

PRAVNI FAKULTET UNIVERZITETA U BEOGRADU

Biblioteka
ZBORNICI

PERSPEKTIVE IMPLEMENTACIJE EVROPSKIH
STANDARDA U PRAVNI SISTEM SRBIJE – KNJIGA 3

Zbornik radova
Priredio prof. dr Stevan Lilić

Izdavač
Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu
Centar za izdavaštvo i informisanje

Za izdavača
prof. dr Sima Avramović, dekan

Urednik
prof. dr Dragan M. Mitrović

*Izdavanje zbornika pomoglo je
Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.*

© Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2013.

Sva prava zadržana. Nijedan deo ove knjige ne može biti reprodukovana, presnimavan ili prenošen bilo kojim sredstvom – elektronskim, mehaničkim, kopiranjem, snimanjem ili na bilo koji drugi način bez prethodne saglasnosti autora i izdavača.

www.ius.bg.ac.rs

PERSPEKTIVE
IMPLEMENTACIJE
EVROPSKIH
STANDARDA U PRAVNI
SISTEM SRBIJE

KNJIGA 3

ZBORNIK RADOVA

Priredio
Prof. dr Stevan Lilić

Beograd, 2013

PERSPECTIVES OF
IMPLEMENTATION OF
EUROPEAN STANDARDS
IN SERBIAN LEGAL
SYSTEM

VOLUME 3

COLLECTED ARTICLES

Editor
Prof. dr Stevan Lilić

Belgrade, 2013

SADRŽAJ

Predgovor	9
<i>Stevan Lilić</i>	
Kontroverze u vezi sa novom radnom verzijom Nacrta Zakona o opštem upravnom postupku Srbije (u kontekstu evropskih integracija)....	11
<i>Marija Draškić</i>	
Prava pacijenata u Srbiji: staro vino u novoj boci?	28
<i>Jovica Trkulja</i>	
Rekonfiguracija svetskog i evropskog sistema moći i raspad Jugoslavije	42
<i>Dragica Vujadinović</i>	
Rod i pravna regulativa	60
<i>Mirjana Stefanovski</i>	
Odgovornost ministara. Slučaj Nastasa Petrovića 1907–1911.	81
<i>Olivera Vučić</i>	
Jedna (ne)evropska odluka Ustavnog suda Srbije ili „O granicama slobode parlamenta i zaštiti građana od njegove svemoći”	102
<i>Žika Bujuklić</i>	
Formiranje pravne terminologije kod Srba u XIX veku (2)	124
<i>Milena Polojac</i>	
Škola prirodnog prava, Hugo Grocije i Akvilijev zakon – <i>De iure belli ac pacis</i> 2.17.	143
<i>Dejan B. Đurđević</i>	
Položaj notara kao poverenika suda u ostavinskom postupku	154
<i>Marija Karanikić Mirić</i>	
Mehanizmi zaštite zakonom garantovanih prava potrošača	169
<i>Nikola Bodiroga</i>	
Pristup Vrhovnom kasacionom sudu u građanskim stvarima – Odluka Ustavnog suda i evropski standardi.	192
<i>Mirjana Drenovak Ivanović</i>	
Pravo na privatnost i upotreba mera elektronskog nadzora informacionih sistema	200
<i>Bojana Čučković</i>	
Modeli multilateralnog ugovornog regulisanja odgovornosti za ekološku štetu i njihov uticaj na režim usvojen u pravu Evropske unije.	211
<i>Uroš Novaković</i>	
Presude Evropskog suda za ljudska prava protiv Srbije u oblasti vršenja roditeljskog prava i odnosa roditelja i dece	235

<i>Valentina Cvetković Đorđević</i>	
<i>Negotiorum gestio</i> u srpskom i evropskom pravu	256
<i>Marko Milenković</i>	
Neka institucionalna pitanja režima upravljanja hemikalijama u Evropskoj uniji	275
<i>Katarina Golubović</i>	
Perspektive primene evropskih standarda prava na besplatnu pravnu pomoć u Republici Srbiji	292
<i>Robert Jović</i>	
Posebni upravni postupci u oblasti poreza u Republici Srpskoj i Republici Srbiji	308
<i>Nada Dragić</i>	
Dostavljanje u upravnom postupku sa posebnim osvrtom na nacrt novog ZUP-a i evropske standarde	331
<i>Miloš Vukotić</i>	
Opozivost ponude u kontekstu evropske pravne teorije	345

TABLE OF CONTENTS

Forward.	10
<i>Stevan Lilić</i>	
Controversies Regarding the New Draft Law on General Administrative Procedure of Serbia (In the Context of European Integrations)....	11
<i>Marija Draškić</i>	
Patients' Rights in Serbia: Old Wine in a New Bottle.	28
<i>Jovica Trkulja</i>	
Restructuring of the Global and European Systems of Power and the Break-Up of Yugoslavia.	42
<i>Dragica Vujadinović</i>	
Gender and Law.	60
<i>Mirjana Stefanovski</i>	
Ministerial Responsibility. The Case of Nastas Petrović 1907–1911 ...	81
<i>Olivera Vučić</i>	
A (non)European Decision of the Constitutional Court or „On the Limits of Parliament's Freedom and the Protection of Citizens from its Almighty Power”	102
<i>Žika Bujuklić</i>	
Formation of Legal Terminology Among Serbs in the XIX Century (2)	124
<i>Milena Polojac</i>	
Natural Law, Hugo Grotius and lex Aquilia – De iure belli ac pacis 2.17	143
<i>Dejan B. Đurđević</i>	
Public Notary as Trustee of the Court in Probate Proceedings	154
<i>Marija Karanikić Mirić</i>	
Enforcement of Consumer Protection Laws	169
<i>Nikola Bodiroga</i>	
Access to Supreme Court of Cassation in Civil Matters – Constitutional Court Decision and European Standards.	192
<i>Mirjana Drenovak Ivanović</i>	
The Right to Privacy and Lawful Interception of Electronic Communications	200
<i>Bojana Čučković</i>	
Models of Regulating Environmental Liability by Multilateral Treaties and Their Impact on the Regime Adopted in The European Union Law.	211

Uroš Novaković

Decisions of the European Court for Human Rights against Serbia in Connection to the exercise of Parental Responsibilities and Parent-Child Relations	235
---	-----

Valentina Cvetković

<i>Negotiorum gestio</i> in Serbian and European Law	256
--	-----

Marko Milenković

Some Institutional Aspects of Chemicals Management in the European Union	275
--	-----

Katarina Golubović

Perspectives of Implementing European Standards on the Right to Free Legal Aid in Serbia	292
--	-----

Robert Jović

Particular Administrative Proceedings in the Taxation Field in The Republic of Srpska and The Republic of Serbia	308
--	-----

Nada Dragić

Delivery in Administrative Proceedings with Special Regard to the New Draft Law and European Standards	331
--	-----

Miloš Vukotić

Revocability of Offer in the Context of European Legal Theory ...	345
---	-----

PREDGOVOR

Publikacija *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije* predstavlja zbornik radova koji su rezultat istraživanja u okviru istoimenog četvorogodišnjeg projekta, koji se realizuje na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu uz podršku Ministarstva prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije. Zbornik je nastao kao rezultat potrebe za preispitivanjem stepena implementacije pravnih tekovina i vrednosti Evropske unije deset godina posle otpočinjanja društvenih reformi. Nakon političkih promena 2000. godine, i nakon dobijanja statusa kandidata za člana EU, Srbija se našla u novoj situaciji koja zahteva temeljnu rekonstrukciju pravnog sistema čijoj su neefikasnosti doprinosile prevaziđene koncepcije koje su dominirale devedesetih godina prošlog veka. Prethodni petodišnji projekat *Pravni kapacitet Srbije za evropske integracije*, koji je istraživački tim realizovao u periodu 2006–2010. godine imao je zadatak da razmatra i kritički analizira stanja u pravnom sistemu Srbije u izrazito osetljivoj fazi priključivanja evropskim integracijama. Ovaj projekat nastavlja sa temeljnim istraživanjem kvaliteta i trajnosti pravnih promena. Period od deset godina u kojem su vršene izmene u pozitivnom zakonodavstvu daje osnov da se izvrši evaluacija do sada urađenog i da se ukaže na one segmente pravnog sistema čija je reforma delimično ostvarena ili je potpuno izostala. Kako bi rezultati istraživanja bili dostupni široj naučnoj i stručnoj javnosti, prilozi učesnika na projektu *Izazovi implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije* predstavljeni su u Zborniku – Knjiga 3, sa ciljem da se doprinese daljoj reformi i izgradnji pravnog sistema Srbije koji je zasnovan na evropskim vrednostima. U ovaj Zbornik uključeno je i nekoliko radova kandidata na doktorskim studijama, kao i jedan studentski rad. Prilozi izražavaju lične stavove autora.

Urednik

FORWARD

After the political changes in 2000, and after acquiring the status of EU member candidate, Serbia required a fundamental reconstruction of the legal system whose inefficiency was partly resulting from outdated concepts that dominated the nineties. After successfully implementing the previous research project „Legal Capacity of Serbia for European Integration” (2006–2010), whose goal was to consider and critically analyze the situation in the Serbian legal system in the stage of the country’s EU integration process, and the publication of five subsequent volumes of research results, the new project *Perspectives of Implementation of European Standards in the Serbian Legal System* plans to continue to examine the quality and sustainability of legal change. After ten years of reforming the legal system, there is a need to conduct an evaluation of reforms completed to date, and to point to segments of the legal system, whose reform is partially or completely absent. This volume of *Perspectives of Implementation of European Standards in the Serbian Legal System* is a collection of papers resulting from a research project implemented by the University of Belgrade Faculty of Law under the auspices of the Ministry of Education, Science and Technological Development of Serbia. In order to make research results available to the scientific and professional community, as well as to the general public, and to contribute to further reforms of the legal system of Serbia based on European values, contributions of the project team on *Perspectives of Implementation of European Standards in the Serbian legal system* are presented in this Volume 3. This Volume contains several contributions by PhD candidates, as well as a contribution by a graduate third year student. Articles reflect the personal views of the authors.

The Editor

KONTROVERZE U VEZI SA NOVOM RADNOM VERZIJOM NACRTA ZAKONA O OPŠTEM UPRAVNOM POSTUPKU SRBIJE (U KONTEKSTU EVROPSKIH INTEGRACIJA)

APSTRAKT

Od kad je prestala da postoji Državna zajednica Srbije i Crne Gore, „treći jugoslovenski” Zakon o opštem upravnom postupku (1997) primenjuje se kao Zakon o opštem upravnom postupku Srbije. Prema Strategiji reforme državne uprave Srbije, reforma državne uprave uključuje i reformu upravnog zakonodavstva, što sa svoje strane uključuje i reformu zakonodavstva o upravnom postupku. Srbija je dužna da nakon potpisivanja Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju Evropskoj uniji započne postupak usklađivanja domaćih propisa sa komunitarnim propisima u oblastima određenim tim Sporazumom. U Izveštaju Evropske komisije o napretku Srbije za 2012. godinu, između ostalog se navodi da je „zakonski okvir još uvek nepotpun” jer „tek treba usvojiti nov zakon o upravnom postupku”. Sredinom 2013. godine, Ministarstvo pravde i državne uprave Srbije objavilo je Radnu verziju Nacrta Zakona o opštem upravnom postupku. U javnoj raspravi, između ostalog istaknuto je da tekst Nacrta ZUP-a više sledi logiku teorijskih radova nego što poštuje nomotehnička pravila o strukturi propisa. Nacrt ZUP-a sadrži brojne nedostatke, kao što su nejasnoća da li je to o „novi” ili „stari” Nacrt ZUP-a; slab kvalitet Obrazloženja; problematične i kontroverzne formulacije (npr. o predmetu regulacije, o upravnoj stvari, o ćutanju uprave, o uporebi pojedinih izraza, o protivizvršenju, o obaveštavanju i dr.). Postupak izrade Nacrta ZUP-a bio je netransparentan, jer nisu objavljeni podaci o tome ko čini Radnu grupu za izradu Nacrta ZUP-a, a nisu uključeni međunarodno priznati eksperte iz ove oblasti.

Ključne reči: Reforma upravnog zakonodavstva. Nacrt Zakona o opštem upravnom postupku. Evropske integracije Srbije.

1. REFORMA UPRAVNOG ZAKONODAVSTVA, EVROPSKI STANDARDI I ZAKON O OPŠTEM UPRAVNOM POSTUPKU

Značaj reforme državne uprave istaknut je u dokumentu Vlade Srbije pod nazivom *Strategija reforme državne uprave Srbije*,¹ u kojoj se, izme-

* Dr Stevan Lilić, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije* (179059), koji podržava Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

1 Vlada Republike Srbije, *Strategija reforme državne uprave Srbije* (oktobar 2004). Dostupna na: <http://www.prsp.sr.gov.yu/dokumenta.jsp>.

đu ostalog, ističe da je reforma državne uprave složen i dugoročan proces, posebno u zemljama u tranziciji, u kojima je uprava, kako na centralnom, tako i na lokalnom nivou, po pravilu „slaba i opterećena nizom problema nagomilanih tokom više decenija”. Prema Strategiji, reforma državne uprave uključuje i reformu upravnog zakonodavstva. Sa svoje strane, to uključuje i donošenje novog Zakon o opštem upravnom postupku. Kao što je poznato, Srbija je dužna da nakon potpisivanja Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju započne postupak usklađivanja domaćih propisa sa komunitarnim propisima u oblastima određenim ovim Sporazumom.

Zanimljiva je okolnost da je prema *Akcionom planu za sprovođenje reforme državne uprave za period 2004. do 2008. godine*² bilo predviđeno da se nov Zakon o opštem upravnom postupku (ZUP) usvoji u poslednjem kvartalu 2004. godine. Skoro deset godina kasnije, taj zakon je još uvek „u proceduri”. Takođe je zanimljivo da se taj zakon u više navrata našao i u dokumentima Evropske unije, posebno u tzv. izveštajima o napretku u kojima se, u poglavljima o „vladavini prava”, posebno spominje ZUP kao zakon koji treba „harmonizovati” sa evropskim standardima jer je to jedan od mnogih uslova koje zakonodavstvo Srbije treba da ispuni na putu evropskih integracija.³ Još 2006. godine u *Izveštaju Evropske komisije o napretku Srbije*, između ostalog se navodi (str. 8): „Reforma državne uprave kao ključni prioritet Evropskog partnerstva se nastavlja. (...) Međutim, u iščekivanju da se reforma državne uprave u potpunosti izvrši (...) Zakon o opštem upravnom postupku još nije revidiran.” U *Izveštaju Evropske komisije o napretku Srbije za 2009. godinu*, između ostalog stoji (str. 9): „Međutim, zakonodavni okvir koji reguliše državnu upravu još nije dovršen. Zakon o opštem upravnom postupku, Zakon o upravnim sporovima, ažurirani akcioni planovi za sprovođenje strategije reforme državne uprave i relevantni podzakonski akti još nisu usvojeni. Preduzeti su samo početni koraci za uvođenje konkretnih mera u borbi protiv korupcije u državnoj upravi, a dalja akcija ili sudska kontrola nisu adekvatni.” Slično je i sa *Izveštajem Evropske komisije o napretku Srbije za 2010. godinu* (str. 8): „Zakon o upravnim sporovima, kojim se uređuje sudska razmatranje upravnih akata i rad Upravnog suda, usvojen je u decembru 2009. godine. (...) Međutim, zakonodavni okvir i dalje nije zaokružen. Još nije donet Zakon o opštem upravnom postupku. Zakon o upravnom sporu nije u potpunosti usaglašen sa evropskim standardima.” Takođe i u *Izveštaju Evropske komisije o napretku Srbije za 2012. godinu* stoje iste konstatacije (str. 10): „Zakonski okvir je još uvek nepotpun. Tek treba usvojiti nov zakon o upravnom postupku i o zaposlenima u lokalnoj vlasti i platama. Zakon o upravnim sporovima i dalje nije u potpunosti usaglašen sa evropskim standardima u sudskom preispitivanju upravnih akata.”⁴

2 Izvrštaji o napretku Srbije dostupni su na internet stranici Kancelarije za evropske integracije Vlade Republike Srbije. Dostupno na: <http://www.seio.gov.rs/dokumenta/eu-dokumenta.211.html>.

