

ZASLEDOVANJE IN DOSEGANJE PRAVIČNOSTI V SODNEM PROCESU IN V PROCESU MEDIACIJE – EPISTEMOLOŠKA ANALIZA IN KOMPARACIJA

47

PURSuing AND ACHIEVING JUSTICE IN THE JUDICIAL
PROCESS AND THE PROCESS OF MEDIATION – AN
EPISTEMOLOGICAL ANALYSIS AND COMPARISON

Tanja Metelko Lisec, dr. soc. ped.

Inštitut za mediacijo Concordia, Pipanova pot 30, 1000 Ljubljana

tanja.tanjapia@gmail.com

POVZETEK

V zadnjih letih je zlasti v pravnih krogih, vse pogostejše pa tudi na področjih dela z družino, v šolstvu in gospodarstvu vedno pogostejše zaslediti pojem mediacija.

Konflikti in nerešena vprašanja prepogosto najdejo svoj epilog na sodišču pri izvedencih psihiatričnih, gradbenih in premoženjskih strok. Sporna vprašanja nemalokrat prerastejo v spore, ki jih rešuje vrsta strokovnjakov z odvetniki vpletenih, na koncu pa nekdo tretji odloči o zadevi, kar praviloma ne prinese trajnejšega zadovoljstva, izpolnitve odločitve ali sodbe, zlasti pa poslabša ali celo prekine odnose med vpletenimi.

Posledica tega je uvajanje alternativnih oz. komplementarnih metod reševanja sporov v državah široko po svetu, v zadnjem desetletju pa tudi v Sloveniji.

Sodni postopek in postopek reševanja spora v mediaciji je mogoče primerjati glede na najrazličnejše elemente – pravičnost

je ena izmed teh in to postavko smo izbrali za predmet našega opazovanja. Zasledovanje in doseganje pravičnosti v obeh postopkih reševanja spora ter epistemološka analiza obeh procesov sta osrednji nalogi tega prispevka, katerega namen je prepoznati razlike in prednosti enega načina razreševanja spora pred drugim.

KLJUČNE BESEDE: *mediacija, sodni postopek, pravičnost, komunikacija, resnica.*

ABSTRACT

In recent years the concept of mediation has become increasingly commonplace, particularly in the field of law, but also in areas related to family life, education and economy.

Conflicts and unresolved issues are often settled in court with the help of experts in the fields of psychiatry, construction and property. Controversial issues frequently escalate into disputes, which are then resolved by a string of experts and attorneys representing the respective parties involved in the dispute. Finally, a third party issues the final decision regarding the matter, which tends not to result in a lasting sense of satisfaction or the realization of the decision or verdict, and it often further exacerbates or even terminates the relationship between the parties involved.

As a result, alternative or complementary dispute resolution methods are being introduced in countries worldwide. Slovenia, too, has witnessed this trend over the last decade.

Judicial proceedings and the process of mediation are comparable on the basis of a variety of elements. Among them is the element of justice, which has been selected as the subject of our study. The pursuit and obtainment of justice by way of these processes as well as an epistemological analysis of each process are central to the present paper, the purpose of which is to identify the differences between them and the advantages of one method of dispute resolution over the other.

KEYWORDS: *mediation, judicial proceedings, justice, communication, truth.*

PRAVIČNOST IN RESNIČNOST TER RAZREŠEVANJE SPORA PRED SODIŠČEM IN V MEDIACIJI

POJEM PRAVIČNOSTI V PRAVU

Z vprašanjem pravice in (njene) pravičnosti se ukvarja človek že od svojega nastanka dalje oz. vsaj od takrat, ko sta se na Zemlji pojavila dva človeka, saj sta v svojem medsebojnem razmerju, porazdelitvi dela in dobrin skoraj gotovo trčila ob pravičnost. Antični filozofi, očitno vznemirjeni od njenega pomena, so se prvi javno začeli spraševati o pravičnosti in pri tem ustoličili njen dejanski obstoj znotraj družbene stvarnosti. Beseda pravičnost ima različne pomena, v tem prispevku pa nas zanima pravičnost kot merilo za vedenje in ravnanje v pravnih razmerjih.

V enem svojih poslednjih del *Nomoi* je Platon razpravljal o problemu enakosti in pri tem prvi razvil nauk, da je treba pravičnost razumeti ne le kot numerično, temveč kot sorazmerno enakost. Ta nauk je poglobil in razdelal njegov učenec Aristoteles v peti knjigi *Nikomahove etike*. Po njegovem je bistvo pravičnosti enakost. „Enako je sredina med preveč in premalo ..., ker pa je enako neka sredina, je torej tudi pravično neka sredina ... Pravično obstoji v nekem sorazmerju ..., kajti sorazmerno je v sredini, pravično pa je to, kar je sorazmerno.“ (Aristotel, *Nikomahova etika*, knjiga V., 1131a–1131b, in V, 7, 1131b, v Pavčnik, 1999, str. 448). Sorazmernost po njegovem potrebuje merilo (*tertium comparationis*), ki ga vsebinsko napolnjuje, merilo sorazmernosti pa je zasluženje.

In kaj ima pravo s pravičnostjo? Beseda pravo izhaja iz latinske besede *iusticia*, ki pomeni pravičnost, torej se v besedi pravo skriva pravica. Marijan Pavčnik podaja zgoščeno definicijo prava, ko pravi, da je pravo „sistem kot celota učinkovitih pravnih pravil in pravnih načel, ki v mejah pravne pravilnosti urejajo življenjsko pomembno pravno vedenje in ravnanje ljudi v državnoorganizirani družbi“ (Pavčnik, 1999, str. 17–18).

O pravičnosti je torej v pravu pogosto govora. V Pravnem leksikonu (Pavčnik, 1987) zasledimo, da je pravičnost vrednota, da je treba vsakomur dati, kar mu pripada. V sodobnem pravu je po formalni

plati splošno sprejeto, da je treba pravne subjekte enako obravnavati v splošnih pravnih aktih (npr. v zakonih) in da je treba te akte tudi enako uporabljati. Po Pavčniku (Pavčnik, 2001a) je pravičnost merilo za vedenje in ravnanje v pravnih razmerjih: gre za razmerje med pravnimi subjekti, ki imajo drug proti drugemu pravice, dolžnosti in dolžnostna upravičenja. Za temi pravnimi naslovi je takšna ali drugačna razdelitev ali pa izravnavanje dobrin in bremen med pravnimi subjekti. Od merila pravičnosti je odvisno, kako so dobrine in bremena razdeljeni ter izravnani. Če pogledamo, kako pravo v pravni teoriji išče pravičnosti njeno nepogrešljivo mesto, lahko najdemo različna merila pravičnosti v pravu, ki jih na tem mestu zgolj naštevamo: vsakomur svoje; vsakomur enako; vsakomur po zasluženju; vsakomur po načelu enakovrednosti; vsakomur po njegovem delu; vsakomur po njegovih potrebah; vsakomur glede na zlo; vsakomur glede na zakon. V teh načelih je mogoče zaznati, kako pravo v iskanju in z željo po zagotavljanju pravičnosti kroži med tremi temeljnimi principi: zagotavljanja enakosti, upoštevanja potreb in dajanja glede na zaslužnost.

