вида на трошоци се евидентираат: судски трошоци, трошоци за извршување и просечни адвокатски такси.).

Време и трошоци за решавање на спор во Европа



Извор: “Doing Business- Enforcement Contract 2009”, World Bank

Податоците собрани од Светска банка се извонредни во опсегот на време и трошоци. Просечната должина на постапката се движи помеѓу 275 дена во Литванија до 1,290 денови во Словенија. За Белгија, користењето на само пристапот во еден чекор трае просечно 505 денови за решавање на спор во белгиските судови. За Италија, користејќи пристап во еден чекор потребни се просечно 1,210 дена за да се реши спорот пред италијанските судови.

Податоците погоре ги претставуваат резултатите во системот каде што споровите имаат само еден избор за тоа како да се реши нивниот спор: да водат парница на суд. Напротив, како што знаеме, Директивата за медијација од 2008 година ја поттикнува употребата на пристап во повеќе чекори (медијација, потоа суд или арбитража). Следствено, пристапот во два чекора ја предвидува медијацијата како дел од решението за решавање спорови. За пристапот во два чекора, споровите треба прво да одат кај медијатор или организација што обезбедува медијација (чекор еден), и само ако медијацијата не успее, споровите или спорот продолжуваат на суд (чекор два) Овој пристап може да биде наложен со закон, што го бара судска програма или бара договор ако едната страна поднела барање за медијација во текот на траењето на спорот.

На ова секако, претходеа долгорочни и континуирани активности насочени кон создавање на оптимални услови за примена и подобрување на медијацијата и другите методи за мирно решавање на спорови. За таа цел, бројни центри се основани во голем број земји и други слични институции, кои се под покровителство и спонзорство и поддршка од државните и локалните власти, администрирајќи го процесот на медијација и обезбедувајќи технички услови за успешно спроведување на активности поврзани со медијацијата. Во САД, Канада, Јапонија, Велика Британија, како и во многу други земји, постојат исклучително разгранети и фрагментирани мрежи на институции за медијација, кои постепено стануваат своеврсна алтернатива на националните државни судски системи. Јавните и приватните центри за медијацијата, чиј број постојано се зголемува, им помагаат на правните лица да го составуваат и уредуваат текстот на договорот за медијација и им ги нудат услугите на нивните компетентни и искусни медијатори, кои преку соодветна обука ги совладале специјалните техники и вештини потребни за успешно медијаторство.

Истражувањата покажуваат дека во многу земји успехот на медијацијата од годината во година расте во последниве години и дека зоната на „медијабилни,, спорови

континуирано се проширува и вклучува спорови кои традиционално биле предмет на судска постапка.

Southeast Europe Enterprise Development (SEED)²⁶⁴ го иницираше проектот за APC во јануари 2003 со идеја за подобрување на пристапот до правда и финансирање за малите и средни претпријатија (МСП). Од јуни 2005 година, нова регионална програма под името Private Enterprise Partnership for Southeast Europe (PEP SE) ги презеде активностите кои претходно беа имплементирани од страна на SEED. Целта на проектот е да се овозможи создавање на соодветно правно окружување и позитивна деловна клима која ќе го подобри пристапот до финансии на МСП, преку воведување на медијацијата како алтернатива на решавањето на стопанските спорови во судска постапка. Воведувањето на механизам кој ќе овозможи побрзо и задоволувачко решение на деловните спорови, ќе го направи деловното окружување попривлечно за странски инвестиции, подобрувајќи ја одржливоста и потенцијалите за раст на МСП-ја. Се очекува APC да има голем учинок за успешноста на МСП-ја, со оглед на тоа дека им помага на компаниите да ги ослободат средствата заглавени во долгите и скапи судски постапки.

Целокупниот APC проект со состои од неколку елементи: изготвување нацрт правна регулатива, обезбедување на обука за медијатори, пилот проект со еден суд, градење на капацитетот на Здружението на медијаторите, како и сеопфатна кампања за подигање на јавната свест.

Кон ова, треба да се напомене дека и во остатокот од Централна и Југоисточна Европа постојат различни иницијативи за воведување и примена на медијација за решавање на натрупаните предмети и/или за подобрување на деловното и правното окружување. Притоа, без оглед на регулативата: со посебен закон или во рамките на друг закон, судски или вон-судски, медијацијата станува популарна и како поим и како надеж за многу случаи, особено кога силите меѓу спорните страни се избалансирани а постои добра волја да се сочуваат деловните односи.

Последните искуства од Словенија покажуваат дека 54% од стопанските спорови се решаваат преку медијација, во најголем дел уште на првата медијаторска сесија.²⁶⁵ Овие податоци, одраз на доброволната активност на судиите на Судот во Љубљана, обучени

²⁶⁴ Southeast Europe Enterprise Development (SEED) supported the development of Small and Medium Enterprises (SMEs) as well as individuals and institutions that serve the needs of SMEs and will enhance the broader enabling environment in which all of these stakeholders operate,

²⁶⁵ Report on statistical data of the pilot programme of ADR with mediation at the District Court in Ljubljana, Jan-Oct. 2003,

за медијација, носат оптимизам и охрабрување на сите кои сакаат да ја искористат приликата за примена на медијаторските услуги.

6.1. Медијацијата во Република Хрватска

Медијацијата во Хрватска прв пат е употребена во компанијата Кончар Груп во почетокот на 2000 година за решавање на внатрешни спорови. Неколку години подоцна, во јуни 2003 г. првите 100 медијатори ја завршиле основната обука за медијација, која ја спровеле американски стручњаци. Примената на медијацијата продолжила на 19.09.2003 г. кога е основано Хрватското здружение на медијатори, кое подоцна имало голема улога за промоција на медијацијата, едукација и меѓународната соработка.²⁶⁶

Законската рамка за помирување во Хрватска ја сочинува Законот за миреење,²⁶⁷ одредби од Законот за парнична постапка,²⁶⁸ Закон за облигациони односи,²⁶⁹ Закон за работни односи²⁷⁰ и Закон за одговорност за штета настаната од терористички акти и јавни демонстрации.²⁷¹ Во Хрватска, Законот за миреење е донесен во 2011 г. со кој се уредува миреењето во граѓанскоправните спорови, вклучувајќи ги и споровите од трговијата, работните и други односи во кои странките можат слободно да располагаат со своите права, ако за некои од тие спорови со посебен пропис не е нешто друго определено. Како основна цел на носењето на овој закон, наведено е олеснување на пристапот за миреење како одговорна постапка за решавање на спорови, осигурување на достапноста за миреење, зајакнување на свеста за миреење со примена на оваа постапка, како и осигурување на рамнотежниот однос помеѓу миреењето и судската постапка.

Според Законот за миреење, “миреење е секоја постапка, без оглед на тоа дали се спроведува пред суд, институција за миреење или надвор од нив, во која странките настојуваат договорно да го решат спорот со помош на еден или повеќе помирувачи кои

²⁶⁶ European Parliament, Policy department C, Citizens rights and constitutional affairs, *Rebooting the mediation directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU*, 2014, Publication office, достапно на [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOLJURI_ET\(2014\)493042_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOLJURI_ET(2014)493042_EN.pdf), стр.75

²⁶⁷ „Narodne novine“, br. 18/2011, Закон за миреење.

²⁶⁸ „Narodne novine“, br. 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13, 89/14.

²⁶⁹ „Narodne novine“, br. 103/2015

²⁷⁰ „Narodne novine“, br. 93/2014

²⁷¹ „Narodne novine“, br. 117/2003.

на странките му помагаат да постигнат согласност, без овластување да му наметнат задолжително решение”.²⁷² Начелата на кои се заснова мирењето во Хрватска се: начелото на доброволност, ефикасност на постапката, еднаквост на странките во постапката, автономија на странките во постапката, доверливост во постапката и непристрасност.

Договорот склучен во постапката за помирување ги обврзува странките кои ја склопиле. Договорот кој е склучен во постапката за мирење е извршна исправа ако во него е утврдена обврска на постоење на некој факт за кој странките можат слободно да располагаат, и ако содржи изјава од должникот за непосредно извршување (клаузула на извршност). Спогодбата за извршување ќе се одбие ако такво договарање не е допуштено, ако нагодбата е спротивна на јавниот поредок или ако содржината на нагодбата е неспроведлива или невозможна.²⁷³ Страните кои почнале да го решаваат нивниот спор во согласност со Законот за мирење не го губат правото на решавање на спорот по пат на судска, арбитражна или друга постапка, заради застареност или преклузивен рок.

Во Хрватска правото на помирување е задолжително во 3 случаи:

- 1) кога физичкото или правно лице сака да покрене парнична постапка против Република Хрватска, должно е да се обрати до народниот правобранител со барање за мирно решавање на спорот,
- 2) во случај во спор за склучување, измена или обновување на колективни договори или друг сличен спор кој може да доведе до штрајк или друг облик на немири, неисплаќање на плати, односно неисплаќање на прекувремената работа и
- 3) во случај на развод на брак кој е покренат со тужба или со договор, а брачните другари имаат малолетни деца, посвоени деца или деца на кои му е продолжено родителското право по полнолетството.²⁷⁴

Во Република Хрватска постојат следниве облици на мирење:

- 1) мирење пред суд,

²⁷² Член 3. став 1. точка 1. Закон за мирење

²⁷³ Член 13. од Закон за мирење

²⁷⁴ Н. Čičin-Šain, *Aspekti pravnog uređenja mirenja u Hrvatskoj*, Pravnik, Vol. 44, No. 88, Zagreb, 2010, str. 112.