3 Vlada Republike Srbije, *Akциони plan za sprovođenje reforme državne uprave za period 2004. do 2008. godine* (oktobar 2004). Dostupan na: <http://www.prsp.sr.gov.yu/dokumenta.jsp>.

4 Između ostalog, usklađivanje propisa o opštem upravnom postupku sa evropskim standardima podrazumeva i da Srbija donese „svoj” ZUP, jer se u Srbiji i dalje primenjuje ra-

2. NASTANAK OPŠTEG UPRAVNOG POSTUPKA

Istorijski posmatrano, dugo se smatralo da obavljanje upravnih poslova ne podleže pravilima posebne pravne procedure. Potpuna neformalnost upravnog postupka i nevezanost uprave pravilima formalne pravne procedure bile su osnovne karakteristike razdvajanja uprave od sudstva. U tom smislu, smatralo se da je formalno propisan pravni postupak jedino primeren sudskom (naročito parničnom) postupku u kome se po načelu kontradiktornosti odlučuje o sporu između dve stranke. S obzirom na to da uprava rešava upravne stvari (to jest odlučuje o priznavanju prava ili o utvrđivanju obavezama u pojedinačnom slučaju) koje su u principu jednostranačke, odnosno da uprava ne presuđuje sporove kao što rade sudovi, nema ni potrebe da se upravni postupak reguliše posebnim formalnim pravilima pravne procedure. Kako se ističe, „doktrinarno uzeto, glavni razlog protivljenju posebnom upravnom postupku bio je u tome što se dugo smatralo da je praktično jedini „pravi” pravni postupak parnični (građanski) postupak i da je samo parnični postupak pravi proces. Budući da se upravni postupak nije mogao voditi na isti način kao i parnični postupak, zaključivalo se da za upravu uopšte nije moguće propisati posebna procesna pravila”.⁵ Međutim, sveobuhvatna zakonska regulacija pravila upravnog postupka, manje-više po analogiji sa kodifikacijama parnične procedure, izvršena je prvi put 1925. godine u Austriji, tako da donošenjem zakona koji reguliše sva pitanja u vezi sa upravnom procedurom nastaje tzv. opšti upravni postupak. Polazeći od toga, danas se mogu razlikovati dva, odnosno tri sistema pravnog regulisanja upravnog postupka: a) pravni sistemi koji upravni postupak ne tretiraju kao posebnu vrstu pravne procedure (npr. Francuska i Nemačka); b) pravni sistemi u kojima je upravni postupak na opšti način zakonski regulisan (npr. Austrija, bivša Čehoslovačka, Poljska, bivša Jugoslavija, Sjedinjene Američke Države, Mađarska, Španija) kao posebna vrsta pravne procedure koja se razlikuje od sudske procedure, posebno od parničnog postupka i c) treći, mešoviti pravni sistemi (npr. Engleska, Italija, Švedska, Portugalija i dr.), u kojima, iako ne postoje pravila opšteg upravnog postupka, postoje oblici pravne regulacije pojedinih instituta upravnog postupka.⁶

3. ZAKONI O OPŠTEM UPRAVNOM POSTUPKU U NAŠEM PRAVU

Kraljevina Jugoslavija donela je Zakon o opštem upravnom postupku 1930. godine.⁷ Taj Zakon je usvojen u novembru 1930. Međutim, kako je bilo predviđeno da počne da se primenjuje po isteku roka od tri meseca od dana

niji „jugoslovenski” ZUP koji je preuzet u pravni poredak Srbije nakon raspada Državne zajednice Srbija i Crna Gora.

5 *Zakon o opštem upravnom postupku sa objašnjenjima, sudskom praksom, primerima za primenu i registrom pojmova* (predgovor Ivo Krbek), Beograd 1967, str. 3.

6 *Zakoni o upravnom postupku Austrije, SAD, Mađarske i Španije* (predgovor i redakcija prof. dr Nikola Stjepanović), Institut za uporedno pravo, Beograd 1960, str. IV.

7 Mihailo A. Krstić, *Političko upravni zbornik zakona, uredba i pravilnika*, Beograd 1935, str. 210–252.

njegovog objavljivanja (*vacatio legis*), to je prvi jugoslovenski Zakon o opštem upravnom postupku počeo da se primenjuje u februaru 1931. godine. Jugoslovenski Zakon o opštem upravnom postupku bio je skoro dvostruko obimniji od austrijskog, što se objašnjavalo činjenicom da je jugoslovenski ZUP (sa svojih 176 paragrafa) u sebi sadržao i brojne odredbe parničnog postupka. Stvaranjem jugoslovenske države posle Drugog svetskog rata, ukinut je Zakon o opštem upravnom postupku iz 1930. godine. Međutim, taj zakon nije ukinut na izričit način, već je njegovo pravno dejstvo prestalo na osnovu Zakona o nevažnosti pravnih propisa donetih pre 6. aprila 1941. godine i za vreme neprijateljske okupacije (1946).⁸ Na osnovu tog zakona, prestao je da važi i ZUP iz 1930. godine, mada su se pojedina njegova pravila, pod određenim uslovima, mogla primenjivati i u novonastalim okolnostima. S druge strane, pravna praznina koja je nastala ukidanjem ZUP-a iz 1930. godine u određenoj meri popunjavana je pojedinim posebnim zakonima donetim u to vreme, posebno Zakonom o narodnim odborima (1952), kojim su bila propisana i neka pravila upravnog postupka.

Drugi jugoslovenski Zakon o opštem upravnom postupku donet je 1956. godine. Taj Zakon je u suštini preuzeo sve bitne odredbe i institute prvog jugoslovenskog ZUP-a, ali su dodate i mnoge druge (npr. posebne odredbe o načelima upravnog postupka). Kao rezultat toga, jugoslovenski Zakon o opštem upravnom postupku iz 1956. godine (sa svoja 303 člana) postao je najobimniji zakon te vrste u svetu. Polazeći od toga, za Zakon o opštem upravnom postupku često se kaže da po svojoj sadržini predstavlja kodeks (zakonik) jer je njime kodifikovana, to jest jednim zakonom u potpunosti regulisana celokupna upravna procedura.⁹ Kako se ističe, „ZUP obuhvata upravni postupak u širem smislu reči. On ne normira samo pitanja postupka u užem smislu (npr. pokretanje postupka, utvrđivanje činjenica, izvođenje dokaza i sl.), već sadrži detaljne odredbe i o organu i o službenom licu koje vodi postupak, iscrpno reguliše sve momente u vezi sa rešenjem koje se u postupku donosi, detaljno normira postupanje po redovnim i vanrednim pravnim sredstvima, a naročito detaljno reguliše postupak (prinudnog) izvršenja rešenja. Pri svemu tome, Zakon o opštem upravnom postupku se trudi da reši što je moguće više pravnih situacija, tako da njihovo rešavanje ne bude prepušteno praksi.”¹⁰ Zakon o opštem upravnom postupku iz 1956. godine menjan je i dopunjavan više puta, a do naročito ekstenzivnog noveliranja ovog Zakona došlo je u tri navrata: 1965. godine (radi usklađivanja sa ustavnim promenama iz 1963), zatim 1977. godine (radi uklađivanja sa ustavnim promenama iz 1974, prečišćen tekst, 1978) i konačno 1986. godine kada je na osnovu prethodnih izmena i dopuna doneata posebna verzija prečišćenog teksta Zakona o opštem upravnom postupku. Stvaranjem Savezne Republike Jugoslavije (1992) u njen pravni poredak, do usvajanja novog, preuzet je ovaj Zakon o opštem upravnom postupku.

Treći po redu jugoslovenski Zakon o opštem upravnom postupku usvojila je Skupština Savezne Republike Jugoslavije u julu 1997. godine.

8 Bogdan Majstorović, *Komentar Zakona o opštem upravnom postupku*, Beograd 1957, str. 3.

9 Nikola Stjepanović, *Upravno pravo II*, Beograd 1973, str. 71.

10 Ivo Krbek, *Pravo jugoslovenske javne uprave III*, Zagreb 1962, str. 54.

Nova pravna situacija u odnosu na zakonodavstvo u oblasti upravnog postupka nastala je usvajanjem Ustavne povelje državne zajednice Srbija i Crna Gora (februar 2003). Dotadašnja Savezna Republika Jugoslavija prestala je da postoji, a zajedno sa njom prestali su da važe Ustav SRJ iz 1992. godine i postojeće savezno zakonodavstvo.¹¹ U tom kontekstu, na nivou Državne zajednice prestao je da važi i savezni Zakon o opštem upravnom postupku (1997). Prema Ustavnoj povelji (čl. 64), zakoni Savezne Republike Jugoslavije izvan poslova Srbije i Crne Gore primenjivaće se kao zakoni država članica dok države članice ne donesu nove propise. Nakon sprovođenja Referenduma o nezavisnosti Crne Gore (21. maj 2006), prestala je da postoji Državna zajednica SCG, a po automatizmu, koji je bio predviđen Ustavnom poveljom SCG (čl. 60), Srbija je postala nezavisna država. Kao posledica toga, „treći jugoslovenski” Zakon o opštem upravnom postupku koji je donela Savezna Republika Jugoslavija 1997. godine, primenjuje se kao Zakon o opštem upravnom postupku Srbije. Sredinom 2010. godine usvojen je Zakon o izmenama i dopunama ZUP-a (iz 1997), na osnovu kojih se „deaktivirane” one odredbe ZUP-a koje su se odnosile na savezne institucije (npr. reči: „Savezna Republika Jugoslavija”, zamenjuju se rečima: „Republika Srbija”, ili reči: „jugoslovenski državljani” zamenjuju se rečima: „državljeni Republike Srbije” itd.).

4. KONTROVERZE NOVOG ZUP-a

4.1. Nova i stara radna verzija Nacrta ZUP-a

Sredinom 2013. godine, Ministarstvo pravde i državne uprave Srbije objavilo je *Radnu verziju Nacrta Zakona o opštem upravnom postupku*.¹² Na internet stranici Ministarstva navodi se da je: „Radna grupa koju formirao ministar pravde i državne uprave izradila radnu verziju Nacrta Zakona o opštem upravnom postupku. Ministarstvo poziva građane i stručnu javnost da se upoznaju sa radnim tekstom i da svojim komentarima doprinesu da Zakon bude što kvalitetniji.” Na toj internet stranici može se naći „Nacrt Zakona o opštem upravnom postupku – radna verzija”, kao i „Nacrt Zakona o opštem upravnom postupku – obrazloženje”. Osim toga, na sajtu se mogu naći i „Izveštaj o sprovedenoj javnoj raspravi o Nacrtu Zakona o opštem upravnom postupku” i Obrazac za komentare. Međutim, zanimljivo je da na internet stranici Ministarstva nema odluke o sastavu Radne grupe za izradu Nacrta ZUP-a, kao što je to slučaj kada su u pitanju nacrti drugih propisa.¹³

11 Uporedi: Stevan Lilić, *Ustavna povelja državne zajednice Srbija i Crna Gora, teorija, praksa, zakonodavstvo*, Savremena administracija, Beograd 2003.

12 Ministarstvo za pravosuđe i državnu upravu, *Nacrt Zakona o opštem upravnom postupku i Obrazloženje Nacrta Zakona o opštem upravnom postupku*. Dostupno na: <http://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>.

13 Ova „netransparentnost” je u najmanju ruku neuobičajena, jer se, recimo, na istoj internet stranici Ministarstva može naći „Rešenje o obrazovanju radne grupe za pripremu teksta Nacrta Zakona o posredovanju u rešavanju sporova”. S druge strane, Kancelarija za regulatornu reformu i analizu efekata propisa, propisuje „Matricu Rešenja o obrazovanju

Izrada Nacrta ZUP-a odvija se u kontekstu reforme javne uprave. U dokumentu Vlade Srbije *Radna verzija Strategija reforme javne uprave u Republici Srbiji* (april 2013),¹⁴ između ostalog, ističe se i sledeće (str. 4): „Strategija reforme javne uprave u Republici Srbiji (Strategija RJU) obezbeđuje nastavak započetih reformskih aktivnosti u ovoj oblasti i proširuje te aktivnosti na sistem tzv. javne uprave. Pod javnom upravom u smislu Strategije RJU podrazumevaju se državna (centralna) uprava; subjekti koji vrše poverene upravne poslove; drugi nivoi upravnog odlučivanja – autonomna pokrajina i lokalna samouprava; i javne službe na centralnom i lokalnom nivou javnog upravljanja. (...) Ovo i stoga što se u savremenim uslovima kao opšteusvojeni standard polazi od promena u shvatanju položaja javnog sektora u društvu, odnosno shvatanja uprave u celini kao servisa građana, kao i da se sistem javnih usluga što više približi građanima. U ovoj fazi reforme sledi dogradnja usvojenog pravnog okvira i usklađivanje pojedinih delova sistema javne uprave sa utvrđenim principima, institucionalno i profesionalno jačanje kapaciteta, kao i povezivanje procesa reforme javne uprave sa procesom evropskih integracija, u skladu sa Nacionalnim programom za usvajanje pravnih tekovina Evropske unije (2013–2016), kao jednim od najvažnijih prioriteta Republike Srbije. Plan sprovođenja Strategije RJU utvrđuje se akcionim planovima za njeno sprovođenje.”

U pratećem dokumentu Strategije, pod nazivom *Akcioni plan za sprovođenje reforme javne uprave u periodu od 2013. do 2016. godine* (april 2013),¹⁵ u odnosu na Zakon o opštem upravnom postupku predviđen je i vremenski okvir (tzv. *timeframe*), prvo za izradu Nacrta Zakona o opštem upravnom postupku (drugi kvartal 2013), a zatim i za utvrđivanje Predloga Zakona o opštem upravnom postupku (treći kvartal 2013). Nakon što Vlada, na predlog Ministarstva (za pravosuđe i državnu upravu), utvrdi konačnu verziju teksta, taj se Predlog dostavlja Skupštini Srbije na razmatranje i usvajanje.

Prema saopštenju „Izveštaj o sprovedenoj javnoj raspravi o Nacrtu zakona o opštem upravnom postupku”:¹⁶ „Odbor za pravni sistem i državne organe je na sednici održanoj dana 24. aprila 2013. godine odredio Program javne rasprave o Nacrtu Zakona o opštem upravnom, shodno kojem je Ministarstvo pravde i državne uprave sprovelo javnu raspravu. Javna rasprava o Nacrtu zakona sprovedena je u periodu od 29. aprila do 7. juna 2013. godine, a tekst Nacrta Zakona je bio postavljen na internet stranici Ministarstva pravde i državne uprave i na portalu e-uprave. Primedbe na tekst Nacrta zakona

projektnje grupe” i predviđa obavezu „informisanja donosioca odluka i zainteresovanih subjekata”. Dostupno na: [http://www.ria.gov.rs/podaci/branko/Aneks %20G%20-%20Matrica%20za%20formiranje%20radne %20grupe.pdf](http://www.ria.gov.rs/podaci/branko/Aneks%20G%20-%20Matrica%20za%20formiranje%20radne%20grupe.pdf).

14 *Radna Verzija Strategija reforme javne uprave u Republici Srbiji* (april 2013). Dostupno na: <http://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>.

15 *Akcioni plan za sprovođenje reforme javne uprave u periodu od 2013. do 2016. godine* Dostupno na: <http://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>.