POJMOVANJE IN RAZUMEVANJE RESNICE IN RESNIČNOSTI

Ko govorimo o pravičnosti v pravu, ne moremo mimo njej sorodnega oz. neredko celo predpostavljene pojma, to je resnice oz. resničnosti. Ne nazadnje ima pravo v mnogo svojih panogah opraviti ravno z resnico. V veliki meri se z ugotavljanjem resnice ukvarja npr. kazensko procesno pravo, ko sodišče ugotavlja potek dogodkov, ki so privedli do nekega nedovoljenega ravnanja in prek tega dejansko stanje v določeni kazenski zadevi. Večji del kazenskega procesa v predhodnem postopku in na glavni obravnavi je naravnani na ugotavljanje dejanskega poteka dogodkov, o čemer govorita stranki v postopku, njune priče, morebitni izvedenci in drugi, ki morajo biti opozorjeni na to, da so dolžni govoriti po resnici, ter na posledice krivega pričanja. V sodnem procesu gre torej običajno za empirično ali avtentično resničnost.

Drugačno je pojmovanje, ki govori o tem, da se o resnici in resničnosti, torej o tem, kaj je resnica in resnično, lahko dogovorimo. Resnica je potemtakem (lahko) stvar dogovora. Von Foerster (po Barnesu, 1994, v Šugman Bohinc, 1997, str. 301) tako opredeljuje

resničnost kot „konsistentni referenčni okvir najmanj dveh opazovalcev“. Po tej definiciji ni resničnost (in resnica) nekaj vnaprej danega, temveč je vselej funkcija dogovora vsaj dveh opazovalcev oziroma udeležencev v sistemu, torej izraz njunega strinjanja, soglasja o nečem kot o resničnem. Von Foerster (prav tam) ne priznava objektivne resničnosti, temveč govori o interpretativnosti naše mentalne aktivnosti. Če bi njegovo definicijo prevedli v matematično enačbo, ki pojmovanje resničnosti prikaže še bolj nazorno, bi lahko zapisali formulo:

$$\text{resnica} = f(\text{dogovora}).$$

Tukaj se postavi pod vprašaj doseganje resničnosti v sodnem postopku, kjer je sodnik tisti, ki ugotavlja in v končni fazi tudi ugotovi resničnost oz. jo dogovori sam s seboj.

Podobno opredeljuje resnico in resničnost Pask (1992, v Šugman Bohinc, 1996), ki pravi, da je resnica hermenevtična (in ne objektivna), saj predstavlja nekaj, o čemer se dva ali več udeležencev strinja oz. dogovori, da je resnično – in v tem je vsa resnica ter edina resničnostna vrednost dogovora. Do dogovora in s tem do resnice pa pridemo z izčiščevanjem pomena (ki je neizogibno zasebni pomen vsakega udeleženega akterja) prek konverzacije, ki se ustavi na točki, ko se oba (ali več) udeleženca zedinita, da sta zadovoljna z interpretacijo drugega glede svoje lastne interpretacije. Rezultat je presekok oz. skupni delež interpretacij, ki sta jih udeleženca izmenjala in razvila skozi razgovor ter ki je postal skupno dogovorjeno razumevanje nekega koncepta oz. dogodka.

RAZREŠEVANJE SPORA V SODNEM PROCESU

V nadaljevanju bomo na kratko opredelili, kako se rešujejo spori v sodnem in pozneje v mediacijskem postopku. Pri nas je na voljo relativno malo organiziranih oblik alternativnega reševanja sporov, čeprav je v zadnjih letih zaslediti porast poravnav tako v kazenskih kot v civilnih zadevah, vzpostavljata in izvajata pa se tudi arbitražna in mediacija. Večina tistih, ki so v sporu, se odloči za vložitev tožbe in sodno pot razrešitve spora. Tak način seveda vključuje sodišča in njihovo sodno dejavnost.

Sodno dejavnost lahko na kratko opredelimo kot sojenje o pravno-sti navzven zaznavnega vedenja in ravnanja pravnih subjektov, nato kot sojenje o pravicah in dolžnostih, ki so sporne med pravnimi subjekti, ter sojenje o pravnosti posamičnih in splošnih pravnih aktov. Nosilci sodne dejavnosti so sodišča, ki ugotavljajo dejansko stanje in ga pravno vrednotijo. Svoje delo opravljajo v sodnem postopku.

Sodni postopek se začne s predlogom obeh strank ali tožbo ene stranke kot tožnika. V predlogu ali tožbi stranke oblikujejo zahteve, o katerih sodišče odloča na osnovi dokazov, katerih izvedbo predlagajo stranke. Tako npr. Zakon o pravdnem postopku¹ (2004) govori v 8. členu, da „na osnovi izvedenih dokazov odloči sodišče o tem, katera dejstva štejejo za dokazana, po svojem prepričanju; na podlagi vestne in skrbne presoje vsakega dokaza posebej in vseh dokazov skupaj in na podlagi uspehov celotnega postopka.“

V času sodnega postopka tako sodišče (ki deluje v sestavi sodnika in sodnikov porotnikov ali enega sodnika) zasliši stranke, priče, morebitne izvedence, pregleda in oceni predložene in predlagane dokaze ter opravi druga dejanja, ki so potrebna za razjasnitev dejanskega stanja nekega konkretnega življenjskega primera. Pravno gledano zanimajo sodnika torej tista (in samo tista) dejstva življenjskega primera, ki ustrezajo dejstvu, tj. sestavinam zakonskega dejanskega stanu (ta dejstva imenujemo konkretni dejanski stan). Engisch (1963, v Pavčnik 1999) navaja, da moramo razločevati med tremi vprašanji, ki vodijo k oblikovanju konkretnega dejanskega stanu: najprej si predstavljamo, kakšen naj bi bil življenjski primer, nato ugotavljamo, kaj se je v resnici zgodilo, in končno ocenimo, kakšen in v čem je dejanski stan glede na prvine, ki jih ima zakonski dejanski stan.

Sodišče oz. pristojni organ mora vselej „popolnoma in po resnici ugotoviti sporna dejstva, od katerih je odvisna utemeljitev zahtevka“ v pravdnem postopku (ZPP, čl. 7/1) oziroma „po resnici in popolnoma ugotoviti dejstva, pomembna za izdajo zakonite odločbe“ v kazenskem postopku (ZKP², čl. 17/1) oziroma „ugotoviti vsa dejstva in okoliščine, ki so za odločitev pomembne“ v upravnem postopku (ZUP³, čl. 135/1).

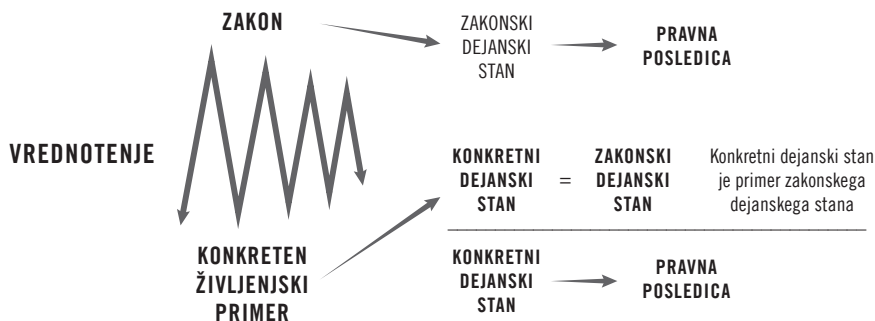
¹ Za imenovani zakon uporabljamo v nadaljevanju okrajšavo ZPP.

² ZKP je okrajšava za Zakon o kazenskem postopku, 2002.

³ ZUP je okrajšava za Zakon o splošnem upravnem postopku, 1999.

Tako v Zakonu o kazenskem postopku (2002) kot v Zakonu o pravdnem postopku (2004) je torej zaslediti pojem resnice, za katere popolno ugotovitev je sodnik po zakonu obvezan.

Vzporedno s postopkom, v katerem sodnik oblikuje konkretni dejanski stan, teče tudi postopek, v katerem sodnik išče in pomensko določa zakonski dejanski stan s pravno posledico (**SLIKA 1**).