- 2) мирење пред останатите домашни институции и
- 3) вонсудско порамнување во кривична постапка.²⁷⁵

²⁷⁵ М. Милошевиќ, *Алтернативно решавање спорова с посебним освртот на медијацију*, Београд, 2014, стр. 63. – 64.

6.2. Медијацијата во Црна Гора

Во црногорското законодавство посредувањето е регулирано со Законот за посредување,²⁷⁶ Законот за парнична постапка,²⁷⁷ и парничниот закон.²⁷⁸ Посредувањето е со закон дефинирано како постапка во која страните, со помош на еден или повеќе посредници, се обидуваат да го решат спорот.

Во поглед на имплементацијата на Законот за посредување, најпрвин се пристапува кон заокружување на нормативната рамка. Донесен е Правилник за обука за посредници,²⁷⁹ Правилник за начинот на водење на регистарот за посредување²⁸⁰ кој овозможува да се изврши обука за посредници. Формирана е комисија за назначување и разрешување на посредници, на предлог на Министерот за правда. Во рамката на овој проект формиран е Центар за посредување кој го презел раководењето со проектот од Министерот за правда, и усвоен е Етички кодекс за посредници.²⁸¹ Министерството за правда води регистар на посредници. На основа на утврдената евиденција, министерството му доставува список на судовите со име, презиме, адреса и број на телефон на посредниците.²⁸²

Спорот може да се реши со посредување во било која фаза од судската постапка во рок од 90 дена, откако судот ја упатил странката на посредување. Постигнатиот договор има дејство на судско порамнување, ако судијата го земе на записник, освен ако со посебен закон не е поинаку пропишано.²⁸³ Странките можат да се откажат од постапката за посредување во било која фаза и да продолжат со судска постапка.²⁸⁴

Посредувањето е дозволено во граѓанските спорови (спорови за надомест на материјална и нематеријална штета, спорови од договорното право, спорови заради смеѓавање на владение, службеностите, како и спорови од имотни односи и др) економските спорови (од областа за надомест на штета, осигурување, договорни односи, авторски права, од областа на индустриска сопственост, од областа на монополското

²⁷⁶ „Сл. лист РЦГ“, бр. 30/2005 и 29/2012.

²⁷⁷ „Сл. лист РЦГ“, бр. 22/2004, 28/2005 – одлука УС i 76/2006 и „Сл. лист ЦГ“, бр. 47/2015 – др. закон и 48/2015.

²⁷⁸ „Сл. лист РЦГ“, бр. 1/2007.

²⁷⁹ „Сл. лист РЦГ“, бр. 18/2003

²⁸⁰ „Сл. лист РЦГ“, бр. 146/2004

²⁸¹ „Сл. лист РЦГ“, бр. 146/2004.

²⁸² Влада Црне Горе, Министарство правде, *op. cit.*, стр. 4.

²⁸³ Члан 36. став 3. Закона о посредовању, „Сл. лист РЦГ“, бр. 30/2005 и 29/2012.

²⁸⁴ Vlada Crne Gore, Ministarstvo pravde, *op. cit.*, стр. 8.

дејствување, потрошувачки спорови, банкарски спорови и стечај, статусни спорови и др.), семејни спорови (развод на брак, издржување, спорови во однос родител дете, спорови за утврдување и оспорување на татковство, спорови заради делба на имот) и работни спорови, и по покренување на постапката пред суд.

Доколку странките не се договориле поинаку, покренувањето на постапката за посредување не се прекинува со застарување во однос на барањата кои се предмет на постапката за посредување. Ако е по закон правото за поднесување барање за заштита на правата или тужба во некој спор со ограничен преклузивен рок, тој рок се зема во предвид од денот кога предлогот за покренување на постапката е одбиен или се смета за одбиен, односно кога посредувањето завршено без заклучување на порамнување.²⁸⁵

6.3. Медијацијата во Република Словенија

Законот за медијација (усвоен на 23.05.2008 година, на сила од 21 јуни 2008 година) - содржи основни принципи и правила за постапката за медијација; ја транспонира Директивата 2008/52 / ЕЗ на Европскиот парламент и на Советот за одредени аспекти на медијација во граѓански и трговски прашања во словенечкото право. Актот за медијација се однесува на сите медијации / прекугранични и внатрешни / во спорови што произлегуваат од граѓански, трговски, работнички, семејни и други имотни односи во врска со побарувања што слободно можат да бидат отстранети и решени од страните (чл. 2, став 1). Неговите одредби се однесуваат и на медијација во други спорови, се додека тоа е во согласност со природата на правниот однос од кој се појавил спорот и ако тоа не е исклучено со закон.

Во Република Словенија, медијацијата меѓу сторител и жртва како вонсудска постапка добива законска основа уште во 1998 година со донесување на измените на Законот за кривична постапка. Се применува за избегнување на формалната судска постапка како право на јавниот обвинител, под одредени законски услови, да ги упати сторителот и жртвата спорот да го решат по пат на медијација. Постигнатиот договор кој преставува взаемно прифатливо решение за двете страни резултира во запирање на понатамошната судска постапка. По донесување на измените на Законот, основно јавно обвинителство

²⁸⁵ Члан 38. Закона о посредовању, „Сл. лист РЦГ“, бр. 30/2005 и 29/2012.

во 1999 година донесе Генерални инструкции за условите и околностите за упатување на кривични пријави за постапка за медијација меѓу сторител и жртва.²⁸⁶ Во 2002 година е спроведена првата пилот програма во Словенија од страна на Окружниот суд а со помош на PHARE програмата на ЕУ и на специјално обучени медијатори од Холандија. Во оваа програма во рок од 4 години, се решени околу 1200 предмети (60% од вкупно поднесените).²⁸⁷

6.4. Медијацијата во Босна и Херцеговина (БиХ)

За воведување на медијацијата во Босна и Херцеговина од пресудно значење беше формирањето на Здружението на медијатори во Босна и Херцеговина, кое е носител на идејата и на активностите за создавање правна рамка, давање услуги и промоција на медијацијата како алтернативен начин на решавање спорови.

Идејата за основање здружение на медијатори потекнало од групата посетители на обуката „Трета неутрална страна“, која на подрачјето на Босна и Херцеговина од 1998 г. ја спроведуваше Канадскиот институт за решавање конфликти.

Здружението на медијатори во БиХ е основано во март, 2002 г. со основна цел создавање услови за воведување на медијацијата како алтернативен начин на решавање спорови во Босна и Херцеговина, нејзино промовирање, преку едукација на вработените во правосудството и на јавноста за процесот на медијација. Намерата е медијацијата да се воведо во практиката како механизам кој на граѓаните и правните лица ќе им понуди прифатлив, ефикасен и одржлив начин на решавање спорови, а притоа ќе помогне и во намалување на оптовареноста на судовите во Босна и Херцеговина.

Денес, здружението дава услуги на медијација, врши стручна обука за медијација и пред законодавните власти се залага за создавање нормативна рамка и други предуслови за примена на медијацијата во различни области, го промовира овој вид решавање спорови

²⁸⁶ Сл.весник на РС бр.49/99

²⁸⁷ Casopis centra za mir, nenasilje i ljudska prava Osijek, broj: 10 / godina 2006: tema: Pet godina mirenja u Sloveniji, стр.22;

во земјата, како и ги следи движењата и достигнувањата во областа на алтернативното решавање спорови во развиените земји на светот.

Како основа за воведување на медијацијата во практика во Босна и Херцеговина, во 2002 г. се пристапки кон работа на дополнување на процесните закони, за во нив да се вклучи одредба со која се овозможува судијата предметот да го упати на медијација.

Во овој процес, се воспостави соработка со министерствата за правда, здруженијата на судии и обвинители од двата ентитета, со Независната судска комисија, Американската адвокатска комора - ABA CEELI.

Одредбата за медијација е вградена во законите за парнична постапка (на ниво на БиХ и на ентитетите), законите за кривична постапка на ентитетите и во законот за прекршоци на ниво на БиХ.²⁸⁸

Законите за парнична постапка на Република Српска и на Федерацијата БиХ наведуваат дека најдоцна на подготвителното рочиште, судот може, доколку оцени дека тоа е целисходно, со оглед на природата на спорот и на другите околности, да им предложи на страните спорот да го решат во постапка на медијација, додека страните спогодбено може да дадат таков предлог до заклучувањето на главната расправа.

Кога станува збор за кривичните закони на ентитетите, тие медијација ја предвидуваат при одлучување за имотно-правно барање. Судот на оштетениот и на обвинетиот, т.е. на бранителот може да им предложи постапка на медијација во согласност со законот, ако оцени дека имотноправното барање е такво што е целисходно да го упати на медијација. Предлог за упатување на медијација може да дадат и оштетениот и обвинетиот, односно бранителот до завршување на главниот претрес.