16 *Izveštaj o sprovedenoj javnoj raspravi o Nacrtu zakona o opštem upravnom postupku* (10. juli 2013). Dostupno na: <http://www.mpravde.gov.rs/obavestenje/2417/izvestaj-o-sprovedenoj-javnoj-raspravi-o-nacrtu-zakona-o-opstem-upravnom-postupku.php>.

i predlozi za njegovu izmenu ili dopunu dostavljeni su putem pošte ili elektronskim putem. Tekst Nacrta Zakona predstavljen je i na raspravama koje su organizovane u nekoliko gradova u Srbiji i to u Nišu, Novom Sadu i Kragujevcu, dana 27, 29. i 31. maja 2013. godine. Tekst Nacrta Zakona predstavljen je i na Okruglom stolu pod nazivom „Predstavljanje i diskusija o Nacrtu Zakona o opštem upravnom postupku”, koji je Ministarstvo pravde i državne uprave organizovalo 3. juna 2013. godine, u Beogradu, u Palati Srbija. Učesnici na Okruglom stolu bili su gospodin Adriano Martins, zamenik šefa Delegacije Evropske unije u Republici Srbiji, konsultanti SIGMA, predstavnici relevantnih državnih organa i organa državne uprave, predstavnici pravnih fakulteta, eminentni stručnjaci u ovoj oblasti, kao i druge zainteresovane strane. (...) Predlozi i sugestije su se odnosile na pojašnjenje novina koje predviđa Nacrt Zakona, a koje se odnose na upravni ugovor, komunikaciju organa i strana-ka, formalno obaveštavanje-dostavljanje, pravna sredstva, posebne slučajeve uklanjanja i menjanja upravnih akata i kaznene odredbe.” U Saopštenju je posebno istaknuto da su „o tekstu Nacrta Zakona izneta pozitivna mišljenja”.¹⁷

U ovom kontekstu, posebno privlači pažnju jedan drugi dokument postavljen na internet stranici Ministarstva koji nosi naslov *Pregled realizacije Strategije reforme državne uprave u Republici Srbiji i Akcionog plana za sprovođenje reforme državne uprave za period 2009–2012. godine posmatrano u periodu od januara 2009. do marta 2012. godine* (uz napomenu da je *Pregled* pripremljen uz podršku projekata „Podrška reformi državne uprave” i „Podrška razvoju e-uprave koji se realizuju iz donacije EU”).¹⁸ U tom dokumentu, između ostalog, stoji: „Osim Zakona o opštem upravnom postupku, koji još uvek nije usvojen, predviđene promene pravnog okvira su već realizovane. Predlog Zakona o opštem upravnom postupku je utvrđen u februaru 2012. godine. Cilj zakona je obezbeđivanje proporcionalnosti u zadovoljavanju i zaštiti privatnog i javnog interesa u upravnim stvarima, povećanje transparentnosti i poboljšanje efikasnosti i ekonomičnosti upravnih postupaka, usklađivanje postupanja i rada uprave Republike Srbije sa standardima evropske upravne prakse. Zakon će stupiti na snagu 18 meseci nakon usvajanja, i ovaj period će biti iskorišćen za adekvatnu obuku državnih

17 Ova konstatacija izneta u Saopštenju Ministarstva o javnoj raspravi o Nacrtu ZUP-a nije potpuno tačna. Između ostalog, u stručnoj raspravi i diskusiji na Okruglom stolu na kojem je predstavljen Nacrt Zakona o opštem upravnom postupku 3. juna 2013. godine, u Palati Srbija u Beogradu, izneta su brojne i argumentovane kritičke primedbe na opštu koncepciju novog ZUP-a (npr. o predmetu zakona i definiciji uprave stvari; o zaključivanju upravnih ugovora u upravnom postupku; o konceptu „ćutanja uprave”; o protivrečnostima u koncepciji formalno obaveštavanje-dostavljanje i dr.), kao i na netransparentan način rada radne grupe za izradu Nacrta ZUP-a i veoma loš kvalitet Obrazloženja uz Nacrt (neke od tih argumentovanih kritičkih primedbi iznose se u ovom radu). O kritičkim primedbama na Nacrt ZUP-a objavljeni su i stručni radovi (uporedi: D. Milkov, *Povodom Nacrta Zakona o opštem upravnom postupku – Korak napred ili deset u stranu?*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 1/2013).

18 *Pregled realizacije Strategije reforme državne uprave u Republici Srbiji i Akcionog plana za sprovođenje reforme državne uprave za period 2009–2012. godine (posmatrano u periodu od januara 2009. do marta 2012. godine)*. Dostupno na: <http://www.arhiva.drzavnauprava.gov.rs/article.php?id=999>.

službenika, informisanje građana i uspostavljanje institucionalnog okvira za kvalitetnu implementaciju ovog važnog propisa." Polazeći od toga, nije potpuno jasno da li je tekst „radne verzije” Nacrta Zakon o opštem upravnom postupku (maj 2013) koji se može naći na internet stranici Ministarstva i o kojoj se sada vodi javna rasprava „nov tekst” ili je to tekst „starog” Predloga ZUP-a (februar 2012) o kojem govori navedeni dokument.¹⁹

4.2. Tri razloga za donošenje novog ZUP-a

U *Obrazloženju* Nacrta ZUP-a, kao osnovni razlog za donošenje novog ZUP-a navodi se sledeće: „Na prvom mestu, preko je potrebno usklađivanje ZUP-a sa Ustavom Srbije (iz 2006. godine).” Međutim, „analiza sadržaja” pokazuje nešto drugo. Kako se ističe: „Što se tiče 'preke potrebe' usklađivanja sa Ustavom iz 2006. godine slobodno se može reći da je ovaj razlog potpuno netačan. Ne samo da potreba nije preka, nego ona uopšte ne postoji. Postojeći ZUP ne sadrži odredbe koje bi bile u suprotnosti sa Ustavom. Ako takve odredbe postoje, trebalo ih je izričito navesti. Formalno posmatrano, rok za usaglašavanje zakona sa Ustavom je istekao 31.12.2008. godine i to na osnovu člana 15. Ustavnog zakona za sprovođenje Ustava Republike Srbije. Suštinski, usaglašavanje postojećeg Zakona je izvršeno usvajanjem Zakona o izmenama Zakona o opštem upravnom postupku iz 2010. godine, koji sadrži 32 člana. Prema tome, izgleda kao da je navođenje potrebe usaglašavanja sa Ustavom navedeno samo zato da se navede neki objektivni razlog.”²⁰

Osim usaglašavanja sa Ustavom, u *Obrazloženju* su kao razlozi za donošenje novog ZUP-a navedeni još i „potreba usklađivanja sa proverenim aktuelnim uporednopravnim rešenjima” i „potreba usklađivanja sa međunarodnim standardima” (posebno sa načelima i pravilima Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda koju je naša zemlja ratifikovala 2003. godine). Međutim, „analiza sadržaja” tih razloga pokazuje sledeće: „Nijedan od ovih razloga ne može se prihvatiti kao osnovni, a još manje kao razlog za korenitu promenu ZUP-a. (...) Mimo hrvatskog Zakona, u Nacrtu

19 Kontroverzno je pitanje šta je zapravo „novo” u sadašnjem Nacrtu ZUP-a. Ovo iz razloga što je u decembru 2011. godine pušten u javnu raspravu Nacrt ZUP-a koji veoma „liči” na Nacrt ZUP-a koju je izradila sadašnja Radna grupa. Tako, i raniji Nacrt ZUP-a, ali i nov Nacrt ZUP-a imaju istu karakterističnu tabelarnu šemu Sadržaja. Zatim, raniji Nacrt ZUP-a ima 168 članova, a novi Nacrt ZUP-a ima 167 članova. Doduše ima i nekih razlika. Tako, u ranijem Nacrtu ZUP-a stoji: „Ovaj zakon stupa na snagu osmog dana od dana objavljivanja u „Službenom glasniku Republike Srbije”, a počinje da se primenjuje danom isteka 12 meseci od dana stupanja na snagu”, dok u novom Nacrtu ZUP-a stoji: „Ovaj zakon stupa na snagu danom isteka 18 meseci od dana objavljivanja u „Službenom glasniku Republike Srbije.”

20 Dragan Milkov, *Povodom Nacrta Zakona o opštem upravnom postupku – Korak napred ili deset u stranu?*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 1/2013, str. 87–89. Ovaj autor (ispravno) konstatuje: „Ako ne postoje objektivni razlozi, onda se Zakon očigledno menja zbog nekih subjektivnih razloga, jer se menja! Autoru ovog teksta nije poznato tačno koji su subjektivni razlozi doveli do pisanja potpuno novog Zakona o opštem upravnom postupku. Poznato mu je da neki teoretičari godinama pokušavaju da u propise unesu svoje teorijske ideje, ali je izgleda sada došlo vreme da to i realizuju.” (str. 88).

se ne mogu prepoznati tragovi nijednog drugog „uporednopravnog” rešenja, a kamoli da su „proverena”. (...) Vezu između međunarodnih standarda i Zakona o opštem upravnom postupku teško je pronaći, pa i u Nacrtu. Veoma je malo takvih rešenja u Nacrtu, a i tamo gde se mogu eventualno prepoznati, veliko je pitanje da li im je uopšte mesto u Zakonu o opštem upravnom postupku.”²¹

4.3. Nedovršen zakonski okvir upravnog zakonodavstva i ZUP

Iako je u Saopštenju Ministarstva povodom javne rasprave o Nacrtu novog ZUP-a (juli 2013) navedeno kako su u raspravi o tekstu Nacrta zakona „izneta pozitivna mišljenja”, stvari ipak stoje drugačije. Na samoj raspravi iznete su i argumentovane kritičke primedbe, uključujući i brojne kontroverze sadržane u tekstu Nacrta ZUP-a na koje se ovom prilikom ukazuje. Pre svega ukazano je na činjenicu da Evropska komisija više godina insistira da se „dovrši okvir upravnog zakonodavstva” donošenjem novog zakona o opštem upravnom postupku jer u Srbiji još uvek važi preuzeti „jugoslovenski” ZUP iz 1997. godine. Prilikom uručivanja *Izveštaja Evropske komisije o napretku Srbije za 2012. godinu* predsedniku Vlade Srbije u oktobru 2012. godine, šef Delegacije Evropske unije u Srbiji ocenio je (izvor: www.euractiv.rs) da Izveštaj predstavlja objektivnu sliku stanja u Srbiji u ovom trenutku i da se u njemu jasno navodi šta treba dalje uraditi da bi se krenulo napred. Od ukupno 33 poglavlja koja se pominju u Izveštaju, Srbija je ostvarila izvestan ili dobar napredak u 26, dok je u sedam poglavlja učinjeno nimalo ili vrlo malo. On je istakao značaj „nulte tolerancije” (*zero tolerance*) prema korupciji i naglasio da u Srbiji nije donet nov zakon o upravnom postupku „što takođe predstavlja plodno tlo za korupciju i odugovlačenje postupaka”.

Na nedavnom skupu u Narodnoj skupštini na temu *Kako Srbija može da unapredi svoj zakonodavni sistem* (u organizaciji nemačke agencije za međunarodnu saradnju „GIZ”),²² konstatovano je da selekciju (upravnih) konsultanata-eksperata treba vršiti na osnovu stručnih referenci, profesionalnog integriteta i transparentnog javnog konkursa. Usled netransparentnosti u proceduri određivanja radnih grupa i njihovih članova (nema javnih podataka o tome ko su članovi Radne grupe za izradu Nacrta ZUP-a, a nisu uključeni međunarodno priznati eksperti iz te oblasti), značajni poslovi vezani za usklađivanje upravnog zakonodavstva Srbije i reformom javne uprave za potrebe evropskih intergracija ne daju željene rezultate. Već je spomenuto da je u Nacrtu ZUP-a veoma primetno da se: „Umesto poštovanja nomotehničkih pravila o strukturi propisa, u ovom tekstu sledi logika teorijskih radova. Najpre, čitav prvi deo propisa je prepun teorijskih definicija, tako da sada prvi deo Nacrta ZUP-a izgleda kao udžbenik u formi propisa. (...) Mnoge definicije su sporne i mogu da stvore probleme kada dođe do njihove primene. To znači da bi se nakon usvajanja ovakvog zakona, odmah javila potreba za

21 D. Milkov, *op. cit.*, str. 87.

22 *Kako Srbija može da unapredi svoj zakonodavni sistem*, GIZ, Agencija za međunarodnu saradnju Nemačke. Dostupno na: <http://www.legalreform.rs/index.php/sr/4ti>.

posebnom višemesečnom obukom državnih službenika. Zato je u prelaznim i završnim odredbama ovog Nacrta predviđeno da bi se primenjivao 18 meseci nakon usvajanja.”²³

4.4. Neadekvatno obrazloženje za donošenje novog ZUP-a

U Nacrtu ZUP-a, posebno su problematične pojedine formulacije u Obrazloženju. Između ostalog, na samom početku Obrazloženja stoji i sledeće: „Važeći ZUP bio je dugodišnji pouzdani procesni oslonac i valjani nezaobilazni opšti putokaz rada javne uprave. No, iako pravničko-zanatski skladan i stabilan, u novom sistemu Republike Srbije ovaj zakon se pokazuje u mnogim pitanjima kao neprikladan, nedovoljan, mestimično i preopširan.” Šta zapravo znači formulacija „valjani nezaobilazni opšti putokaz” ili formulacija „pravničko-zanatski skladan i stabilan”? Teško je oteti se utisku da Obrazloženje više liči na „slobodan sastav” nego na logični strukturisano i argumentovano izlaganje *ratio legis* za donošenja tako značajnog procesnog zakona kao što je ZUP. Za razliku od toga, navešćemo primer formulacije koju sadrži Obrazloženje Nacrta ZUP-a Crne Gore, koje donošenje novog ZUP-a stavlja u kontekst principa evropskog upravnog prava i kategorije Evropskog upravnog prostora: „Poslije više od 50 godina od donošenja prvog ZUP-a suštinski se promijenilo razumijevanje javne uprave i sve su veći zahtjevi za kvalitetnijim upravnim praksama koji su orijentisani ka građanima. (...) Konceptualni osnov za proces izrade novog ZUP-a (*policy paper*), u skladu sa principom vladavine prava i načelima dobre uprave koji su zajednički za zemlje članice EU, Vlada Crne Gore je usvojila u julu 2011. godine. Načela evropskog upravnog prava, kao i standardi upravne prakse u zemljama članicama EU se samo djelimično ostvaruju u važećem Zakonu o opštem upravnom postupku Crne Gore. Važeći Zakon ne sadrži sve moderne vrste upravnih aktivnosti i, samim tim, ne pruža potpunu pravnu zaštitu u odnosu na te aktivnosti. On predviđa relativno komplikovan i dugotrajan upravni postupak i ne obezbeđuje neophodan opšti pravni okvir za e-upravu. Imajući u vidu činjenicu da se Crna Gora nalazi u veoma zahtjevnoj fazi EU integracija, neblagovremenost, neefikasnost u upravnom odlučivanju i nedovoljan kvalitet javnih usluga koje državna uprava pruža građanima postaju problem koji će biti pod pažnjom EU tokom pregovaračkog procesa. Evropski upravni prostor počiva na četiri osnovna načela i to: načelu vladavine prava, pouzdanosti i predvidljivosti; načelu otvorenosti i transparentnosti; načelu odgovornosti, kao i načelu efikasnosti i efektivnosti (*European Principles for Public Administration, OECD-Sigma Paper no. 27*).”²⁴

4.5. Obrazloženje ne predviđa analizu efekata zakona

Ozbiljan propust Obrazloženja novog Nacrta ZUP-a odnosi se na konstataciju da „za ovaj zakon nije potrebno izvršiti analizu efekata zakona”. Ovo je zapanjujuća konstatacija jer je „analiza efekta zakona” obaveza evropskog

23 Dragan Milkov, *Povodom Nacrta Zakona o opštem upravnom postupku – Korak napred ili deset u stranu?*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 1/2013, str. 89.

24 *Nacrt Zakona o opštem upravnom postupku Crne Gore*. Dostupno na: www.mup.gov.me/ResourceManager/FileDownload.aspx?rId.

standarda, i to za svaki zakon koji se donosi. Još više zabrinjava konstatacija iz Obrazloženja da analiza efekta ZUP-a nije potrebna „jer se ne stvaraju obaveze za privredne i druge subjekte”.

Iz konstatacije u Obrazloženju Nacrta ZUP-a da za ovaj zakon „nije potrebno izvršiti analizu efekata zakona, s obzirom na to da se njime ne stvaraju obaveze za privredne i druge subjekte”, proizilazi da se upravne odluke čije donošenje uređuje ZUP ni na koga ne primenjuju. Međutim, stvari stoje upravo suprotno: ZUP se takoreći odnosi na „sve”, i to kako na brojne „privredne subjekte” (porezi, zaštita konkurencije, javne nabavke, građevinske i ekološke dozvole itd.), tako i na „druge subjekte” (državljanstvo građana; informacije od javnog značaja za medije i nevladine organizacije; rad organe državne uprave, lokalne samouprave i pokrajinske autonomije; rad brojnih nedržavnih subjekata sa upravnim javnim ovlašćenjima itd.).

