

Prof. dr. Janez Novak
upok. vrhovni sodnik, svetnik
mediator

MEDIACIJA V DELOVNIH SPORIH

1. POJEM

Pojem **mediacija** je latinskega izvora (mediatio, medius, mediare) in pomeni srednji, posredovanje, posredujoč. Mediator je torej posredovalec, posrednik. Ob drugih mirnih načinih reševanja sporov je obravnavana tudi **konciliacija** (conciliatio, conciliare), ki pomeni spravo, pomiritev, zedinjenje. Konciliator je torej (individualni ali kolegijski) organ, pred katerim poteka postopek sprave, pomirjanja (poravnave)¹. Iz te opredelitve izhaja, da pri nas oba pojma zamenjujemo in da dejansko izvajamo postopek konciliacije, ne pa mediacije. Bistvena razlika med obema institutoma je v obsegu in vsebini »vpletenosti« tretje stranke (posrednika ali miritelja) v spor. Posrednik samo posreduje, da se stranki srečata in začeta pogovarjati in dogovarjati, miritelj dejavno sodeluje (posluša stranke, se z njimi pogovarja, vodi mediacijsko srečanja v smeri poravnave, opozarja na strokovna vprašanja, pomaga pri sestavi vsebine poravnave in podobno).

Iz pravnih norm² izhaja **pravna opredelitev**, da je mediacija eden od prostovoljnih, sporazumnih, mirnih, v načelu **neformalnih**, hitrih, ekonomičnih načinov reševanja sporov, kjer »tretja« **nepristranska stranka** posreduje (zato v angleškem pravnem izrazju: »third party intervention«) kot (po)miritelj tako, da z **aktivnih ravnanjem** (pomoč, svetovanje, sodelovanje v pogovorih ...) skuša pomiriti stranki tako, da skleneta sporazum / poravnavo. Posebej je treba utemeljiti pojma: neformalni postopek in aktivno ravnanje mediatorja. Mediacija ni samo **neformalen postopek**. ZMCGZ zahteva tudi formalnosti predvsem v zvezi z začetkom mediacije (pisno soglasje / sporazum strank za 6. člen), mediacija se začne, ko sodišča (nasprotna stranka) prejme predlog /soglasje za mediacijo, razlogi za razkritje podatkov (12. člen), konec mediacije (izjava strank, mediator – nadaljevanje postopka ni smiselno – 13. člen).

Aktivno ravnanje mediatorja pomeni predvsem njegovo dejavno (so)delovanje v postopku (čeprav postopek v bistvu vodita stranki). Zato mora biti mediator ne le sposoben miritelj, temveč tudi strokovnjak na področju, na katerem se mediacija izvaja. Bistvena prednost mediacije je, da predmet poravnave lahko seže čez in /ali mimo tožbenega zahtevka. Teoretično gledano je lahko predmet poravnave v mediaciji vsak zahtevek s področja delovnih razmerij.

¹ Tako na primer: Veliki slovar tujk, Cankarjeva založba Ljubljana, 2002, s. 597 in 711.

² To so predvsem: Direktiva 2008/52/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 21. maja 2008 o nekaterih vidikih mediacije v civilnih in gospodarskih zadevah (Direktiva), Zakon o mediaciji v civilnih in gospodarskih zadevah, Uradni list RS, št. 56/2008 (ZMCGZ) in Zakon o alternativnem reševanju sodnih sporov, Uradni list RS, št. 97/2009 (ZARSS).

Danes je mediacija splošno sprejeti miren način reševanja sporov, ki se je zaradi njenih prednosti uveljavil v številnih državah ³.

2. BISTVENI VZROKI ZA NASTANEK SPOROV

2.1. Splošno

Vzroke za nastanek spora med strankama pogodbenega (torej tudi delovnega) razmerja lahko delimo na **posredne** in **neposredne vzroke** oziroma **razloge**.

Posredni vzroki so tisti, ki so nastali že pred in / ali med sklepanjem pogodbe (tudi pogodbe o zaposlitvi – PZ) in ki lahko bistveno ali pomembno vplivajo na nastanek poznejših sporov. Vrsta predvsem pravnih pa tudi dejanskih vzrokov lahko vpliva na pravna razmerja med strankama in povzroča spore med njima.

Zakon o obligacijskih razmerjih (Uradni list RS, št. 97/2997, UPB1, OZ) v vrsti določb ureja načela za pravno pravilno sklepanje pogodb.

V 22. členu določa **način pogajanj** pred sklenitvijo pogodbe. Pogajanja strank ne zavezujejo (prvi odstavek), vendar je stranka odškodninsko odgovorna, če se je pogajala, ne da bi imela namen skleniti pogodbo (drugi odstavek). Odškodninska odgovornost je podana tudi tedaj, če se je stranka pogajala, pa je namen za sklenitev pogodbe opustila, nasprotni stranki pa je nastala škoda (tretji odstavek).

Posredne vzroke za nastanek sporov med strankama bi lahko razdelili na tri bistvene skupine:

- neustrezna / pomanjkljiva ali celo protipravno sklenjena pogodba
- neustrezno obveščanje (obveščenost) strank v postopku sklepanja pogodbe v najširšem smislu
- nedorečena / dvomljiva / nejasna ali celo nasprotujoča si pravna ureditev (vsebine zakonov, kolektivnih pogodb – KP in drugih predpisov).