Законот за прекршоци на Босна и Херцеговина, исто така, ја наведува медијацијата како можност кај имотно-правното барање.

Во тој период била промовирана и идејата за воведување на медијацијата во практика во Босна и Херцеговина и се најстојувало да се добие финансиска поддршка за првите активности кои би опфатиле донесување закон, основање на центар за обука на новите

²⁸⁸ Законот за парнична постапка на Република Српска (Службен гласник на РС 58/03), Закон за парнична постапка на Федерацијата БиХ (Службен весник на ФБиХ 53/03), Закон за парнична постапка пред Судот на Босна и Херцеговина (Службен гласник на БиХ 36/04), Закон за кривична постапка на Република Српска (Службен гласник на РС 50/03), Закон за кривична постапка на на Федерацијата БиХ (Службен весник на ФБиХ 35/03), Закон за прекршоци на Босна и Херцеговина (Службен гласник на БиХ 20/04).

медијатори и студиски патувања. За воведување на медијацијата како алтернативен начин за решавање спорови во Босна и Херцеговина, интерес покажа Програмата за развој на претприемаштвото во Југоисточна Европа - SEED, која покренала проект за воведување алтернативно решавање спорови - проектот ADR.

Овој проект, меѓу другите активности опфати и изработка на Нацрт-закон за постапката на медијација, кој требаше да овозможи нејзина целосна примена. По потпишувањето на партнерскиот договор со SEED, се формира работна група, во чиј состав беа и претставници од Здружението на медијатори, која го изработи Нацрт-законот и го предаде во процедура на Собранието на министри на Босна и Херцеговина. Парламентот на БиХ го усвои законот²⁸⁹ во јуни, 2004 г.

Законот за постапка на медијација ја дефинира постапката на медијација, принципите и улогата на медијаторот во процесот, и роковите, доколку судската постапка е во тек. Тој ги подразбира принципите на доброволност, доверливост, неутралност и непристрасност.

Медијацијата, во смисла на овој закон, е постапка во која трето неутрално лице (медијатор) им помага на страните во настојувањето двострано да постигнат прифатливо решение на спорот. Тој на страните не може да им наметне решение на спорот. Постапката на медијација ја води медијатор поединец, освен ако страните не се договорат постапката да ја водат повеќе медијатори.

Страните во спорот може да се спогодат, пред и по покренувањето на судската постапка до заклучување на главната расправа, спорот да го решат во постапка на медијација. Ако страните пред покренување на судската постапка не се обиделе да го решат спорот во постапка на медијација, судијата кој ја води судската постапка може, ако оцени дека тоа е целисходно, на подготвителното рочиште да им предложи на страните спорот да се обидат да го решат во постапка на медијација.

Страните заеднички избираат медијатор од листата која ја определува Здружението. Ако страните не можат да се договорат околу изборот на медијаторот, медијаторот го именува Здружението.

²⁸⁹ Закон за постапка на медијација (Службен гласник на БиХ 37/04).

Страните во спорот доброволно покренуваат постапка на медијација и учествуваат во постигнување обострано прифатлива спогодба. Постапката е доверлива и изјавите на страните изнесени во постапката на медијација не смее без нивно одобрение да се користат како доказ во било која друга постапка.

Страните во постапката на медијација имаат еднакви права. Медијаторот ќе посредува на неутрален начин, без било какви предрасуди во однос на страните и предметот на спорот.

Постапката на медијација се покренува со писмен договор за медијација кој го потпишуваат страните во спорот и медијаторот, со што изјавуваат прифаќање на начелата на медијација, како и на одредбите за трошоците на постапката, што го вклучува и надоместот за медијаторот.

Ако судската постапка е веќе во тек, страните кои се спогодиле спорот да го решат во постапка на медијација се должни за тоа да го известат судијата кој ја води судската постапка, со доставување на копија од договорот за медијација. Ако страните во текот на парничната постапка, по сопствена иницијатива или по предлог на судијата, се спогодиле спорот да се обидат да го решат во постапка на медијација, судот ќе го одложи рочиштето на период од најмногу 30 дена.

Доколку страните во спорот се физички лица, нивното присуство во постапката е задолжително. Интересите на страните во постапката може да ги застапуваат нивните законски застапници или полномошници. На постапката може да присуствуваат и трети лица, со согласност на страните, и тие мора во писмена форма да се обврзат дека ќе го почитуваат принципот на доверливост на постапката на медијација.

Страните мора, благовремено, на медијаторот да му ја достават релевантната документација во врска со предметот на спорот.

Постапката на медијација може да ја прекине секоја странка во било кој момент на постапката, како и медијаторот, доколку оцени дека понатамошното водење на постапката не е целисходно или ако постојат или се појават причини кои го спречуваат да биде неутрален и непристрасен. Во текот на постапката на медијација, медијаторот може да води и одвоени разговори со секоја странка поединечно.

Медијаторот нема да дава ветувања, ниту ќе гарантира одреден резултат од постапката на медијација.

Кога страните во постапката на медијација ќе изнајдат решение на спорот, со помош на медијаторот, ќе состават писмен договор за спогодбата и ќе го потпишат. Овој договор има сила на извршна исправа. Кога парницата е во тек, страните се должни да го известат судот за исходот од постапката на медијација.

Медијаторот подлежи на одговорност за штетата која ќе и ја нанесе на странката со своето незаконско постапување според општите правила на одговорност за штета, па со тоа и на дисциплинска одговорност во согласност со актите на здружението.

Медијаторот не смее да постапува во предмети во кои има или имал личен интерес, личен, семеен или деловен однос со некоја странка во спорот, или ако постојат други околности кои ја ставаат под сомнеж неговата непристрасност, како ниту во предмети во кои постапувал како судија, бил полномошник, законски застапник или советник на една од страните. Медијаторот може да води постапка на медијација во овие случаи само ако страните и откако биле известени за постоењето на тие околности, се согласни тој да ја води постапката.

Наградата и надоместот на трошоците на медијаторот, во висина пропишана со акт на здружението, како и другите трошоци неопходни за спроведување на постапката на медијација, страните ги снесат во еднакви делови, освен ако со договорот за медијација не е поинаку предвидено.

Кога станува збор за условите за занимавање со дејноста медијација, медијатор може да биде лице кое ги исполнува општите услови за вработување, има висока стручна подготовка, завршена обука според програмата на здружението или според друга програма која здружението ја признава и кое е запишано во регистарот на медијатори што го води здружението.

Во рамките на партнерскиот договор со SEED (денес Меѓународната финансиска корпорација – IFC) изработена е методологија и покренати се два пилот-проекта за воведување на медијацијата во решавање предмети кои се водат во Основниот суд во Бања Лука и во Општинскиот суд во Сараево.

Првиот пилот-проект е покренат во март, 2003 година во Бања Лука, а вториот во април, 2004 г. во Сараево и во нив вкупно се ангажирани 11 медијатори. Предметите погодни за медијација ги издвојуваат судиите на овие два суда, по што Судот на писмено на страните им нуди можност спорот да го решат во постапка на медијација. Во случај двете

страни да дадат согласност, копија од предметот се упатува до центрите за медијација, кои закажуваат термин за одржување на медијацијата.

Доколку страните постигнат договор на медијацијата, потпишуваат Договор за спогодба, по што одат кај судијата, кој оваа спогодба ја преточува во судско порамнување. Оваа процедура нема да биде потребна откако ќе почнат да се применуваат актите за спроведување на Здружението на медијатори во БиХ.

До крајот на мај, 2006 г. во центрите за медијација се одржани 483 медијации, од кои 275 завршиле со спогодба на страните. Во 17 случаи, медијациите не се завршени на еден состанок и договорен е уште еден термин во наредниот период. Така, процентот на успешност се движи околу 60%. Вкупната вредност на потпишаните спогодби е поголема од 15 милиони конвертибилни марки.

Евалуацијата на проектот што ја спроведе IFC покажа дека во 87% од случаите страните целосно или делумно ги исполниле обврските договорени во постапката на медијација. Повеќе од 90% испитаници изјавиле дека учеството во медијацијата ја зголемило нивната доверба во правниот систем. Повеќето испитаници навеле дека медијацијата е погодна постапка за решавање спорови и дека би го користеле и во иднина.

Ваквите резултати покажуваат дека воведувањето на медијацијата било оправдан чекор, кој на граѓаните им овозможува начин на решавање спорови во кој двете страни ќе бидат задоволни со постигнатото решение, со што во голема мера се зголемува веројатноста дека постигнатиот договор ќе се реализира и дека ќе се унапредат нивните меѓусебни односи.

Освен тоа, дополнителен фактор кој страните ги определува за оваа постапка е и нејзината брзина, затоа што постапката на закажување медијација се завршува за неколку дена, а кога станува збор за траењето на самата постапка, се работи за часови.