Na internet stranici *Kancelarije za regulatornu reformu i analizu efekata propisa*, između ostalog, ističe se da: „Analiza efekata propisa (AEP) predstavlja metod kojim se analiziraju mogući efekti novih propisa ili izmena i dopuna postojećih. Ovaj metod podrazumeva proces koji se zasniva na nizu koraka kojim se na sistematičan način daje odgovor na pitanje da li će nova regulativa ili izmena postojećih propisa imati željeni efekat. Tokom ovog procesa identifikuju se potencijalni ključni i sporedni efekti koji prate predložene izmene i u slučaju kad je to moguće kvantifikuju se verovatni troškovi primene i poštovanja predloženih propisa koje bi snosili pojedinci i privredni subjekti, kao i troškovi sprovođenja novih ili izmenjenih propisa od strane državnih organa. Pored sistematskog i konzistentnog razmatranja potencijalnih efekata, AEP podrazumeva i informisanje donosioca odluka i zainteresovanih subjekata o rezultatima analize. AEP omogućava da se donose propisi kod kojih su koristi veće od troškova, odnosno da se primeni ona alternativa pri kojoj su troškovi minimalni. (...) Kancelarija za regulatornu reformu i analizu efekata propisa prvo vodi računa o tome da li je obrađivač propisa odgovorio na sva pitanja propisana članom 40. Poslovnika Vlade (čl. 40., st. 2: 'Prilozi uz nacrt zakona' Poslovnika Vlade predviđa obavezu predlagača propisa da, uz nacrt zakona, izrađuje i dostavlja na mišljenje analizu efekata propisa), te utvrđuje da li je obrađivač propisa ispunio obavezu u formalnom smislu.”²⁵

5. Kontroverzne i problematične formulacije u Nacrtu ZUP-a

5.1. Predmet i cilj zakona

Prema članu 1. Nacrta ZUP-a („predmet i cilj zakona”): „Ovim zakonom, u cilju obezbeđenja zakonitog i delotvornog ostvarivanja i zaštite prava i pravnih interesa stranaka kao i zaštite javnog interesa, uređuju se pravila za postupanje u upravnim stvarima.” Problem je u tome što se u upravnom

25 Kancelarija za regulatornu reformu i analizu efekata propisa. Dostupno na: <http://www.ria.gov.rs/kontrola-kvaliteta-analize-efekata-zakona/t>.

postupku ne obezbeđuje samo „ostvarivanje i zaštita prava i pravnih interesa stranaka”, već se takođe „utvrđuju obaveze” (porezi, radna obaveza i sl.), što nije navedeno. Osim toga, formulacija „zaštita javnog interesa” nije precizna jer osim „zaštite” treba osigurati i „ostvarenje” javnog interesa (npr. u raznim inspekcijksim postupcima, prinudnim merama i sl.).²⁶

5.2. *Primena zakona*

Članom 2. Nacrta ZUP-a („primena zakona”) predviđeno je da se ZUP primenjuje na situacije koje se odnose na odlučivanje o upravnim stvarima, što se konkretno odnosi na: a) rešavanje o pravima, obavezama ili pravnim interesima stranke; b) zaključivanje upravnih ugovora; c) preduzimanje upravnih radnji i d) pružanje javnih usluga. Ova odredba je veoma problematična jer to znači da se upravni postupak sprovodi, osim kada je u pitanju „rešavanje o pravima, obavezama ili pravnim interesima stranke”, i na postupke „zaključivanja upravnih ugovora”, „preduzimanja upravnih radnji” i „pružanja javnih usluga”.

Dovoljno je izdvojiti postupak „zaključivanja upravnih ugovora” kao ilustraciju kontradiktornosti predloženog rešenja. Zaista, kako je procesno moguće sprovesti „dvostranački kontraktualni postupak” zaključivanja (upravnog) ugovora u kojem učestvuju dve strane sa ravnopravnim pravima i obavezama u „jednostanačkom upravnom postupku” u kojem jedna strana odlučuje o priznavanju prava ili o utvrđivanju obaveze „stranke”. Reč je o logičkoj (i stvarnoj) nemogućoj procesnopravnoj situaciji.

5.3. *Upravna stvar*

Prema članu 3. stav 1. Nacrta ZUP-a („upravna stvar”): „Upravna stvar, u smislu ovog zakona, jeste pojedinačna nesporna situacija od javnog interesa u kojoj nadležni organ, neposrednom primenom propisa iz odgovarajuće upravne oblasti, pravno ili faktički utiče na položaj stranke.” Ovde je problem u formulaciji da je upravna stvar „pojedinačna nesporna situacija od javnog interesa”. U čemu je „javni interes” kada neko, recimo traži izdavanje vozačke dozvole. Očigledno je reč o „privatnom”, a ne o javnom interesu. S druge strane, u upravnom postupku mogu se naći i „sporne situacije”, naročito kada je reč o dvostranačkim i višestranačkim upravnim postupcima. U stvari, nije reč o „nespornoj situaciji” kao takvoj, već se htelo reći da se ne misli na „spornu situaciju iz sudske nadležnosti”. Očigledno je da se radi o lošim i krajnje nestručnim formulacijama.

Po pitanju definicije „upravne stvari”, Zakon o općem upravnom postupku Hrvatske (čl. 2, st. 1) mogao je da posluži kao referentni primer: „Upravnom stvari smatra se svaka stvar u kojoj javnopravno tijelo u upravnom po-

²⁶ Nomotehnički posmatrano, nije dobro koristiti izraz „interes stranaka” jer je upravni postupak po pravilu jednostranački postupak u kojem učestvuje jedna „stranka”, dok je dvostranački ili višestranački upravni postupak izuzetak. Ovde je problem u tome što je kao pravilo uzet izuzetak, a izuzetak kao pravilo.

stupku rješava o pravima, obvezama ili pravnim interesima fizičke ili pravne osobe ili drugih stranaka (u daljnjem tekstu: stranke) neposredno primjenjujući zakone, druge propise i opće akte kojima se uređuje odgovarajuće upravno područje.”²⁷

Konačno, tome treba dodati i okolnost da se definicija upravne stvari prema Nacrtu ZUP-a bitno razlikuje od definicije upravne stvari koju sadrži Zakon o upravnim sporovima.

5.4. Čutanje uprave

Ozbiljan nedostatak Nacrta ZUP-a vezan za pitanje „ćutanje uprave”. Prema ćlanu 208, stav 2. vaćećeg ZUP-u (1997, 2010): „Ako organ protiv ćijeg je rešenja dopuštena ćalba ne donese rešenje i ne dostavi ga stranci u propisanom roku, stranka ima pravo na ćalbu kao da je njen zahtev odbijen. Ako ćalba nije dopuštena, stranka moće neposredno pokrenuti upravni spor.” To znaći da je sadašnjí ZUP usvojio tzv. negativnu opciju u situacijama „ćutanje uprave”. To dalje znaći da ukoliko organ uprave u zakonom propisanom roku ne donese rešenje o zahtevu stranke, ima se (po zakonu) uzeti da je zahtev stranke odbijen.

Ćini se da je upravo takvo rešenje u ZUP-u izazvalo najviše primedaba Evropske komisije, i to iz dva razloga. Prvi se razlog tiće „ćladavine prava” jer se stranka drći u neizvesnosti u pogledu ostvarivanja svojih prava i interesa dovodi u situaciju da mora sama da preduzima radnje zaćtite svojih prava i interesa koji su uzrokovani (nenamernim, ali i namernim propustom) organa vlasti, ćto se kosi sa evropskim standardom o „odlućivanju u razumnom roku”. Drugi se razlog odnosi na „ćorupciju” jer u slućaju neresavanja (npr. o izdavanju graćevinske dozvole) odgovarajući mito ima „ćarobno dejestvo” da se predmet odmah reći. Oba su razloga veoma ozbiljna i traće odgovarajuća konkretna rećenja, koja Nacrt ZUP-a ne sadrći.

Zanimljivo je da je raniji Predlog ZUP-a (februar 2011) sadrćao odredbu kojim se pitanje „ćutanje uprave” rećava u skladu sa odgovarajućim evropskim standardima. Tako (ćl. 13, st. 3): „Protiv rećenja, odnosno ćutanja drugostepenog organa, kao i protiv rećenja, odnosno ćutanja prvostepenog organa koje se u skladu sa posebnim zakonom ne smatra usvajanjem zahteva u stvarima u kojima nije dopuštena ćalba (konaćno rećenje), moće se pokrenuti upravni spor.”

Mećutim, prema novom Nacrtu ZUP-a ovo pitanje nije rećeno na odgovarajući naćin. Ovaj Nacrt ZUP-a predvića (ćl. 113): „Ako drugostepeni organ utvrdi da prvostepeni organ nije izdao rećenje iz opravdanih razloga, on odrećuje prvostepenom organu novi rok za izdavanje rećenja koji ne moće biti dući od 30 dana. Ako utvrdi da razlozi za neizdavanje prvostepenog rećenja nisu opravdani, drugostepeni organ će sam rećiti upravnu stvar ili naloćiti prvostepenom organu da u roku od 15 dana izda traćeno rećenje.”

27 Zakon o općem upravnom postupku Hrvatske. Dostupno na: <http://www.zakon.hr/z/65/Zakon-o-op%C4%87em-upravnom-postupku>.

Zapravo, prema formulaciji novog Nacrta ZUP-a na pitanje „ćutanja uprave” nema nikakvog rešenja. Jer, nije jasno šta se događa ukoliko drugostepeni organ ne reši stvar ili ukoliko na osnovu naloga prvostepeni organ u roku od 15 dana ne izda traženo rešenje. Za formulaciju u novom Nacrtu ZUP-u vezi sa „ćutanjem uprave” moži reći da predstavlja „deo problema”, a ne „deo rešenja”.

5.5. Upotreba neprimerenih nomotehničkih izraza

U Nacrtu ZUP-u primećuje se upotreba nejasnih i neprimerenih nomotehničkih izraza. Tako se, recimo, na više mesta (čl. 101, čl. 131, čl. 150) koristi izraz „meritorno”. Međutim, kako je ovaj izraz više svojstven sudskom postupku i označava odlučivanje suda o „meritumu” sporne situacije, bolje da se uopšte i ne koristi (kao što je to slučaj sa važećem ZUP-om, ali i sa važećim ZUP-om Hrvatske i Nacrtom ZUP-a Crne Gore).

Slično je i sa izrazom „pojam” koji se koristi u Nacrtu ZUP-a. Izraz „pojam” se na više mesta koristi radi određivanja zakonske definicije pojedinih instituta (npr. „pojam” upravnog akta – čl. 18; „pojam” upravne radnje – čl. 36; „pojam” pružanja javnih usluga – čl. 39; „pojam” obaveštavanja – čl. 74). Sa metodološkog stanovišta, to nije ispravan pristup jer se izraz „pojam” koristi za označavanje rezultata teorijskog istraživanja i analize. Imajući u vidu da zakonski tekst nije i ne treba da predstavlja „teorijsku analizu”, to je i korišćenje izraza „pojam” u zakonskom tekstu neprikladno.

5.6. Upravni ugovor

Kako se ističe u Obrazloženju Nacrta ZUP-a (str. 4): „Upravni ugovor je nova kategorija upravnih aktivnosti u upravnom pravu Srbije (čl. 29–35). On bi trebalo da doprinese konformnosti i delotvornosti uređivanja pojedinih javnopravnih odnosa. Kao dvostrani pravni akt, sporazum sklopljen u upravnoj stvari između organa i stranke, upravni ugovor se pre svega vezuje za poslove koncesija, oblast javno-privatnog partnerstva i javnih službi, ali može posebnim zakonom da bude predviđen kao pravni instrument i u drugim oblastima (član 29).” Prema članu 29. stav 1. Nacrta ZUP-a: „Upravni ugovor je dvostrani akt koji se zaključuje između organa i stranke i kojim se uspostavlja, menja ili ukida konkretan pravni odnos u upravnoj stvari.”

Međutim, uvođenjem kategorije „upravnih ugovora”, Nacrt ZUP-a stvara veoma problematičnu pravnu situaciju zbog toga što je ZUP po svojoj prirodi procesni zakon koji reguliše odgovarajuće upravne procedure, a ne materijalni zakon kojim se uvode nove pravne kategorije kao što je „upravni ugovor”. Kako upravni ugovori kao takvi ne postoje u našem zakonodavstvu, imamo situaciju da su Nacrtom ZUP-a „prekoračene” granice procesne regulacije jer se ušlo u domen materijalnog prava. Za razliku od toga, ZUP Hrvatske (čl. 150, st. 1) predviđa da sklapanje upravnog ugovora samo „ako je (nekim drugim, prim. aut.) zakonom propisano sklapanje takvog ugovora”. Kako se

ističe: „Treba imati u vidu i da bi unošenje upravnog ugovora u ZUP dovelo i do ozbiljnih posledica po upravni spor i Upravnom sudu proširilo nadležnost i na ove, za sada nepostojeće, akte. (...) Upravni ugovori postoje u uporednom pravu, ali su izgrađeni kroz materijalno-pravne propise i praksu. (...) Ako ne postoje u praksi i nisu rezultat praktičnih potreba, već teorijskih zamisli nekih autora, onda je opasno na ovakav način stvarati novi pravni institut.”²⁸

5.7. Protivizvršenje

Unošenje koncepta „protivizvršenja” u Nacrt ZUP-a (čl. 153) veoma je prolematično. Osim toga, naslov „protivizvršenje” ne odgovara tekstu koji je sadržan u odredbi na koju se naslov odnosi, jer se u tekstu odredbe i ne spominje. Kako je istaknuto: „U Nacrtu se bez ikakvog osnova i smisla unosi 'protivizvršenje'. Izvršenje je prinudna realizacija obaveze koju organ nametne stranci, a stranka ne postupi dobrovoljno. Izvršenje sprovodi prvostepeni organ protiv izvršenika. Ako se poništi rešenje i stranka pretrpi štetu, ona imao pravo na naknadu štete, odnosno povraćaj oduzetih stvari, ali to nije nikakvo izvršenje, pa ni 'protivizvršenje'. (...) Stoga se može zaključiti da u upravnom postupku ne postoji nikakvo 'protivizvršenje', već je to usamljeno teorijsko shvatanje jednog autora. (Ovakvo označavanje prava stranke na naknadu štete u svojim udžbenicima koristi Zoran Tomić.) Inače, jezički i logički posmatrano, 'protivizvršenje' bi značilo da se ista obaveza posle izvršenja prema stranci kasnije sprovede prema organu uprave!?”²⁹

5.8. Obaveštavanje

U Obrazloženju Nacrta ZUP-a (str. 6) posebno se naglašava da je „komunikacija organa i stranaka (čl. 61–73) formalno odvojena od sledeće glave – obaveštavanje (čl. 74–92), iako one sadržinski predstavljaju celinu”. U Nacrtu ZUP-a se, međutim, ne daju razlozi zašto je to učinjeno iako „komunikacija i obaveštavanja” sadržinski predstavljaju „celinu”. Poglavlje o „obaveštavanju” u Nacrtu ZUP-a (čl. 74–92) veoma je protivrečno. Posebno je problematično to što se „formalno obaveštavanje” izjednačava sa „dostavljanjem” (čl. 86). U tom kontekstu, posebno su sporne formulacije da prvostepeno, odnosno drugostepeno rešenje postaje izvršno kada se stranka o njemu „obavesti” (čl. 150). S druge strane, u Obrazloženju nije dato objašnjenje zašto se odstupilo od postojećih formulacija o „dostavljanju” rešenja. Kako se ističe: „Ne postoji nikakva objektivna potreba da se napušta standardna terminologija. Niti to ima veze sa Ustavom Srbije, niti sa Evropom. Čak i u hrvatskom ZUP-u odakle je ideja o 'obavješćivanju' preuzeta, piše 'drugostupanjsko rješenje kojim se rješava upravna stvar postaje izvršno dostavom stranci.’”³⁰

28 D. Milkov, *op. cit.*, str. 94–95.

29 D. Milkov, *op. cit.*, str. 97.

30 D. Milkov, *op. cit.*, str. 93.

UMESTO ZAKLJUČKA

Kao što je već rečeno, u Obrazloženju novog Nacrta ZUP-a, kao osnovni razlog za donošenje novog ZUP-a navedena je „potreba usklađivanje ZUP-a sa Ustavom Srbije iz 2006. godine”. Međutim, analiza pokazuje da postojeći ZUP zapravo ne sadrži odredbe koje bi bile u suprotnosti sa važećim Ustavom. Sa formalnog aspekta, usaglašavanje postojećeg Zakona sa Ustavom izvršeno je Zakonom o izmenama Zakona o opštem upravnom postupku iz 2010. godine. Osim usaglašavanja sa Ustavom, u Obrazloženju su kao razlozi za donošenje novog ZUP-a navedeni još i „potreba usklađivanja sa provenim aktuelnim uporednopravnim rešenjima” i „potreba usklađivanja sa međunarodnim standardima” (posebno sa načelima i pravilima Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda koju je naša zemlja ratifikovala 2003. godine). Međutim, i ovde analiza pokazuje da u Nacrtu nema takvih „uporednopravnih” rešenja (osim, donekle, u pogledu „upravnih ugovora”). U Nacrtu Zakona o opštem upravnom postupku takođe nema ni „međunarodnih standarda” koji se odnose na načela i pravila Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

Imajući u vidu kontroverze sadržane u tekstu Nacrta novog ZUP-a (predmet i cilj zakona, definicija „upravne stvari”, obaveštavanje i dostavljanje, upravni ugovori, protivizvršenje, „ćutanje” uprave i dr.), teško se može zaključiti da je ovaj Nacrt u skladu sa evropskim standardima, posebno kada se uzme u obzir višegodišnje insistiranje Evropske komisije da se „dovrši okvir upravnog zakonodavstva”. Usled netransparentnosti u proceduri određivanja radnih grupa i njihovih članova (nema javnih podataka o tome ko su članovi Radne grupe za izradu Nacrta ZUP-a, a nisu uključeni međunarodno priznati eksperti iz ove oblasti), značajni poslovi u vezi sa usklađivanjem upravnog zakonodavstva Srbije i reformom javne uprave za potrebe evropskih integracija ne daju željene rezultate.