Neposredni so tisti vzroki, ki so nastali po sklenitvi pogodbe, torej v času trajanja pogodbenega razmerja, in ki so vzrok ali neposreden pravni razlog za kršitev pogodbe, torej tudi za nastanek spora. Razlogi za nastanek spora pa so lahko tudi povsem osebnega značaja, ki pa se odražajo v pravnih razlogih (na primer odpoved PZ).

2.2. Neustrezna / pomanjkljiva pogodba

Pri sklepanju pogodb je treba biti pozoren predvsem na naslednje:

Doseženo mora biti **soglasje volj strank** o naravi, podlagi in predmetu obveznosti (16. člen OZ). Upoštevati je treba določbe OZ o **ponudbi** (22., 25. do 32. člen). Pogodba je **nična**, če je **predmet obveznosti** nemogoč, nedopusten, nedoločen ali nedoločljiv (35. člen). **Podlaga** pogodbe mora biti dopustna, kar pomeni, da ne sme biti v nasprotju z ustavo, s prisilnimi predpisi ali moralnimi načeli (39. člen). Pogodba ne sme imeti **napak volje** (grožnja, bistvena zmota, prevara, navidezna pogodba, 45. do 50. člen OZ). Pri sklepanju PZ je predvsem

³ Glej na primer vire:

- Prof. Dr. Fritjof Haft, Prof. Dr. Katarina Gräfin von Schlieffen in 60 soavrojev: Hanbuch Mediation, Verlag C.H.Beck, München, 2009, 2. Auflage
- Stehpan B. Goldberg, Frank E. A.Sander, Nancy H. Rogers, Sarah Rudolph Cole: Dispute Resolution Negotiation, Mediation and other Processes, Wolters Kluwer, Lawand Busines, Printed in USA, 2007
- Fred Schrupf, Donna K. Crawford, Richard J. Bodine: Vrstniška mediacija, reševanje konfliktov v šolah, Zavod RAKMO, Ljubljana 2009
- Machteld Pel: Napotitev na mediacijo, kako do učinkovitega predloga za mediacijo, prevod Dean Zagorac, GV Založba, Ljubljana 2010.

pomembna tista podlaga, ki se nanaša na **prisilne predpise** in jih morata stranki upoštevati (na primer določbe zakonov: o minimalni plači, minimalnem letnem dopustu in odsotnostih z dela, izračunavanju denarnih terjatev v načelu v bruto zneskih, o plačilu prispevkov in davkov in podobno).

Pravne norme o navedenih in drugih institutih je treba upoštevati tudi v postopku mediacije in pri določanju vsebine sodne poravnave.

3.2. Medsebojni odnosi

Pravilno in popolno obveščanje strank v času sklepanja pogodbe, sodi v bistvu k urejenim medsebojnim odnosom. Le v primeru, če stranki druga drugi v postopku sklepanja pogodbe navedeta (tudi zaupata) vse bistvene podatke (tudi želje in zahteve), ki se nanašajo na vsebino PZ, je mogoče v času izpolnjevanja pogodbe pričakovati normalne in ustvarjalne medsebojne odnose.

Odnosi med strankama so sicer element, ki je bistvenega pomena za čas trajanja pogodbenega razmerja, lahko pa so tudi pomembni za postopek med sklepanjem, torej pred sklenitvijo pogodbe. Za trdnost PZ je pomembno, da stranki v postopku sklepanja PZ »razkrijeta« druga drugi osebne poglede, stališča in želje v zvezi s predmetom pogodbe in njenim izpolnjevanjem. Jasno je tudi, da mora predvsem bodoči delavec dokazati in pojasniti delodajalcu svoje sposobnosti (pa tudi morebitne negativnosti) v zvezi z bodočim opravljanjem dela. Bodočemu delodajalcu s tem pokaže, da bo PZ izpolnjeval v skladu z zakonodajo, predvsem Zakonom o delovnih razmerjih (Uradni list RS, št. 42/2002, 103/2007, ZDR), ki se nanaša na upoštevanje navodil delodajalca, obveščanje, prepove škodljivega ravnanja, varovanja poslovne skrivnosti, prepoved konkurence (31. do 40. člen ZDR). Na drugi strani mora delodajalec delovati prepričljivo v zvezi z izpolnjevanjem njegovih obveznosti: obveznost zagotavljanja dela, plačila in varnega dela, varovanje delavčeve osebnosti, njegovega dostojanstva in osebnih podatkov, prepoved nadlegovanja, trpinčenja in šikaniranja (41. do 46. člen ZDR).

Ob taki odkritosti in zaupnosti pred in med sklepanjem PZ so dani ugodni pogoji tudi za njeno izpolnjevanje in trajanje delovnega razmerja (DR).

3.3. Nejasna pravna podlaga

Tu gre predvsem za vprašanje nejasnih ali nasprotujočih si pravnih norm. Posamezni člani določenega zakona so v nasprotju, če določen institut različno urejajo⁴. To velja tudi za zakone iz različnih področij, ki urejajo iste ali enake pravne institute. Prav take možnosti so tudi podane na primer pri dveh ali več KP iste ravni (na primer KP dejavnosti). V primeru takšnih nejasnosti je treba ugotoviti pravo voljo strank, ki pa je omejena s prisilnimi predpisi. V primeru spora velja osnovno načelo, da je pod pogoji, ki jih določa zakonodaja, treba nejasne ali nasprotujoče si pravne norme razlagati v korist delavca.