6.5. Медијацијата во Франција

Обидот за порамнување во редовна судска постапка, како пратечка медијација е за прв пат воведена во Франција во времето на револуцијата, и Декретот од август 1787 година било пропишано дека обидот за помирување е задолжителен за сите спорови кои се наоѓале во судовите со општа надлежност. Во XX век законодавството го напушта моделот за задолжителен обид за порамнување, што е најверојатно последица од

зголемената доверба на француското правосудство и изнесените ставови дека моделот е непотребен, но во пракса медијацијата и понатаму се применува.²⁹⁰

Во седумдесетите години на минатиот век медијацијата со своето еволуирање продолжила да се применува надвор од судот, кога определен број на луѓе ќе го добијат правото да го надгледуваат обидот за помирување помеѓу странките, без никаква вмешаност на судот. Ваквиот модел квази-судска медијација бил предмет на бројни критики и не се дошло до задоволителни резултати, но било поуспешно од класичните граѓанскоправни спорови, како што се споровите околу колективните договори во трудовото право, спорови за закуп и во стечајната постапка, но сепак многу ограничено.

Францускиот Закон за парнична постапка во членот 95-125, овие членови го поттикнуваат судијата да го користат и поттикнуваат помирувањето помеѓу странките, а помирувањето го вршат трети лица се со цел да се постигне договор помеѓу странките. Во членовите 21 и 127-131 Законот за парнична постапка има големи сличности со америчкиот закон како во пишаниот закон така и во праксата. Во принцип мирењето во Франција не е задолжително, но постојат и некои врсти на постапки во кои помирувањето е задолжително. Ова посебно се однесува на работните спорови и на предметите од семејно право. Исто така медијацијата се користи и во барањата каде што вредноста не надминува 10 000 евра. Во трговските работи меѓутоа правната природа на мирењето е исклучиво доброволна.

Договорот постигнат по пат на медијација може да биде усмен, но најчесто во пракса се составува во писмена форма. Доколку странките договорот не го спроведат во судот, Code Civil го третира како обичен договор, кој не претставува извршна исправа. За договорот да има дејство на вонсудско порамнување мора да биде составен во писмена форма, а може да го склучат и во форма на судско порамнување, кога тој претставува извршна исправа.

Франција најдобро ѝ прилагодила американските искуства во континенталното право и јасно ја дефинирала материјата каде може да биде задолжителна, а каде е во потполност доброволна.²⁹¹

²⁹⁰ Karamarković, op.cit, str. 372.

²⁹¹ А. Марковић, Е. Крстић, Ј. Цветковић, М. Благојевић, М. Живковић, Медијација на територији града Ниша – ставови граѓана и искуства професионалаца, Зборник радова Правног факултета у Нишу, број 53, година LIII, Ниш, 2009, стр. 261. – 262

6.6.Механизми на медијацијата во Италија

Според Европскиот парламент (12.9.2017) „Италија користи медијација со стапка шест пати поголема од остатокот од Европа“.

Задолжителната медијација беше донесена во 2010 година во Италија и стапи на сила во 2011 година. Во 2013 година беше воведен моделот „Опти-аут“. Резултатите беа следни:

2011 година - 60.810 постапки за медијација, 9.912 договори, 16% стапка на успех.

2018 година - 151.923 постапки за медијација, 20.965 договори, 14% стапка на успех.

20.965 е најголем број договори со медијација некогаш постигнати во Италија. Доколку беа присутни сите страни и тие одлучеа да го надминат првиот состанок, стапката на успех во 2018 година беше 45%. Како и да е, медијацијата расте далеку под нејзиниот потенцијал: 3.220.928 нови постапки беа поднесени во судовите во 2018 година.

Италијанските судии налагаат странките да подлежат на медијација (делегирана медијација) (екс чл. 5, в. 2, Д.Лгс. 28/2010) или / и да направат предлог решение засновано врз правичност (поранешен член 185-бис законик за граѓанска постапка), кој страните можат слободно да го прифатат или одбијат (не обврзувачка арбитража), во сите предмети поврзани со отуѓувачки граѓански права. Кога беше донесена одлука за задолжителна медијација, тие гледаа на медијацијата со „бенигно занемарување“, но од 2015 година благодарение на судството се зголемува употребата на медијација во Италија: постапките за медијација што ги делегираат судиите беа 2% (од сите процедури за медијација што доаѓаат)) во 2011 година, 10% во 2015 година, 11% во 2016 година, 13% во 2017 година, 15% во 2018 година.

Во Италија судиите се во првите редови на употребата на АДР. Некои од нив дејствуваа како пионери и ја одбележаа маршрута. Другите ги следат, но ќе биде потребно време за целосно искористување на потенцијалот на инструментот.

6.7. Медијацијата во САД

Особен напредок во развојот на медијацијата е забележан во САД (почетоците на медијацијата во САД датираат уште во 19-тиот век кога оваа постапка била популарна и применлива во решавањето на споровите на работниците и синдикатите), но поимот медијација како стручен поим за прв пат е воведен во САД во 1970 година. Во текот на 1970 и 1980 година многу сојузни судови во САД почнале со спроведување на алтернативно методи за решавање на спорови, како што се медијацијата, арбитражата и раната неутрална процена. Алтернативното решавање на спорови е спроведено во сите истанци на судови, и тоа во во окружните, стечајните и апелационите.

Америка е земја со најголем број на парници во однос на број на жител.²⁹² Првиот чекор за воведување на медијацијата во Соединетите Американски држави е направен во 1983 година кога правилото бр. 16 во Федералниот закон за парнична постапка²⁹³ е изменето, извршени се измени со што на судовите ќе му се овозможи странките да ги упатуваат на вонсудски постапки за решавање на спорот. Следниот чекор е направен во 1990 година со усвојување на Законот за реформи во граѓанското право,²⁹⁴ кој на општ и едноставен начин му налага на сите сојузни и окружни судови да оформат советодавни одбори кои ќе се занимаваат со наоѓање на начин за скратување на траењето на парниците и заштедени средства, при што е препорачливо судовите да изнајдат користење на различни методи за алтернативно решавање на споровите.²⁹⁵

Важна карактеристика на американскиот систем на судска медијација е хетерогеноста и апсолутната адаптација кон околностите во кои се наоѓаат локалните судови. Во Соединетите држави, судијата генерално има овластување и слобода да процени кои спорови се погодни за медијација и да ги упати на медијација кога смета дека е потребно. Доколку судијата ги упати странките кон медијација, понатамошната одлука за пристапување кон постапката за медијација им припаѓа на странките, односно нивниот договор за тоа дали ќе се спроведе постапката за медијација. За автоматското задолжително посредување може да се каже дека во голема мера е напуштено. Судиите во голем број држави имаат овластување да ги обврзуваат странките да имаат пристап до медијација, но во пракса партиите/страните со своите ставови и размислувања можат значително да влијаат на судијата во врска со одлуката за задолжителен пристап до медијација.

²⁹² L. Karamarković, стр. 388.

²⁹³ United States Code Annotated Federal Rules of Civil Procedure for the United States District Courts, Rule 16

²⁹⁴ Civil Justice Reform Act

²⁹⁵ L. Karamarković, стр. 389

Во 1998 година е усвоен Законот за алтернативно решавање на спорови,²⁹⁶ претежно инструктивниот но и обврзувачкиот карактер, чија намера била на сојузно ниво да се обезбеди кредибилитет на бројни програми, кои американските судови веќе ги усвојиле. Во 2001 година експерт од Хардвард предложил Единствен закон за медијација.²⁹⁷ Одредбите од овој закон воглавно се превземени од праксата која може да се смета за заедничка за голем број на сојузни држави. Останатите нормативни активности се поврзани со поединечни држави.

Повеќето модели на медијација во САД даваат овластување на судиите да проценат и одлучат кои спорови се подобни за медијација, кога на истата треба да бидат упатени. Меѓутоа, моментално упатувањата на медијација и понатаму зависи од договорот помеѓу странките, а улогата на судиите е определена како катализатор на медијацијата и едукатор на странката. Судијата кој раководи со случајот во голем број на држави овластен на странките да му нареди медијација, но во пракса странките со своите ставови можат да влијаат на судијата по повод носење на одлука околу тоа.

Во САД не е едноставно решено прашањето кој може да биде медијатор, судовите се должни да воведат прикладни процедури како медијаторите би биле достапни на странките, а постои и обврска медијаторите да поминат низ неопходните обуки пред да се најдат на судската листа на медијатори. Поединечните судови за извршување на работата на медијаторот поставуваат големи и професионални критериуми. Во пракса, најголем број медијатори доаѓаат од редовите на адвокатите, додека окружните судови во Западен Мисури вработуваат искусни парничари кои се занимаваат исклучиво со медијација внатре во судот.²⁹⁸

За договорот добиен со медијација по правило се применуваат општите одредби на договорното право. Но со оглед дека во програмата на медијација постои очигледен тренд на активна улога на судот, во поединечни јурисдикции е воведена можност и пракса на судско порамнување, при што се изедначува со судска одлука. Така поединечни судови како на пример во Масечусет предвидена е можност за судски договор.²⁹⁹

²⁹⁶ Alternative Dispute Resolution Act, Pub. L. No. 105-315, § 2, 112. Stat. 2993 (1998).