SLIKA 1: Pravno vrednotenje oz. odločanje

Oba postopka, tako Pavčnik (1999), sta med seboj povezana: življenjski primer primerjamo z možnimi zakonskimi dejanskimi stanovi in obratno, vse dotlej, dokler ne opredelimo njunih sestavin in ju konstituiramo kot spodnjo in zgornjo premiso pravne odločitve (**SLIKA 2**). Odločitev je torej mogoča šele tedaj, ko opredelimo tako konkretni (življenjski) kot zakonski dejanski stan, ki se ujemata, in ko glede na značilnosti konkretnega dejanskega stanu določimo pravno posledico, ki jo za primer te vrste narekuje pravno pravilo. Pravno odločanje je torej sad človekove, tj. sodnikove odločitve, ki je rezultat naj-boljšega približka med konkretnim in zakonskim dejanskim stanom.

$$\frac{\text{zakonski dejanski stan}}{\text{pravno pravilo}} = \text{pravna posledica} - \text{tj. odločitev}$$

$$\frac{\text{konkretni dejanski stan}}{\text{relevantna dejstva konkretnega življenjskega primera}}$$

SLIKA 2: Pravno odločanje

Postopek pred sodiščem se konča z izdajo sodbe ali sklepa. S sodbo sodišče v civilnih postopkih odloči, da je tožbeni zahtevek bodisi utemeljen in tožniku deloma ali v celoti ugodi, bodisi da je neutemeljen in ga zavrne oz. zavrže, če spozna, da ni pravne podlage za odločanje. V kazenskem postopku sodišče s sodbo odloči o obtožbi ter odloči bodisi, da se obtožba zavrne ali se obtoženec oprosti obtožbe ali pa spozna za krivega (356. čl. ZKP, 2002). S sklepom odloča v postopkih proti mladoletnikom, kjer je izid podoben. Prav tako lahko sodišče s sodbo obtožni predlog zavrže. Stranki imata v vseh primerih možnost pritožbe, s katero lahko izpodbijata sodbo zaradi kršitev postopka, zakona ali nepravilnosti v zvezi z ugotavljanjem dejanskega stanja ter še iz nekaterih drugih razlogov. O morebitni pritožbi odloča drug pravosodni organ, ki ima možnosti, da sodbo spremeni, razveljavi, potrdi ali pa pritožbo zavrne. Stranke imajo torej možnost pritožbe, ki se je najpogosteje tudi poslužijo, kar pa pomeni, da postopek z izdajo sodbe prvostopenjskega organa ni bil končan (in še toliko manj dokončen) ter se nadaljuje, kar pomeni za stranke ponovno vključitev v postopek in reševanje spora, nove stroške, nove naroke ter ponoven časovni odmik od rešitve.

KONCEPT (RAZ)REŠEVANJA SPORA V MEDIACIJI

Mediacija je v zahodnem svetu (poleg arbitraže) najpogostejša in tudi najuspešnejša (prim. Shuker, 2001) alternativa sodnemu načinu razreševanja sporov in jo uvrščajo med tako imenovane alternativne oblike reševanja sporov (uveljavlja se kratica ARS, v angleškem jeziku pa ADR *alternative dispute resolution*).

Mediacija v širšem smislu predstavlja teorijo o vlogi konflikta v družbi, o pomembnosti enakovrednosti, participacije, samoodločanja ter obliko nevedenega vodenja v reševanju problemov in sprejemanju odločitev. Mediacija je tudi proces, v katerem naj bi se dosegla osebnotna in družbena preobrazba v smeri razvijanja novih in kreativnih človeških rešitev na področju problemov in sporov (Menkel Meadow, 2001).

Mediacija v ožjem smislu je proces, v katerem udeleženci s pomočjo nevtralne tretje osebe (oz. oseb) sistematično osamijo sporna vprašanja z namenom iskanja možnosti, tehtanja alternativ in oblikovanja

sporazumnega dogovora, ki bo zadovoljil potrebe vseh udeležencev. Mediacija poudarja odgovornost strank za sprejemanje odločitev, ki lahko bolj ali manj vplivajo na njihovo življenje. Mediacija je torej k razrešitvi konflikta usmerjena intervencija. Njen namen je razrešiti spor, omiliti konflikt in odločiti o zadevi (Folberg in Taylor, 2001).

Mediacijski postopek se v marsičem razlikuje od sodnega (podrobnejša primerjava in analiza je podana proti koncu prispevka), kar bistveno ločuje oba načina pri doseganju pravičnosti, iskanju resnice, udeležbi strank in končnem rezultatu postopka ter, kar ni zanemarljivo, odnosu med strankama po koncu postopka.

Kot eno bistvenih prvin in prednosti mediacije vidijo pravni in drugi strokovnjaki v dejstvu, da „se z mediacijo reševanje sporov vrača tja, od koder izvira – k ljudem samim. Nihče ni namreč boljši izvedenec glede lastnih problemov, kot so stranke same“. (Zalar, 2000, str. 3.) Mediacijo imenujejo tudi pravico s človeškim obrazom (Zalar, 2004).

Čeprav mediacija (še) ni formalno izoblikovana in je vprašanje, v kakšni meri jo je sploh mogoče vsebinsko in procesno formalizirati, je vendar mogoče iz različnih modelov izluščiti določene skupne značilnosti, ki spremljajo praktično katerikoli postopek, imenovan mediacija.

Najprej je treba poudariti, da je eno temeljnih načel v mediaciji prostovoljnost in zaupnost. Mediacija ne more biti uspešna, če je katera od strank vanjo prisiljena, saj ni mogoče konstruktivno iskanje rešitev in ni mogoča sklenitev sporazumnega dogovora, ki se ga bosta stranki držali. Prav tako je temeljnega pomena, da imata stranki zagotovilo, da bodo v procesu mediacije zaupane stvari ostale med udeleženi in da izid mediacije ne bo negativno vplival na nadaljnji razvoj dogodkov v zvezi s sporom.

Drugo načelo in značilnost je sodelovanje tretje osebe – mediatorja – in njegova nevtralnost. Mediator mora biti v vsakem trenutku postopka nevtralen in nepristranski. Nobeni izmed strani ne more svetovati, kaj je najbolje zanj, lahko pa podaja določene predloge, ki se nanašajo na obe stranki. Mediator tudi ni pooblaščen za sprejemanje odločitev (po čemer se mediacijski postopek bistveno razlikuje od sodnega), temveč je zgolj pospeševalec pogajanj med strankama in nima nikakršne moči avtoritativno poseči v razmerje med strankama ter odločati v sporu; odločitev sprejmeta stranki sami. Vloga mediatorja je, da pospešuje pogovor med strankama, jima pomaga pri pogajanjih,

vzdržuje mirno in sodelujoče vzdušje, skrbi za spoštovanje oseb in mnenj ter usmerja iskanje možnosti za rešitev spora.

Tretja značilnost mediacije je, da postopek sam daje strankama vso moč glede razreševanja in razrešitve spora. Spor se rešuje na ravni, na kateri se je začel, pri strankah samih. Stranki imata vse možnosti, da povesta, kar želita, vprašata, kar bi radi izvedeli, podajata mnenja, izrazita svoja čustva in pomisleke. Stranki imata vso moč, da se odločita za kakršnokoli rešitev oziroma izid spora. Mediacija se ne konča tako, da bi bila ena stranka zmagovalec, druga pa poraženec, saj bi bilo to v najočitnejšem nasprotju s poslanstvom mediacije. Stranki skupaj sprejmeta sporazumno rešitev, ki se izkaže kot tista, ki v največji meri zadovoljuje želje in potrebe obeh. Ker imata stranki isti cilj, tj. dokopati se do optimalne rešitve za vsako od njiju, ni ozračja tekmovalnosti in zaostrovanja, temveč je poudarjen princip sodelovanja. Ob koncu se običajno, če pride do skupnega dogovora, ta zapiše v pisni obliki, ki ga podpišeta obe stranki.

