

Гашо Кнежевић

## ПРАВО И ПРОМЕНЕ: ADR<sup>1</sup> – ПРОМЕНА У ПРАВУ

„Правозащитно подручје“, област организационих, материјалних и процесних норми којим се уређује решавање конфликта између људи, заштита повређених, или угрожених права појединаца и правних лица, у нашој земљи је годинама заостајало у свом развоју. Једини пут за превазилажење проблема тог типа ранија држава је пружала кроз судску заштиту, кроз класичне судске поступке, грађанске, административне, конститутивне, или кривичне, док су у другим земљама увођени и нови методи њиховог решавања. Негативна перцепција правозащитног система је у јавности преовладала и то узрокује толерантнији став државе према „алтернативи“ и уношење у правни систем онога што је у књижевности познато под заједничким именитељем алтернативно решавање спорова – APC (или *alternative dispute resolution* – ADR).

Коришћењем правних, али и социо-психолошких метода, аутор овог чланка покушава да докаже да судски путеви решавања спорова између људи нису примарни, најбољи, најпапетнији, најсигурнији, или најефикаснији, већ да сваки онај пут који води решавању конфликта врши своју функцију, те тиме и да сви методи ADR заслужују сву пажњу и потпуну правну регулативу, јер су појаве истог значаја у реалном животу.

Сажети закључак овог текста зато гласи: Од „алтернативе“, као вишка, глава не боли.

Кључне речи: *Правозащитно подручје*. – Самоевалуација и екстерна евалуација система. – Класификације ADR. – Едукативни егоцентризам. – Суђење Vs. „Алтернативе“ – предности и недостаци. – Традиционализам и монополизам.

---

<sup>1</sup> Скраћеница потиче од енглеског израза *alternative dispute resolution* (ADR) који се у нас преводи са *алтернативно решавање спорова* (APC).

## 1. ПОКУШАЈ ОДРЕЂИВАЊА МЕСТА ПОЈЕДИНИХ МЕТОДА РЕШАВАЊА СУКОБА У СИСТЕМУ РАЦИОНАЛНИХ ПРЕФЕРЕНЦИЈА

Право ме је одувек подсећало на *Успавану лепотицу*.<sup>2</sup> Лепа и пасивна, спавајући чека принца на белом коњу и његов пољубац буђења. Ако се још, као код *Бекета (Beckett)*, тај њен принц зове *Годо (Godot)*,<sup>3</sup> ситуација постаје драматично неизвесна: хоће ли се лепотица уопште пробудити и придружити нам се за нашег живота. Како нам је време танак ресурс, нека ми буде допуштено да уводни, објашњавајући део овог текста започнем цитатом *Јакше Барбића*<sup>4</sup>, хрватског правника, професора и академика. Неодољив је утисак да је он желео да приволи хрватску правничку јавност за брже, доследне и храбре интервенције на легислативном нивоу. Мотив преузимања овога цитата лежи у потреби да искажемо исто, а боље и лепше није лако достижно. Разлог је, дакле, објективан и естетске је природе:

„Сувремено друштво обиљежавају брже и веће промјене него што је то раније било случај. Што је развој неког друштва интензивнији, потребне су и веће промјене у правном саставу који га уређује... Не слиједи ли промјене у праву, промјене у предмету његова уређења, долази до раскорака због којег *статично право* не може пружити одговарајућу правну сигурност која је темељ заштите и остварења права. *Због своје пословичне конзервативности право ионако кронично заостаје за промјенама у друштву...* Озбиљно заостајање у томе доводи до стања када су потребни већи захвати. Ако су они такви да се не односе само на понеки правни институт нити је ријеч о више мањих захвата, него се озбиљније мијења неко подручје или нека грана права, а нарочито када је ријеч о интервенирању у цијели правни састав, ријеч је о реформи подручја, гране или цијелог правног састава“.

Једно читаво правно подручје у Србији, годинама је спавало, заостајало за променама у друштву, потребама људи и догађањима. Назовимо га „*правозаштитним подручјем*“: облашћу организацио-

---

2 По мотивима из арапске културе, бајка је настала 1634. год., из пера Италијана Giambattista Basile. Адаптирао ју је 1697. Француз Charles Perrault, а по мотивима Basileа. Браћа Грим пишу своју верзију у 19. веку. Холивудски цртани филм настао је на основу Пироове верзије.

3 Samuel Beckett, „En attendant Godot“ („Чекајући Годо“) је драма оригинално написана на француском језику, а светска премијера је била у париском позоришту „Бабилон“ далеке 1953. Београдско позориште Атеље 212 отворено је њеном премијером.

4 J. Barbić, *Reforma hrvatskog prava prilagodbom europskom pravu i gospodarstvu*, u *Pravo u gospodarstvu*, vol. 44, бр. 4, 2005, стр. 8–9.

них, материјалних и процесних норми којима су уређује област решавања конфликта између људи, заштите повређених или угрожених права појединаца и правних лица.

Једини пут за превазилажење проблема тог типа бивша држава је пружала кроз судску заштиту, кроз класичне судске поступке, грађанске, административне, конститутивне, или кривичне. Највиши степен инвентивности досегнут је у домену решавања конфликта насталих у пословном свету. Његови припадници су се, поред класичног обраћања државним грађанским судовима, могли користити и услугама арбитраже (приватног сервиса за пружање правних услуга), пре свега за случај конфликта произашлих из међународних пословних трансакција, спољнотрговинског пословања. Арбитражна и судска заштита биле су заштите истог ранга, обе снабдевене ефектима правоснажности и извршности. Друге видове решавања сукоба између људи правни ситеми тадашњих социјалистичких земаља, па ни наш, скоро да и нису регистровани, па их тиме нису ни нудили као алтернативе доступне држављанима и правним лицима.

За то време свет је напредовао. Тај напредак огледао се у увођењу нових метода у правне системе решавања сукоба између појединаца, група, па и самих држава, које су им, поред правосудних тела, стајале на располагању. У тој „легализацији“ нових метода решавања сукоба, функција државе била је двојака:

- Састојала се у њиховој афирмацији и уношењу на листу званичних метода решавања сукоба (у официјелну државну понуду).
- Састојала се у њиховом правном (супстанцијалном и процесном) уобличавању и обезбеђивању извесног степена обавезности и ефикасности аката којима су се ти спорови окончавали. Количина законодавне интервенције, на овом другом нивоу, зависила је од концепције законодавца, али и од правне културе и традиције појединих земаља.

Велика промена на идеолошком и политичком нивоу (чија се иницијација симболично везује за пад Берлинског зида) уздрмала је конзервативизам права, пренула државе ранијег социјалистичког блока из дугогодишњег сна и усмерила их ка реформским захватима у правнозаштитној области. Међутим, све до краја 2000, због политичке ретроградности, наша држава се није придружила овом покрету идеолошких и политичких промена (праћених правним реформама). Озбиљније интервенције започете су тек почетком 2001. године.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> В. Хибер, Реформа правосуђа и правосудни закони, у *Четири године транзиције у Србији*, ЦЛДС, Београд, 2005, стр. 267.

Нашој несензибилној држави и праву придружили су се наука и образовање. Прва, јер није (до 2000) озбиљније ни регистровала постојање ових компаративних метода решавања сукоба, с изузетком арбитражног решавања спорова. Друга, јер није налазила за сходно, чак ни на информативном нивоу, да припреми кориснике својих услуга за будући живот, дакле ни да им пренесе елементарну информацију о томе шта се у свету догађа. Ово је довело до заостајања две значајне области делатности за светским трендовима. Нарочито је болно друго заостајање: оно је правнике нове генерације стављало у подређен положај у компарацији са њиховим колегама који су имали прилику да се образују (и) у другим земљама. У светској трци они су имали лошију стартну позицију. Тек је последње усклађивање едукативног система са захтевима Болоњског процеса<sup>6</sup> наговестило могућност модернијег, мултидисциплинарнијег образовања правника.

## 2. ОКРЕТАЊЕ КА АЛТЕРНАТИВИ

Питања која се прво постављају, гласе:

- Шта је мотивисало појединце чија су права била повређена или угрожена, да „окрену леђа“ класичној судској заштити и усмере се ка алтернативним методама њиховог решавања, тиме сигнализирајући држави своје реформске потребе?
- Шта је мотивисало државу (осим идеолошких и политичких промена) да на легислативном нивоу, подржи овај заокрет грађана ка „алтернативи“?

### 2.1. Екстерна евалуација државног правозаштитног система

Давно, пре више од двадесет година, у време док сам још био асистент Универзитета, градом је кружила пријемчива анегдота да је познати српски правник и професор права *Милан Бартош* дефинисао државно суђење као машину у коју појединац улази као свиња, да би из ње изашао као кобасица, чиме је сликовито дијагностиковао болест правозаштитног система и оптужио га.