Pri takšni pravni razlagi je treba predvsem upoštevati:

- posebnosti v zvezi s **prevalitvijo dokaznega bremena** na delodajalca
- uporabi načela razlage **v korist delavca** (»in favorem laboratoric« ali tudi »favor laboratoris«)
- uporabe **prisilnih predpisov**, ki drugače kot splošna pravna načela (na primer civilno pravo) urejajo določene institute delovnih razmerjih (pogodbe o zaposlitvi)

⁴ Takšno različno ureditev najdemo že v ZDR. Drugi odstavek 110 člena med drugim določa: »Kršitev pogodbene **ali** druge obveznosti ...« Isti institut je drugače urejen v 3. alineji prvega odstavka 88. člena, ki pravi: »...ponovno krši pogodbene **in** druge obveznosti«. Tudi prvi odstavek 83. člena ZDR-A.

- **omejitev volje strank**, pri sklepanju pravnih razmerij ali pri ugotavljanju dejanskim in pravnih značilnosti določenega razmerja. O teh pojmihi več v poglavju 4.3. Pravne posebnosti.

Dva od teh institutov: prisilni predpisi in omejitev volje strank, sta zelo pomembna tudi pri sestavljanju vsebine sodne poravnave v postopku mediacije.

4. POSEBNOSTI MEDIACIJE V DELOVNIH SPORIH

4.1. Zgodovinsko izročilo

Ena izmed značilnosti in posebnosti mirnih načinov reševanja delovnih sporov (torej tudi s pomočjo mediacije) je v njihovi tradiciji. Prvi začetki takšnega načina reševanja sporov so bili francoski »conseils de prud'hommes« (Sveti članov mirnega rabsodišča) v letih **1808 do 1813**. Na njihovi podlagi so bila oblikovana nemška obrtna (Gewerbe) in tovarniška (Fabrikengerichte) »sodišča« po letu **1835**. Na skandinavskem kongresu delovnega prava v letih **1886/88** so predstavniki sindikatov in združenj delodajalcev razpravljali o nujnosti industrijskega miru (industrial peace) in o reševanju kolektivnih delovnih sporov (KDS), predvsem stavk, z mediacijo. V ženevskem kantonu je bilo leta **1882** ustanovljeno conciliacijsko sodišče za reševanje delovnih sporov. Avstrijska vlada je leta **1883** ugotovila, da delovnih sporov ni mogoče uspešno reševati v okviru splošnega sodstva zaradi posebne pravne in socialne narave zahtevkov iz delovnega razmerja. Na Švedskem le bil leta **1906** sprejet zakon o mediaciji (Act on Mediation)⁵. V slovenskem pravne prostoru se nekateri že več kot 20 let zavzemamo za mirne načine reševanja delovnih sporov⁶.

4.2. Značaj pravnega razmerja, stranke, predmet spora (odpoved PZ).

V zvezi z vodenjem postopka mediacije v delovnih sporih, se posebnosti (ki večkrat zahtevajo posebne »prijem« v postopku mediacije) nanašajo predvsem na:

- značaj delovnega razmerja kot pravnega razmerja
- stranke in
- predmet spora, pri katerem ima posebno mesto odpoved PZ.

Delovno razmerje je v načelu **dolgo(trajno) pravno razmerje** (4. člen ZDR: »... in nepretrgano opravlja delo...«) med delavcem in delodajalcem, ki je prepleteno s številnimi pravnimi in dejanskimi posebnostmi. Obveznosti strank PZ (za delavca so določene v 31. do 40. členu, za delodajalca v 41. do 46. členu ZDR) v življenjskem smislu sežejo čez pravne okvire vsebine pogodbe. To pomeni, da se stranki znatno bolj poznata kot v drugih pravnih razmerjih, torej poznata dobre in slabe lastnosti druga druge, osebna nagnjenja, življenjske navade in podobno. To je v postopku mediacije lahko ovira, če stranki izrabljata poznavanje takšnih lastnosti, lahko pa je tudi prednost, če navedene okoliščine lahko hitreje zblížajo stališča. Spreten mediator mora to čimprej ugotoviti in s pomočjo navedenih okoliščin voditi mediacijski postopek v smeri poravnave. .

⁵ Več o tem na primer: - Das Bundesarbeitsgericht von Wolfgang Lisenmaier, Richter am Bundesarbeitsgericht, 2., überarbeitete Auflage, Efrurt, 2004; - 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, Herausgeber: Bundesarbeitsgericht, Erfurt, 2004; - Stability and Change in Nordic Labour Law, Scandinavian Studies in Law, volume 43, legal abbreviations, edited by Peter Wahlgren, Stockholm Institute for Scandinavian Law, Stockholm, 2002, - Labour Courts in Europe, Proceedings of a meeting organized by the International Institute for Labour Studies, edited by Bert Essenberg, International Institute for Labour Studies, Geneva, 1986, s. 57

⁶ Več o tem na primer: Janez Novak: Posebnosti mediacije v delovnih sporih (tretje spremenjeno in dopolnjeno besedilo), Ljubljana, 10. avgust 2011, gradivo Društva mediatorjev Slovenije za osnovno izobraževanje za mediatorje.