V mediaciji potemtakem ni v ospredju iskanje resnice, dejanskega stanja oz. poteka nekega dogodka. Mediacija je naravnana predvsem na prihodnost, za katero iščeta stranki sami, kaj je zanju najboljše ter kaj je po njunem mnenju pošteno in pravično. Konec koncev sta sami udeleženci v sporu in zakaj jima ne bi priznali, da sami najboljše vesta, kaj je dobro zanju, če se s tem obe strinjata ter se nobena ne čuti oškodovane in opeharjene. Bistveni element mediacije pa je tudi dejstvo, da si stranki po tem, ko sta razrešili spor in se dogovorili glede vseh pripadajočih odprtih vprašanj ter se spravili druga z drugo in hkrati sami s seboj, sežeta v roko ter sta sposobni vzpostaviti bolj ali manj odprt, pošten in dober odnos. Z vidika življenja posameznika je to za marsikoga največje bogastvo mediacije.

ZASLEDOVANJE PRAVIČNOSTI PREK KOMUNIKACIJE IN KONVERZACIJE

KOMUNIKACIJA IN KONVERZACIJA

Izhajamo iz predpostavke, da komunikacija ne pomeni isto kot konverzacija in da gre za dva podobna, vendar ne enopomenska pojma. To utemeljujemo z navedbami nekaterih strokovnjakov.

Pri komunikaciji gre po komunikacijski teoriji za to, da pošiljatelj oz. oddajnik odda neko sporočilo, informacijo, interpretacijo, koncept ipd. po nekem komunikacijskem kanalu (audio-, video-, audiovizionalnem ipd.) prejemniku. Pri tem je treba upoštevati, da oddano sporočilo potuje opremljeno z dodatnimi šumi, s katerimi tudi prispe do prejemnika. Ta kavzalno-logični model spoznavanja (prim. Kordeš in Jeriček, 2001) govori o golem prenosu informacije, pri čemer je resnična vrednost komunikacije (Pask, 1980, str. 999, v Šugman Bohinc, 1998) v njeni *točnosti* in *verodostojnosti*, ki ju ugotavljamo s predstavljanjem *pravičnih* in *napačnih* vrednosti v kontekstu propozicionalne ali opisne in verjetnostne logike.

V zadnjem času se pojavljajo drugačna gledanja na komunikacijo, ki jo vse manj opredeljujejo kot logično kavzalni model, katerega bistvo je prenašanje vsebine in jasnost njenega pomena ter vedno bolj kot proces stalnega porajanja, soustvarjanja, spreminjanja in povzročanja razlike v drugem.

Kordeš in Jeriček (2001) navajata izhodišče Ittelsona in Kiipatricka, ki na podlagi eksperimentov, ki kažejo, da zaznava ni končen oz. objektivni in absoluten odsev resničnosti, podajata tezo, da je zaznava človekov konstrukt, ki je najboljša možna predstava sveta. Tako naj bi bilo med vsemi živimi organizmi in tudi njihovo komunikacijo, saj je to vrsta spoznavanja. Proces komunikacije ni oddajanje in sprejemanje vsebine sporočila, temveč njeno soustvarjanje.

Nazorno nam to pomagata razložiti izjavi Von Foersterja (Foerster, 1993, v Šugman Bohinc, 1996) – „vse, kar je bilo rečeno, je rekel nekdo“ in „vse, kar je bilo rečeno, je bilo rečeno komu“. Prva izjava nam pove, da je bilo vse rečeno s strani *nekoga*; to pomeni, da bi bila ista izjava, informacija, pripoved rečena s strani nekoga drugega, drugačna. Sporočilna vrednost sporočila namreč ni zgolj vsebina sporočila,

temveč tudi način sporočanja, ton, izraz tistega, ki oddaja sporočilo, itd. Vse skupaj pa je informacija, ki jo je (želel) posredoval(ati) oddajnik. Na drugi strani imamo prejemnika. Tudi prejemnik je *nekdo*, v drugi izjavi tisti *nekdo*, komur je bilo nekaj rečeno. Kar pomeni, da če bi bila ista informacija namenjena in rečena komurkoli drugemu, bi bila rečena drugače, kar pa pomeni, da komunikacija ne bi bila več enaka. Vsebine informacije ne moremo ločiti ne od oddajnika in tudi ne od prejemnika, saj sta oba del te vsebine, ki ju določa, in še več, tudi spreminja. Komunikacijo je treba obravnavati kot živ proces, kot proces stalnega porajanja in nastajanja, v katerem se tako vsebina kot tudi akterja nenehno spreminjata. Komunikacija med dvema (ali več) je odvisna od vrste dejavnikov tj. njunih (njihovih) preteklih izkušenj, njunega (njihovega) odnosa oz. razmerja, trenutnega razpoloženja itd.

Zadnjega Pask in Gregory (1986, v Šugman Bohinc, 1998) ne pojmujeata več kot komunikacijo (ki jo razlagata skladno s komunikacijsko teorijo), temveč kot konverzacijo, ki jo kakovostno ločita od komunikacije. Po njunem je konverzacija „naravni jezik v dajanju – proces, s katerim namerno uporabljamo jezik, da bi napravili sebe in svet razumljivega eden drugemu“ (prav tam, str. 421). Teorija konverzacije je tako teorija interpersonalnih in intrapersonalnih spoznavnih procesov. Ujema se s hermenevtičnim gibanjem v psihologiji in s kibernetiko drugega reda – predpostavlja namreč vključitev opazovalca v sistem opazovanja.

Pask (Šugman Bohinc, 1996) je pokazal, da konverzacija (skladno z njegovo definicijo) ni prenašanje ali komunikacija podatkov niti ni sredstvo nadzora vedenja enega udeleženega akterja nasproti drugemu, saj je ravno nasprotna nadzoru. Konverzacija namreč vedno predpostavlja in vključuje neke vrste vzajemno razumevanje, nekakšno usklajevanje med udeleženci. Skozi razgovor lahko udeleženci povečajo bogastvo svojih konceptov in morda na koncu delijo kakšen skupen koncept, ko dosežejo strinjanje oz. dogovor ali sporazum. Tako je tudi vrednost konverzacije (ki glede na definicijo vedno zahteva vsaj nekaj komunikacije) v sporazumu, ki ga dosežejo udeleženci in ki si ga predstavljamo v smislu usklajenih resničnostnih vrednosti znotraj logike samega postopka konverzacije. Resničnostna vrednost razgovora je potemtakem strinjanje ali sporazum o nestrinjanju udeleženih akterjev glede neke stvari ali dogodka. Pask (1992, v Šugman Bohinc,

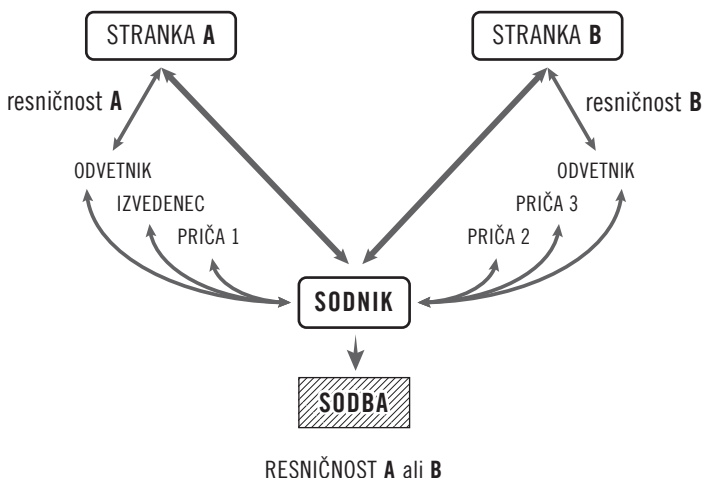
1998, s. 423) iz tega izpelje nov pogled na resnico – zanj „je resnica hermenevtična, nekaj, o čemer se oba udeležena akterja dogovorita oziroma strinjata, da je resnično – in v tem je vsa resnica ter edina resničnostna vrednost razgovora“.