Претпостављам да су јаоке садржане у овој анегдотској формулацији дијагнозе, у мањој мери биле усмерене ка *акузацији* (*утужењу*, *оптужби*), мада ни свиња није атрактивно бити, а у већој мери ка *адјудикацији* (*пресуђењу*, *одлуци суда*), машини за кобасице.

---

<sup>6</sup> Септембра 2003. године, Србија је на Берлинској конференцији приступила Болоњском „покрету“. У складу са обавезама преузетим тим чином, донет је (2005) нови Закон који регулише област високог образовања.

Јер, акузација, тужба као средство одбране и заштите сопственог угроженог, или повређеног права, у основи је легитимна и разумна. Томе треба додати да обраћање државном суду садржи имплицитну одлуку о одрицању од самопомоћи, или реторзије, иманентних нижим степенима цивилизације (другим речима: није свиња то зато што је желела, живот ју је таквом начинио).

С друге стране, адјудикација као метод решавања сукоба и заштите права, својствена је државној власти и један је од њених стубова. Она је оно чиме се држава дефинише и као таква не би смела, бар по мом мишљењу (и за оне с осетљивијим стомаком) ни на нивоу нуспроизвода, правити кобасице од својих грађана. *А до тога се долази уколико је заштита права за грађане недоступна, или тешко доступна, спора, скупа и томе слично.*

Много година касније, два хрватска адвоката (*Вукмир* и *Наги*<sup>7</sup>) придружују се Бартошу. Описујући судске адјудикативне поступке, они констатују да су: „после година тешке борбе једино адвокати задовољни“. Корак даље чини други представник хрватског правосуђа (*Контреци*)<sup>8</sup>, констатацијом да је став јавности у односу на државно правосуђе негативан, с обзиром на број нерешених предмета, дужину њиховог трајања итд., да би ова „негативна оцена јавности“ прерасла у „незадовољство јавности“ у монографији *проф. Карамарковић*,<sup>9</sup> некадашње председнице Врховног суда Србије.

Доказ за тврдњу да незадовољство јавности стањем у правосуђу није изолована, локална појава, која се везује за ове „балканске просторе“, може се наћи у текстовима многих „западних“ колега. У том смислу један немачки аутор (*Raeschke-Kessler*)<sup>10</sup> критикује класичне судске методе решавања спорова, уз изражавање наде да је прошло време старомодних судија навиклих да само мрмљају: „Молим вас наставите“, или „Приговор усвојен“.

Оно што јавност од правног система с правом очекује, а не добија, јесте његова ефикасност која се огледа кроз разумно брзу заштиту права (разумно предвидиво време) с предвидивим ефектима правозаштитних радњи које се с тим циљем предузимају; стручне,

---

7 Vukmir, Nagy, Mediation as a Legal Service, Croatia Arbitration Yearbook, vol. 12, 2005, стр. 237.

8 Kontrec, Uloga raspravnog suca kod mirnog rešavanja sporova u građanskim predmetima, Referat na Savetovanju „13 Hrvatski arbitražni dani“, Zagreb, decembar 2005, стр. 1.

9 Лепосава Карамарковић, Поравнање и медијација, Факултет за пословно право, Београд, 2004, стр. 309.

10 Raeschke-Kessler, The Arbitrator as Settlement Faciliator, U Arbitration International, Vol. 21, No. 4, 2005, стр. 524.

савесне и независне судије на које се не може утицати и немогућност уплива политике на вођење поступака и примену права.<sup>11</sup>

Све цитиране изјаве истакнутих правника и носилаца правосудних функција не изражавају њихов лични став, нису самоевалуативне, већ се њима преноси оцена особа на које се право примењује – јавности. Оне одражавају њихову екстерну евалуацију рада правосуђа. Како су на екстерну евалуацију правозаштитног система најпозваније управо особе на које се оно примењује, њихова дијагноза има значај објективније евалуације: самоевалуација представља (и) манифестациони облик самозадовољства и самољубља и мање је подобна за доношење објективног суда о стању једне сфере људске делатности. Због тога са високим степеном сигурности можемо тврдити да су правозаштитним системом најнезадовољнији његови корисници, а због његове неажурности, непредвидивости, недоследности и скупоће.

Незадовољство јавности, генерисано изнад свега неефикасношћу правног система (које сви поменути аутори јасно дијагностикују), води у перцепцију корисника судске заштите, чак и до измене њиховог вредносног система: доводи се у питање *fiat iustitia, pereat mundus*, а ефикасност ступа на место правде. Потрага за изгубљеном ефикасношћу и предвидивошћу води грађане у предворје правозаштитне „алтернативе“, која, поред *ефикасности*, нуди корисницима својих услуга (грађанима) и друге погодности: *осећај креативности, једноставност, приватност, неформалност*, па и *новчане уштеде* на путу до оптималног, трајног решења међусобних конфликта.<sup>12</sup>

## 2.2. Самоевалуација и реноме

Незадовољству јавности придружила се, након 2001. године, држава: статистички подаци, резултати добијени кроз поједине пројекте и државни мониторинг класичног судског правозаштитног система показали су, поред неефикасности и преоптерећености судова, као последице неажурности и фреквентности међуљудских конфликта, и квалитативне недостатке пресуда и завидан ниво корумпираности система.<sup>13</sup> Истовремено, сензибилна средства јав-

---

11 В. и Барбић, *ibid.*, стр. 29.

12 В. Пухарић, *Медијација у словенском праву и пракси*, Referat за savetovanje 13. hrvatski arbitražni dani, Zagreb, 2005, стр. 2; Палачковић, *Мирно решавање спорова из грађанскоправних односа, у Слободе и права човека и грађанина у концепту новог законодавства Републике Србије*, књ. IV, Крагујевац, 2005 стр. 385; в. Карамарковић за предности медијације на стр. 320 и даље.

13 В. монографију: Беговић, Мијатовић, Хибер, *Корупција у правосуђу*, ЦЛДС, Београд, 2004. г. В. за Хрватску: Национални програм сузбијања корупције,

ног информисања преносе информације о недозвољеном упливу извршне на судску власт. Све то сугерише питања:

- Мора ли се баш сваки спор решавати на суду или је могуће добар део спорних стања решити на други начин?
- Обавезује ли (одредба члана 6 става 1) Конвенција о заштити људских права и основних слобода државе баш на ту и такву судску заштиту?
- Нису ли смернице Европске уније, упућене чланицама, путокази делегирања доброг дела спорова медијацијским центрима, као независним телима за мирно вансудско решавање спорова?<sup>14</sup>

Поред гласа јавности, скромних резултата самоевалуације, утицаја међународне заједнице<sup>15</sup>, утицаја „заборављене традиције“,<sup>16</sup> и историјских разлога,<sup>17</sup> најважнији додатни мотиви за прихватање наведених алтернатива, и од стране државе, представљају прагматични, рационални разлози – жеља за унапређењем правне заштите уз буџетске уштеде.

Наиме, судска власт, као један од стубова суверености, изискује и организационе и функционалне трошкове. Уколико се први не могу умањити а да се не атакује на суверенитет (рационализација мреже судова је теже замислива у условима њихове преоптерећености), други се могу редуковати. Постојање једног круга спорова за које државе нису животно заинтересоване, тј. спорова о правима с којима странке слободно располажу до нивоа поравнања<sup>18</sup>, родила је идеју да се отвори простор за њихово „саморешавање“<sup>19</sup>. Уколико

---

ХАЗУ, Загреб, 2006, на стр. 94 набрајају се конкретне мере за сузбијање корупције у правосуђу.

14 Барбић, *ibid.*, стр. 38 и даље.

15 Препорука Рец (2002) 10 Комитета министара Савета Европе државама чланицама о медијацији у грађанским стварима од 18. септембра 2002; Препорука Р(84)05 о начелима грађанског поступка за унапређивање остваривања правде.

16 Још далеке 1929. г. Закон о грађанском судском поступку Краљевине Југославије препознавао је значај и фаворизовао поравнање као начин отклањања спора. Пар. 529 тог Закона отварао је могућност да се опонент позове на покушај мирења и поравнања. В. Карамарковић, *ibid.*, стр. 249, нап. 630.

17 За кратак историјски преглед у САД в. Moore, *The Mediation Process, Practical Strategies for Resolving Conflicts*, Jossey-Bass Publishers, San Francisco, 1986, стр. 19 и даље.

18 Палачковић, *ibid.*, стр. 385; Сајко, О мирењу у хрватском и поредбеном праву – *miscelanea*, Реферат за 12 Хрватске арбитражне дане, Загреб, 2004, стр. 2 и даље.