*Prof. dr Stevan Lilić**

Summary

After the dissolution of the State Union of Serbia and Montenegro, the „third Yugoslav” Law on General Administrative Procedure (1997) is implemented as the Serbian Law on General Administrative Procedure. According to the Strategy of the Reform of the Public Administration in Serbia, this reform includes the reform of the administrative legislation, and in particular adopting a new Law

* Stevan Lilić, PhD. Professor of Law, Faculty of Law University of Belgrade. This article is the result of research within the project *Perspectives of Implementation of European Standards in the Serbian Legal System* (179059), supported by the Ministry of Education, Science and Technological development.

*on General Administrative Procedure. After signing the Stabilization and Assessment Agreement with the European Union, Serbia needs to harmonize its national legislative framework with the *aquis communautaire* standards. The 2012 Serbia Progress Report of the European Commission states that the legislative framework is incomplete, as the Law on General Administrative Procedure is still to be adopted. In mid 2013 the Ministry of Justice and Public Administration announced a Working Version of the Draft of the Law on General Administrative Procedure. In the public debate, inter alia, it was emphasized that the Draft resembles more a theoretical essay, than follows the technical and structural standards of a law. The Draft Law on General Administrative Procedure contains numerous deficiencies, and is unclear if the „new” draft is actually an „old” draft of this law. The quality of the Narrative is very poor, and the many formulations and solutions are controversial and problematic (i.e. object of regulation; administrative matter; „silence of the administration”; use of specific terms; „counter execution”; informing the party etc.). The process of elaborating the new Law on General Administrative Procedure is not transparent, as there is no public information as to who is member of the „working group” charged with drafting the text, and internationally acknowledged experts are not included.*

Key words: Reform of administrative legislation. Draft Law on General Administrative Procedure. European integrations of Serbia.

PRAVA PACIJENATA U SRBIJI: STARO VINO U NOVOJ BOCI?

Apstrakt:

Autorka je u ovom tekstu kritički predstavila rešenja novog srpskog Zakona o pravima pacijenata, a pre svega ona koja se tiču položaja i ovlašćenja savetnika za zaštitu prava pacijenata. Poštovanje prava pacijenata na samoodređenje smatra se danas osnovnim pravnim i etičkim principom koji vlada u ovoj oblasti. Pravo na samoodređenje se može definisati kao sposobnost svake osobe da samostalno donosi sve odluke koje se tiču njenog života i zdravlja pod uslovom da je pristanku na medicinsku intervenciju prethodila potpuna informacija o svim posledicama takve odluke. Konvencija Saveta Evrope o ljudskim pravima i biomedicini, zakonodavstvo Srbije, uporedno pravo, kao i medicinski etički kodeksi, jednoglasno zahtevaju od lekara da takvu saglasnost pacijenta pribavi pre bilo kakvog medicinskog postupka. Kada su u pitanju deca koja nemaju sposobnost za davanje saglasnosti za medicinsku intervenciju, odgovarajući pristanak biće pribavljen od zakonskog zastupnika, ali se u svakom slučaju mora uzeti u obzir mišljenje maloletnika, u skladu sa godinama i zrelošću deteta o kome je reč.

Ključne reči: Ljudska prava. Prava pacijenata. Autonomija volje pacijenta. Prava deteta.

1. Prvi Zakon o pravima pacijenata u Srbiji: staro u novom

Početkom ove godine Srbija je dobila prvi Zakon o pravima pacijenata.¹ Zakon ima 50 članova koji su raspoređeni u šest poglavlja: „Osnovne odredbe”, „Prava pacijenata”, „Dužnosti pacijenata”, „Zaštita prava pacijenata” i „Prelazne i završne odredbe”. Međutim, prvo pada u oči činjenica da su delovi Zakona o pravima pacijenata koji se odnose na prava i dužnosti pacijenata preuzeti gotovo *in texto* iz Zakona o zdravstvenoj zaštiti.² Stoga

* Prof. dr Marija Draškić, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu i sudija Ustavnog suda. Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije* (179059), koji podržava Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

1 Videti: Zakon o pravima pacijenata („Službeni glasnik Republike Srbije”, br. 45/2013 od 22. maja 2013).

2 Uporediti odredbe članova 6–37. Zakona o pravima pacijenata sa odredbama članova 26–43. Zakona o zdravstvenoj zaštiti („Službeni glasnik Republike Srbije”, br. 107/2005), koje su prestale da važe na osnovu članova 49. i 50. Zakona o pravima pacijenata. Do-

bi se odmah moglo postaviti pitanje smisla zakonodavne intervencije koja se sastoji u tome da se odredbe iz jednog postojećeg zakona u gotovo neizmjenjenom sadržaju prenesu u neki drugi novi zakon. Štaviše, da se novi zakon donosi a da više od dve trećine njegovog normativnog dela bude prepisano iz nekog ranijeg zakonskog teksta? Da se vidi trud nadležnog ministarstva i živa zakonodavna aktivnost srpskog zakonodavca?

Inače, ideju o pravima pacijenata promovisao je u Srbiji još devedesetih godina prošlog veka jedan veliki projekat nevladinog sektora, koji potiče iz vremena kada mnoge medicinske delatnosti još uvek nisu bile pravno uređene, a o mogućnosti kodifikacije pacijentovih prava nije bilo ni govora. Naime, grupa autora, okupljenih u Centru za unapređenje pravnih studija u Beogradu, sačinila je jednu moguću verziju Povelje o pravima pacijenata, sa namerom da ponudi zdravstvenim ustanovama da je potpišu i da je u svojoj praksi dobrovoljno primenjuju. Cilj je bio, najpre, da se u bolnicama u nekoliko izabranih gradova obavi testiranje kataloga zaštićenih prava pacijenata sadržanih u Povelji, a potom da se njen sažetak štampa u većem broju primeraka i dostavi svim zdravstvenim ustanovama. U trećoj fazi ovog projekta sledilo je sistematsko praćenje primene Povelje o pravima pacijenata i procena rezultata te primene. Na osnovu tog istraživanja, najzad, trebalo je doneti zaključke o tome u kojoj meri je moguće ostvarivanje prava pacijenata u našim medicinskim ustanovama i koje bi dalje korake u toj oblasti valjalo preduzimati.³

Dakle, dok je Zakon o zdravstvenoj zaštiti sa pravom iskoristio rezultate jednog velikog projekta iz nevladinog sektora – preuzevši gotovo u celini tekst Povelje o pravima pacijenata – ostaje nejasno zašto je bilo porebno prenositi iste te odredbe iz jednog u drugi zakon nakon osam godina njegove primene.

2. Novo u srpskom Zakonu o pravima pacijenata: savetnik umesto zaštitnika?

Novi Zakon o pravima pacijenata doneo je ipak i jednu važnu novinu u toj oblasti, a ona se tiče zaštite prava pacijenata. Naime, prema odredbama Zakona o zdravstvenoj zaštiti o pravima pacijenata bilo je predviđeno da je zdravstvena ustanova dužna da organizuje rad zaštitnika pacijentovih prava, kojeg je određivao direktor zdravstvene ustanove i kome je svaki pacijent mogao podneti prigovor ako je smatrao da mu je uskraćeno pravo na zdravstvenu zaštitu ili je bio nezadovoljan pruženom zdravstvenom uslugom, odnosno postupkom zdravstvenog ili drugog radnika zdravstvene ustanove. Bio

duše, treba reći da je katalogu zaštićenih prava pacijenata Zakon o pravima pacijenata pridodao i nekoliko novih: pravo na preventivne mere (član 8), pravo na kvalitet pružanja zdravstvene usluge (član 9), pravo na bezbednost pacijenata (član 10), pravo na drugo stručno mišljenje (član 13), pravo deteta u stacionarnim zdravstvenim ustanovama (član 26) i pravo na olakšavanje patnje i bola (član 28).

3 O ovom projektu videti opširnije J. Radišić, M. Draškić, V. Vodinelić, M. Popović, V. Stambolović, M. Samardžić, *Povelja o pravima pacijenata*, Pravo – teorija i praksa, br. 12/1999, str. 39–46.

je propisan i poseban postupak po prigovoru pacijenta i on je obavezivao zaštitnika prava pacijenata da odmah, a najkasnije u roku od pet dana od dana podnošenja prigovora, utvrdi sve bitne okolnosti i činjenice u vezi sa navodima iznetim u prigovoru, kao i da o svom nalazu odmah – a najkasnije u roku od tri dana – obavesti i direktora zdravstvene ustanove i samog pacijenta. Nakon toga, pacijent koji bi bio nezadovoljan nalazom po prigovoru, mogao se obratiti zdravstvenoj inspekciji, odnosno nadležnom organu organizacije zdravstvenog osiguranja kod koje je zdravstveno osiguran. Najzad, bilo je propisano da zaštitnik prava pacijenata mora biti samostalan u svom radu te da direktor zdravstvene ustanove ili bilo koji drugi zdravstveni radnik ne može uticati na njegov rad i odlučivanje.⁴

Zakon o pravima pacijenata, međutim, uredio je oblast zaštite prava pacijenata na nešto drugačiji način. Pre svega, ne postoji više zaštitnik prava pacijenata, već savetnik za zaštitu prava pacijenata i Savet za zdravlje. Razlika nije samo terminološka; zaštitu prava pacijenata obezbeđuje sada jedinica lokalne samouprave koja donosi odluku o organizovanju, finansiranju i uslovima rada savetnika za zaštitu prava pacijenata i određuje lice koje obavlja poslove savetnika u jednoj ili više jedinica lokalne samouprave. Savetnik za zaštitu prava pacijenata je diplomirani pravnik sa položenim stručnim ispitom za rad u organima državne uprave, sa najmanje tri godine radnog iskustva u struci i poznavanjem propisa iz oblasti zdravstva.⁵ Postupak po prigovoru pacijenta ili njegovog zakonskog zastupnika uređen je identičnim odredbama kao što je to činio i Zakon o zdravstvenoj zaštiti, s tom razlikom što je Zakonom o pravima pacijenata predviđena i obaveza direktora zdravstvene ustanove da, u roku od pet radnih dana od kada dobije izveštaj, savetniku za zaštitu prava pacijenata dostavi obaveštenje o postupanju i preduzetim merama u vezi sa prigovorom.⁶ Isto tako, novost je i uvođenje Saveta za zdravlje kao drugostepenog organa, kome se može obratiti pacijent nezadovoljan izveštajem savetnika za zaštitu prava pacijenata. Savet za zdravlje obrazuju i jedinice lokalne samouprave, a njegova nadležnost je, između ostalog, da razmatra prigovore o povredi pojedinačnih prava pacijenata i o utvrđenim činjenicama obaveštava podnosioca prigovora i direktora zdravstvene ustanove, te da daje odgovarajuće preporuke.⁷

Koji su pravi dometi ove novotarije?

S jedne strane, nema sumnje da ovakva odredba ima potencijal da ojača mehanizam zaštite pacijentovih prava, na taj način što je zaštita sada locirana u jedinicama lokalne samouprave umesto u zdravstvenoj ustanovi. Naime, najslabija tačka ranijeg rešenja, koje je bilo predviđeno odredbama Zakona o zdravstvenoj zaštiti, bila je upravo moguća faktička zavisnost zaštitnika prava pacijenata od direktora zdravstvene ustanove koji ga je postavljao na to mesto. Budući da je uloga zaštitnika da na prvom mestu štiti interese pacijenata,

4 Videti raniji član 39. Zakona o zdravstvenoj zaštiti.

5 Videti član 39. Zakona o pravima pacijenata.

6 Videti član 41. stav 4. Zakona o pravima pacijenata.

7 Videti član 42. Zakona o pravima pacijenata.

pa i u odnosu na suprotstavljene interese zdravstvene ustanove u kojoj on radi, moguće je da intervencija zaštitnika sasvim izostane ili da bude nezadovoljavajuća, zbog sukoba interesa u kome se nalazi svaki zaštitnik prava pacijenata čije radno mesto zavisi od odluke direktora ustanove protiv koje je pacijent izjavio prigovor. Takvo rešenje, jednom rečju, ozbiljno je dovodilo u pitanje koncept nezavisnosti u radu zaštitnika prava pacijenata. Prema međunarodnim standardima uspostavljenim u toj oblasti, dužnost je države da obezbedi pravičnu istargu o o žalbama pacijenata na osnovu zakonskih odredaba koje treba da propišu odgovarajuću proceduru, ali i na osnovu dobre prakse koja znači obavezu zdravstvene ustanove da postupa po zakonskim odredbama koje se tiču žalbene procedure. Stoga, organ koji treba da informiše pacijenta o njegovim pravima, da ga uputi u pravila procedure, da posreduje između pacijenta i zdravstvene ustanove u pokušaju da se slučaj reši te da, najzad, pomogne pacijentu da dobije odgovarajuću kompenzaciju u slučaju kada bude povređeno neko od njegovih prava, nikako ne sme biti u bilo kakvom zavisnom odnosu prema jednoj od strana u ovom sporu.