²⁹⁷ Uniform Mediation Act, Законот за униформираност на медијацијата во Охајо (УАМ), кој стапил на сила во 2005 година, влијаел на многу видови на медијација и е дизајниран да обезбеди униформиран пакет законски правила во врска со практиките за медијација во рамките на Охајо и од држава до држава.

²⁹⁸ L. Karamarković, стр. 393

²⁹⁹ Ibid, стр. 394

Во многу американски заедници медијацијата се применува како начин за решавање на спор помеѓу закупадавецот и закупопримачот, спорови во кои страните се бездомници, конфликти помеѓу граѓани и полицијата, спорови помеѓу граѓани и сопственик на старечки дом, помеѓу полнолетни деца и родител, спорови поврзани за заштита на потрошувачите, две најнови области во кои изразито се зголемува примената на медијација се здравствените институции и електронската или онлајн продажбата.³⁰⁰ Во Соединетите држави постои тренд на онлајн медијација што се спроведува со помош на електронска комуникација. Овој метод на имплементација има различни предности како полесна координација на слободното време за пристап до медијација и слично. Од друга страна, овој начин на приближување кон медијацијата има и одредени недостатоци, како што е неможноста да се водат разговори лице в лице, што во голема мера ја олеснува размената на емоции и препознавањето на вистинските намери и ставови.

По рочиштето за судско порамнување, медијацијата е следен најчест облик за алтернативно решавање на спорови во федералните окрузи, стечајните и апелационите судови.³⁰¹ Пред судовите во САД институтот за договор се користи многу повеќе во споредба со Европа. Пред американските судови најголемиот број на спорови се завршуваат со нагодба. Заради тоа се смета дека процентот на предмети решени со нагодба не е најголема предност на програмата за алтернативно решавање на споровите. Обично како успех посебно се нагласува фактот дека нагодбата во медијацијата се постигнуваат многу побрзо и со значително пониски трошоци.³⁰²

Во моментот, помалку од 5% од случаите покренати во судовите низ САД резултираат во целосен судски процес.³⁰³ Значителен фактор во таа статистика е успешното користење на медијацијата, што се проценува дека резултира со позитивно разрешување од околу 80% од случаите. Комбинирајќи го ова со значителни заштеди на време и трошоци, привлечноста на медијацијата станува јасна. Заштедите на трошоци се уште се позначајни во САД, бидејќи трошоците за парница обично не можат да ги надоместат ниту успешните странки, како што може да биде случај на пример во Велика Британија.

³⁰⁰ М. Милошевић, Увод у медијацију, Београд, 2011, стр. 50. – 51

³⁰¹ R. Niemic, D. Stienstra, R. Ravitz, стр. 129.

³⁰² V. Bilić, стр. 109

³⁰³ <https://www.skuld.com/topics/legal/pi-and-defence/us-vs-uk---a-comparison-of-mediation-processes/>

7. Заклучни согледувања

Медијацијата е вонсудска постапка/процес за решавање на спорови, во која медијаторот им помага на страните по пат на преговарање да дојдат до заеднички прифатливо решение. За таа цел во овој процес од страна на медијатор се користат специјални комуникациски и преговарачки техники. Медијацијата е алтернативен, вонсудски начин на решавање на спорови, кој е доброволен, страните лично и активно учествуваат во постапката и решавањето на спорот, сами ја контролираат постапката и доаѓаат до решение, при тоа загарантирана им е доверливоста на постапката, заштедуваат парични средства и време за решавање на спорот, а крајната цел е задоволство на двете или сите страни кои учествувале во постапката, унапредување на нивните лични и деловни односи и соработка.

Медијацијата постои од старо време. Практично се развива во Античка Грција, потоа во Римско време, среќавајќи се под разни имиња, но претежно како средство за склучување мир по одредени војни. Новата медијација е професионална услуга/дејност која бара специјална подготовка и вештини за нејзино успешно и ефективно извршување. Во таа смисла е развиена и теоретски проучувана во поново време до таа фаза, да на пр. од 2014 година, со соодветен закон во Велика Британија биде задолжителна пред секоја судска расправа од областа на детската заштита и семејното право.

Во рамките на Европската унија, медијацијата поинтензивно се развива од 2006 година, за да по 2017 година се воспостават конкретни препораки кои се обврзувачки за земјите-членки. Денес медијацијата функционира под покровителство на Европската канцеларија за интелектуална сопственост (European Union Intellectual property office-EUIPO). Како таква нуди услуги за време на жалбената постапка (кои се суспендирани за време на траење на процесот на медијација). Медијацијата, по сите познати принципи и правила, може да се одржи целосно електронски или физички во EUIPO. Во двата случаи услугата не бара плаќање на дополнителна такса од страните. Меѓутоа, кога се случува медијација во просториите на ЕУИПО во Брисел, се плаќа еднократен надомест од 750 евра за покривање на трошоците за патување и сместување на медијаторот на EUIPO. Освен што е достапно во фазата на жалба, медијацијата е, исто така, дел од специфична понова специјална услуга COVID-19 што се обезбедува на МСП со цел да се најде соодветен начин за решавање на нивните спорови, како помош во услови на

последнава пандемија. Оваа институција има за цел да ја унапреди медијацијата и подготви модели на договорни клаузули за медијација, специјално дизајнирани за разни субјекти. Медијаторите се многу квалификувани, по висок ранг персоналот на Канцеларијата кои поминале специјализирана обука за медијација во Европскиот центар за ефикасно решавање на спорови и / или Овластениот институт за арбитража.

Студиите покажуваат дека постојат парадокси на медијација низ многу држави на ЕУ. Од една страна, има документирана висока стапка на успех во специфични случаи кога споровите се занимаваат со медијација, но овие успеси се исклучително ограничени по број. Парадоксот е во тоа што иако употребата на медијацијата дава многу успешни резултати, медијацијата ретко се користи на систематски начин во споровите и од адвокатите. Затоа се пледира кон масовна рекламна кампања за проширување на свеста на јавноста за вредностите на медијацијата, која акцентот ќе го става на придобивките од медијацијата. Освен тоа, се пледира кон воведување на задолжителна примена, даночни олеснувања и други финансиски стимули за да медијацијата стана помасовно употребувана алатка, со крајна цел заштедување пари и време во судските постапки.

На светско ниво, за меѓународната медијација треба да се има предвид Сингапурската конвенција од 23 септември 2020 година, која е усвоена од страна на Комисијата за трговско право при Обединетите нации, на 20 декември 2018 година, во Њујорк. Инаку, Меѓународната комора за трговија/ICC, со седиште во Париз, ги поставува главните глобални правила за арбитража и медијација. Вредно е да се наведат, покрај другите меѓународни организации и субјекти, напорите на Светска Банка, односно на нејзината афилијација, Меѓународната финансиска корпорација/IFC.

Финансиските придобивки од медијацијата во заштедата на пари и време се изразуваат преку неколку вида на трошоци што настануваат во судските спорови/постапки:

- Опортунитетниот трошок, кој се однесува на вредноста на алтернативното решение за решавање на некој проблем/активност. Со други зборови, тоа се однесува на она што некое лице не може да го стори затоа што прави нешто друго, не извршува водичи или управува со други. Бидејќи медијацијата го решава конфликтот значително побрзо од парницата или арбитражата, опортунитетниот трошок за употреба на медијацијата е понизок од овие алтернативи. На друг начин,

медијацијата им нуди на страните во конфликт огромна „заштеда на опортунитетни трошоци“.

- Трошоци за воспоставување релации/конекции. Во судските постапки се нарушуваат релациите, а деловните субјекти особено прават трошоци во форма на изгубени деловни можности со нивниот противник. При медијација, овие релации не се прекинуваат, дури и се негуваат во обидот за решавање на споровите.
- Емоционални трошоци. Иако некои луѓе уживаат во битките и се чини дека напредуваат во конфликтите, повеќето сметаат дека е стресно, па дури и трауматично, а во секој случај е губење непотребна енергија. Живеење и концентрирање на непријатен настан во минатото предизвикува повеќе вознемиреност кај секого, со повисока емоционална цена, отколку фокусирање кон иднината. Во контрадикторна постапка, секоја од страните работи ревносно за да докаже дека другата страна била виновна, што се постигнува со низа напади и контранапади, бидејќи секоја од страните работи на дискредитација на другата страна пред судијата или арбитерот. Во медијацијата, наместо да изнесуваат обвинувања и обвиненија, страните комуницираат за начините да се оди напред и да соработуваат за решавање на нивниот проблем. Бидејќи медијацијата брзо ги решава споровите и страните одлучуваат за резултатот во реално време на нивната сесија, вознемиреноста од чекање од една година или подолго за да се научи исходот значително се намалува доколку не се отстрани.