19 Vukmir и Nagy користе термин „self-administered“, *ibid.*, стр. 238.

би неко (па макар *и странке у спору*), преузео улогу *арбитра*, а не би био *arbitrarius* (деспот, самовољан и својевољан), држава би могла пристати на „легализацију“ разних облика саморешавања и обезбеђења принуде за извршење акта којима се оно окончава (одлука, поравнање, договор, споразум)<sup>20</sup>. Оскудни ресурси државе (новац, људи и време) би се штедели, јер би се неки умањени персонални и функционални трошкови превалили на странке. У временима пораста броја спорова, те преоптерећености судова, потреба за њиховим растерећењем<sup>21</sup> постаје нужда, како би заштита права појединачна функционисала у, колико-толико, прихватљивим оквирима.

Егоизам, је пре него алтруизам (уважавање грађана) окренуо државну администрацију ка алтернативним методама решавања конфликта, што не мења суд о пожељности последице.

Најзад, узроци окретања алтернативи могу се наћи и у јачању идеологије либерализма, иманентној транзиционим друштвима. Алтернативни методи решавања сукоба, наиме, пребацују моћ и одговорност с државе на појединца (узети судбину у сопствене руке.)<sup>22</sup> Разумљиво је да исти покрет иритира конзервативне структуре: алтернатива води приватизацији правде.<sup>23</sup>

Негативна перцепција правозаштитног система је преовладала и то узрокује толерантнији став државе према „алтернативи“ и уношење у правни систем онога што је у књижевности познато под заједничким именитељем *алтернативно решавање спорова – APC* (или *alternative dispute resolution – ADR*).

Највећи профитери АДР могли би бити држава и странке у сукобу. Прва, јер с минималним буџетским ангажманом (па и без њега) постиже максималне резултате – елиминише конфликте, растерећују судове и смирују тензије у друштву. Други, јер својом иницијативом брзо и јефтиније, налазе излаз из свог клинча (конфликта).

Тиме је започета реформа овог дела правног система. Искрено се надам да то није учињено прекасно и да се неће пружити премало.

---

20 Појединим моделима АДР одговарају акти којима се њихов поступак окончава. С друге стране, постоје разни модели и класификације АДР. Тако, по мишљењу Карамарковићеве постоје три основна модела APC – Медијација, Арбитража и Директни преговори, те неколико хибрида – Евалуација, Нагодба, Мед-Арб, Мини-парница, итд. В. Карамарковић, *op. cit.*, стр. 312 и даље. За разлику од ње, International Trade Center UNCTAD-WTO прави разлику између адјудикативних метода решавања спорова и неадјудикативних. В. Арбитража и алтернативно решавање спорова, Загреб, 2003, стр. 32 и даље.

21 Карамарковић, *ibid.*, стр. 320.

22 Карамарковић констатује овај трансфер моћи без даљих закључака, в. стр. 323.

23 Карамарковић, *op. cit.*, стр. 325.



### 3. ПОЈАМ И УЗРОЦИ „СУКОБА“

У савременом српском језику користе се многи изрази, више или мање исправно, као да су синоними за појам „сукоб“, као што су, на пример: несклад, раздор, трвење, борба, туча, рат, несагласје, дисхармонија, некоегзистентност, фриксија, антагонизам, непријатељство, конфронтација, конфликт. Терминолошки најближем појму сукоба, лично, сматрам реч „конфликт“, а с правног аспекта реч „спор“. Сукоб, конфликт (спор) је (су) свакодневни феномен, неодојив од живота, с веома дугом традицијом, у чему су ми Каин и Авељ крунски сведоци.<sup>24</sup>

Начелно говорећи, реч сукоб (конфликт) асоцира и на психопатологију и црну новинску хронику, на веће или мање социјалне нереде, чак рат и друге облике политичких сукоба. Због тога реч конфликт има лошу репутацију<sup>25</sup> и негативну конотацију.

Ипак, када се овај носилац проблема деперсонализује, он постаје путоказ будућег развоја појединца и друштва, носилац реформи. Може изгледати парадоксално, али сукоб, у социолошком смислу, идентификује проблем у друштву, а решавање сваког сукоба води еволутивном напретку заједнице људи.

Као и за брак, за сваки конфликт потребно је барем двоје. Ово зато што је он увек *релација, однос који је последица контакта и видљивости разлика*. Без контакта нема конфликта.<sup>26</sup>

Без озбиљнијих претензија, на елементарном научном нивоу, постављају се питања:

1. *Шта је то сукоб (конфликт) и*
2. *Зашто он настаје?*

**Ад. 1.** *Вебстеров речник* (1966) сукоб изворно дефинише као „борбу, битку или тучу, што значи као физичку конфронтацију између појединаца“, али се појам даље развијао тако да данас „укључује широко неслагање, или противљење интереса, идеја“.

*Pruitt и Rubin* (област специјализације: социјална психологија) под конфликтом подразумевају „процењену различитост интереса, или веровање да *актуелне тежње странака не могу бити оства-*

---

24 Прича о Каину и Авељу, в. Свето писмо, Прва књига Мојсијева, гл. 4. V. и Breslin, Rubin, *The Negotiation Theory and Practice*, Harvard Law School, 1991, стр. 1.

25 Deutsch, *Subjective Features of Conflict Resolution: Psychological Social and Cultural Influences*, у: R. Vayrynen (Ed) (1991): *New Directions in Conflict Theory*, London, Sage, стр. 26–27.

26 Deutsch, *ibid.*, стр. 29. У нас в. Попадић и др., *Социјални конфликти, Карактеристике и начин решавања*, Београд, 1996.

рене симултано“,<sup>27</sup> док под интересом исти аутори подразумевају „осећај људи о томе шта је базично пожељно“.<sup>28</sup>

Конфликт се може дефинисати и као борба између људи око вредности, или као *такмичење за освајање статусне моћи или дефицитарних добара (Moore)*.<sup>29</sup>

Најнеутралнијом ми се чини једна друга дефиниција (*Mitchell*) која под конфликтом разуме ситуацију у којој два субјекта опажају узајамну *неусклађеност циљева*,<sup>30</sup> тј. неусклађеност *свесно жељених резултата*, па тиме и *сопствених интереса*.

Ово конфликт доводи у везу с различитим, понекад и потпуно супротним жељеним исходима и интересима, ставовима појединаца поводом животне ситуације која их повезује. Превалентни однос и расположење према другој страни, оној с којом сте у сукобу, постаје – непријатељство, анимозитет. Они боје читав простор око особа у конфликту. Тужна је чињеница, али се с њом мора рачунати, да странке у конфликту само своју позицију схватају као правичну и поштenu, док позицију супротне стране доживљавају супротно.<sup>31</sup>

**Ад. 2.** Појединци су читавог живота у сукобу с неким, крећу се од једног ка другом конфликту, други веома ретко. Дакле, 1. *људска природа и структура личности* предодређују: неки од нас су конфликти, други носе њихова решења. Исто важи и за групе људи, па и државе: неке ратују често (фама која важи за српске просторе), друге не. Остаје вам да се определите – преферирате ли да будете део проблема или део решења. Даље, 2. *унутрашња правила ескалације*, природа комуникације и перцепције, такође су подобне да утичу на изглед и перспективе сукоба. Али базични и стварни узрок конфликта је 3. *оскудица*.

У свету су веома дефицитарни ресурси онога што називамо јавним добрима, дакле, оним добрима која се не могу потрошити ничијом конзумацијом, која нису ривалитетна и која се не могу искључити из потрошње, какво је знање, на пример. Друга добра то нису, већ су потрошива, нека су клупска, нека заслужена (*merit goods*), али, у сваком случају, њихов број је ограничен, коначан. Због

---

27 Pruitt, Rubin (1986), *Social Conflict: Escalation, Stalemate, and Settlement*, Random House New York, стр. 4.

28 Pruitt, Rubin, *ibid.*, стр. 10.

29 Moore, *The Mediation Process, Practical Strategies for Resolving Conflict*, 1986, San Francisco, Jasssey Boss, стр. 16. који наводи ову Цосерову дефиницију.

30 Mitchell, *The Structure of International Conflict*, London, MacMilan Press, 1994, стр. 16–17.

31 Raeschike-Kessler, *ibid.*, стр. 530.

тога су и оскудица (недостатак, недовољан број добара) и конкуренција више појединаца у односу на њих (ривалитет) стални пратиоци дистрибуције и стицања права. *Оскудица онога што се вреднује и жели*, па било то материјално или статусно, позиционо добро, извор је конфликта. Чим више особа претендује на исто „богатство“, или исти „положај“, конфликт је на виду.<sup>32</sup> Изобиље, или барем добро балансирана довољност, искључује конфликте, док дефицитарност њима доприноси, погодује им. Подупрта људским амбицијама, апетитима и (чак) похлепама, оскудица се претвара у вулкан сукоба.