Međutim, na drugi pogled je jasno da se kvalitet zaštite prava pacijenata koji je uspostavljen novim Zakonom o pravima pacijenata za sada smanjio; umesto zaštitnika prava pacijenata čiji je rad morala da organizuje svaka zdravstvena ustanova, dobili smo savetnika koji je odgovoran za sve zdravstvene ustanove na teritoriji jedne ili više (koliko više?) jedinica lokalne samouprave! To takođe znači da je savetnik za zaštitu prava pacijenata sada fizički udaljen iz zdravstvene ustanove, što može učiniti zaštitu prava pacijenata manje dostupnom i, samim tim, manje delotvornom. S druge strane, jedinicama lokalne samouprave Zakon o pravima pacijenata dao je rok od šest meseci od dana stupanja na snagu ovog zakona da organizuju rad i obezbede uslove i finansijska sredstva za rad savetnika pacijenata jer istekom toga roka prestaje da važi odredba člana 39. Zakona o zdravstvenoj zaštiti.⁸ Budući da je Zakon o pravima pacijenata stupio na snagu 30. maja 2013. godine, rok od šest meseci ističe 30. novembra 2013. godine i nije mnogo verovatno da će lokalne samouprave do tada ispuniti ovu svoju novu zakonsku dužnost. Nije predviđena bilo kakva sankcija u Zakonu o pravima pacijenata ukoliko jedinice lokalne samouprave ne obezbede postojanje savetnika ili finansijska sredstva za zaštitu prava pacijenata. Štaviše, stručna javnost procenjuje da se odredbe Zakona o pravima pacijenata neće moći primeniti do tog roka, odnosno da će u praksi prava pacijenata za izvesno vreme ostati bez bilo kakve zaštite.⁹ Sumnju pojačava i ranije iskustvo u formiranju ombudsmana na

8 Videti član 49. Zakona o pravima pacijenata.

9 Pretraživač Paragraf Lex, ažuriran paketom od 13. novembra 2013. godine, beleži samo Odluke o obrazovanju Saveta za zdravlje gradova Šabac i Kragujevac te Odluku o savetniku za zaštitu prava pacijenata grada Loznice. Organizacija za zaštitu prava pacijenata Pravni skener u svom dokumentu iz juna 2013. godine takođe skreće pažnju na to da je nedovoljna pažnja usmerena na stvaranje uslova za funkcionisanje organa koji bi na adekvatan način štiti prava pacijenata te da potreba za finansijskom održivošću zaštite, kao jednim od ključnih aspekata predloženih rešenja, nije posvećena dužna pažnja. Videti www.pravniskener.org/mpebpub/p02.pdf. Najzad, iz dnevne štampe saznaje se, na primer, da Ministarstvo zdravlja tek odnedavno organizuje savetovanja kojima skreće

lokalnom nivou, za koje je na sličan način bilo regulisano osnivanje i finansiranje od strane jedinica lokalne samouprave, pa je do sada samo nekoliko opština i gradova u Republici Srbiji osnovalo ovo telo.¹⁰ Najzad, i sam naziv „savetnik za zaštitu prava pacijenata” implicira da je reč o savetovanju pacijenata, a ne o nekome ko će preduzimati neke konkretne mere u slučaju povrede pacijentovih prava, iako ta promena naziva izgleda potiče otuda što je zaštitnik građana u više navrata do sada ukazivao na to da postoji potreba i za terminološkim i za suštinskim razlikovanjem institucije zaštitnika građana i drugih organa nadležnih za zaštitu prava građana, kako takve odredbe ne bi stvarale zabunu velikog broja građana.¹¹

3. Ovlašćenja za zaštitu pacijentovih prava

U uporednom pravu uspostavljeni su različiti mehanizmi za zaštitu prava pacijenata, ali ni u jednom od njih savetovanje pacijenata nije jedino ovlašćenje onoga ko treba da pomogne pacijentu – koji je po pravilu medicinski i pravni laik – da se izbori za ostvarenje svojih prava.

Tako, Finska je bila prva zemlja koja je zaštitu prava pacijenata uredila posebnim zakonom još 1992. godine. Tim zakonom, koji je kasnije mnogim drugim državama poslužio za ugled (Holandija, Slovenija, Austrija), ustanovljena je institucija ombudsmana kao nezavisnog zastupnika pacijenta koji ima zadatak da sprovodi istragu na mestu mogućeg konflikta između pacijenta i zdravstvene ustanove odnosno zdravstvenih poslenika, kao i da usmerava pacijenta na dalje postupke zaštite prava ako spor nije mogao da bude razjašnjen lokalno.¹² Instituciju ombudsmana uspostavile su i druge evropske zemlje. U Austriji, na primer, sličnu ulogu ima pacijentov pravobranilac koga, na osnovu javnog konkursa, postavlja Vlada na period od pet godina; u Holandiji istovetan položaj ima poverenik za prava pacijenata, koji je takođe potpuno nezavisan od medicinske institucije u odnosu na čije delovanje je pozvan da interveniše.¹³

Drugi model je poznat sredinama sa razvijenim institucijama civilnog društva, u kojima je zaštita prava pacijenata bila najpre predmet građanskih

pažnju lokalnim samoupravama na njihove zakonske obaveze u vezi sa zaštitom prava pacijenata. Videti list Danas, 14. novembar 2013. godine, str. 7.

10 Naime, prema članu 97. Zakona o lokalnoj samoupravi („Službeni glasnik Republike Srbije”, br. 129/97), dato je pravo jedinici lokalne samouprave da može da ustanovi zaštitnika građana, koji je ovlašćen da kontroliše poštovanje prava građana, utvrđuje povrede učinjene aktima, radnjama ili nečinjenjem organa uprave i javnih službi, ako je reč o povredi propisa i opštih akata jedinice lokalne samouprave.

11 U tom smislu videti J. Simić, „Nevinost bez zaštite” – Jedno viđenje Zakona o pravima pacijenata, Pravni zapisi, br. 1/2013, str. 158.

12 Videti: H. Leenen – S. Gevers – G. Pinet, *The Rights of Patients in Europe*, Deventer–Boston 2000, str. 136; M. Outinen, *Patients’ Rights in Finland*, National Research and Development Centre for Welfare and Health, Helsinki 2004.

13 Videti opširnije: J. Radišić – H. Mujović Zornić, *Pomoć pacijentima u ostvarivanju njihovih prava: Zapadna Evropa kao uzor Srbiji*, Beograd 2004, str. 20–23.

inicijativa. Takav je slučaj sa Savezom švajcarskih službi za pacijente koji je nastao 1994. godine, objedinjavanjem službi koje su se formirale u mnogim švajcarskim gradovima i počele da se bave žalbenim procedurama u vezi sa pravima pacijenata još sedamdesetih godina prošlog veka.¹⁴ Rezultat građanske inicijative jeste i Tribunal za prava bolesnih, koji je nastao u Italiji, sa ciljem da zaštiti zdravlje građana i pomogne razvoj humanije i funkcionalnije zdravstvene službe; on deluje u regionalnim i lokalnim sekcijama u celoj Italiji i uspeo je da u mnogim slučajevima uspostavi mrežu interakcija među različitim institucijama koje su uključene u pružanje zdravstvenih usluga.¹⁵

Najzad, treći mehanizam zaštite pacijentovih prava može biti vezan za same lekarske institucije. Tipičan primer su službe za poravnanje i komisije za veštačenje, koje su organizovane u okviru lekarskih komora u Nemačkoj, odnosno institucija lekara-posrednika, koji u Francuskoj, po nalogu direktora bolnice, posreduje u slučajevima žalbe pacijenta na tretman ili postupke osoblja.¹⁶ U Nemačkoj je ipak 2013. godine usvojen i poseban Zakon o pravima pacijenata koji obavezuje sve bolnice da uspostave mehanizme zaštite kojima se pacijentima omogućava da veoma efikasno dobiju sve tražene informacije, da se njihove žalbe reše u vrlo kratkom roku i da rad tog mehanizma bude potpuno transparentan.¹⁷ U Bosni i Hercegovini zaštitu prava pacijenata ostvaruju Komisije za prigovore i Komisije za kvalitet i bezbijednost medicinskih usluga koje imenuju zdravstvene ustanove.¹⁸

4. Zašto su važna prava pacijenata?

Povezivanje oblasti zdravlja sa ljudskim pravima imalo je u eri moderne samo jedno usmerenje: ljudska prava su povređena ako u slučaju bolesti ili zdravstvene ugroženosti ljudi nemaju mogućnost da dobiju potrebnu zdravstvenu negu i pomoć. U tom smislu, programski tekstovi o zdravlju i ljudskim pravima, kao i mnogi međunarodni i regionalni dokumenti neprestano su naglašavali važnost prava na zdravstvenu zaštitu, što je značilo da je jedino i osnovno pravo pacijenta bilo – da bude pacijent.¹⁹ Filozofska kritika moderne, međutim, ukazala je na opasnost od neprekidne objektivizacije svega postojećeg²⁰ te na svođenje ljudi na objekte informacije, a nikada na subjekte komunikacije, što je ugrožavalo interese i poziciju naročito vulnerabilnih grupa, kao što su upravo pacijenti u odnosu na institucije zdravstvene zaštite.²¹

14 *Ibid.* Videti takođe: H. Leenen – S. Gevers – G. Pinet, *op. cit.*, str. 141.

15 *Ibid.*

16 Tako, J. Radišić – H. Mujović Zornić, *op. cit.*, str. 25–35.

17 Dostupno na: <http://europatientrights.eu/>

18 *Ibid.*

19 Videti opširnije: V. Stambolović, Prava pacijenata, dostupno na: <http://www.ius.bg.ac.rs/prof/Materijali/dramar/v.stambolovic.prava%20pacijenta.pdf>.

20 J. Habermas, *The Philosophical Discourse of Modernity*, Cambridge 1990, str. 341, navedeno prema: V. Stambolović, *op. cit.*, str. 1.

21 M. Foucault, *Discipline and Punish*, New York 1979, str. 200, navdano prema: V. Stambolović, *op. cit.*, str. 1.

Izlazak pacijenata iz uloge koja im je bila namenjena u modernoj medicini dogodio se kroz pokret koji je promovisao prava pacijenata i koji se širio i horizontalno i vertikalno, odnosno i teritorijalno i strukturalno, kroz različite socijalne segmente i institucionalne nivoe.²² Interesovanje za prava pacijenata pojavilo se po prvi put u Sjedinjenim Američkim Državama pre četrdeset godina i od tada kontinuirano raste.²³ Otuda de u drugoj polovini prošlog veka dogodila znatna promena u odnosima između lekara, njihovih pacijenata i društva. Napuštanje paternalističkog koncepta medicine i afirmisanje prava pacijenata podrazumevalo je znatne promene u odnosu na dotadašnje stavove i praksu. Od lekara se sada očekuje ne samo da se staraju o pacijentovom životu i zdravlju, nego i da poštuju autonomiju pacijenata i njegova lična prava, osobito ljudsko dostojanstvo i pravo samoodlučivanja u odnosu na vlastito telo. Takav koncept podstiče „razgovornu medicinu” koja pacijente pretvara u „subjekte komunikacije”, pravni položaj pacijenata čini jasnim i određenim a stručni rad lekara sigurnijim i bezbrižnijim, jača poverenje između lekara i pacijenta, osigurava bolji kvalitet medicinskih usluga, te garantuje slobodu i ugled lekarskog poziva.²⁴ Pacijent koji je svestan svojih prava, drugim rečima, nije više objekt medicine, nego subjekt koji, uz pomoć lekara, slobodno odlučuje o svim merama koje se tiču njegovog života i zdravlja. On nije samo štićenik lekara, nego je i njegov partner u svakom medicinskom tretmanu. Ideja o pravima pacijenata privukla je, najzad, izuzetnu pažnju i na međunarodnom planu, i u poslednjih desetak godina 20. veka prava pacijenata postala su „najmlađa” prava u katalogu zaštićenih ljudskih

22 Finska je, kao što je već rečeno, bila prva zemlja koja je donela poseban Zakon o pravima pacijenata još 1992. godine, koji će potom poslužiti kao uzor i mnogim drugim državama. Upporednopravni pregled evropskog zakonodavstva u oblasti prava pacijenata dostupan je na: <http://europatientrights.eu/>.

23 Prvi dokument koji izričito pominje prava pacijenata bila je Povelja o pravima pacijenta (*Patient's Bill of Rights*) koju je usvojila Američka bolnička asocijacija u februaru 1973. godine.

24 Takav stav proizilazi nedvosmisleno iz međunarodnih ugovora o ljudskim pravima, zakonskih propisa i sudske prakse svih civilizovanih zemalja u svetu, kao i iz staleških pravila lekarske profesije. Videti, umesto mnogih drugih, odredbe Univerzalne deklaracije o pravima čoveka koja je usvojena i proklamovana rezolucijom Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 217 A (III) od 10. decembra 1948. godine i neke od najvažnijih međunarodnih ugovora o ljudskim pravima, kao što su: Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima i Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima („Službeni list SFRJ”, br. 7/1971), Konvencija o pravima deteta („Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori”, br. 15/1990), Konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (Evropska konvencija) („Službeni list Srbije i Crne Gore – Međunarodni ugovori”, br. 9/2003, 5/2005 i 7/2005), Konvencija Saveta Evrope za zaštitu ljudskih prava i dostojanstva ljudskog bića u vezi sa primenom biologije i medicine (Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini) („Službeni glasnik Republike Srbije – Međunarodni ugovori”, br. 12/2010). Videti takođe i najvažnije dokumente koje su usvajale specijalizovane agencije Ujedinjenih nacija i profesionalna lekarska udruženja: Deklaraciju o unapređenju prava pacijenata u Evropi Svetske zdravstvene organizacije (1994), Ljubljansku povelju o reformi zdravstvene zaštite (1996), Evropsku povelju o pravima pacijenata (2002), Revidiranu Lisabonsku deklaraciju o pravima pacijenata (2005), Revidiranu Helsinšku deklaraciju – Etički principi za medicinska istraživanja na čoveku (2013) itd.

prava. Poznato je, naime, da je 20. vek označen kao vek internacionalizacije ljudskih prava. To znači da, iako se čovek borio za svoje dostojanstvo i prava koja iz njega proističu još od antike u različitim društvenim, političkim i kulturnim prilikama, međunarodni ugovori o ljudskim pravima koji su usvojeni u 20. veku svrstali su ljudska prava među osnovne, univerzalne vrednosti ljudskog roda, učinili su da sazri uverenje da se na ljudska prava mogu i moraju primenjivati standardi usvojeni od međunarodne zajednice i učvrstili su proces širenja ljudskih prava priznatih od međunarodne zajednice, njenu sve veću osetljivost na nepoštovanje tih prava i formiranje čvrstih kriterijuma za kontrolu njihovog poštovanja u pojedinim državama.²⁵

Drugi razlog zbog kojeg je sada tako velika pažnja javnosti usmerena pitanju prava pacijenata jeste medicinski. Postoje, naime, ozbiljna medicinska istraživanja koja svedoče da dobro informisani pacijenti imaju bolji ishod u izlečenju i kraće ostaju hospitalizovani nego oni koji to nisu. Jedno od tih istraživanja, koje je sprovedla Grupa za zdravstvenu strategiju države Njujork, na primer, podelilo je sve pacijente u tri kategorije: pasivni, zainteresovani i aktivni. Pasivni pacijenti su oni koji sebe doživljavaju kao žrtve okolnosti koje su izvan njihove kontrole i interesovanja. Oni retko traže bilo kakvu informaciju o svom zdravstvenom stanju i alternativnim metodama lečenja, a svoju bolest doživljavaju kao fatum, sudbinu sa kojom se ćuteći mire. Oni umiru ranije nego pacijenti iz druge dve kategorije. Zainteresovani pacijenti pažljivo slušaju ono što im lekar saopštava i komentarišu informacije koje su dobili. Takvi pacijenti na kraju uvek poslušaju ono što im bude savetovano, osim ako ih to ne obavezuje na značajne promene u načinu života. Za pacijente iz te grupe se obično kaže da su lekarima najdraži. Najzad, aktivni pacijenti su oni koji preuzimaju odgovornost za svoje zdravlje. Oni zahtevaju informacije i ne oklevaju da iznesu i svoje mišljenje, čak i kada su nezadovoljni. Oni sebe doživljavaju kao potrošače zdravstvenih usluga i zato smatraju da imaju pravo na odgovarajuće zahteve i očekivanja od zdravstvene službe.²⁶

Najzad, treći aspekt značaja prava pacijenata jeste ekonomski. Nezavisno od toga da li se troškovi medicinskih usluga pokrivaju iz obaveznih poreskih izdvajanja, obaveznih ili dobrovoljnih premija zdravstvenog osiguranja ili neposredno iz džepa pacijenta, svest korisnika zdravstvenih usluga o tome da ono što su dobili ima odgovarajuću vrednost najbolji je način da se kvalitet usluge poveća. Ako pacijenti imaju pravo da učestvuju u donošenju odluka u vezi sa sopstvenim zdravljem, te da aktivno participiraju u načinu na koji će se te odluke sprovesti, kontrola kvaliteta i troškova lečenja ostvaruje se na najširoj mogućoj osnovi. Isti interes bi trebalo da imaju i vlade koje namera- vaju da ostvare pravičnu i efikasnu zdravstvenu zaštitu. Napokon, zdravstvene

25 Videti opširnije: V. Dimitrijević, *Opšti (međunarodni) standardi ljudskih prava*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 5–6/1989 (*Supplement*), str. 599.