Delovno razmerje »seže« tudi na socialno pravno področje, na pokojninsko, invalidsko in zdravstveno zavarovanje. Tako širokih pravnih učinkov temeljnega razmerja (ki nastane s sklenitvijo PZ) v drugih pravnih vejah ne poznamo. Ta okoliščina je lahko ovira za postopek mediacije, ker širi krog zahtevkov delavca, s tem pa tudi strokovno zahtevnost zadeve. Tako prepletено pravno razmerje zahteva od mediatorja posebna znanja, ki se predvsem nanašajo na pravico razpolaganja strank. Mediator mora torej upoštevati (in opozoriti stranke) na morebitno ničnost (na primer sklenitev PZ z osebo, ki je mlajša od 15 let), prisilne predpise (na primer izražanje denarnih zahtevkov v bruto zneskih) in tudi moralna načela.

Glede **strank** je značilnost DR v tem, da v primeru **individualnega delovnega spora** (IDS) na aktivni strani v veliki večini primerov nastopa fizična oseba – delavec. Delodajalec (ki je v veliki večini primerov tožena stranka) je v načelu pravna oseba, izjemoma fizična oseba (samostojni podjetnik). To je bistvena razlika od drugih pravnih razmerjih (na primer civilnega ali gospodarskega), čeprav je na primer tipičnost civilnih sporov, da so stranke na obeh straneh (aktivni in pasivni) fizične osebe.

Posebnost so **KDS**. Kot je znano so ti spori pogosto zamotani in strokovno zahtevni zaradi strank (v načelu kolektivni predstavniki ene ali druge strani: sindikati, organizacija delodajalcev, posamezni delodajalci – pravne osebe, izjemoma fizične osebe), predvsem pa zaradi predmeta spora (kolektivna pravica, obveznost, pravno razmerje ali interes). Mediacija v KDS je ob »fizični« zahtevnosti (večje število predstavnikov in zastopnikov strank) lahko strokovno zapletena predvsem zaradi posledic poravnave o predmetu spora. Te posledice večinoma sežejo na individualna delovna razmerja (PZ), kar je pri teh sporih treba posebej upoštevati.

Predmet spora izvira iz delovnega razmerja kot pravnega razmerja, kar seveda velja tudi za druge spore. Pri večini predmetov spora ne gre za posebnosti, kar pomeni, da zanje veljajo splošna procesna in materialno pravna načela. Na primer pri denarnih zneskih je dovoljeno zahtevati obresti, kot v drugih (na primer civilnih in gospodarskih) sporih. Posebnosti pa veljajo predvsem v sporih, kjer je predmet **odpoved PZ** in s to odpovedjo povezani zahtevki. Običajno delavci zahtevajo: ugotovitev, da je odpoved PZ nezakonita in njeno razveljavitev; ugotovitev, da delavcu DR ni prenehalo; vrnitev v DR; plačilo plače za ves čas, ko delavec ni bil na delu (v DR); plačila prispevkov iz naslova socialne varnosti in davkov za celotno obdobje izven dela; plačilo drugih denarnih zneskov (na primer regresa za letni dopust, plačilo odškodnine zaradi nezakonitega prenehanja DR).

V sporih v zvezi z odpovedjo PZ je njen najbolj zahteven del zahtevka za vrnitev (reintegracijo) delavca. **Reintegracija** pomeni vrnitev delavca na delovno mesto, na katerem je delal pred odpovedjo PZ. Od tega zahtevka je treba ločiti zahtevka za vrnitev na delo, torej na katero koli ustrezno delovno mesto⁷.

4.3. Pravne posebnosti

4.3.1. Prevalitev dokaznega bremena

Dokazno breme je procesno pravni institut. Ta pojem pomeni, da mora tisti, ki v sodnem sporu zatrjuje določeno dejstvo, to dejstvo tudi dokazati. **Prevalitev dokaznega bremena** torej pomeni, da je breme dokazovanja prevaljeno na (nasprotno) stranko (v delovnih sporih gre za delodajalca), ki po splošnih procesnih načelih določenega dejstva ne bi bila dolžna dokazati. V delovnih sporih je prevalitev dokaznega bremena dokaj pogost institut. S tem je

⁷ Več o tem Janez Novak: Reintegracija in vrnitev delavca na delo, Podjetje in delo, št. 8/2011/XXXVII, s.1720-1735.

olajšan procesni položaj delavca kot šibkejše stranke. Osnova za slovensko pravno ureditev je Konvencija Mednarodne organizacije dela št. 158 o prenehanju delovnega razmerja na pobudo delodajalca (Konvencija). V točki a) drugega odstavka 9. člena Konvencija določa: »dokazno breme, da obstaja resen razlog za prenehanje delovnega razmerja po definiciji iz 4. člena te konvencije, je na delodajalcu.« Prevalitev dokaznega bremena ureja več določb ZDR, na primer: šesti odstavek 6. člena (enako obravnavanje, prepoved diskriminacije), drugi odstavek 45. člena (spolno in drugo nadlegovanje in trpinčenje), prvi odstavek 82. člena (redna odpoved PZ), drugi odstavek 187. člena (posebno varstvo zaradi nosečnosti in starševstva).