Ово значи да конфликт (сукоб) може имати свој непосредан извор у оскудици добара и у различитим интересима појединаца поводом њих (свака од личности у конфликту показује претензије ка њима). *Тако посматран, конфликт је сукоб најмање два интереса који настаје у оскудици физичких или духовних добара.*

#### 4. ПРАВНИ ПОЈАМ „СПОРА“

Када сукоб из „чистог“ живота, пређе на терен омеђен правом, и када отпочну правне квалификације (примена права),<sup>33</sup> он добија нови облик спољног манифестовања, нову правну терминолошку одредницу (*terminus tehnicus*): постаје спор.

*Спор* (као правни израз конфликта) јесте *појам материјалног права*, а *Познић и Ракић-Водинелић* га дефинишу као неслагање два субјекта о субјективном праву које једно лице истиче према другом.<sup>34</sup> Питање је да ли је субјективно право појединца, око кога настаје сукоб (неслагање), угрожено или повређено од стране другог радњама или догађањима?<sup>35</sup> Инволвирана лица, окупљена и повезана спорним радњама или догађањима, постала су стране у животном сукобу и правном спору.

С друге стране, за правнике, а са аспекта процесног права, спор је материјалноправно лице судског поступка у коме учествује,

---

32 Mitchell, *ibid.*, стр. 17.

33 Катичић каже: „Ко правно мисли ... у исто време квалифицира“. В. Катичић, Проблем квалификације у арбитражном судовању, Спољнотрговинска арбитража II, Београд 1965, стр. 91.

34 Познић, Ракић-Водинелић, Грађанско процесно право, Београд 1999, стр. 5, В. Л. Карамарковић, Поравнање и медијација, Београд 2004, стр. 63–64.

35 Станковић, Водинелић, Увод у грађанско право, Београд 2004, стр. 225 и даље.

поред лица која су у сукобу, и судија: *Processus est actus trium personarum – actoris, rei, iudici*.

С аспекта задатка овог текста, питање се поставља у којој мери судски поступак и његова материјалноправна садржина (спор) сличе наличју људске моћи – људској немоћи? Ово стога што се на увођење трећег (државног судије) у решавање несугласица између појединаца, може гледати као на *признање и абдикацију*. Признање немоћи да се несугласице међусобно превазиђу, уз истовремену абдикацију у корист (најчешће) државног органа – судије коме се поверава њихово превазилажење. *Посматрана из угла управљања токовима и процесима, иницијација судског поступка је акт дизања руку са управљача сопственог живота*.

## 5. МОГУЋЕ КЛАСИФИКАЦИЈЕ И ВРСТЕ АЛТЕРНАТИВНОГ РЕШАВАЊА СПОРОВА

Питам се које нам све могућности за решавање спорова нуди тзв. алтернатива?

Свака научна дисциплина има своје класере, фиокице које, опет, имају своје научно и(ли) педагошко оправдање. Иста констатација се односи и на разврставање начина решавања конфликта.

Прво ћемо се задржати на неким социолошким и психолошким приступима овом питању.

А. Са социо-психолошког аспекта,<sup>36</sup> а према технологији решавања, могу се разликовати њихова три основна начина решавања:

1. Компромис (средње решење уз обострано попуштање),
2. Пристајање на процедуру одлучивања о победнику (најчешће кроз повиновање одлуци трећег) и
3. Интегративно решавање (које мири, интегрише супротне интересе).

Из исте социо-психолошке<sup>37</sup> кухиње долази нам и друга класификација по којој се дају разликовати, *ratione personae*, четири начина решавања конфликта:

1. Њихово решавање од стране странака које су у сукобу (обухвата: избегавање конфликта, неформалне разговоре којима се проналази решење, преговоре и медијацију),

---

<sup>36</sup> Pruitt, Rubin (1986) у *Social Conflict: Escalation, Stalemate, and Settlement*, стр. 141–143.

<sup>37</sup> Moore, *The Mediation Process, Practical Strategies for Resolving Conflict*, (1986) Jossey-Bass Inc. Publishers, San Francisco *ibid.*, стр. 5, схема 1.

2. Одлучивање (пресуђивање, адјудикација) од стране трећег лица које нема јавни ауторитет, није власт (обухвата: разна специјализована тела и арбитраже),
3. Одлучивање (пресуђивање, адјудикација) од стране јавно-правних ауторитета (обухвата: одлуке суда, акте законодавних тела),
4. Присилне над-правне одлуке и акције (обухвата: ненасилне директне акције и употребу силе као метод за решавање сукоба).<sup>38</sup>

*Ако ничему другом, ове нас класификације уче да неки други људи, претпоставимо исто толико озбиљни и посвећени колико и ми, а за разлику од нас правника, гледају на суђење од стране трећег, државног службеника само као на један од више могућих начина разрешења конфликта. Или другим речима, суђење није центар света, ако се мало измакнемо, видокруг нам се проширује (да сам црногорског порекла, згодно би ми послужила она Његошева досетка о брду и видуку).*

На самом крају, наводимо једну класификацију решавања спорова дату *с правног аспекта*:<sup>39</sup> по *Franck-и*, дају се разликовати следећи основни методи решавања сукоба:

1. Синдром силе, или право једнога,
2. Синдром компромиса, или право двојице и
3. Синдром непристрасности, адјудикација, или право трећег.

У оквиру ова три магистрална пута решавања сукоба између људи, разликују се неке под-алтернативе, тако да коначна мапа путева изгледа како следи:

- *Сила (синдром силе)* – њена законита и незаконита употреба
- *Директни преговори странака (синдром компромиса I)*

Вансудско поравнање (чл. 1089 нашег Закона о облигационим односима)

---

<sup>38</sup> Произлази да социјални психолози велики значај придају решавању конфликта од стране самих лица која су њиме инволвирана, па се и странице књижевности посвећују одгоју појединаца као умећу преговарања и договарања (уметност тражења компромисних и интегративних решења). Иако се ради о књижевности која у основи припада другој научној дисциплини, мишљења смо да наши савремени правници, уколико желе да буду оперативни, морају имати мултидисциплинарни приступ појавама.

<sup>39</sup> Franck, *The Structure of Impartiality: Examining The Riddle of One Law in the Fragmented World*, u Varady, Barcelo, von Mehren, *International Commercial Arbitration*, St. Paul, Minn, 1999, стр. 2 и даље.

Судско поравнање (*res iudicialiter transacta* – чл. 321 Закона о парничном п.)

- Посредни преговори уз помоћ и подршку трећег (синдром компромиса II)

Медијација

Мед-Арб

Концилијација

Мини-триал (мини-парница)

Евалуација

Одбор за разматрање/решавање спорова

Вештачење

- Адјудикација (синдром непристрасности)

Арбитраже

## 6. ЕДУКАТИВНИ ЕГОЦЕНТРИЗАМ КАО ИЗВОР ПРЕДРАСУДА (или: суђење је алтернатива)

Правници и учитељи права нагињу егоцентризму (лат.: *Ego, Centrum*): прија им да се виде под светлима рефлектора, као да су прве виолине државних оркестара, а не иза кулиса (*back-stage*), као да су телохранитељи те исте државе,<sup>40</sup> њене политике и политичара, што је, вероватно, мало ближе истини.<sup>41</sup> Но, без обзира на животне улоге, држим да правници имају лидерске амбиције, ближи су животу у *VIP* салону, но животу негде другде.<sup>42</sup>

---

40 Својом конструкцијом „основне норме“, „пранорме“, као резултата „рђаве коначности“, Келзен је покушао да професију – правник аболира од страшне казне: да професионални век проведу као чувари дневне политике и актуелних политичара. Ова конструкција се своди на тезу да је правни поредак древна творевина једног смисленијег, трајног концепта, а не садашњих политичара, а да је основ целокупног система пра-устав, као глава и извор свих норми једног система, којег је, можда, и донео неки узурпатор, али време лечи све. В. Келзен, *ibid.*, стр. 172 и даље.

41 Заправо, истина је негде у средини: поједини правници јесу лидери појединих земаља, док већина других има друге животне роле, ближе улози телохранитеља, или одбрамбеног играча спортског тима, или конзерватора. Међутим, треба рећи да, историјски и вредносно, бити лидер недемократске, деспотске државе не значи много, а бити телохранитељ демократије значи прилично.