Во постапката на медијација двете страни учествуваат во решавање на спорот и заеднички доаѓаат до решение кое е подеднакво прифатливо за двете страни, така што сите страни се чувствуваат победници, се доаѓа до ситуација win-win. Страните со своето учество го контролираат процесот, допринесуваат за позитивен резултатот, одлучуваат за содржината на спогодбата. Додека во судската постапка судот одлучува кој ќе го добие спорот, а само една страна е победник. Судскиот процес трае долго, додека медијацијата е брза постапка. Страните кои ќе седнат на преговарачка маса, во пракса за 3-4 часа, со помош и насочување на медијаторот го решаваат спорот. Во судската постапка трошоците се многу поголеми, а една од предностите на медијацијата е што е евтина постапка. Медијацијата е тајна, во постапката учествуваат само медијаторот и страните, и доколку е потребно законските застапници и полномошници, додека судските постапки можат да бидат и јавни. Во медијацијата се почитуваат личните вредности на страните, културата, обичаите и традициите, а овие вредности можат да бидат имплементирани и во решението. Со решението можат да се решат сите спорни

односи, можат да се решат дел од спорните односи, односно да се постигне согласност за фактичките прашања, а за правните прашања може да се покрене судска постапка. Со медијацијата се обновуваат нарушените односи, се подобрува квалитетот на дијалогот во иднина, дури и може да се превенираат настанување на нови конфликти меѓу субјектите.

Со медијација се решаваат имотноправни, семејни, работни, трговски, потрошувачки, осигурителни, спорови од областа на образованието, заштитата на животната средина, спорови во врска со дискриминацијата, по приватна тужба или кога детето кое е кривично одговорно, а кое дошло во судир со законот, односно сторило кривично дело за кое е предвидена казна затвор до 5 години, како и во други спорни односи каде медијацијата одговара на природата на спорните односи и може да помогне за нивно решавање.

Во постапката на медијација се применуваат начелата на доброволност, неутралност, доверливост, исклучување на јавноста во медијацијата, еднаквост на страните, достапност на информации за медијацијата во други постапки, ефикасност и правичност, кои се однесуваат на самата постапка, но и на медијаторот и страните во постапката. Начелото на доброволност се однесува на доброволно пристапување на страните во постапка на медијација со потпишување на писмена согласност, начинот на водење на постапката и доброволно прекинување на постапката. Страните се рамноправни во постапката за медијација. Во постапката за медијација, медијаторот постапува неутрално и непристрасно во однос на страните или на спорниот однос. Доверливоста се однесува на сите информации што произлегуваат или се поврзани со постапката на медијација кои ќе останат доверливи, освен ако страните писмено поинаку не се договориле. Во постапката за медијација јавноста е исклучена. Во постапката за медијација учествуваат страните, а правното лице го застапува законски застапник, односно овластен полномошник. Страните имаат еднакви можности за учество во постапката за медијација, медијаторот постапува еднакво со страните. Постапката на медијацијата е економична, ефикасна и брза постапка до која страните имаат лесен и еднаков пристап. Во постапката на медијација се гарантира правично постапување.

Медијацијата започнува на денот кога страните во спорот во писмена форма се согласиле дека ќе учествуваат во постапка на медијација или со потпишување на изјава за согласност дадена на записник пред суд. Страната која што смета дека постои спорен однос упатува писмена покана преку медијатор до другата страна или до повеќе страни,

доколку во спорот се вклучени повеќе страни. Во рок од седум дена по добивањето на поканата за медијација поканетата страна треба да се јави на средба со медијаторот или на заедничка средба со медијаторот и страната која ја упатила поканата за медијација. Доколку на средбата една од страните не е согласна спорот да се решава во постапка на медијација истото писмено го потврдува. Ако страната која поканила друга страна на медијација не добие одговор за прифаќањето на поканата за медијација најдоцна во рок од 15 дена од денот на испраќањето на поканата или во друг пократок рок кој е утврден со поканата, се смета дека предлогот за поведување на постапка на медијација не е прифатен. Страните спогодбено определуваат дали постапката за медијација ќе ја води еден или повеќе медијатори и спогодбено ги избираат лицата кои ќе бидат медијатори од Именикот на медијатори. Ако страните не можат да се спогодат за бројот или за лицата кои ќе бидат определени за медијатори, можат да побараат Комората на медијатори да препорача или да го определи бројот на медијатори или да определи медијатор за дадениот спорен однос. Пред почетокот на постапката на медијација, медијаторот е должен да ги запознае страните со целите на медијацијата, улогата на медијаторот, правилата и трошоците на постапката на медијација. Страните слободно се спогодуваат за начинот на спроведување на медијацијата, почитувајќи ги начелата на медијацијата утврдени со Законот за медијација. Медијаторот може да води заеднички или одвоени разговори со страните, како и предлозите и ставовите на едната страна, со нејзина согласност, да и ги пренесе на другата страна. Страните и медијаторот, доколку поинаку не се договориле, можат во кое било време во текот на постапката на медијација да изнесуваат свои предлози за спогодбата со која ќе го решат спорот, на секоја страна и се дава можност да се произнесе по предлозите. Спогодбата постигната во постапката на медијација во писмена форма ја изготвуваат страните во постапката или по нивно барање ја изготвува медијаторот, а ја потпишуваат страните во рок од три работни дена од денот на постигнувањето на спогодбата. Содржината на спогодбата ја одредуваат страните. Кога страните сакаат на спогодбата да и дадат сила на извршна исправа, содржината на спогодбата во пишана форма, потпишана од страните и медијаторот ја солемнизира нотар.

Медијацијата може да почне и по започнување на судска постапка, во било која фаза на судската постапка. Но, заради скратување на времето кое ќе биде потрошено во судската постапка, за најпогоден момент за започнување на медијација е почетокот на судската постапка. Ако постапката на медијација се води по упатување на судот, медијаторот е должен во рок од три работни дена по завршувањето на постапката на медијација да го

известити судот за начинот на завршување на постапката. Во рок од три работни дена по потпишувањето на спогодбата постигната како резултат на упатување на медијација при прекин на судска постапка, медијаторот е должен да ја достави спогодбата во суд и истата претставува основ за судско порамнување.

Придобивките од медијацијата се бројни: 1) во однос на трошоците е поевтин и пократок процес, кој заштедува пари; 2) дискретноста е поголема; 3) поголема е контролата врз процесот; 4) се постигнува усогласеност, што во крајна линија води кон финансиски придобивки; 5) заедништво и 6) се добива стручна сеопфатна поддршка.

Во постапката за медијација секоја страна ги намира своите трошоци од постапката, а заедничките трошоци ги намираат на еднакви делови, освен ако страните поинаку не се договорат. Заедничките трошоци ја сочинуваат наградата на медијаторот и трошоците на медијаторот во врска со постапката на медијација.

Висината на наградата и надоместокот на трошоците на медијаторот се определуваат со Тарифник кој го донесува министерот за правда по претходно прибавено мислење од Комората на медијатори. Постапката на медијација може да биде бесплатна за страните во случај кога страните и медијаторот ќе се договорат за тоа или кога тоа е уредено со закон. По завршувањето на постапката на медијација, медијаторот е должен на страните да им достави доказ за потрошените средства, како и преглед на преземените дејствија, тарифирани согласно со Тарифникот за надоместок и награда на медијаторот. Непотрошените средства им се враќаат на страните во постапката за медијација.

Помеѓу деловните субјекти настануваат деловни односи, кои се збир на правни и други формални и неформални односи и интеракции. Сите спорови кои произлегуваат од стопанските односи се сметаат за стопански спорови, а постои широк дијапазон на спорови. Споровите можат да произлезат при промет на стоки и услуги, од платниот промет, од областа на осигурувањето, спорови во градежништвото, банкарството итн. Кај сите овие спорови од големо значење е брзината во решавање на спорот, со крајна цел одблокирање на средствата кои се потребни при работењето. Токму тоа е една од причините за примена на медијацијата во решавање на стопанските спорови. Спорот се решава за кратко време, без нарушување на меѓусебните деловни односи, се постигнува спогодба при што се ослободуваат блокираните средства, постапката е тајна, со што се избегнува нарушување на угледот кај потрошувачите и корисниците на услуги.

Медијацијата во светот е широко прифатена постапка за решавање на стопански спорови заради флексибилност на постапката која може да се прилагоди на специфичните потреби на страните, страните активно учествуваат во решавање на спорот и го контролираат исходот на постапката. Медијацијата е насочен кон подеднакво задоволување на интересите на деловните партнери, а не на правните прашања, како во судската постапка.

Согласно законските измени на Законот за парнична постапка кои се применуваат од 01.02.2016г., во стопански спорови за парично побарување чија вредност не надминува 1.000.000 денари, а по кои постапката се поведува со тужба пред суд, странките се должни, пред поднесувањето на тужбата да се обидат спорот да го решат по пат на медијација. Фирмите имаат обврска пред поднесување на тужба пред суд за стопански спор, да се обратат кај медијатор кој ќе се обиде спорот да го реши на мирен начин, за помалку време и со помалку трошоци.