26 U prvoj studiji koja je rađena 1975. godine ovoj poslednjoj kategoriji je pripadalo 1% do 2% intervjuisanih pacijenata, 1988. godine broj se popeo na 5% do 8%, a očekivanje je bilo da će u 2000. godini dostići 25%. Videti opširnije: *Citizens' Choise and Patients' Rights*, World Health Organization, Regional Office for Europe, EUR/ICP/CARE 94 01/CN (A), Copenhagen 1996, str. 18–19.

ustanove koje pružaju svoje usluge pacijentima čiji je položaj pravno regulisan naći se se u situaciji da se za njih bore u konkurenciji sa drugim sličnim ustanovama. Drugim rečima, prihvatanje principa tržišne ekonomije u oblasti zdravstvene zaštite, iako takav pristup očigledno pati od nedostatka empatije – koja je nesumnjivo važna u pitanjima života i zdravlja – dodatni je podsticaj učvršćivanju ideje o pravima pacijenata.

5. Još jedna novina u srpskom Zakonu o pravima pacijenata: ograničenje prava na samoodlučivanje deteta?

Sušтина prava na samoodlučivanje jeste u tome da poslovno sposoban pacijent ima pravo da odlučuje o svemu što se tiče njegovog tela i zdravlja. Drugim rečima, bez saglasnosti pacijenta ne sme se, po pravilu, nad njim izvršiti nikakva medicinska intervencija.²⁷ S druge strane posmatrano, pravo pacijenta na autonomiju znači da lekar ne sme da posegne ni za najmanjim gestom (kao što je, recimo, i samo dodirivanje pacijenta) bez njegove validne saglasnosti, odnosno lekar koji preduzme bilo koju medicinsku intervenciju bez saglasnosti pacijenta čini prekršaj koji predstavlja osnov za naknadu štete. Evropski sud za ljudska prava je tako utvrdio povredu prava na poštovanje privatnog života u slučaju kada je nad podnositeljkom predstavke obavljen prinudni ginekološki pregled za vreme boravka u policijskom pritvoru u Turskoj, budući da se radilo o stvari iz domena „privatnog života” koji svakako obuhvata fizički i psihički integritet pojedinca. Sud je posebno naglasio da telo pojedinca predstavlja najintimniji aspekt nečijeg privatnog života; prema tome, prisilna medicinska intervencija, čak i ukoliko je nevelikog značaja, predstavlja mešanje u to pravo.²⁸ Zbog toga svaka poslovno sposobna osoba, odnosno osoba sposobna za davanje saglasnosti za preduzimanje medicinske intervencije, može odbiti medicinsku intervenciju, bez obzira na to koliko to može izgledati glupo ili opasno, pa čak i onda kada usled takvog postupka može nastupiti smrt. Nijedan lekar ne sme nametnuti čak ni medicinsku brigu osobi protiv njene volje, nezavisno od toga koliko korisna ili neophodna bila ta briga. Ovaj princip počiva na čovekovom pravu na samoodređenje, koje je zaštićeno ustavima i zakonima ogromne većine evropskih zemalja, SAD i Kanade, a koje primenjeno na medicinski domen znači da svaki čovek ima pravo da donese odluku šta će se dogoditi – ako će se uopšte dogoditi – sa njegovom dušom ili njegovim telom. Dakle, umesto vrhovnog načela Hipokratove etike i paternalističke, tradicionalne medicine da je „spasavanje pacijenta vrhovni zakon” (*salus aegroti suprema lex est*), nova etika i koncept

27 Pojam medicinska intervencija upotrebljava se ovde kao generički pojam za sve vrste dijagnostičkih i terapijskih postupaka ili procedura, bilo da je reč o hirurškim, stomatološkim, psihijatrijskim ili kakvim drugim intervencijama, nezavisno od toga da li one uključuju bilo kakav fizički dodir ili penetraciju u organizam pacijenta i bez obzira na to da li su u pitanju uobičajene, bezopasne, bezbolne i svakodnevne intervencije ili je reč o velikim zahvatima u ljudsko telo koji su invazivni, bolni, opasni ili retki.

28 Videti *Y. F. v. Turkey*, no. 24209/94, 22. Oktobar 2003, § 42–43.

pacijentovih prava, kao i savremena medicina, zahtevaju da „volja pacijenta bude vrhovni zakon” (*voluntas aegroti suprema lex est*). Ovo je jedan od opštih i fundamentalnih principa medicinskog prava, od kojeg postoji samo jedan izuzetak u međunarodnom pravu, a to je slučaj nužde.²⁹

Svakoј odrasloј osobi priznato je, dakle, kao jedno od osnovnih ljudskih prava – pravo da kontroliše svoje sopstveno telo, odnosno pravo na samoodlučivanje (ili pravo na autonomiju), koje znači pravo da samostalno i slobodno odluči o svemu što se tiče njenog života i zdravlja. Postoje, međutim, dve kategorije pacijenata kojima nedostaje kapacitet da daju punovažan pristanak za preduzimanje medicinske intervencije i koji stoga ne mogu da ostvare samostalno svoje pravo na samoopredeljenje; to su deca i odrasli ljudi koji su lišeni poslovne sposobnosti, ili su nesposobni za rasuđivanje, ili su zbog nekog mentalnog ili fizičkog nedostatka trajno nesposobni za komunikaciju. U svakom od ovih slučajeva primenjuju se stoga opšti propisi o zakonskom zastupanju, odnosno posebni propisi kojima se reguliše zastupanje osoba pri likom davanja saglasnosti za preduzimanje medicinskih intervencija.

Kada je reč o deci, roditelji su zakonski zastupnici svog maloletnog deteta, što znači da su i sam zastupnik i obim njegovih ovlašćenja u zastupanju određeni zakonom.³⁰ Zakonsko zastupanje maloletnog deteta proizlazi iz sadržine roditeljskog prava i predstavlja, takođe, pravo i dužnost roditelja, čiji je cilj da se osigura zaštita ličnih i imovinskih interesa deteta. Razume se, okosnicu pojma roditeljskog prava i njegov osnovni smisao predstavljaju dužnosti roditelja, pa je zato roditeljsko pravo u srpskom pravu i zakonski definisano kao pravo koje je izvedeno iz dužnosti roditelja i koje postoji samo u meri koja je potrebna za zaštitu ličnosti, prava i interesa deteta.³¹ Zastupanje deteta ostvaruje se prilikom zaključivanja pravnih poslova, ali i u postupcima pred nadležnim državnim organima. Kada je reč o načinu zastupanja, roditeljsko pravo po zakonu pripada obama roditeljima, tako da se i jedan i drugi roditelj smatraju zakonskim zastupnicima deteta. Kada je reč o vršenju prava na zastupanje deteta, roditelji koji zajedno vrše roditeljsko pravo mogu se sporazumeti, isto kao u vršenju drugih prava i dužnosti iz sadržine rodi-

29 Ako, dakle, zbog slučaja nužde (hitnosti) odgovarajući pristanak nije moguće dobiti, može se odmah preduzeti bilo koja medicinski neophodna intervencija koja je korisna za zdravlje onoga koga se tiče. Videti članove 5. i 8. Konvencije Saveta Evrope za zaštitu ljudskih prava i dostojanstva ljudskog bića u vezi sa primenom biologije i medicine (Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini). Slično i član 15. stav 3. Zakona o pravima pacijenata.

30 Tako se izjašnjava i Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini: „Ako maloletnik, u skladu sa zakonom, nema sposobnost za davanje saglasnosti za intervenciju, intervencija se može preduzeti samo uz pristanak njegovog ili njenog zastupnika odnosno zakonom određenog organa, osobe ili kolegijuma” (član 6. stav 2/1). Isto i član 19. stav 1. Zakona o pravima pacijenata.

31 Videti član 67. Porodičnog zakona („Službeni list Republike Srbije”, br. 18/2005). Čuveni engleski sudija Lord Denning definisao je, na primer, roditeljsko pravo u jednoj sudskoj odluci kao „iščezavajuće pravo”, koje počinje kao pravo potpune kontrole, a završava se kao nešto što je samo malo više od saveta”. Videti: *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* (1985), 3 All E.R. 402.

teljskog prava, da dete zastupa samo jedan roditelj, odnosno da neke oblike zastupanja obavlja jedan, a druge drugi roditelj. Sporazum može biti izričit, pri čemu svaki roditelj ima pravo da traži njegovu izmenu u svako doba. Ako, pak, nema izričitog sporazuma, smatra se da postoji prećutan pristanak onog roditelja koji u konkretnom slučaju ne vrši zastupanje.³² Pod tim uslovima posao preduzet od samo jednog roditelja punovažan je i drugi roditelj ne može zahtevati njegovo poništenje. Drugačije rešenje bi vodilo pravnoj nesigurnosti i uzdržavanju trećih lica da stupaju u pravne odnose sa detetom koje zastupa samo jedan roditelj, a to bi, u krajnjoj liniji, dovelo u pitanje efikasnost i korisnost misije roditelja kao zakonskih zastupnika deteta.

Međutim, kada je u pitanju pristanak na preduzimanje većih medicinskih intervencija nad detetom, to pravilo ne važi. Naime, prema odredbama Porodičnog zakona, roditelj koji ne vrši roditeljsko pravo (bilo zbog toga što su roditelji zaključili sporazum o samostalnom vršenju roditeljskog prava kojim je vršenje roditeljskog prava – a time i pravo i dužnost zastupanja deteta – preneto na drugog roditelja ili je, u nedostatku sporazuma roditelja, odluku o poveravanju deteta drugom roditelju doneo sud) postoje neka prava i dužnosti iz sadržine roditeljskog prava koja pokazuju da njemu takođe i dalje pripada roditeljsko pravo, iako ga on trenutno ne vrši, odnosno ne vrši ga u punom kapacitetu. Tako, roditelju kome dete nije povereno i koji ne vrši roditeljsko pravo pripada, između ostalog, i pravo da o pitanjima koja bitno utiču na život deteta odlučuje zajednički i sporazumno sa roditeljem koji vrši roditeljsko pravo. Pritom, pitanjem koje bitno utiče na život deteta smatra se, između ostalih, i preduzimanje većih medicinskih zahvata nad detetom.³³ Iz takve zakonske odredbe mora se, dakle, zaključiti da je saglasnost oba roditelja deteta neophodna kada je reč o medicinskim intervencijama koje bi se mogle kvalifikovati kao „veći medicinski zahvati nad detetom”, ne samo onda kada roditelji ne vrše zajednički roditeljsko pravo ili ne vode zajednički život, nego – tim pre – i u svim ostalim slučajevima kada roditelji zajednički vrše roditeljsko pravo i vode zajednički život u braku ili vanbračnoj zajednici.

Nema, naprotiv, nikakvog zastupanja za dete koje je starije od 15 godina i koje je sposobno za rasuđivanje, što znači da ono može samostalno dati pristanak na predloženu medicinsku meru.³⁴ Na ovaj način, dakle, dete koje je dostiglo zadovoljavajući stepen zrelosti dobija priliku da o jednom od najvažnijih aspekata svog pravilnog i potpunog razvoja donosi odluke samostalno

32 „Za roditelja koji u parnici nastupa kao zastupnik deteta, može se, dok drugi roditelj ne prigovara, pretpostavljati da vrši pravovaljano zastupanje na osnovu (prećutnog) sporazuma s drugim roditeljem.” Videti odluku Vrhovnog suda Hrvatske Gž. 383/53 od 25. maja 1953, Naša zakonitost, br. 8–9/1953, str. 501. „Ukoliko su oba roditelja zastupnici maloljetne stranke, ne može se ni onaj roditelj, koji u parnici formalno ne nastupa kao zastupnik, saslušati kao svjedok. Njegovo saslušanje ima se izvesti provođenjem dokaza saslušanjem stranaka.” Videti odluku Vrhovnog suda Hrvatske Gž. 570/55 od 19. aprila 1955, Naša zakonitost, br. 8–9/1955, str. 102.

33 Videti član 78. stav 3. i 4. Porodičnog zakona.

34 Videti član 19. stav 4. Zakona o pravima pacijenata i član 62. stav 2. Porodičnog zakona.

te da, ukoliko želi da se koristi tim svojim pravom, slobodno odlučuje o svim merama koje se tiču njegovog života i zdravlja. Pritom, zakonska je pretpostavka da je dete koje je navršilo 15. godinu života sposobno za rasuđivanje, te ono, u tom smislu, ne mora ništa da dokazuje prilikom davanja izjave saglasnosti za preduzimanje medicinske intervencije.³⁵

Neočekivano, međutim, već sledeća odredba Zakona o pravima pacijenata potpuno relativizuje pravo na samoodlučivanje starijeg maloletnika. Naime, prema toj odredbi, ako dete koje je navršilo 15 godina života i koje je sposobno za rasuđivanje odbije predloženu medicinsku meru, nadležni zdravstveni radnik dužan je da pristanak zatraži od zakonskog zastupnika deteta.³⁶ To znači da se detetu koje je po zakonu kvalifikovano da samostalno odlučuje o svom životu i zdravlju to pravo oduzima ako ono odluči da odbije preduzimanje medicinske intervencije jer će u tom slučaju saglasnost za njeno preduzimanje biti zatražena od detetovog zakonskog zastupnika. Drugim rečima, detetu je pravo na samoodlučivanje garantovano jedino u slučaju da donosi odluku da prihvati predloženu medicinsku meru, a time je neminovno i znatno ograničeno u odnosu na opšta pravila o autonomiji volje u medicini.

Dilema o kojoj je ovde reč zaista nije jednostavna. U sudskoj praksi i pravnoj književnosti zabeleženi su i slučajevi kada roditelji mogu teško zloupotrebiti svoje pravo zakonskih zastupnika deteta i uskratiti saglasnost čak i za preduzimanje intervencije koja spasava život detetu,³⁷ kao i slučajevi u kojima su očigledne opasnosti koje nastupaju kada bi pravo na samoodlu-

35 Takvo pravilo važi i u svim drugim slučajevima kada se radi o pretpostavci sposobnosti za rasuđivanje u pravu. No, u američkom *common law*-u poznata je i tzv. „*mature minor*” doktrina, prema kojoj je maloletniku priznato pravo da se saglasi sa medicinskom intervencijom ukoliko dokaže da je dovoljno zreo i sposoban da shvati značaj i posledice predložene medicinske intervencije. U slučaju spora, sudovi donose odluku zavisno od više faktora koje analiziraju, kao što je, na primer, uzrast maloletnika, priroda medicinske intervencije o kojoj je reč, činjenica da li se roditelji saglašavaju sa odlukom maloletnika ili joj se protive itd. Ipak, zbog moguće nekonzistentnosti sudske prakse u oceni faktora koji doprinose odlučivanju o zrelosti maloletnika, ova doktrina je prihvaćena samo u američkim državama Arkanzas i Misisipi, dok je ostale države uglavnom odbacuju zbog njene prevelike subjektivnosti. Videti opširnije: R. D. Veilleux, *Medical Practitioner's Liability for the Treatment Given Child Without Parent's Consent*, American Law Reports, br. 67/1989, str. 511–517.

36 Videti član 19. stav 5. Zakona o pravima pacijenata.

37 Beba Aleksandra rođena je u julu 1981. sa Daunovim sindromom i duodenalnom atresijom intestinalnog trakta. Daunov sindrom je hromozomska aberacija, koja dovodi do mentalne retardacije i često je praćena kongenitalnim anomalijama, od kojih su najčešće gastrointestinalna blokada i urođene srčane mane. Stoga je beba Aleksandra morala da bude hitno operisana kako ne bi umrla od gladi. Prognoza uspešnosti takve operacije bila je dobra, što je značilo da bi beba Aleksandra mogla da očekuje životni vek od 20 do 30 godina – uobičajeni ljudski vek pacijenata sa Daunovim sindromom. Njeni roditelji, međutim, vođeni prognozom o životu mentalno retardiranog deteta, odbili su da daju saglasnost za operaciju intestinalnog trakta i predložili da ona bude ostavljena da umre. Lekari koji su vodili brigu o bebi inicirali su sudski postupak pred engleskim sudovima, kako bi ishodovali odobrenje za operaciju. Videti Re B (A Minor) [Wardship: Medical Treatment (19829 FLR 117) (*Baby Alexandra Case*)]. Navedeno prema: A. Bainham, *Children: The Modern Law*, Bristol 1998, str. 260.