42 Парафраза наслова књиге “Живот је негде другде”. Милан Кундера, чешки новелиста рођен 1929. г. Ортодоксни скептик и песимиста који је писао са дистанцом хумора. Емигрирао у Француску поричући сваку своју политичност. Роман

Ова особина једног еснафа (професије) је делимичан нус-продукт образовног процеса: они који уче брже, лакше прихватају информације уколико им се укаже на њихову круцијалну важност. Због тога *едукатори често пренаглашавају значај и улогу државе и права* у људским животима, понекад од понеке правне вештине праве делове правне науке, или, нажалост, сопствене хипотезе проглашавају аксиомима. Описна едукативна методологија јесте делотворна јер доприноси успешнијем образовању, али за последицу може имати искривљену слику стварности.

Осим тога, чињеница да је правозаштитни систем (јудикатура) стуб-ослонац државе, монументалност права као људске творевине, његова организованост као научне и образовне дисциплине, те видљивост адјудикације, као под лупом увеличавају значај државног суђења, па сви други методи остају у његовој сенци. Како је право окренуто суђењу и наука је (и) о њему, а како правници креирају свет по свом лику, логична последица егоцентризма – да се постојећи *други начин(и) решавања спорова у правном вокабулару и у правним школама називају алтернативним*. Алтернатива представља „тежак избор једне од двеју могућности“.<sup>43</sup> Имплицитно, из назива следи да је суђење класична државна адјудикација – 1. *примаран* начина решавања спорова, а да поред њега постоји – 2. *једна његова алтернатива*, и да је између њих тежак избор.

Како је клизава граница између мере ствари (свести о одређеном нивоу значаја и важности једне појаве у реалном свету) и егоцентризма, то је и клизање честа последица правне едукације.<sup>44</sup> Из овога, наравно, не следи аутоматски да је читав правни факултет један велики забавни парк са клизалиштем у средини, али из реченог би требало да произађе моје *право на релативизацију*: државна адјудикација коначно није *једини* начин на који се спорови могу решавати (неспорни, други модели решавања сукоба: употреба силе, као *насилни метод* и преговори, као *консенсуални методи*), а није ни *примарни* вид решавања спорова.

Реч примаран (лат. *primarius*) на наш језик преводи се као: први, основни, почетни,<sup>45</sup> и тсл. Као таква она има, пре свега, времен-

„Живот је негде другде“ објављен је у оригиналу први пут 1969. Енглески превод „*Life is Elsewhere*“ објављен је први пут 1974.

43 М. Вујаклија, *Лексикон страних речи и израза*, Београд 1937, Геца Кон, стр. 44.

44 Троструко, *triple L (life-long-learn* – учење током целог живота, али и искуство и мудрост) тада притичу у помоћ, оно нас враћа мери, зауставља у даљем проклизавању, отклизавању. Нажалост, мера се стиче тек накнадно, током живота, а понеко је никада не стекне.

45 Вујаклија, *Лексикон страних речи и израза*, Београд, 1937, Геца Кон, стр. 947.

ску димензију. С аспекта времена, исправније је тврдити да је државно судство *последњи излаз из конфликта*, а не први, јер се њиме разумни појединац користи тек уколико друге методе не дају резултата. Размишљање с аспекта корисника правних услуга (учесника сукоба) води следећем редоследу потеза: *консенсуални методи као примарни, неки вид адјудикације као супсидијарни, уколико први не успеју, и насилни методи*, као последњи излаз, уколико вам их интереси налажу у мери да им се не можете одупрети.

Консенсуалних начина решавања спорова има више, па је државно суђење, коме је право окренуто у мери да му личи на центар света, само један од више равноправних, алтернативних начина решавања међуљудских конфликта. Другим речима речено, *исто колико су други начини решавања спорова алтернативе, толико је то и државна адјудикација*. Све алтернативе су појаве истог нивоа важности и вредности и у реалном и у научном свету. И све имају исту функцију – решити сукоб, те тиме очувати мир и смањити социјалне тензије.

## 7. СУЂЕЊЕ Vs. „АЛТЕРНАТИВЕ“ – ОСНОВНЕ РАЗЛИКЕ

### 7.1. Иницијални пример

У обављању посла професионалног београдског макроа (организатора проституције), свесни сте чињенице да је лоби хотела Хајат<sup>46</sup> у пословном смислу наклоњен вама, док то није случај ни са хотелом Шератон, нити Хилтоном, нити другим чувеним стецитштима истог профила забаве. Поштујући правила парцелизације тржишта, своје запослене шаљете само тамо где им је место, избегавајући забране других. У таквој фер игри добијате обавештење да се неко други меша у ваш атар, да су се појавиле нове „играчице“ у „вашем“ лобију. Како вам је пословни углед, у најмању руку, угрожен радом неког пацера, а зарада се смањује, ви улазите у сукоб са конкуренцијом, чиме је први елемент наше приче формиран.

Описно чињенично стање нуди листу могућности за превазилажење конфликта, нисте у безизлазу, а пошто је тек безизлаз подобан да изазове очај, главу горе! Шта се нуди са менија решавања овог пословног сукоба, или неспоразума?

---

46 Имена хотела могла су да буду и измишљена. Нису да би се постигла веродостојност приче. Ништа друго, никакве инсинуације, осим жеље за сликовитошћу, не стоји иза употребе реалних имена.



Ако је ваша конкуренција здрава и разумна (по економској логици свака је конкуренција здрава, па остаје само питање разума), можете ступити у контакт с њом и започети:

(1) *Преговоре*. Можда нека особа само живи у незнању, а можда је и „млади касарин који под реп коље“ – има нездраве претензије. То ће се открити. Даљи ток преговора зависи од тога. Уколико: а) живите у незнању, вербално упозорење може бити сасвим довољно. Или ћете, можда, б) наћи заједнички пословни интерес, мерцовати се<sup>47</sup> и створити већу пословну империју удруживши оруђа, средства, што може подићи ваш заједнички приход. Или ће ваша конкуренција ц) пристати да користи само оближњи пиано-бар, нудећи вам једнократну надокнаду као компензацију за конкуренцију. Итд.

(2) Можете се обратити особи од несумњивог угледа у вашем пословном свету (*кум*), и од ње тражити да *посредује* у вашем сукобу. Посредник ће вам помоћи да превазиђете иницијалне анимозитете, да боље артикулишете ваше интересе и посредоваће у изношењу предлога, те вама олакшати комуникацију. Таква особа својим ауторитетом може да утиче на исход.

(3) Ако је вашем психолошком профилу ближа *сила*, можете ангажовати добро обучени професионални кадар („*Head and Shoulder*“ особље) који ће решити ситуацију тако што ће „пријатељски“ проћаскати са „нелојалним“ конкурентом. Уколико буду довољно убедљиви, одустанак вашег конкурента је на видiku, бар за извесно време, док не ојача.

Дакле, има излаза, и потенцијалних метода решавања сукоба. Овде су наведена само три, без икаквих интелектуалних напора.

Међутим, истине ради, листа ваших могућности да решите конкретан проблем ипак је оскуднија у односу на „*регуларну ситуацију*“, из једног разлога: ваш посао, из кога је настао сукоб, у овој земљи припада сивој, или црној зони људске делатности, ви нисте на „белој“ листи домаће државе, нема вас у номенклатури официјелних занимања. Због тога што на сопствену државу и њену легалну правну заштиту не можете рачунати, број модела (алтернатива) решавања сукоба је смањен. Да и на њу можете рачунати (уместо продаје љубави бавите се продајом љубичица), дијапазон могућности би вам се проширио. Додала би вам се бар *joш једна алтернатива*: (4) *суд* пред којим бисте могли да заштитите ваше угрожено или повређено право.

---

47 Од енглеског *to merge* – сјединити се, стопити се.

Пошто од вишка не боли глава, прва прагматична, али и етичко-педагошка препорука, могла би бити: мењајте делатност, ако не због морала, а оно зато што, обављајући легалну делатност, добијате *значајног савезника у лику државе и права*. Истина, могуће уз мањи профит.

## 7. 2. Правозаштитна функција државе

Међутим, иста промена би се одиграла (проширење листе алтернатива за решавање сукоба) уколико, услед измене законодавне политике, сама држава одлучи да легализује проституцију. Легализација проституције, као мала промена правног (и економског) система државе, велики је етички изазов за друштво. Наиме, уколико би се држава одлучила на тај корак, у нормативном свету дошло би до промене – проституција би прешла на „белу“ листу људских делатности. Међутим, како се етички код теже мења од правног или економског система, у моралном поретку промена не би била моментална и била би мање видљива. Они који су с неког разлога, опоненти легализацији проституције, у највећем броју случајева то би остали. Чак би сматрали да је њихова држава морална ругоба чији је доминантан интерес – буџет. Али би промену на правном нивоу морали невољно да прихвате, јер их управо државни систем на то присиљава, а суд суди на основу права.