Споровите од мала вредност кои најчесто ги опфаќаат долговите, задршките и други побарувања до 600.000 денари, според анализите на Центарот за правни истражувања покажале дека не се погодни за нив да се поведе судска постапка бидејќи не постои економска оправданост, траат долго, а трошоците од судската постапка за физичките лица, но и за државата се високи, често повисоки и од вредноста на самиот спор. Експертите препорачуваат за ваквите видови на спорови замена на судската постапка со медијација.

Деловните субјекти при склучување на договори во кои законската регулатива им дозволува со своите права слободно да располагаат како договор за купопродажба, договор за закуп, договор за градење и други, корисно е да предвидат одредба со која при евентуален спорен однос, истиот да го решат по пат на медијација, која ќе обезбеди побрз, поевтин и поефикасен начин на решавање, пред да поведат судска постапка.

Финансиско-правните аспекти на медијацијата имаат јавноправен елемент, бидејќи со медијацијата се постигнува судска ефикасност, финансиски бенефит со намалување на трошоците во судските постапки и адвокатските трошоци, зголемување на финансиската доверба преку финансиската дисциплина и воопшто зголемување на правната сигурност на целокупната јавност, за сите субјекти учесници во правниот промет. Успешното спроведување на медијацијата е важно во макро-светска перспектива и тоа е важно на дневно микро-ниво. Елементот што го дефинира владеењето на правото денес е судство,

не само независно и транспарентно, туку и флексибилно и високо ефикасно. Ова е така затоа што владеењето на правото е врвно човеково право. Законот и соодветно, судовите, се допир на се што правиме. Но, денес во Европа, како и во светот, судството и судовите не се толку флексибилни колку што треба да бидат за решавање на сè покомплексните економии и се поусовршената комуникација што глобализацијата ја создаде. Европските бизниси сега имаат клиенти низ целиот свет и им треба метод за решавање спорови што е побрз и поевтин од традиционалната судска пресуда. Поради оваа причина, европските бизниси треба да застанат зад медијацијата и да ги видат економските придобивки што може да ги обезбеди медијацијата. На микро-ниво, владите на земјите-членки можат да заштедат време и пари со вклучување на медијација во секојдневието. Навистина, дури и ниски - на моменти, екстремно ниско успешни- стапки на медијација ослободуваат значителни трошоци за парница за владите, деловните субјекти и граѓаните. Со овој труд сакавме да покажеме колку ниски можат да бидат стапките на успех во медијацијата и сè уште да се гледаат резултатите на придобивките од медијацијата.. Покрај тоа, овој труд , исто така, направи обид накратко да предложи некои решенија за унапредување на институтот медијација. Некои од решенијата, како на пример законски, за да ја направат медијацијата задолжителна, очигледно не се очекуваат од секоја земја. Но, други мотивациски решенија, како на пример, субвенционирање или даночните олеснувања за успешна употреба на медијација се релативно едноставни идеи кои може да имаат големо влијание за зголемена примена на медијацијата.

Од финансиско-правен аспект, при разгледување на прашањата за перспективите и значењето на медијацијата во нашата држава, неминовно се наметнуваат прашањата, каде имаме случаи во кои државата е субјект на спор кој би се решил по пат на медијација, а аналогно на тоа на арбитража. Водени од повеќекратната полза од алтернативно решавање на споровите, меѓу кои најблизок институт до медијацијата е арбитражата (во меѓународното даночно право), во предметот на проучување е се обработени низа прашања кои се вовед во воспоставување на нови начини на гледање на медијацијата. Од тие причини, во овој труд е извршена анализа на неколку домени значајни за финансиските аспекти на медијацијата и арбитражата во Република Северна Македонија. Станува збор за потенцијални даночни приходи на Република Северна Македонија кои би произлегле од ваков начин на разрешување на споровите, а секако и заштеда на финансиски средства, за разлика од досегашниот начин на решавање на спорови. Во продолжение на таа анализа дадени се објаснувања за меѓународната даночна арбитража, правен институт кој сеуште не е многу развиен кај нас, но за кој има

перспективи да се доуреди и примени во иднина, бидејќи самото меѓународно даночно право во овој момент доживува пробив на нови идеи и воведување на даночна арбитража. Се работи за споровите од меѓународното даночно право, односно прашањата од избегнување на меѓународното двојното оданочување, во кои една од страните е потенцијално нашата држава, а кои побрзо би можеле да се разрешат преку меѓународна даночна арбитража или дури и медијација. Станува збор за потенцијални даночни приходи на Република Северна Македонија кои би произлегле од ваков начин на разрешување на споровите, а секако и заштеда на финансиски средства, за разлика од досегашниот начин на решавање на спорови.

Заклучокот од целото елаборирање на насловот на оваа дисертација се огромните придобивки од користењето на постапката на медијација како за поединци и корпорации така и за подобрување на целосната економија на една земја како и подобрување на целиот правен систем во истата. Европа, вклучувајќи ја и Република Северна Македонија се наоѓа сеуште во фазата на растење во процесот на медијацијата, за разлика од Америка и Австралија каде истата е веќе добро развиена. Важно е што македонското судство е во процес на реформи и усогласување на законската регулатива во ЕУ законодавството, како еден од многуте чекори потребни за усогласување за влез во Европската Унија. Нашата земја треба да ги следи европските трендови и насоки за развој на оваа професија која треба да стане еминентна и високо ценета.

Користена литература:

1. Aclanda "Resolving disputes without going to court", Century, London, 1995, Alfini, Dispute resolution Alternatives, "What we know and what we need to know", 82, Ilionis bar Journal 1994,
2. Aclanda "Resolving disputes without going to court", Century, London, 1995,
3. Alfini, Dispute resolution Alternatives, "What we know and what we need toknow", 82, Ilionis bar Journal 1994,
4. Bush, R.A.B. Polger, "The promises of mediation", San Francisco, 1994
5. Бабић Илија, Вовед во граѓанско право и стварно право, Белград, 2013, Правен факултет универзитет Белград, Службен весник на РМ,
6. Билич Ванја, Алтернативно решавање спорови и парнична постапка, Загреб, 2008, Правен факултет Загреб.
7. Blitman B. A., *Mediation in Florida: Newly Emerging Case Law*, Florida Bar Journal, 1996.
8. Bush, R.A.B. Polger, "The promises of mediation", San Francisco, 1994
9. Bryant G Garth, 'Privatization and the New Market for Disputes: A Framework for Analysis and a Preliminary Assessment' (1992) 12 Studies in Law, Politics, and Society 374
10. European Forum for Restorative Justice "Fifth Conference of the European Forum for Restorative Justice", Verona, Italy, 2008,
11. Вујасинович Дучич Дивна, Шошич милена, Брајкович Растко, Кикович Слаџана, Будимчевич Светлана, Истражување за мирно решавање работни спорови во Белград, 2013, иницијатива за развој и соработка.

12. Cloke, K., (1994), *Mediation, Revenge and the Magic of Forgiveness*. Santa Monica: Center for Dispute Resolution;
13. Doherty N.Guyler, M., 2008, *Guide to Workplace Mediation & Conflict Resolution: Rebuilding Working Relationship*, London, Kogan Page,
14. Džamonja Ignjatović, T., Žegarac, N., (2006), *Medijacija- koncepti i konteksti*, Centar za primenjenu psihologiju, Beograd;
15. European Forum for Restorative Justice “Fifth Conference of the European
16. Forum for Restorative Justice”, Verona, Italy, 2008,
17. Живанович Александар, Бужанин Обрен, Алтернативно решавање на спорови, Медијација и арбитража, правилник за стручна содржина во судовите, Сарајево, 2009, Високо судско и обвинителско, Бих,
18. Јаничевич Дејан, Мојашевич Александар, Рана неутрална еволуација – коректив на судски анексирани медијации, Заштита на човекови права во европскиот правен простор,
19. Јанићијевић Дејан, *Арбитража*, Ниш, 2011, Центар за публикации Правног факултета;
20. Јовановић В., „ *Медијација у позитивним прописима у Србији*“, Медијација- концепти и контексти, Београд 2006.
21. Карамарковић Л., Михаиловић Г., Шаркић Н., Николић М., Парница- Ванпарница- Извршење- Медијација, Београд 2006.
22. Kahn Peter, *Resolving Environmental Disputes: Litigation, Mediation, and the Courting of Ethical Community*, Environmental Values, Volume 3, Number 3, 1994, White Horse Press, стр. 211 – 228;
23. Кеча Ранко, Граѓанско Процесно Право, Белград, 2013, Правен факултет во Белград, Службен весник на РС,
24. Liebmann, M., (2000), *Mediation in Context*. London: Jessica Kingsley Publishers;