4.3.2. V korist delavca

Pravni standard »**v korist delavca**« (tudi: »in favorem laboratoris«, ali »favor laboratoris«) je splošno sprejet v pravnih normah (na primer: obvezna pisnost PZ, prepoved diskriminacije, določena vsebina PZ, načini prenehanja PZ, posebno sodno varstvo – delovna sodišča in podobno). Ta pojem, ki je pravni standard, pomeni pravno ureditev določenih institutov delovnega prava, ki je glede na splošno (civilno pravno) ureditev ugodnejša za delavca, kot bi bila, če ureditve »v korist delavca« ne bi bilo, ali če določen konkreten primer narekuje uporabo tega standarda, torej razlago v korist delavca⁸. Zmotno je stališče, da je v dvomu treba odločiti v korist delavca, še bolj je zmotno stališče, da je delovno pravna zakonodaja naravnava tako, da (v vsakem primeru) ščiti delavca. Navedeni pravni standard je dovoljeno uporabiti le tedaj in v takšnem obsegu, kot ga dovoljuje zakonodaja. Ta standard pomeni, da je v delovnih razmerjih ureditev posameznih institutov v korist delavca, torej je drugačna, kot v civilnem pravu. Pomeni tudi, da je v določenih konkretnih primerih treba uporabiti razlago v korist delavca.

4.3.3. Prisilni predpisi

Po splošnih načeli civilnega prava je za sklenitev pravnega posla bistvena volja strank (seveda soglasje volj strank in bistvenih sestavnih delih pogodbe), pri čemer sta stranki omejeni le z nekaterimi prisilnimi normami (na primer: obličnost pogodbe, bistvena vsebina pogodbe, upoštevanje določb o ničnosti in podobno).

Delovno pravo je – poenostavljeno povedano - predvsem zaradi varstva delavca kot šibkejše stranke znatno razširilo prisilne pravne norme, kar pomeni omejevanje volje in pravic razpolaganja strank. V ZDR najdemo številne določbe, ki so prisilnega značaja in ki so drugačne kot v splošnih pravnih načelih. Obsežno je področje že obravnavane prevalitve dokaznega bremena na delodajalca. Velja načelo sklenitve PZ za nedoločen čas in pisnosti pogodbe (10. člen), urejeni so načini prenehanja PZ (75. člen ZDR), ki so lahko določeni samo z zakonom (ZDR ali drugi zakon). Določena je minimalna plača (126. člen ZDR in poseben zakon o tem). Zakon ureja najdaljši poln delovni čas (142. člen). Urejena je omejitev nočnega dela, minimalni letni dopust, varstvo nosečnic in starejših delavcev in drugo. Obsežne so določbe o **ničnosti** (sodišče nanjo pazi po uradni dolžnosti), na primer nična je PZ, ki jo sklene oseba mlajša od 15 let (drugi odstavek 19. člena), PZ sklenjena s tujcem, ne da bi bila upoštevana določba 21. člena in podobno.

Od ničnosti je treba ločiti **izpodbojnost**, na katero sodišče ne pazi po uradni dolžnosti. Njeno uveljavljanje je torej prepuščeno volji in razpolaganju strank, Ta je na primer urejena v 81., 133., 136. in 166. členu ZDR.

⁸ Več o tem Janez Novak: V korist delavca, Podjetje in delo, št. 5/2010/XXXVI, s. 863-878.

Posebno je vprašanje **prekluzije**, ki pomeni, da določena **pravica preneha**, če je upravičenec določen čas (v določenem roku) ne izvrši. Tako na primer preneha pravica sama, če delodajalec v določeni roku potem, ko je izvedel za razloge, ne odpove pogodbe o zaposlitvi (šesti odstavek 88. člena ZDR-A). Preneha tudi pravica izpodbijati odpoved PZ pred sodiščem, če delavec ne vloži tožbe v 30 dneh od vročitve odpovedi. Na prekluzijo sodišče pazi po uradni dolžnosti.

4.3.4. Omejitev volje strank

Volja strank, torej njihova **pravica do razpolaganja** z določeno pravico ali zahtevkom, je lahko **omejena** z določbami zakonov, torej z njihovimi prisilnimi predpisi. V primerih, ko ravnanje strank urejajo prisilni predpisi, stranki ne smeta ravnati drugače, kot je določeno v prisilni normi. V primerih prisilne ureditve določenega vprašanja delodajalec delavcu ne sme dati manj pravic, kot je določeno v zakonu. Gre tudi za pravice, ki so urejene oziroma našteje v točki 4.3.3.

Omejitve volje strank je obravnavala tudi (enotna in ustaljena) sodna praksa⁹. Tako je na primer Vrhovno sodišče Republike Slovenije (VS RS) v zvezi z ugotavljanjem elementov delovnega razmerja (4. člen ZDR) sprejelo stališče, da pri tem ni odločilna volja strank. Tako za obstoj elementov delovnega razmerja (torej za nastanek delovnega razmerja !) ni bistveno, kakšna je bila po pravni naravi pogodba, ki sta jo sklenili stranki, ni tudi bistvena volja strank pri sklepanju te pogodbe. Tako so lahko v DR na primer študenti, stevardese, samostojni novinarji in osebe, ki so sklenile avtorsko pogodbo. Bistveno seveda je, da so bili v dokaznem postopku dokazani elementi, ki so bistveni za takšno pravno razmerje¹⁰.

4.4. Mediacija in navedeni instituti

Postavlja se vprašanja, kako ravna mediator v zvezi z navedenimi instituti in v katerih primerih je nanje dolžan opozoriti stranke oziroma nasprotovati določeni vsebini predlagane sodne poravnave.

Institut **prevalitve dokaznega bremena** v postopku mediacije ni pomemben, ker do dokazovanje (dokaznega postopka) sploh ne pride. .