Због тога се поставља питање: 1. *зашто право обавезује*, 2. *шта је оно* и 3. *како функционише*?

1. По фундаменталисти (позитивисти и нормативисти) *Келзену*<sup>48</sup>, *legis latio* (стварање права) први је од два манифестациона облика државне власти.<sup>49</sup> Створено право не обавезује људе вредношћу своје садржине, већ чињеницом да га је надлежно (у основи политичко) тело промовисало у позитиван систем и наредило његову примену.<sup>50</sup> Право, дакле, не обавезује својом праведношћу, демократичношћу, узвишеном истинитошћу, моралношћу, лепотом, мудрошћу, кохерентношћу, или било којим другим квалитетом. Даче и глупо, бесмислено, неморално (на пример: оно које дозвољава проституцију) право, теоријски обавезују по форми, до истоврсне промене, од када обавезује ново право. Постојање правних механизма који омогућују мало, „*фино усклађивање*“ права

---

48 Ханс Келзен (1881, Праг – 1973, Беркли) један је од највећих правника свих времена, а по мом суду.

49 Други је извршење закона. В. Келзен, Општа теорија права и државе, Правни факултет, Београд, 1998, стр. стр. 317.

50 Келзен, *ibid.*, стр. 10.

са животом, а без његове формалне промене (какви су институт „незнатне друштвене опасности“, или поједини видови тумачења), не мења, у основи, конзерваторску природу права.

Закључак је: *право обавезује зато што је издато од стране надлежних власти,<sup>51</sup> а пошто је то држава, онда јер га она прописује.*

2. Овај систем правила, поредак људског понашања<sup>52</sup> састоји се од норми које садрже *заповести, забране и овлашћења*.<sup>53</sup> Њихов *циљ* и *функција* је да усмере друштвена понашања и односе ради заштите одређених интереса и вредности, који су историјски променљиви. Пошто је правни систем персонификација тих вредности, заштитни објекат правног система је (и) он сам у *quelle-taille* стању, до формалне промене.

Заштита интереса и вредности у заједници (држави) и усмеравање понашања постижу се (а) ређе *мотивацијом* појединаца на пожељно понашање, (б) а чешће *казнама* (логика штапа и шаргарепе), тј. *принудним поретком* којим држава покушава да пожељно понашање појединаца изазове применом принудних мера,<sup>54</sup> тј. *организованом силом*.<sup>55</sup>

3. Ову статичну пројекцију права (крупни план) прати динамична; дихотомија државне власти диктира узрочно-последичну везу: *legis latio* мора бити праћен с *legis executio*<sup>56</sup> – имплементацијом права, као другим појавним обликом власти.

*Правозащитна функција државе и права<sup>57</sup> управо се остварује кроз његову имплементацију – (и) кроз изрицање санкција праћених дејством извршности (организована сила)<sup>58</sup> у законом прописаном поступку. Организацијом великог броја кривичних, грађанских, административних поступака, држава, ради заштите угрожених интереса и права, те свог поретка ствари, решава сукобе између људи. То значи да држава врши извршну власт, а правни систем функционише тако што људима пружа (или намеће, зависи*

---

51 Келзен, *ibid.*, 84.

52 В. Келзен, *ibid.*, стр. 55.

53 Лукић, Кошутић, Увод у право, Правни факултет, Београд 2004, стр. 105.

54 Келзен, *ibid.*, стр. 71.

55 Келзен, *ibid.*, стр. 74.

56 Келзен, *ibid.*, стр. 318.

57 За идентификовање заштитних објеката у кривичном и грађанском праву в. Сибиновић, Противправност – одлика кривичног и грађанског вида неправда, Правни факултет Универзитета „Унион“, Београд 2006, стр. 19 и даље.

58 Сибиновић, *ibid.*, стр. 17 и даље.

од угла посматрања) *једну могућност решавања спорова* – тзв. суђење пред државним судом, или *адјудикацију од стране државног чиновника – судије, који, при томе, примењује право.*

*Последње са „алтернативом“ није случај: она се не мора ослањати на правне норме, те има шири спектар могућности, богастију колекцију оруђа.* Из тога следи да не мора штитити ни све оне интересе које право промовише у заштитне објекте, па ни легализовану проституцију, бар не до нивоа јавног поретка,<sup>59</sup> што чини њену прву разлику у односу на судске јудикате.

### 7. 3. Својства државног суђења

Поред тезе о примарности државне адјудикације, њу прате и друге предрасуде. Истина, нико не тврди да је адјудикација метод са најдужим стажом у решавању спорова нити ће то тврдити све док се на листи алтернатива налазе преговори, за које важи да претходе и сукобу,<sup>60</sup> али јесте *фама* да је државно суђење 1. *најправичнији*, 2. *најпаметнији*, 3. *најефикаснији*, 4. *најсигурнији* начин решавања сукоба (или бар већине њих).

#### *Ад. 1. Државно суђење – правичан пут*

Државни суд суди по праву, а не правди, што није исто, а није ни спорно међу правницима.<sup>61</sup> Постоје историјски периоди и земље чији су правни пореци, с већинског гледишта, неправедни.<sup>62</sup> Можда би с аспекта нечијег индивидуалног вредносног система и укуса, то били они који легализују проституцију, забрањују употребу алкохола и дрога, легализују брак истих полова и тсл. Раскорак (па и велики) између једног позитивног правног система и већинског схватања морала или правде није довољан разлог да тај систем буде елиминисан са „списку живих“ – он и даље постоји и имплементира се. Све остало био би претерани уплив политичке наклоности на науку, на

---

<sup>59</sup> Из чл. 321 у вези чл. 3. Закона о парничном поступку: суд коначно оцењује да ли је споразум којим се окончала медијација, а који се закључује у форми судског поравнања, у сагласности с принудним (императивним) прописима и моралним стандардима домаће земље.

<sup>60</sup> Преговори, а по Рубину, претходе и конфликту. Док се други везује за Авеља и Каина, први се везује за Адама и Еву (понуда коју Адам није могао да одбије), В. Рубин, *ibid.*, стр. 1.

<sup>61</sup> Келзен, *ibid.*, стр. 57.

<sup>62</sup> Као илустрацију тога, Келзен је наводио примере Русије, Италије, Немачке у доба большевизма, националсоцијализма и фашизма. Келзен, *ibid.*, стр. 57.

пример: преферирање демократије у односу на аутократију. Био би то морални (или политички), а не научни суд.<sup>63</sup>

Сва права, поновимо то, обавезују формом, а не квалитетом садржине, те *могу бити неправична*, или на други начин *интерфектна* (коначно, каква би била када су дело људи), а ипак важећа, позитивна, она по којима државни судови суде. Из тога следи да је илузија, наивност, или лудост *очекивати да ће резултат имплементације права – пресуда – упркос најбољем умећу судије, бити много боља од материјала од кога се она прави – често несавршених и понекад неправичних, неморалних закона.*

Теоријски, правда је ближа АДР методама, које не морају да зависе од права, већ самом праву. На пример, арбитражна адјудикација, као АДР метод, може бити вољом странака у сукобу креирана тако да арбитри донесу одлуку по правичности (*ex aequo et bono; amiables compositeurs*). То не значи да се одлучује својевољно, произвољно. Судити по правичности, значи „судити по извесним објективним, рационалним ...научним критеријумима, као што су идеја једнаког поступања, ...идеја нормалног и разумног“.<sup>64</sup> Или, поравнање, као облик окончања спора преговорима, може бити „непатворена правда“, или неправда, или ће се у њега унети онолико морала и правде колико то уговарачима одговара. Све зависи од њих самих.

Закључак: ако преферирате правду, пре ћете је затећи у АДР методама но у суду.

## *Ад. 2. Државно суђење – паметан избор*

У одговору на питање: „Шта је паметније (мудрије) – обратити се државном ауторитету, или сам решавати свој спор?“ полазим од разумне претпоставке да је свакоме мајица ближа од кошуље. Следи да свака индивидуа воли себе више но што га било који државни чиновник воли, па звао се он и судија и био му сродник у првом степену (када би се, уосталом, морао изузети).

Друго, није претерана ни тврдња да нико не зна боље чињенице случаја од стране у сукобу и његовог противника. Оне су се њима догодиле, оне су део њихове прошлости. Најзад, нико боље од учесника сукоба не препознаје сопствене интересе јер они су део њихове планиране будућности.

---

<sup>63</sup> В. Келзен, *ibid.*, стр. 57.

<sup>64</sup> Марковић, Суђење по правичности, *Правни живот*, бр. 9–10, Београд, 1994, стр. 629.