KOMUNIKACIJA V SODNEM IN KONVERZACIJA V MEDIACIJSKEM PROCESU

V smislu povedanega bomo tudi mi postavili ločnico med komunikacijo, kot jo opredeljuje klasična komunikacijska teorija, in konverzacijo, kot jo definira Pask. S tega vidika pogledajmo, kako potekata ena in druga najprej v sodnem, nato pa še v mediacijskem postopku.

O konceptu reševanja spora v sodnem postopku je bilo govora že v predhodnem poglavju, zato na tem mestu predstavljeni postopek zgolj ponazarjamo s shemo (SLIKA 3).

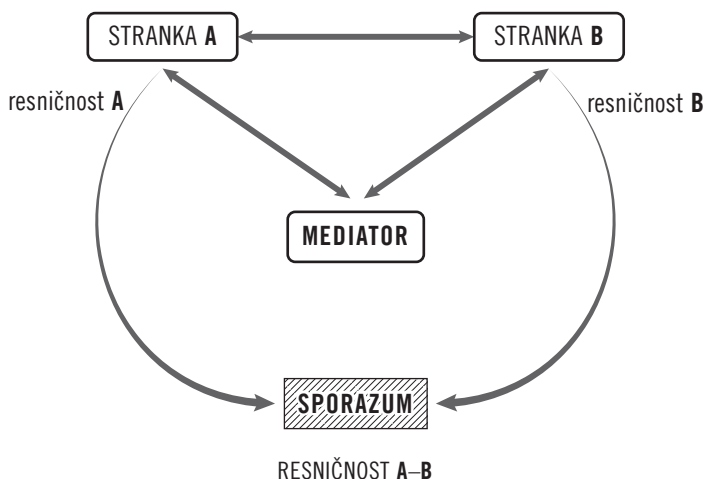
Shema, ki predstavlja komunikacijske poti v sodnem postopku, jasno ponazarja, da poteka komunikacija med udeleženci sicer skoraj praviloma dvosmerno, da pa ima specifične kanale, ki so rezervirani za posamezne udeležence in ne poteka prosto med vsemi udeleženci. Izluščimo lahko nekaj značilnosti. Stranka A in stranka B med seboj



SLIKA 3: Komunikacijske poti pri sodnem reševanju spora

(neposredno) ne komunicirata. Svoj koncept ozadja spora in vseh dejstev sporočata neposredno sodniku in vsaka svojemu odvetniku. S preostalimi udeleženci stranki A in B ne komunicirata. Sodnik je tisti, ki skuša dejansko stanje kar najbolj razjasniti še z zasliševanjem, pričanji in strokovnimi mnenji drugih, na koncu pa sam odloči in izda sodbbo. Med strankama torej ni nobenega komuniciranja, dogovarjanja ali celo iskanja skupnega dogovora. Gre za goli prenos informacij, dejstev, konceptov, ki so naslovljeni na sodnika. Te informacije se skozi celoten postopek preverjajo, dopolnjujejo, dokazujejo, zanikajo itd. Ugotavlja se njihova verodostojnost s pomočjo različnih udeležencev v postopku.

Drugače je s komunikacijo v mediacijskem postopku, kjer je komunikacija kakovostno nadgrajena s konverzacijo, kot jo pojmuje Pask. Rečeno je že bilo, da konverzacija nujno vsebuje elemente komunikacije, saj se vzpostavlja, tj. poteka s komunikacijo. V mediaciji sta udeleženi (tako kot v sodnem postopku) običajno dve strani (znotraj katerih lahko sodelujejo še drugi, npr. odvetnik, drugi zakonec, izvedenec ...) ter mediator (**SLIKA 4**). Mediatorjeva naloga je, da skrbi za potek postopka, uravnoteža vlogi obeh strani, skrbi za enake možnosti obeh partnerjev, skrbi za poštenost ter z vsem tem aktivno usmerja stranki k iskanju skupnih možnosti in dogovora. Mediator ves čas



SLIKA 4: Komunikacijske poti pri reševanju spora v mediaciji

postopka ostaja posrednik, ki svojo vlogo posredovanja prilagaja dinamiki med strankama. Stranki pa ne komunicirata zgolj z mediatorjem, temveč tudi druga z drugo. Tako je komunikacijski kanal v vseh treh stranicah trikotnika dvosmeren in vodi od vsakega udeleženca do obeh preostalih in nazaj.

To so elementi, ki po Pasku predstavljajo konverzacijo, katere cilj ni čim bolj dosleden, tj. pravilen prenos informacij, ki ga zasleduje komunikacija, temveč vzajemno približevanje dveh z različnima konceptoma, iskanje skupnega koncepta, doseganje sporazuma in dogovora.

Shemi prikazujeta tudi zasledovanje resničnosti. Kot je razvidno, se v sodnem procesu resničnost ugotavlja ter sodba potrdi resničnost ene in zavrne resničnost druge strani. Kot pravilna obvelja torej le ena verzija: A ali B. Nasprotno pa se v mediacijskem postopku resničnost ustvarja. Čeprav sta na začetku dve verziji resničnosti, enako kot v sodnem postopku, je rezultat mediacije dogovor, ki pomeni skupno, na novo dogovorjeno, ustvarjeno resničnost, torej resničnost A in B hkrati.

ODLOČANJE ALI DOGOVARJANJE – KAJ JE RESNIČNO RESNIČNO IN KAJ PRAVIČNO

Ko nadaljujemo razmišljanje o pravičnosti, navedimo najprej anekdoto, ki jo je ob neki priložnosti povedal Hans C. Kruger. Oliver Wendel Holmes ml. je zapuščal Boston in odhajal v Washington, kjer naj bi zasedel mesto sodnika na Vrhovnem sodišču ZDA. Ob tej priložnosti je priredil poslovilno druženje, in ko so se njegovi sodniški kolegi poslavljali od njega, so mu zaželeli: „Zbogom, sodnik, in sodi pravično!“ Holmes jim je po krajšem premisleku odgovoril: „Ne grem v Washington, da bi sodil pravično. Tja grem, da bom uporabljal pravo!“ (Kreger, 2000, v Pavčnik, 2001a.)

Kako je torej s pravičnim sojenjem? Se pravičnost bolje dosega s sojenjem, tj. z odločanjem posameznika (ali posameznikov), ali je skupni dogovor udeležencev večje zagotovilo pravičnosti oz. jo celo presega?