Enako lahko sklepamo za obravnavanje pojma »**v korist delavca**«, ker je zanj tipično, da ga mora sodišče uporabiti takrat, ko sodi v določeni zadevi. Mediator sicer lahko opozori stranki, če bi v določenem primeru bilo treba uporabiti ta standard, vendar seveda stranki na to nista vezani. Lahko se dogovorita drugače, kot je določeno v primerih »in favorem«.

Drugače je s **prisilnimi predpisi in omejitvijo volje strank**. Stranki morata upoštevati norme o tem, nanje je mediator stranke dolžan opozoriti. Mediator je dolžan opozoriti stranke na **ničnost in prekluzijo**, ker gre v zvezi s tem za prisilne norme, ki jih mora sodišče upoštevati. V praksi mediacij se predvsem dogaja, da stranke ne želijo upoštevati načela bruto plače, da bi se tako izognile dajatvam in s tem olajšale možnost za poravnavo (nižji znesek plačila). Mediator mora stranke opozoriti, da takšna poravnava ne bi bila v skladu s prisilnimi predpisi.

⁹ Pojem »sodna praksa« je pogosto v strokovni, še bolj pa v laični javnosti, napačno in zmotno razlagan. Sodna praksa so odločbe Ustavnega sodišča in pod določenimi pogoji načelna pravna mnenja, pravna mnenja in odločbe Vrhovnega sodišča RS. Več o teh vprašanjih Janez Novak: Sodna praksa – pred novelo ZDR in po njej, Podjetje in delo, št. 6-7/2008/XXXIV, s. 1243-1252. Isti avtor: Analiza novejših sodne prakse Delovno-socialnega oddelka Vrhovnega sodišča RS, Podjetje in delo, št. 8/2012/XXXVIII, v tisku.

¹⁰ VS RS je tako odločilo v številnih odločbah, na primer v VIII Ips 158, 339 in 373/2006, pa vse do novejših odločb, na primer v sodbah VIII Ips 266/2009 z dne 5.9.2011 in VIII Ips 321/2009 z dne 6.9.2011 in sklepu VIII Ips 121/2011 z dne 19.6.2012.

V zvezi s procesnim pravom, ki sodišču nalaga odločitev le v mejah tožbenega zahtevka, je treba omeniti, da stranki v postopku mediacije nista vezani na to načelo. Lahko se poravnata mimo ali čez zahtevek.

4.5. Nekaj primerov iz prakse

4.5.1. Odnosi med strankama

Soglasje za mediacijo je pisna izjava stranke, s katero sporoči nasprotni stranki in sodišču (mediatorju), da soglaša in želi, da je izvede ta miren način rešiti spor. Pomembnejša od te izjave je osebna /intimna (torej **notranja**, iskrena) **želja** in pristanek stranke, da se je pripravljena v postopku mediacije pogovarjati, poslušati nasprotno stranko, razumeti njene težave, stališča in predloge, predvsem pa, da je pripravljena tudi popuščati. Ali se je stranka tudi intimno odločila za tak način obravnavanja mediacije, je mogoče razbrati iz njenih **ravnanj** oziroma **obnašanja** pred, predvsem pa v času poteka mediacijskega postopka. Iz praktičnih primerov lahko sklepamo, da stranki nimata iskrenega namena za mediacijo in poravnavo, če v času postopka mediacije **ne delujeta pomirjevalno** (na primer: obračunavanje po javnih občilih, prijava pri inšpekciji za delo, znatno znižanje vsote za poravnavo na drugem mediacijskem srečanju in podobno). Prav tako ni iskrenega pristanka na mediacijo, če delodajalec kljub tožbi delavca / tožnika zaradi vznemirjanja in nadlegovanja, tudi v času mediacije ne ukrene ničesar zoper delavce, ki bi naj vznemirjali tožnika. .

4.5.2. Mediacija in e-pošta

Elektronska pošta je danes splošno sprejeti način komunikacije. To velja tudi za postopek mediacije. Stranke, njihovi zastopniki in mediator se lahko po e-pošti dogovarjajo o vseh vprašanjih, ki so povezana s postopkom in sklenitvijo sodne poravnave. Treba pa je upoštevati dve zakonski omejitvi. Prva se nanaša na **tajnost** postopka mediacije (7. člen Direktive, 11. člen ZMCGZ). Mediator mora zaradi navedenega načela stranke in zastopnike opozoriti, da zagotovijo varnost in tajnost podatkov oziroma, kot je določeno v 132. členu Zakona o pravnem postopku (Uradni list RS, št. 73/2007, 45/2008, ZPP), da zagotovijo varno elektronsko pot. Drugo pomembno vprašanje so **vabila** na mediacijsko srečanje. Po tretjem odstavku 16. člena ZARSS se v postopku mediacije vročanje vabil opravi po določbah ZPP. Tudi vročanje vabil je torej možno po e-pošti, če je zagotovljena varna elektronska pot. »Elektronsko dogovarjanje« ima številne prednosti pred drugimi načini komunikacije, na primer: hitrost izmenjave mnenj, minimalni stroški, komunikacija »od doma« ali / in »iz urada«, naslovnik odgovori, ko mu to najbolj ustreza, ohrani se zapis vsebine komunikacije, dokaz o prejemu oziroma pošiljatvi pošte in podobno.

4.5.3. »Presenečenja« v postopku mediacije (13., 24., 30.)