Из свега реченог произлази да су опоненти најбољи познаваоци чињеничног стања и најбољи тумачи сопствених интереса који ће, из љубави према самима себи, делати у свом најбољем интересу.

После свега, у ваздуху виси питање: шта их је нагнало да од државног чиновника траже решење сукоба, упркос несавршености његовог оруђа (закон), лимитираног познавања чињеница и неуважавања интереса сукобљених (што му и није у опису посла), када га сами могу решити? Вероватније пре капитулација памети и мудрости, под теретом сукоба који личи на нерешив проблем, но њихов тријумф. Изгледа да је паметније не молити се пред том црквом.

### *Ад. 3. Државно суђење – ефикасан пут*

Поборници алтернативе доведени су на клизавији терен тврдњом да је државна правна адјудикација *најефикаснији* начин решавања конфликта.

Научно чистунство, када му се придруже још неке карактерне црте, отвара просторе за опонирање: ефикасност је квалитет људи, а не права,<sup>65</sup> те из прве тврдње само произлази да су судије ефикасне. А то је веома упитно, поједине јесу, сигурно је.

Али, ако тврдњу разумемо као изјаву да је правосудни систем, као „биће,“ ефикасан, тј. да је судски метод ефикасан метод, онда је мој одговор како следи.

Појам „ефикасност“ има временску димензију која се састоји из 1. *брзине* и 2. *коначности*; и има садржински ефекат 3. *извршности*, егзекутивности (извршење под окриљем државне силе).

Ад. 3.1. Укореењеност изреке: „*Правда је спора, али достижна*“ довољан је доказ за тврдњу да *брзина* није иманентна ни парничном, а ни извршном поступку. Дапаче, временска димензија ефикасности је бољка скоро свих држава и њихових правних система, а борба за бржу правну заштиту је циљ и покретачка снага многих реформи правосуђа. Све алтернативе су, ноторно је, много брже. Рок од 30 дана који законодавци најчешће остављају „алтернативи“ за „покушај“,<sup>66</sup> по правилу није довољан ни за заказивање припремног рочишта за главну расправу у парници. Толико о брзини.

---

<sup>65</sup> Квалитет права није ефикасност него је његово важење. В. Келзен, *ibid.*, стр. 92.

<sup>66</sup> В. на пример чл. 28 Закона о мирном решавању радних спорова, *Сл. гласник Србије*, бр. 125 из 2004.

Ад. 3.2. Друго је питање јесу ли правоснажност и извршност гаранти *коначности*?

Мој одговор „не“ заснива се на следећем:

Пресуда се најчешће завршава изреком која дефинише да је једна од сукобљених страна победила другу, она диференцира учеснике сукоба одређујући победника. Пресуда ствара добитничко-губитнички однос (тзв. *win-lose*), а не обострано добитнички однос (не *win-win relation*). Тиме се она, по дефиницији, намеће бар једној од страна у спору (губитнику) који, због тога, судску пресуду не доживљава као своју сопствену одлуку, већ као наредбу система. Невољно јој се повинује, јер мора, али истовремено, људски, чека „својих пет минута“. На тих својих пет минута, на „*време за реторзију*“, губитник гледа као на *време части* и *правде* (у коме ће свету доказати да је био у праву), то је, за њега, пре фаза спасавања образа (*face saving*)<sup>67</sup>, но противправна фаза новог сукобљавања са системом. Томе треба додати да право није дизајнирано тако да континуирано прати сукоб, па и после његовог судског епилога. Доношењем правоснажне пресуде правни систем је извршио свој задатак: ствар је (правоснажно) окончао, она се ставља *ad acta*, заједно са животом око ње. Престаје сваки судски и правни мониторинг догађаја.

Отуда не треба да изненађују рецидиви сукоба и реторзије предузете од стране судских губитника. Другачије би било само уколико би епилог судског поступка (правоснажна пресуда) успео да угуши сам ембрион сукоба, тј. став и разумевање догађаја који је сукоб изазвао. Само под тим условом решење сукоба би могло претендовати на коначност. Међутим, суд није конципиран да то чини.

Са аспекта дефинитивности (коначности) залажем се за решавање спорова преговорима (директни и посредни) који се окончавају судским поравнањем учесника конфликта, а које у себи садржи *интегративно разрешење конфликта*: промену и на нивоу понашања учесника и на нивоу њихове перцепције, ставова, разумевања суштине ситуације. Права коначност припада само таквим решењима.

Ад. 3.3. Архитектура аргумената „*извршности као дејства судске одлуке*“ је једноставна: ефикасност пресуде читује се у постојању гаранција државног монопола силе. Пошто сила лебди над пресудом, она јој, природно, трансмитује сопствену енергију, ефикасност. Оно што је суд изрекао имало би се државном силом (ако треба) *извршити*.

---

67 Rubin, Some wise and mistaken assumptions about conflict and negotiations, u Breslin, Rubin, The Negotiation Theory and Practice, Harvard Law School, 1991, стр. 6.

Држава, као и сви ентитети, може емитовати и трансмитовати само енергију коју поседује. За делотворну трансмисију потребна је идеолошка и политичка снага система и јасно стратегијско опредељење да се максимизира број принудних извршења одлука судова које нису добровољно извршене. Томе се, често, супротстављају концепцијске запрете произашле из неодлучности и идеолошких недоследности политике, које угрожавају начело извршности. Оклевањем да дâ пуну ефикасност нормама извршног поступка, законодавац и држава дезавуишу и ниподаштавају сопствени парнични и ванпарнични поступак, па и његове персоналне носиоце. Разлога томе може бити више од: 1. *идеолошких* – коминизму је иманентно да је благонаклон према дужнику, преко 2. *демагошко-политичких* – подилажење дужничком лобију и 3. *квазисоцијалних* – министарство правде преузима на себе социјалну функцију државе штитећи дужнике „слабог“ имовног стања (сиц), па до 4. *кондиционих* – држава и систем то нису у стању.

Дефинитивно, посматрано с аспекта ефикасности, појединачна или групна *сила* имају своје предности над организованим, државним монополом силе: ако ништа друго, немају системске кочнице, немају обзире које држава дугује јавности и изнад свега – немају скрупула.

Најзад, уколико знамо да се, с аспекта егзекутивности, у истом рангу са судском пресудом налази арбитражна пресуда и судско поравнање којим се могу окончати и медијација и концилијација, преференција се може изменити.

#### *Ад. 4. Државно суђење – пут правне сигурности*

Заводљивост аргумента правне сигурности гради се на појму транспарентности: једном донето право се објављује, постаје видљиво и доступно, чиме се из суђења елиминише свако изненађење. Објављивањем закона судски силогизам постаје предвидив до нивоа досаде: уколико је чињенично стање исто (*premissa minor*), из објављеног менија норми (*premissa maior*) квалификацијом се одабира увек иста као меродавна, те пресуда има исту садржину. Како је правна сигурност потреба људи, судска адјудикација је у предности над АДР, *чија се решења не налазе на претходно објављеној листи.*

Учестали судари између овог пожељног квалитета теоријске шеме примене права и непредвидивости ефеката судских правозаштитних радњи у реалности<sup>68</sup> ревитализују добру, стару шалу:

68 Слично Барбић, *ibid.*, стр. 17 и 29.



„теорија ми је толико перфектна да ћу морати да променим живот“, уз отварање дилеме: може ли судски силогизам да истисне Рогати<sup>69</sup> са списка најчувенијих софизама?

Уколико се софизам схвати као „намерно изазван погрешан закључак“, бојим се да одговор мора бити негативан: у недоследној имплементацији права нема ничије намере, бар не стратешке, већ се ради о несавршености апаратуре. Како правници нису логичари који су индиферентни на *Аристотелову* дистинкцију на софизме или паралогизме, за њих је важно да ли је грешка хотимична или не, због идентификовања њеног узрока.

Чини се да су у судском силогизму једино чињенице неспорне, уколико су потпуно утврђене, што не важи за његове друге елементе. Прво, несавршен је правни систем, *praesens maior*, а сумњиви су и персонални носиоци примене.

Правни систем не пружа кристално јасну, недвосмислену понуду горњих премиса. Објављивање закона није довољан услов за њихову потпуност, прецизност, јасноћу, повезаност и склад. Сталне промене, које су биле пратилац нашег правног система, имале су пречесто различит смер, биле су (и још су) стихијне. Озбиљнији инвентар и велико спремање система никада није начињено. Стихијно, скоро револуционарно кретање, нагли заокрети наше законодавне политике (која се, по правилу, промптно морала спроводити) бивали су Дарвинова „ноћна мора“. Њоме се спречава еволутивни развој система, владавина права и успостављање правне сигурности.<sup>70</sup> Судска пракса, којом би се могла, донекле, амортизовати несавршеност правног система, има незавидно место у хијерархији извора права, а захваљујући несавршености информационог система, није ни доступна судијама.