Oliver W. Holmes ml. se je te dileme očitno zavedal, ko se je izognil opredelitvi, da bo skušal soditi pravično, raje se je omejil na uporabljanje prava. Pavčnik (2001b, str. 1152) pravi, da „... je v naravi pravičnosti,

da je krhka dragotina. Dilema ni, da se krhkosti izognemo ali pa da jo presežemo; izziv je, da se krhkosti zavedamo in da se nanjo tudi odzivamo z dejanji, ki nepravilne pravičnosti ne poglobljajo“. Pravičnosti pri tem gotovo ne gre absolutizirati. „Vsebinsko absolutiziranje pravičnosti je njeno takojšnje zanikanje. Vrhovne, najvišje, temeljne in podobne pravičnosti ni nikjer“ (prav tam, str. 1163). Pavčnik v nadaljevanju pravi, da stoji za vsakim merilom pravičnosti (ali nepravilnosti) človek. Človek, ki sprejema pravne odločitve – končni vir prava je po njegovem zelo in izključno človeški. V vsaki (pravni) odločitvi je treba pri iskanju pravičnosti najti pravo mero med obema skrajnostma, ki že prehajata v nepravilnost. „Naj bo dejansko izhodišče odločanja takšno ali drugačno, naj bo normativno izhodišče odločanja takšno ali drugačno – povezava med njima in sama pravna odločitev sta vselej človekovo odgovorno dejanje. V pravem pomenu besede je šele to dejanje tisto, ki ustvarja pravo.“ (Pavčnik, 1991, str. 91, prav tam)

Sodnikova vest in njegovo uporabljanje prava sta torej merilo za doseganje pravičnosti v sodnem postopku. Ko gre za odločanje tretjega o zadevi dveh drugih, je to najbrž največja možna mera (za)varovanja interesov obeh in zasledovanja pravičnosti. Vprašanje je (le), ali je to (še) vedno dovolj dober način reševanja sporov, ki najbolj zadovolji doseganje pravičnosti.

Zalar (2004, str. 10) meni, da „tradicionalna pravda, ki deluje kot nogometna tekma, v kateri si obe strani v sporu prizadevata zabiti čim več golov, ne more (več) zadovoljiti interesov vpletenih“. Vloge udeleženi in postopki so se začeli spreminjati. Spreminja se vloga sodnika, ki namesto sojenja iz zasede zavzema vlogo reševalca problemov in strankama ponuja nadzor nad izidom postopka; spreminja se cilj postopka reševanja sporov, ki v takih okoliščinah ni več izdaja sodbe, temveč sklepanje dogovorov, ki postajajo ključna pravna vrednota; spreminja se vloga strank v postopku, ki namesto navajanja lastnih dejstev in dokazov ter spodbijanja nasprotnikovih aktivno sodelujeta pri iskanju skupne rešitve ter s tem prevzemata odgovornost za izid spora nase. Strankama je dana svoboda glede reševanja in rešitve spora – svoboda, ki je sodni proces ne more dati. Kaže se v tem, da lahko stranki glede vsake sporne stvari posebej iščeta skupni odgovor in ga skupaj dogovorita. To pa pomeni, da puščamo širino

različnim možnostim in zavračamo stališče, da je v danem primeru mogoče odgovoriti le na en možen pravilen način.

Heinz Von Foerster (Foerster, 1993, v Šugman Bohinc, 1996) govori v zvezi s tem o dveh temeljnih skupinah vprašanj: ena so rešljiva, določljiva in odgovorljiva, druga pa v principu nerešljiva, nedoločljiva, neodgovorljiva. Rešljiva so tista vprašanja, na katera je mogoče dati zgolj en pravilen odgovor – pripadajo razsežnosti *običajne znanosti* in so del referenčnega okvira z jasno določenimi pravili operacije, formalizma, algoritma, ki predpisuje postopke, po katerih opravimo pot od danega izhodišča do končnega cilja. Načeloma nerešljiva vprašanja pa so tista, za katera ne obstaja enotno referenčno polje pravil s točno opredeljenimi postopki, po katerih bi vsakemu vprašanju pripadal eden ali nekaj pravilnih odgovorov. Pri odgovarjanju na taka vprašanja smo popolnoma svobodni; sami se odločamo, kako bomo odgovorili na nerešljivo vprašanje, in imamo pri tem vso svobodo izbire. Če prenesemo to svobodo izbire na področje reševanja sporov v sodnem procesu in v mediaciji, lahko ugotovimo, da se v vsakem od procesov izvaja različno. V prvem odgovarja na tovrstna vprašanja sodnik sam, v drugem pa stranki v medsebojnem vzajemnem dogovarjanju. V sodnem postopku se marsikdaj pojavi vprašanje *kdo ima prav*, ki je po Von Foersterjevi teoriji v principu nerešljivo. Gre za pretekli dogodek, ki ga ni mogoče zavrteti nazaj in mu biti priča, da bi lahko preverili njegov potek in da bi lahko z gotovostjo trdili, kako so se stvari zgodile. Ker ni torej enega samega pravilnega in preverljivega odgovora, je to nerešljivo vprašanje, na katerega je možnih veliko pravilnih odgovorov oz. dogovorov. Sodni postopek jih izključuje, mediacija pa ponuja tovrstne možnosti.

Pri mediaciji gre za (po)polno avtonomijo strank, da sami(e) odločita(jo) o svojem sporu in vseh (v principu nerešljivih) vprašanjih v zvezi z njim. Gre za pogovarjanje o vseh odprtih dilemah in nenehno dogovarjanje glede njihovih razrešitev. V mediaciji gre za nenehno izmenjavo konceptov in njihovo delitev z drugimi (ob ohranjanju medsebojnih razlik) udeleženci, kar Pask imenuje konverzacija. Zanj so koncepti (Šugman Bohinc, 1998) osnovna enota razgovora. K vsakemu konceptu po njegovem vodita oz. ga proizvajata najmanj dva druga koncepta, iz česar izhaja, da je vsak koncept vsebovan v drugem konceptu in da vsak vsebuje neskončno število konceptov. Stranki v mediaciji tako z razjasnjevanjem in razčiščevanjem iščeta in ustvarjata

nov, skupen koncept, s katerim se bosta obe strinjali. In v dogovoru je resničnostna vrednost razgovora (Pask, 1992, v Šugman Bohinc, 1996), ki pomeni strinjanje ali pa sporazum o nestrinjanju glede določene stvari ali dogodka. Resnica je torej hermenevtična, je nekaj, o čemer se oba udeleženca dogovorita oz. strinjata, da je resnično. Je funkcija dogovora najmanj dveh o tem, da je nekaj resnično.

Do take resnice oz. dogovora pridemo prek dogovarjanja z izčiščevanjem pomena v razvoju konverzacije (Šugman Bohinc, prav tam). To izčiščevanje poteka v procesu spiralne krožnosti, kjer proizvod enega procesa (ravni) postane izhodišče naslednjega procesa (ravni) interpretativne aktivnosti. Proces izčiščevanja se ustavi oz. konča na točki, ko se oba udeleženca strinjata, da sta zadovoljna z interpretacijo drugega glede lastne interpretacije ter lahko oblikujeta skupni koncept in dosežeta dogovor. Po doseženem dogovoru je repertoar osebnih konceptov vsake osebe v konverzaciji bogatejši za izkustvo celotnega razgovora. Rezultat je presek oz. skupni delež interpretacij, ki sta jih udeleženca izmenjala in razvila skozi razgovor ter je postal njuno dogovorjeno razumevanje skupnega koncepta. Če bi povzeli po Kordešu in Jeričkovi (2001), bi lahko rekli, da gre v takem procesu za spiralno približevanje. Gre za izstop iz sebe, iz svojih znanih konceptov v svet konceptov drugega, v nov, nepoznan svet; za prekinitev ustaljenega načina delovanja (spoznavanja) in za začetek novega, kar bo omogočilo širjenje in spreminjanje, za kar sta potrebni odločitev in odprtost.