Mediator mora biti pripravljen tudi na presenečenja, ki se lahko nanašajo na predmet poravnave, lahko pa tudi na ravnanja in stališča strank o posameznih vprašanjih. Takšno presenečenje je na primer, če je tožnica zahtevala, da se toženi stranki prepove nadaljnje **vznemirjanje**, sodna poravnava pa je se nanašala na zagotovitev drugega delovnega prostora tožnici. Tožnik je **goljufal** stranke delodajalca tako, da si je pridobil znatno protipravno premoženjska korist, tožena stranka pa je kljub temu v sodni poravnavi pristala na izpolnitev bistvenega dela tožnikovih zahtevkov. Tožnik se je ukvarjal z **organizacijo prostitucije** in je bil obsojen na zaporno kazen več kot šest mesecev. Ker je bil dober delavec, sta se stranki dogovorili za vrnitev tožnika v DR po prestani zaporni kazni. V drugem primeru je bila

mediacija zaključena, ker sta stranki izjavili, da se ne moreta poravnati. Nato je ena od strank sporočila sodišču, da sta se **stranki poravnali** in da naj sodišče razpiše nov poravnalni narok. Izkazalo se je, da poravnava bi bila sklenjena. Mediator bi se moral prepričati, ali sta stranki res sklenili poravnavo.

4.5.4. Odpoved pogodbe o zaposlitvi

Iz prakse mediacij v delovnih sporih lahko ugotovimo, da so mediacije s tega področja najbolj zahtevne v strokovnem smislu in tudi glede vodenja postopka mediacije. Strokovna zahtevnost se kaže v sestavljenosti tožbenega zahtevka, ki je povezan z odpovedjo PZ (več o vsebini tožbenega zahtevka v točki 4.2. predmet spora).

Zaradi strokovno zahtevnega predmeta spora, je zahtevno tudi vodenje postopka mediacije. Mediator mora pokazati mnogo pogajalskih sposobnosti. Bistvena možnost, ki se ponuja na tem področju je, da stranki ugotovita, da vrnitev delavca v delovno razmerje ni več mogoča. V zvezi s tem vprašanjem ZDR ureja pogoje / razloge, ki morajo v primeru odpovedi PZ biti izpolnjeni, da je možna vrnitev delavca v DR (prvi odstavek 110. člena drugi odstavek 118. člena ZDR). Sodna praksa te pogoje deli na stvarne in osebne razloge, zaradi katerih nadaljevanje DR ni mogoče¹¹. Menim, da je treba mediacijo, kjer je predmet odpoved PZ, začeti prav pri teh pogojih. Če je iz predstavitve stališč strank na mediacijskem srečanju mogoče ugotoviti, da nadaljevanje DR ni mogoče (predvsem zaradi osebnih razlogov – skaljeni / porušeni medsebojni odnosi), mora mediator o tem izrecno vprašati stranki. Če je soglasna ugotovitev, da nadaljevanje DR ni mogoče, se stranki v nadaljevanju pogajata samo še o denarni odmeni. Pri tem morata stranki izhajati tudi iz skrajnih možnosti: tožnik, da v sporu ne bo uspel, toženec, da bo obsojen za celotni obseg prej navedenega tožbenega zahtevka. Priporočljivo je, da mediator pri tem opozori stranki na ustaljeno sodno prakso Vrhovnega sodišča¹².

4.5.5. Mediacija in poravnalni narok

Bistveno vprašanje je, ali je dovoljeno oziroma smotrno izvajati dva mirna načina rešitve spora: poravnalni narok in mediacijo (ali v obratnem vrstnem redu). V prvem odstavku 15. člena ZARSS je določeno, da **sodišče ponudi strankam mediacijo v vsaki zadevi** (podčrtal J.N.), razen kadar sodnik oceni, da v posamezni zadevi to ne bi bilo primerno. ZPP v 305.a členu ureja **poravnalni narok**. Med drugim določa, da se sodišče lahko odloči, da poravnalnega naroka ne razpiše, »če so stranke predhodno že brezuspešno izvedle postopek mirnega reševanja spora...«. Iz ZARSS izhaja, da je mediacija primarni način reševanja spora, kar potrjuje tudi navedena določba ZPP. Mediacija in poravnalni narok sta obliki mirnega načina reševanja spora. Nesmiselno je, da bi se izvajala oba postopka, ker je njun cilj enak. V načelu torej ni primerno, da se izvedeta oba navedena postopka. Izvajanje obeh postopkov pomeni tudi kršitev načel e ekonomičnosti in hitrosti postopka.

4.5.6. Mediacija in država

Obstajata dve skupini razlogov, ki nasprotujeta izvajanja mediacijskega postopka v zadevah, kjer je stranka država. Prvi razlog se nanaša na tožbeni zahtevek, drugi na ovire, ki se nanašajo na sklepanje sodne poravnave.

¹¹ Več o tem Janez Novak: Analiza, kot v op. 9, v članku poglavje 4.1.4.

¹² O tem pojmu več v opombi 9.

V zvezi s **tožbenimi zahtevki**, ki se na primer nanašajo na razvrstitev v plačilni razred, na napredovanje v naziv, na plačilo razlike plače zaradi nepravilne razvrstitve in podobno, poravnave dejansko ni mogoče skleniti. Stranki se na mediacijskem srečanju ne moreta dogovoriti, da bo na primer tožnik razvrščen v višji plačilni razred, da bo napredoval v naziv in podobno, ker je to lahko le predmet odločanja organov delodajalca.