Судије су, најчешће не својом кривицом, несавршене. Велики део њих растао је и едуковао се у време „стихијског лутања“ и права и правне едукације, која га је пратила,<sup>71</sup> те нису могли да стекну стабилност знања и искуства нити се доследно касније развијати, већ су лутали препуштени сопственој сналажљивости. „Знања стечена

---

69 *Cornutus sc. Syllogismus*, или корнутус, рогати силогизам којим се логички доказује да људи имају рогове. Избор софизма је случајан, могао је бити и Гомила, или Телави, итд.

70 „Нема тог правног сустава у коме се стално не уводе новости, па ни оне значајне и опсежне, само је питање иду ли оне увијек у истом правцу или се правац промјена мијења. ... Иду ли измјене у правном суставу у истом правцу, његов је развитак поступан, уредан и брже доводи до стварања стандарда које захтијева владавина права“, Барбић, *ibid.*, стр. 33.

71 Барбић, *ibid.*, стр. 34–35.

на студију нису довољна за примјену узастопно темељито мијењаног правног сустава. Програми предмета који се изучавају на факултетима споро се мијењају и још су увијек оптерећени ранијим садржајима, више него што је то потребно за разумијевање и стјецање нових знања, а и наставне методе у правилу заостају за онима које се користе у модерној свеучилишној настави у развијеним земљама<sup>72</sup>. Из тога следи да се разлози несавршености примењивача права крију пре у правном систему и едукацији, но у њима самима, што не мења садржину крајњег закључка.

Плашим се да се данас већа неизвесност налази у судској заштити него у АДР методама. У њима странке у спору задржавају контролу и над процедуром решавања конфликта и над његовом садржином. Може бити изненађења у пресуди на чији поступак доношења странке имају ограничен утицај, а нема никаквог изненађења у договору који саме постижу.

#### 7.4. Традиционализам и монополизам – додатни узроци отпора АДР

Објашњења за ниподаштавање свих других, до судског метода решавања спорова, у правној књижевности, осим у: 1. појму права и државе и улози права у очувању државе, 2. методама и циљевима правног образовања, 3. предрасудама о квалитету државног решавања спорова, могу се наћи и у 4. природи и особинама људи, па и народа, мада се невољно окрећем и позивам на особине и црте било ког колективитета.

Ипак, дозвољавам искуствени закључак да је наше друштво претежно традиционалистичко и конзервативно. Као такво, оно се тешко навикава на новоте, на промену било које врсте, на нове технологије, технике, процедуре, институције, инсталације, па и индивидуе. То наравно не значи да је реформа система судства у Србији немогућа, али значи да реформисти наилазе на жешћи отпор но што је то уобичајено. Традиција се користи и као штит од утицаја „спољњег света“, проглашава се неспорним квалитетом (добро је зато што је традиционално) и ауторитетом с којим се не вреди надгорњавати, а да се довољно не проучи и спозна.<sup>73</sup>

---

72 Барбић, *ibid.*, стр. 34.

73 Закон о грађанском судском поступку Краљевине Југославије из 1929, препознавао је значај и фаворизовао поравнање као начин отклањања спора. Пар. 529 тог Закона отварао је могућност да се опонент позове на покушај мирена и поравнања. Ово је илустрација заборављене традиције.

Као илустрацију манифестованог српског отпора према „нови-нама“, наводим скорашње поступке доношења Закона о медијацији и Закона о арбитражи<sup>74</sup> у Парламенту Србије. Ови закони су део пакета реформе српског правосудног система, који су имали за циљ приближавање Србије Европи и светским трендовима у решавању спорова. Упркос томе, приликом доношења оба поменута закона бујица речи и силно време је потрошено у покушајима српских парламентарца да убеди предлагача у непотребност и инперфектност иновација правозаштитног система. Уколико и узмемо да наши парламентарци нису правни професионалци, што јесте тачно за већину, слика није боља ни када ступите у дискусију са правницима. Иако спремнији да признају лоше особине домаћег правозаштитног система и они са подозрењем и неповерењем гледају на нове технике и процедуре.

Оправдање таквог понашања може се наћи у историјском искуству система: дуги низ година систему су политички наметане чак и револуционарне реформе, а да се струка мало питала. То страх од понављања историје чини оправданим.

Рационалан разлог таквог понашања, одбрамбеног положаја јежа, налази се у интуитивној потреби за заштитом сопственог монопола. Наиме, уколико би се међуљудски спорови могли решавати и ван суда, и без присуства правника, неко други би еснафу постао конкуренција, отео му део посла и угрозио егзистенцију. У мери у којој овај став држава потхрањује, реформе ће се одложити.

Наравно, ни еуфорично одушевљење није најбољи савезник промена, али реформама погодује бар умерени оптимизам. Он у Србији недостаје. Страх од новина, промена које изискују додатне напоре до-едукације, јачи је од државотворне свести о неопходности унапређења система. Управо због те потребе за сталном едукацијом која изискује труд и време, истина као мање важну, списку сметњи новим методама решавања конфликта можемо придодати урођену инертност појединаца. Наиме, чини се да је доста комотније и изискује мање интелектуалног и физичког ангажмана и малтретирања, предати предмет судији, а ангажовати професионалне адвокате, него се исцрпљивати у сталним преговорима у потрази за добрим компромисом.

То што комодитет кошта, а што су његови резултати у решавању сукоба, њихова прихватљивост и квалитет, управо сразмерни уложеном личном напору, понекад је мање важно од потхрањивања сопствене инертности.

---

<sup>74</sup> Закон о посредовању – медијацији из фебруара 2005. и Закон о арбитражама из маја 2006. г.

## 8. *SILLOGISMUS CONTRACTUS*

### Сводим и *закључујем*:

Непримерена је мом правничком образовању тврдња о безвредности, или неадекватности државне адјудикације. Уосталом, историја би ме лако демантовала.

С друге стране, непримерена је мом емпиризму изјава да је суд најефикаснији и најбољи (оптимални) метод регулисања највећег броја сукоба (спорова) међу људима.

Најзад, непримерена је мом либерализму идеја о могућности дизања руку са управљача сопствене судбине.

Како социолошки квалитет конфликта као индикатора кризе и носиоца промена, не мења суд о његовој генералној непожељности, јасно је да је његово избегавање оптималан метод људског понашања. То, нажалост, понекад не успева. Када смо већ у ситуацији „шта је, ту је“, онда је боље имати више од једног излаза из кризе.

Посматрани с аспекта рационалности, методи *преговора*, медијација и концилијација пре свих, оптималан су начин управљања сопственим животом. Уколико су успешни, поравнање до којих они доводе може се закључити у облику *судског поравнања* са садржином која је уговорена у успелом поступку медијације, или концилијације (*the agreement in the form of settlement*). Уколико се „алтернатива“ комбинује са парничењем, онда би се могла издејствовати и одлука суда на бази постигнутог споразума (*award made by consent; award on the basis of the agreement*). То овакво поравнање ставља под окриље државног монопола силе, снабдева га дејством извршности.

Судско пресуђење је излаз за случај нужде (*emergency exit*). Ни више ни мање од тога. Али и на сваком авиону овај *emergency exit* постоји и његово постојање нико не доводи у питање.

Мој сажети закључак зато гласи: од алтернативе, као вишка, глава не боли.

Gašo Knežević

## THE LAW AND ITS CHANGES: ADR –CHANGE IN THE LAW

### *Summary*

‘Legal redress’, a bundle of organizational, substantive and procedural norms designed to resolve conflicts, protect those who have been

wronged or those whose rights have been endangered, has been lagging behind in our country for decades. The only way to overcome this kind of problem was given through court protection, through classical court proceedings, civil administrative, constitutive or criminal, while other countries gradually introduced alternative methods. Negative perception of system of legal redress has taken a hold among general public and this influences a more relaxed approach of the state with regard to 'alternative' and introduction in the legal system of, what has been known under a single notion of 'alternative dispute resolution' –ADR.

Through the use of legal, but also of socio-psychological methods, this article attempts to prove that judicial way resolving disputes is not neither the primary, nor the best, the smartest, the most secure and the most efficient method. Rather, it attempts to illustrate that every problem solving way of resolving disputes fulfills its function and that all ADR methods deserve all attention and comprehensive legal regulation, since they represent equally important alternatives in the real life situation.

A brief summary of this text amounts to 'there is no such thing as too many alternatives'.

Key words: *System of legal redress. – Self-evaluation and external evaluation of the system. – Classification of the ADR. – Educational egocentrism. – Courts v. alternatives. – Pros and cons. – traditionalism and monopolism.*