PRIMERJALNA EPISTEMOLOŠKA ANALIZA SODNEGA IN MEDIACIJSKEGA POSTOPKA

EPISTEMOLOŠKA ANALIZA SODNEGA PROCESA

V sklepu bomo podali kratko epistemološko analizo sodnega in mediacijskega procesa ter ju primerjali med seboj. Epistemologija je znanost, ki proučuje strukturno pogojeno in določeno vsebino ter način zaznavanja, razmišljanja in odločanja živega organizma (Šugman Bohinc, 1996). Predstavlja temeljne predpostavke, na podlagi katerih spoznavamo (skozi delovanje) in delujemo (skozi spoznavanje). Z epistemološko

analizo razumemo analizo procesa, kjer ugotavljamo, kakšne predpostavke določajo posamezni proces, kako proces deluje, kako komunicirajo udeleženci v postopku ... vse to pa bomo opredeljevali glede na dva različna pristopa – objektivističnega in hermenevtičnega, tj. konstruktivističnega. Objektivistična teorija gleda na svet linearno in kavzalno, nepristransko, zanjo so dogodki predvidljivi, je statična, klasična in zagovarja logično znanstveni model. Hermenevtiki poudarjajo interpretiranje in pojasnjevalno metodo, ki ustvarja, je krožno delujoča, na podlagi razumevanja in spozna(va)nja ustvarja novo, zagovarja neponovljivost in nepredvidljivost, je dinamična in odprta, izumlja in konstruira pomen ter verjame v doseganje soglasja in dogovora.

Najprej pogledjmo sodni postopek – kakšno vlogo in pristojnosti imajo stranke v njem in kakšen je njihov medsebojni odnos. Stranki v sodnem postopku sta nasprotni stranki, med njima je tekmovalen (ne sodelujoč) odnos; stranki pri odločitvi ne sodelujeta, temveč zgolj podajata dokaze, sodniku dajeta informacije; njuna udeležba je pogosto prisilna (npr. prisilna privedba, ni prostovoljne udeležbe); med strankama ni ravnovesja moči, temveč vlada premoč ene strani nad drugo; stranki sta med seboj sprti (tako na začetku kot na koncu postopka, do katerega se sprtost še pogloblja).

Pri sporu in odločanju v zvezi z njim zasledimo linearno povezanost dogodkov; predmet spora so rešljiva vprašanja (na katera je mogoče poiskati pravilne, rešljive odgovore); tudi konkreten primer je določljiv – zanj obstaja konkretna zakonska norma in pravna posledica; o sporu odloča in odloči sodnik – po nujnosti, vnaprejšnji danosti pravne norme; stranki pri odločanju ne sodelujeta; vsebina v zvezi s sporom se prek informacij zgolj prenaša (se ne ustvarja); fokus je obrnjen na spor, na problem; pri odločanju ni svobode izbire, temveč gre za določene norme; končna odločitev je enostranska in je dana od spodaj navzgor; izvršitev sodbe je prisilna.

Pri komunikaciji je zaslediti vsebinski nivo, kjer gre za prenašanje informacije po kanalu od oddajnika do prejemnika; pogovor je naravnan v glavnem na preteklost.

Reševanje problema je statično – pravila in postopek so vnaprej določeni; model reševanja problema je logično znanstveni; predmet ugotavljanja je pogosto ‚zakaj‘; resnica se ugotavlja; pravičnost se določa po navzven določeni morali.

EPISTEMOLOŠKA ANALIZA MEDIACIJSKEGA PROCESA IN PRIMERJAVA OBEH ANALIZ

Mediacijski postopek je utemeljen na popolnoma drugačnih predpostavkah, saj zanj veljajo diametralno nasprotna pravila.

Udeležba strank je prostovoljna; stranki sami oblikujeta odločitev (ni dana od zgoraj navzdol); njun pristop do reševanja problema je sodelujoč (ne tekmovalen); mediator ne odkriva, temveč pomaga pri ustvarjanju skupne rešitve; razmerje moči med strankama je uravnoteženo, saj je to ena izmed mediatorjevih nalog; po doseženem dogovoru in končanju postopka sta stranki spravljeni druga z drugo in sami s seboj.

Dogodki, ki izhajajo iz spora, so krožno povezani med seboj (niso ločeni in linearni); vprašanja, o katerih je govora, so v načelu nerešljiva vprašanja, tako da ni zanje v naprej predpisanega edino pravilnega odgovora, temveč stranki iščeta skupni koncept odgovora na sporne točke; sporni primer ni tipičen, temveč poseben, neprimerljiv in nepovnljiv. Pri odločitvi glede izida rešitve spora odločata zgolj stranki sami – pri tem imata vso svobodo in nosita za to vso odgovornost sami; stranki sami oblikujeta odločitev; vsebina spora se ustvarja in sproti dogovarja (ni zgolj prenosa informacij); fokus je obrnjen na rešitev (ne toliko na preteklost); odločitev je sporazumna, dogovorna in enakovredna; izvršitev dogovora je prostovoljna in dogovorjena.

Raven komunikacije v mediaciji je vsebinska in odnosna, ki povzroča spremembe v konceptih, kar pomeni, da gre za konverzacijo; informacija ni zgolj preneseno sporočilo, temveč prikazuje razliko, ki pri udeležencih povzroči novo razlikovanje; pogovor je naravnán na urejanje prihodnosti (ne na razčlenjevanje preteklosti).

Reševanje problema je dinamično ter dopušča sprotne spremembe in novosti; model reševanja je narativen in fleksibilen; predmet ugotavljanja je pogostejše ,kako‘ kot ,zakaj‘; nad skupno moralo prevladuje etika posameznika – resnica in pravičnost sta predmet skupnega določanja in dogovarjanja.

Razlike med sodnim in mediacijskim postopkom so velike. Bolj nazorno predstavo o objektivističnih in hermenevtičnih elementih v enem in drugem procesu bomo dobili, če analizi kodiramo in ju zapišemo v tabelo (SLIKA 5).

Predmet opazovanja	sodni proces	mediacija
odnos med strankami	tekmovalen – O	sodelujoč – H
tretja stran	sodnik – odkriva – O	mediator – izumlja oz. ustvarja – H
dogodki	linearno povezani – O	krožno odvisni – H
predmet (narava) spora	rešljiva vprašanja – O	nerešljiva vprašanja – H
kdo nosi odgovornost	sodnik – O (navzven u.)	stranki sami – H
za rešitev spora		(samoodgovornost)
odločanje	po nujnosti, vnaprejšnji danosti (pr. norme) – O	svobodno (so)odločanje – H
etičnost in moralnost	določena morala (navzven) – O	etika (navznoter) – H
konkretni primer	je predvidljiv, določljiv, splošen (zakonska norma ali precedens) – O	je poseben, enkratni, neponovljiv – H
udeleženosť strank	stranki ne sodelujeta pri	stranki sami oblikujeta
pri odločanju	odločitvi – O	odločitev – H
vsebina	se prenaša – O	se ustvarja – H
raven komunikacije	vsebinski, prenašanje informacije – O	vsebinski in odnosni, povzro- čanje spremembe – H
način komunikacije	komunikacija – O	konverzacija – H
informacija	prenos informacije po kanalu od oddajnika do prejemnika – O	informacija je razlika, ki povzroči pri udeležencih razliko – H
reševanje problemov	statično, v naprej določena pravila in postopek – O	dinamično, sproti (so) ustvarjajoče – H
model reševanja	logično znanstveni – O	narativni, fleksibilni – H
predmet ugotavljanja	„zakaj?“ – O	„kako?“ – H
fokus je obrnjen na	problem – O	rešitev – H
predmet pogovora,	preteklost – O	prihodnost – H
naravnost na		
problem	definiranje – O	prestrukturiranje – H
izid rešitve spora	zmaga/poraz – O	zmaga/zmaga – H
resničnost	se ugotavlja – O	se dogovarja – H
odnos med strankami	stranki sta sprti – O	stranki sta spravljani – H
po koncu postopka		

Predmet opazovanja	sodni proces	mediacija
svoboda izbire	je ni (določenost) – O	je – H
udeležba strank	prisilna – O	prostovoljna – H
razmerje moči	ni ravnovesja – O	uravnoteženje moči – H
odločitev	enostranska, od zgoraj navzdol – O	sporazumna, dogovorna, enakovredna – H
izvršitev (raz)sodbe	prisilna – O	prostovoljna – H