V teh primerih mora **poravnavo potrditi** vlada, računsko sodišča pa opravlja nadzor nad razpolaganjem s proračunskimi sredstvi, kar dodatno otežuje poravnavanje. Poravnava dejansko nima učinkov, dokler je ne potrdi Vlada ¹³.

4.5.7. Združevanje mediacij

Eno od bistvenih načel mediacije je tudi načelo tajnosti. To načelo tudi pomeni, da ni mogoče združevati (na primer po načelih iz 8. točke prvega odstavka 270. člena ZPP) podobnih mediacij (na primer: ista tožena stranka, enak predmet spora in podobno), ker bi s tem lahko bilo kršeno načelo tajnosti (11. člen ZMCGZ). Stranke, katerih zadeve bi bile združene, bi lahko zaradi skupnega obravnavanja (skupno mediacijsko srečanje) izvedele zaupne podatke v zvezi z drugimi strankami. Zakon pa dovoljuje (navedena določba ZMCGZ), da se stranke glede zaupnosti podatkov lahko drugače dogovorijo. Če torej stranke želijo, da se določene zadeve združijo, za to ni ovir, če se **izrecno sporazumejo** oziroma soglašajo z združitvijo.

4.5.8. Mediacija in vzorčni postopek

V novelo ZPP (Uradni list RS št. 45/2008), ki je začela veljati 1. oktobra 2008, je bil sprejet 279.b člen, ki ureja vzorčni postopek ¹⁴. Sodišče **lahko izvede** vzorčni postopek, če je vloženi večje število tožb, v katerih se tožbeni zahtevki opirajo na enako ali podobno dejansko in isto pravno podlago (prvi odstavek navedenega člena). Uvedba vzorčnega postopka torej ni obvezna. Ni primerno, da sodišče v primerih, ko bi lahko izvedlo vzorčni postopek, ponudi mediacijo. Lahko se zgodi, da v nekaterih primerih stranke mediacije ne bodo sprejele, v drugih pa se bodo v mediaciji poravnale. Tam, kjer mediacija ne bo izvedena, bo sodišče odločalo v stvari sami. Odločitev sodišča bo lahko drugačna, kot so bile poravnave v mediaciji. S tem bi bilo kršeno ustavno načelo enakega varstva pravic (22. člen).

4.5.9. Nekateri drugi primeri

V mediaciji se je postavilo vprašanje, ali je **lahko grožnja** trditev tožene stranke, da bo zoper tožnika vložila kazensko ovadbo in da bo vložila odškodninsko tožbo za škodo, ki ji je bila povzročena, če ne bo prišlo do poravnave. Take navedbe stranke je presojati iz dveh vidikov: z vidika načina, kako je bila »grožnja« izrečena in iz dejstva, da se v mediaciji stranki lahko poravnata o katerem koli predmetu spora, ki sodi v delovna razmerja. Če trditve ni bilo mogoče razumeti kot grožnjo in če tudi ni bila izrečena s takšnim namenom, mediator mora takšno ravnanje stranke dopustiti. Podkrepitev za tako ravnanje mediatorja je tudi v dejstvu obsega in predmeta sodne poravnave.

Je dovoljeno v sodni poravnavi zapisati, da je ta **zaupna (torej tajna)**. Po ZPP velja načelo, da so glavne obravnave pred sodiščem javne. Javno so tudi akti, ki jih razglasi sodišče, torej tudi sodbe, sklepi in sodne poravnave. Izključitev javnosti glavne obravnave je absolutna

¹³ Več o tem Janez Novak: Neprimernost zadeve za mediacijo v delovnih sporih, Podjetje in delo, št. 3-4/2001/XXXVII, s. 590-604, predvsem s. 596.

¹⁴ Ta določba ZPP ima popolnoma enako vsebino kot 40. člen Zakona o delovnih in socialnih sodiščih (Uradni list RS, št. 2/2004), ki je začel veljati 1.5.2005.

bistvena kršitev postopka (13. točka drugega odstavka 339. člena ZPP). Ta določba ZPP ne velja za mediacijo, kjer je postopek tajen (z izjemami, ki so določene predvsem v 11. in 12. členu ZMCGZ). Določbo o zaupnosti je presoјati tudi z vidika 86. člena OZ, ki ureja ničnost (nasprotje z ustavo, prisilnimi predpisi ali moralnimi načeli). Navedenim načelom takšna vsebina sodne poravnave ne nasprotuje, zato jo je treba dopustiti.

Ena od bistvenih prednosti mediacije je tudi v tem, da je predmet poravnave lahko »čez« tožbeni zahtevk, torej je v poravnavi dogovorjeno več, kot je zahteval tožnik. Stranki pa je lahko dogovorita tudi »mimo« tožbenega zahtevka, torej o nečem, kar v tožbi sploh ni bilo zahtevano. Tak primer je bila mediacija, v kateri je bila vložena tožba, s katero je tožnica zahtevala: razveljavitev sklepov delodajalca, s katerimi je bila zavrjnena njena zahteva za prepoved nadaljnjega vznemirjanja; prepoved nadaljnjega nadlegovanja in vznemirjanja; plačilo odškodnine. Stranki sta se v sodni poravnavi dogovorili samo o tem, da bo tožena stranka tožnici zagotovila drugo delovno sobo, ki bo odmaknjena od delovnih prostorov sodelavcev, ki so tožnico nadlegovali, jo vznemirjali in jo tudi žalili.

J. Novak

V Ljubljani, 29. oktobra 2012