25. Lovenheim Peter, Guerin Lisa, *Mediate don't litigate, Strategies for Successful Mediation*, Berkeley, 2004, Nolo,
26. МАТРА проектот „Поддршка за унапредување на имплементацијата на медијацијата во Македонија“, финансиран од Холандската амбасада во Скопје. 2012,
27. Марјанович Сања, Мед-арб како модел за алтернативно решавање на спорови, Ниш, 2010, Центар за публикација на Правниот Факултет, стр 191-199,
28. Милошевич Моника, Алтернативно решавање на спорови со посебен осврт на медијацијата, Белград, 2014.
29. Милошевич Моника, Вовед во медијација, Белград, 2011, Службен весник на РС
30. Милошевич Александар, (Judical) Mediation in Italy and Serbia: Comparative legal and Economic Analysis, Ni[, 2015, стр. 91-110.
31. Милошевич Александар, Ефикасност на медијацијата во Србија во однос на поединечни европски земји, Зборник на Правниот факултет во Ниш, број 6, 2015, стр 773-790.
32. Мирјана Трипковиќ, Медијација у социјалном контексту, Виктимолошко друштво Србије, 2007,
33. Moore, C. W., (1986), *The mediation Process, Practical Strategies for Resolving Conflict*. San Francisco: Jossey-Boss;
34. Mrše, S., Džamonja, T. (2006), *Posredovanje/medijacija kao način rešavanja sukoba u Medijacija- koncepti i konteksti*, Centar za primenjenu psihologiju, Beograd;
35. Недич Блажо, Арсич Јелена, Препораки за развојот и премена на медијацијата во Србија, Белград, 2011, International Finance Corporation, 89
36. Нешич С., Примена на медијацијата во заштита на животната средина, Центар применета психологија, Белград, 2014, стр. 500-521,

37. Niemic Robert, Stienstra Donna, Ravitz Randall, *Guide to Judicial Menagement of Cases in ADR*, Washington, 2001, Federal Judicial Centar.
38. Ordoover A. P., Flores G. M., Doneff A., *Alternatives to Litigation, Mediation, Arbitration and the Art of Dispute Resolution*, National Intitute for Trial Advocacy, Notre Dame 1993.
39. Петрушевич Невена, Европски стандарди и принципи за решавање на спорови по пат на медијација, 2010 година.
40. Петрушевич Невена, Медијација како метод за решавање на правни спорови, Право теорија и пракса, 2004, Нови Сад.
41. Pavić Vladimir, Đorđević Milena, Novine u pravnom okviru ADR u Srbiji, u: *Journal of Legal and Social Studies in South East Europe*, God. 1, br. 1, Beograd, 2012, Harminius, str. 244 – 270,
42. Poravnanje i medijacija, prof. dr Leposava Karamarković, Fakultet za poslovno pravo, Beograd, 2004,
43. Роџер Фишер и Вилијам Јури, Харвардски проект за преговори “Да се дојде до ДА, Преговарање без попуштање”, 2009
44. Sander F. E. A., *Alternative Methods of Dispute Resolution: An Overview*, University of Florida Law Review, no. 37, 1985.
45. Seminar- Medijacija, “Javna Instanova Centar za edukaciju sudija i tuzilaca, Sarajevo”, 2003,
46. SEEM – “Regionalna Konferencija Foruma za medijaciju Jogoistocne Evrope”, 2006 Skopje,
47. SEEMF – “Regionalna Konferencija Foruma za mirenje zamalja Jugoistocne Evrope”, 2008, Zagreb
48. Сотироски, Љ. „Прирачник за обука на медијатори”, Министерство за правда на Република Македонија, Проект на IFC, Скопје, 2011 година,

49. Спасич Анета во соработка со Кнежевич Мирослав, медијација во приватни спорови – Практикум, Подгорица, 2013, Центар за посредување,
50. Stevenson Marion, *Family Mediation: Working to Support Separated Families*, у: M. Liebmann (ed), *Mediation in Cintext*, London, 2000, Jessica Kingsley Publishers, стр. 39 – 52,
51. Здружена медијација во Босна и Херцеговина, Водич крос медијацијата во Босна и Херцеговина, Сараево
52. Џуричин Билјана, Основни начела на постапката за медијација, Зборник на правниот факултет во Подгорица,

Закони и други прописи:

1. ДИРЕКТИВА 2008/52 / ЕЗ НА ЕВРОПСКИОТ ПАРЛАМЕНТ И НА СОВЕТОТ од 21.05.2008 година за одредени аспекти на медијација во граѓански и трговски прашања
2. Европска конвенција за заштита на човековите права и слободи, Рим, 4 ноември 1950 година
3. Устав на Република Македонија, “Службен весник на РМ“ бр. 52/1991,
4. Закон за медијација, “Службен весник на РМ”, бр.188/2013, 148/2015, 192/2015 и 55/2016,
5. Закон за заштита на потрошувачите, “Службен весник на РМ” број 38/2004, 77/2007, 103/2008, 24/2011, 164/2013, 97/2015, 152/2015, 140/2018,
6. Закон за парнична постапка, “Службен весник на РМ” број 79/2005, 110/2008, 83/2009, 116/2010, 124/2015,
7. Закон за кривична постапка, “Службен весник на РМ” број 150/2010, 100/2012, 142/2016, 198/2018,

8. Закон за правда на децата, “Службен весник на РМ” бр. 148/2013, 152/2019 и 275/2019,
9. Закон за семејство, “Службен весник на РМ” број 80/1992, 9/1996, 38/2004, 33/2006, 84/2008, 67/2010, 156/2010, 39/2012, 44/2012, 38/2014, 115/2014, 104/2015, 150/2015 и 53/2021,
10. Закон за облигациони односи, “Службен весник на РМ” бр. 18/2001, 4/2002, 5/2003, 84/2008, 81/2009, 161/2009, 123/2013
11. Закон за трговски друштва, “Службен весник на РМ” број 28/2004, 84/2005, 25/2007, 87/2008, 42/2010, 48/2010, 24/2011, 166/2012, 70/2013, 119/2013, 120/2013, 187/2013, 38/2014, 41/2014, 138/2014, 88/2015, 192/2015, 6/2016, 30/2016, 61/2016, 64/2018, 120/2018 и 290/2020,
12. Закон за мирно решавање на работните спорови, “Службен весник на РМ” број 87/2007, 27/2014, 102/2014 и 30/2016
13. Закон за супервизија на осигурување, “Службен весник на РМ” број 27/2002, 98/2002, 79/2007, 88/2008, 67/2010, 44/2011, 112/2011, 188/2013, 30/2014, 43/2014, 112/2014, 153/2015, 192/2015, 23/2016, 83/2018, 198/2018, 101/2019, 31/2020
14. Закон за вонпарнична постапка, “Службен весник на РМ” бр.09/2008,
15. СТРАТЕГИЈА ЗА РЕФОРМА НА ПРАВОСУДНИОТ СЕКТОР ЗА ПЕРИОДОТ 2017-2022 година СО АКЦИСКИ ПЛАН

Електронски извори:

- 1.<http://www.pravda.gov.mk/documents/ZAKON%20ZA%20MEDIJACIJA%20%28Pre~isten%20tekst%29%20%20.pdf>
- 2.<http://www.pravda.gov.mk/documents/Odluka%20na%20Ustavniot%20sud%20na%20Rm%20sl.vesnik%20br.77.07.pdf>
- 3.<http://www.pravda.gov.mk/documents/Odluka%20na%20Ustavniot%20sud%20na%20Rm%20sl.vesnik%20br.199.06.pdf>

4. Hoffman A. David, *Ten Principles of mediation ethics*, преузето са [http://www.bostonlawcollaborative.com/blc/72-BLC/version/default/part/AttachmentData/data/2005-07-mediation ethics.pdf?branch=main&language=default](http://www.bostonlawcollaborative.com/blc/72-BLC/version/default/part/AttachmentData/data/2005-07-mediation%20ethics.pdf?branch=main&language=default), пристап: 08.02.2016. год,
5. <https://finance.gov.mk/%d1%81%d0%ba%d0%bb%d1%83%d1%87%d0%b5%d0%bd%d0%b8-%d0%b4%d0%be%d0%b3%d0%be%d0%b2%d0%be%d1%80%d0%b8%d0%b7%d0%b0%d0%bf%d0%be%d1%82%d1%82%d0%b8%d0%ba%d0%bd%d1%83%d0%b2%d0%b0d1%9a%d0%b5-%d0%b8-%d0%b7/>
6. [http://www.mchamber.org.mk/\(S\(w4bhig3rtwoqxwjrmwoxrm1\)\)/default.aspx?lId=1](http://www.mchamber.org.mk/(S(w4bhig3rtwoqxwjrmwoxrm1))/default.aspx?lId=1)
7. <https://www.mchamber.mk/default.aspx?mId=3&evid=38571&lng=1>
8. <http://www.pravdiko.mk/medijatsija/>
9. [https://icsid.worldbank.org/search?f\[0\]=languages%3Aen&search=mediation](https://icsid.worldbank.org/search?f[0]=languages%3Aen&search=mediation)
10. <https://icsid.worldbank.org/services/mediation-conciliation/mediation/overview>
11. European Parliament, Policy department C, Citizens rights and constitutional affairs, *Rebooting the mediation directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU*, 2014, 91 Publication office, достапно на [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET\(2014\)493042_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET(2014)493042_EN.pdf), пристап 10.02.2016. год;
12. <https://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201105/20110518ATT19592/20110518ATT19592EN.pdf>
13. https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/CAS_Mediation_Rules_2016_clean_.pdf
14. <https://www.aiac.world/Mediation-Fee-Schedule>