SLIKA 5: *Epistemološka analiza in primerjava razreševanja spora v sodnem procesu in v procesu mediacije (O – objektivistično, H – hermenevtično)*

V prvi koloni smo nanizali tipične postavke v procesu, ki so predmet našega opazovanja. Glede na izhodišča objektivistične in hermenevtične teorije smo vsako od postavk uvrstili v objektivistični ali hermenevtični koncept in jo glede na kategorijo, ki ji pripada, označili z oznako O (objektivistična) ali H (hermenevtična). Dobljeni rezultat kaže skoraj neverjetno kategorizacijo brez odstopanj enega in drugega procesa, tako da so vse opazovane postavke znotraj sodnega procesa spoznane kot objektivistične, in nasprotno, vse postavke v mediacijskem postopku kot hermenevtične. V obeh postopkih so seveda možni odmiki in odstopanja v določenih segmentih od ene ali druge epistemologije. Sodnemu procesu je treba ponuditi priložnost, da prevzame določene konstruktivistične elemente, ki ga bodo napravili manj togega, bolj odprtega za sodelovanje strank pri reševanju spora, ustvariti boljšo komunikacijo (zakaj ne tudi konverzacijo) in tako dalje. Po drugi strani pa se v mediacijskem postopku na začetkih njegovega izvajanja in pravzaprav šele oblikovanja morda dogaja, da v posameznih primerih vsebuje kakšne objektivistične elemente – bolj nehote kot zavestno, pa vendar.

Novejši trendi razreševanja sporov gredo v svetu, Evropski uniji in v zadnjih treh letih tudi v Sloveniji vsekakor v smeri hermenevtičnega pojmovanja in mediacije.

VSE KLIČE K ETIKI SPOZNANJA, KI NAS ZAVEZUJE

Vsak, tako tudi sodniki, tožilci in odvetniki, ima svobodo in odgovornost za to, da se odloči, kako želi ljudem pomagati pri reševanju

njihovih sporov. Pavčnik (2001b) meni, da je pravnik vselej soočen s pravičnostjo v zakonu in pred njim. Pravičnost v zakonu ni njegovo delo, ker je dana in je sestavni del sveta, v katerem živimo. Če pravnik s to vrsto pravičnosti ne soglaša, lahko ravna kot moralna osebnost in se zavzame, da se jo dopolni ali spremeni. V vsakem primeru se mora odločiti tudi o tem, ali sploh hoče opravljati pravniško službo kot sodnik, odvetnik ali tožilec. Če pravniški poklic sprejme, je soočen tudi s pravičnostjo pred zakonom. Njegova naloga je, da ugotovi, katera merila pravičnosti so za pravicami in dolžnostmi pravnih subjektov, da ta merila vsebinsko normativno konkretizira in jih tudi enako uporabljata v bistveno enakih konkretnih primerih.

Prav tako kot pravnik, ki se odloči za sodniški poklic, ima pravnik (ter v prihodnosti tudi drugi strokovni delavci socialnih, socioloških in psiholoških smeri) možnost odločiti se za mediacijo, če spozna, da je način reševanja sporov, ki ga ta ponuja, bolj konstruktiven, uspešnejši in prijaznejši za stranke v postopku.

Ne nazadnje oz. bolje rečeno predvsem pa odločajo o načinu reševanja svojega spora stranke. Danes lahko že rečemo, da tudi pri nas, saj se je z letom 2001 začela kot pilotski projekt izvajati sodnim postopkom pridružena mediacija, ki se je je danes mogoče poslužiti na treh Okrožnih sodiščih v Sloveniji. Ko bo ta možnost ponujena v vseh sodniških okrajih in tudi zunaj sodišč, bo lahko resnično vsakdo (čepprav ne vedno in za vsak primer) sam odločal, kako bo reševal svoj spor. Takrat ne bo več treba hoditi tako pogosto na sodišča, sploh pa ne zato, da bi tožili z namenom zmage, in ne zato, da bi se poravnali.

SKLEP

Alternativni oz. komplementarni koncepti reševanja sporov, med katerimi je zlasti mediacija, vnašajo v pravno kulturo in v kulturo medosebnih odnosov nove dimenzije in nove vrednote. Za to, da jih bo družba, ki jih je s svojim razvojem sprožila, prepoznala in pripoznala v širšem obsegu, pa je potrebno najmanj dvoja: čas in pozitivna izkušnja.

Želimo, da bi zlasti pozitivna izkušnja ljudi, ki bodo v procesu mediacije zadostili svojim željam in potrebam, dogovorili pravico ter ob tem ohranili osebno dostojanstvo in svojo integracijo, sprožila

razmišljanje in intelektualni napor teoretikov za proces nadaljnje diferenciacije in razločevanja med mediacijo in sodnim postopkom. Teoretično poglobljanje na videz abstraktnih in nič vsakdanjih konceptov človekovega bivanja, kar sodni proces in mediacija za povprečje ljudi nedvomno sta, namreč v zadnji konsekvenci pomaga sleherniku pri njegovem napornem in pogosto ne povsem razumljenem umeščanju v vsakdanjost. Kako bo reševal spore in konflikte, pa tako odloča vsak posameznik sam.

LITERATURA

- Folberg, J., in Taylor, A. (2001). *Mediation: A Comprehensive Guide to Resolving Conflicts Without Litigation*. San Francisco: Jossey-Bass Publishers.
- Kordeš, U. in Jeriček, H. (2001). Komunikacija kot spiralno približevanje. *Socialno delo*, 40 (5), str. 275–289.
- Menkel Meadow, C. (2001). *Mediation: Theory, Policy and Practice*. Hants GU113HR. England: Dartmouth Publishing Company Limited.
- Pavčnik, M. (ur.). (1987). *Leksikoni Cankarjeve založbe: Pravo*. Ljubljana: Cankarjeva založba.
- Pavčnik, M. (1999). *Teorija prava*. Ljubljana: Cankarjeva založba.
- Pavčnik, M. (2001a). Pravičnost in uporabljanje prava. *Pravna praksa*, 20 (2), str. 5–7.
- Pavčnik, M. (2001b). Krhkost pravičnosti in prava (merila pravičnosti in prava). V *Dnevi slovenskih pravnikov 2001: od 11. do 13. oktobra v Portorožu* (str. 1152–1171). Ljubljana: Gospodarski vestnik.
- Shuker, Nan R. (2001). Zmanjševanje sodnih zaostankov v civilnopravnih zadevah v ZDA. *Pravna praksa*, 21 (1/2), str. 36–38.
- Šugman Bohinc, L. (1996). *Razgovor o razgovoru, Od spoznavanja spoznanja k razumevanju razumevanja v jeziku kibernetike drugega reda*. Magistrsko delo. Ljubljana.
- Šugman Bohinc, L. (1997). Epistemologija socialnega dela. *Socialno delo*, 36 (4), str. 289–308.
- Šugman Bohinc, L. (1998). Epistemologija socialnega dela II. *Socialno delo*, 37 (6), str. 417–440.
- Zakon o pravdnem postopku. (2004). Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije.

Zakon o kazenskem postopku. (2002). Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije.

Zakon o splošnem upravnem postopku. (1999). Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije.

Zalar, A. (2000). Tožiti ali ne tožiti? *Pravna praksa*, 19 (36/37), str. 3–4.

Zalar, A. (2004). Pravda in mediacija. *Pravna praksa*, 23 (38/39), str. 10–12.

PREGLEDNI ZNANSTVENI ČLANEK, PREJET OKTOBRA 2012.