čivanje starijem maloletniku bilo garantovano bez ikakve rezerve.³⁸ Drugim rečima, automatska pravna pozicija roditelja kao zakonskih zastupnika ne bi nikako smela da bude potpuno lišena korektivnih mehanizama, kao što su sudska intervencija i mišljenje samog deteta, kao što i u slučaju kada dete odbija preduzimanje medicinske mere nije prihvatljivo da autonomiju volje deteta potpuno zameni samo odluka njegovih roditelja kao zakonskih zastupnika. Čini se stoga da brza intervencija suda predstavlja optimalno rešenje u slučajevima kada treba izvršiti kontrolu da li je ponašanje roditelja u skladu sa najboljim interesom deteta, odnosno da li u odnosu deteta koje odbija medicinsku meru i njegovog zaknskog zastupnika koji je odobrava postoji sukob interesa. U prvom slučaju, štaviše, naše pravo predviđa zadovoljavajuće rešenje,³⁹ ali je izričita odredba Zakona o pravima pacijenata učinila još više otvorenim pitanje koje se može postaviti u ovom drugom slučaju. Možda bi odredba o pravu na preduzimanje neophodne medicinske intervencije koja je korisna za zdravlje maloletnika čiji pristanak zbog hitnosti nije bilo moguće pribaviti ipak predstavljala bolje rešenje?

Najzad, nesporno je da dete koje je dostiglo zadovoljavajući stepen zrelosti može odlučiti takođe i da odluku o preduzimanju medicinskog zahvata prepusti roditeljima kao zakonskim zastupnicima. U ovom slučaju, roditelji nastavljaju da zastupaju dete kao neka vrsta njegovih „zakonskih punomoćnika”; nema ugovora kao osnova za zastupanje, već ono proizilazi iz vršenja roditeljskog prava ukoliko ne postoji izričita izjava deteta da želi da vrši svoje pravo na davanje saglasnosti za preduzimanje medicinske intervencije (na primer, dete se ne protivi tome da roditelji donesu odluku umesto njega).⁴⁰

38 Da ni ovo rešenje ne mora uvek biti bez mane svedoči, ponovo, slučaj iz sudske prakse. Maloletna devojka, stara 17 godina, nalazila se već čitav dan u porođajnoj sali. Ordinirajući lekar predlagao je da se izvrši hitna sekcija („carski rez”), zbog toga što je iz medicinske dijagnostike bilo nedvosmisleno jasno da dete leži u poprečnom položaju, da su svi pokušaji da se položaj promeni nekom od konzervativnih metoda ostali bezuspešni te da verovatnoća masivne rupture materice predstavlja veliku opasnost za život majke i deteta. Pacijentkinja je, međutim, odbila operativni zahvat, obrazlažući svoj stav religioznim razlozima koji joj ne dozvoljavaju da pristane na transfuziju krvi i u skladu sa kojim ju je odgajala njena majka celog života. Isti stav izrazila je i majka, koja je bila sledbenik Crkve Jehovinih svedoka. U poslednjem trenutku, posle razgovora sa medicinskim osobljem, ova mlada žena je ipak promenila mišljenje i dala pristanak za operaciju. Videti: *In Re L (Patient: Non-Consensual Treatment)*, 1997, 2 FLR 837. Navedeno prema: A. Bainham, *op. cit.*, str. 276.

39 Naime, ako zdravstveni radnik smatra da zakonski zastupnik deteta ne postupa u njegovom najboljem interesu, dužan je da o tome odmah obavesti organ starateljstva. Videti član 19. stav 3. Zakona o pravima pacijenata. Organ starateljstva, pak, ima pravo da, u okviru svoje nadležnosti vršenja korektivnog nadzora nad vršenjem roditeljskog prava, pokrene pred sudom postupak za zaštitu prava deteta odnosno postupak za delimično lišenje roditeljskog prava te da ishoduje odluku koja će zameniti nedostajuću saglasnost roditelja za preduzimanje medicinske intervencije, odnosno odluku kojom će roditelj biti lišen samo prava da zastupa dete ili prava da odlučuje o pitanjima koja bitno utiču na život deteta. Videti član 62. stav 2, član 82. i član 261–264. Porodičnog zakona.

40 U pravnoj književnosti ova odredba Porodičnog zakona protumačena je, sasvim ispravno, kao neka vrsta srednjeg rešenja u materiji zastupanja (između zakonskog i ugovornog), kada roditelji imaju pravo i dužnost da zastupaju svoje dete i u granicama njegove poslovne i procesne sposobnosti. Videti: D. Pačacković, „Postupak u sporu za zaštitu

Pritom, ako se dete starije od 15 godina izjasni da prepušta odluku o preduzimanju medicinske intervencije svojim roditeljima, takođe treba primeniti pravila o pravu deteta na davanje mišljenja u vezi sa takvim postupkom, odnosno uključiti ga u što je moguće većoj meri u donošenje odluke o pristanku na predloženu medicinsku intervenciju.

*Prof. dr Marija Draškić**

PATIENTS' RIGHTS IN SERBIA: OLD WINE IN A NEW BOTTLE

Summary

The author has given the critical review of the solutions contained in the new Serbian Law on Patients' Rights concerning the position of advisor for the protection of patients' rights and other adequate protection mechanisms. In a medical context, respect for a patient's autonomy is considered to be a fundamental legal and ethical principle. Autonomy can be defined as the ability of the person to make his or her own decisions. In public health, the concept of autonomous decision making is related to informed consent. The Convention on Human Rights and Biomedicine, Serbian legislation and comparative law – as well as all medical and research codes of ethics – now hold that physicians and researchers must obtain the informed consent of patients and research subjects before undertaking procedures. Where, according to the law, a minor does not have the capacity to consent to an intervention, the intervention may only be carried out with the authorization of his or her representative or an authority or a person or body provided for by law. Nevertheless, the opinion of the minor shall be taken into consideration as an increasingly determining factor in proportion to his or her age and degree of maturity.

Key words: Human rights. Patients' rights. Respect for patient's autonomy. Rights of the child.

prava deteta", u knjizi: *Novo porodično zakonodavstvo*, Kragujevac 2006, str. 540. Takvo rešenje proizilazi iz većeg stepena emotivne bliskosti i uzajamne privrženosti koja vezuje dete i roditelje, zbog čega je verovatnije da će roditelji biti pouzdaniji prirodni garant interesa svog deteta u odnosu na svaku treću osobu. S druge strane, radi zaštite interesa deteta, propisano je da roditelji ne mogu vršiti pravo i dužnost zastupanja svog maloletnog deteta onda kada postoji sukob interesa između roditelja i deteta, odnosno između više dece čije suprotne interese treba da zastupaju isti roditelji. U tim situacijama organ starateljstva postaviće detetu privremenog (tzv. kolizijskog) staratelja koji će ga zastupati u pravnom poslu ili sporu za koji je postavljen dok takva potreba postoji, a u svemu ostalom roditelji ostaju i dalje zakonski zastupnici svog deteta. Videti član 132. stav 2, tačka 3. Porodičnog zakona.

* Marija Draškić, PhD. Professor of Law, Faculty of Law University of Belgrade. Judge of the Constitutional Court of Serbia. This article is the result of research within the project *Perspectives of Implementation of European Standards in the Serbian Legal System* (179059), supported by the Ministry of Education, Science and Technological development.

Проф. др Јовица Тркуља*

РЕКОНФИГУРАЦИЈА СВЕТСКОГ И ЕВРОПСКОГ СИСТЕМА МОЋИ И РАСПАД ЈУГОСЛАВИЈЕ

Апстракт

Творцима прве и друге Југославије чинило се да се ујркос ровијом балканском илу може подићи стабилна државна творевина, заснована на четири стабилна фактора: а) на економској и социјалној модернизацији; б) на изградњи модерне и стабилне државе и политичке заједнице; в) на етничком, верском и културном плурализму; г) на подршци спољашњих сила. Међутим, трајична искуства слома прве Југославије 1941. године и друге Југославије 1991. године јасно су разоткрила њихову улогу „стабилности”. Поменути четири фактора ослонца Југославије показали су се као фактори које су безуспешно решаване помоћу југословенске формуле. У објашњењу драматичних збивања на југословенском простору не сме се превиђати улога спољашњих сила. Јер, спољашњи фактор није само детерминанта; он и конституционално твори претпоставке и настајања и распада Југославије. Улога међународних чинилаца и великих сила на југословенску кризу деведесетих година XX века није био ни једнозначан ни једносмеран. На једном пољу истржили су се током 1989–1990. године германски и делимично италијанско-вашикански и балкански (Албанија, Турска, Бугарска) чиниоци који су тежили дестабилизацији и рушењу Југославије. На другом пољу у то време се нашао круи моћних међународних чинилаца који су тежили територијалном и државном очувању Југославије (руски, западноевропски и амерички чинилац). Међутим, започињање југословенске кризе и распадавање рата 1991. године у Словенији и Хрватској и 1992. године у Босни и Херцеговини, у којем су унутрашњи фактори деструкције југословенске државе однели превагу, добило је кобну резонанцу у међународним чиниоцима, чије се тежешће померило ка супротивном пољу – рушењу и фрагментацији Југославије. На тај начин, међународни фактор је био дубоко укључен у збивања у Југославији да би касније, прихваћен од свих страна у сукобу, издигао у кључној, али не и неиреверзибилној актери решавања југословенске кризе. Тај фактор је учествовао у смирењу сукоба

* Др Јовица Тркуља, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду. Рад је ауторизован текст излагања на трибини „Распад Југославије”, која је одржана на Филозофском факултету Универзитета у Београду 31. маја 2013. године, у организацији Уједињене омладине српске, и резултат истраживања у оквиру пројекта *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије (179059)*, који подржава Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије

у Југославији (слањем њосмајрача, мировних њруја, орјанизовањем њрејовора зарањених сјрана и сл.). Али, он је, неретјко, следећи своје њарцијалне инјтересе, (не)свесно дојриносио њиховом расјиривању и одлајању мирних решења. На њај начин се, њод дејсјвом нове реконфигурације светској и европској систему моћи, дојодило разарање јујословенске државе. Умесјто Јујославије констјијиуисан је низ зависних њсеудодржавица њод доминацијом нових светјских њоседника моћи.

Кључне речи: Јујославија. Балкански конфликји. Неусјела модернизација. Плурализам. Међународни асјекји расјада СФРЈ. Срјско њијјање.

Увод

Југославија је настала 1. децембра 1918. године проглашењем Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца. У конституисању заједничке државе та три словенска народа одлучујући значај имао је распад Аустроугарске и статус Србије као једне од сила победница у Првом светском рату. Немачка агресија, окупација и комадање Краљевине Југославије 1941. године означили су распад и крај прве Југославије. Из ратне пустоши и дотад незапамћеног страдања људи, из рушевина Краљевине Југославије никла је друга Југославија – као социјалистичка федеративна република. Прва Југославија била је, пре свега, резултат пораза аустро-немачке моћи, док је друга Југославија обновљена на рушевинама ратног поретка Европе, поразом немачке моћи. Друга Југославија (1945–1991), брзим успоном и свестраним развитком педесетих и шездесетих година, побудила је наду да је најзад пронађена формула заједничког живљења. Међутим, њена криза и суноврат у етничко-верски рат деведесетих година поново су упозорили на крхкост и, у контексту светског поретка моћи, неодрживост формуле заједничког живота Јужних Словена. СФР Југославија, која је претходних деценија уливала наде у тзв. трећи пут и „социјализам са људским лицем” – распадала се у ужасу и трагедији грађанског рата, остављајући за собом пустош, бројне жртве, разорене градове, породице, трагичне људске судбине. Али за њом су остала и бројна питања која чекају објективне, теоријски утемељене одговоре. У последњој деценији остварени су значајни резултати у истраживању сложених узрочника распада Југославије. Појавиле су се бројне студије и књиге код нас и у свету које дају одговоре на ова питања и нуде теоријско-методолошке претпоставке за научно разумевање распада Југославије.¹

1 Од бројних књига о распаду Југославије овде ћемо имати у виду нарочито следеће: Ласло Секељ, *Југославија – сјрукијура рајсадања*, Рад, Београд, 1990, Радмила Накарада, Лидија Баста-Посавец, Слободан Самарџић (уредници), *Расјад Јујосалвије, њродужетјак или крај ајоније*, ИЕС, Београд, 1991, Зоран Обеновић, *Србија и нови њоредак*, Градина/ИФДТ, Београд, 1992, Слободанка Ковачевић, Путник Дајић, *Хронологија Јујословенске кризе 1942–1993*, ИЕС, Београд, 1994, Дејан Јовић, *Јујославија – држава која је одумрла.*, Усјон, криза и њад Четјврјије Јујославије, Прометеј, Б92, Загреб, Београд, 2003, Dejan Đokić, *Yugoslavlism, Histories of a Failed Idea 1918–*

У објашњењу распада Југославије најчешће се посеже за парадигмама Арнолда Тојнбија, Збигњева Бжежинског, Френсиса Фукујаме, Семјуела Хантингтона и њима покушавају да се објасне сукоби који су разорили југословенску државу.² Њихова схватања политичке теорије, историје, цивилизације и Балкана битно су одредила не само теоријски дискурс у коме се води дебата о проблему Југославије, већ су битно утицала и на перцепцију самог проблема. Нажалост, њихове утицајне доктрине које су одређивале теоријски штимунг често су злоупотребљаване и биле су неспојиве са чињеницама и нашом реалношћу. Насупрот томе, заступам становиште да се дисолуција СФРЈ може објаснити само применом мултитеоријског дискурса (различитих теоријских парадигми и модела): геополитика и историјски процеси дугог трајања, светскосистемска парадигма, теорије неуспеле модернизације, структуралне зависности, неједнаке размене, развоја неразвијености, репресивне међународне поделе рада, ограниченог суверенитета, национализма као политичке технологије и сл.³ Моја теза је да процеси који су дезинтегрисали СФРЈ нису били израз сукоба цивилизација на Балкану ни тријумфа либерализма над тоталитаризмом, већ конкретних државотворних интереса сукобљених страна, унутрашњих и међународних. Наиме, сепаратистички покрети у СФРЈ искоришћени су, у погодном политичком тренутку, као средство за декомпоновање геополитичког простора Балкана у складу са интересима великих сила. Југословенска држава је разорена под дејством нове реконфигурације светског и европског система моћи. Уместо Југославије конституисан је низ зависних псеудодржавица под доминацијом нових светских поседника моћи.

Апорије Југославије

Прва и друга Југославија су се темељиле на четири статичка стуба: 1) модернизацији, 2) изградњи модерне државе и политичке заједнице,

1992, Hurst & Company, London, 2003, Светозар Стојановић, „Пропаст комунизма и разбијање Југославије”, Svetozar Stojanović, *Propast komunizma i razbijanje Jugoslavije*, Filip Višnjić, Beograd, 1995, Јован Брајфорд, *Теорија завере, Србија упротиив „новој светској поретку”*, Београдски центар за људска права, Београд, 2006, Радмила Накарада, *Распад Југославије, Проблеми тумачења, суочавања и транзиције*, Службени гласник, 2008.

2 Arnold Toynbee, *A Study of History*, Oxford University Press, 1977; Zbigniew Brzezinski, *The Grand Chessboard*, Basic Books, New York 1997; *Velika šahovska tabla*, CID, Podgorica 2001; Francis Fukuyama, *The End of History and the Last Man*, Free Press, 1992, *Sudar kultura*, Societas, Beograd 1997. и *Изградња државе*, Филип Вишњић, Београд 2007; Samuel P. Huntington, *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, 1996, *Sukob civilizacija*, CID, Podgorica 1998.

3 Уп. Ласло Секељ, *Југославија – структура распадања*, нав. дело, стр. 20; Мирослав Печујлић, „У зачараном кругу политике”, у књизи *Рађање јавног мњења и политичких структура*, Институт за политичке студије, Београд 1992, стр. 41; Миодраг Јовичић, *Државност федералних јединица*, Издавачка задруга „Политика и друштво”, Научна књига, Београд 1992, стр. 97–99.

3) етничком, верском и културном плурализму и 4) подршци спољашњих сила. Творцима прве и друге Југославије чинило се да се, упркос политички ровитом балканском тлу, на овим упоришним тачкама може подићи стабилна и релативно дуготрајна државна творевина. Међутим, обесхрабрујуће трагична искуства – слом прве Југославије 1941. и друге 1991 – јасно су разоткрила пукотине у тој „статисти“, непомирљива противречја и антагонизме услед којих се Југославија као држава у XX веку два пута рушила као кула од карата. Стога се поменуте четири тачке ослонца Југославије приказују као четири апорије које су у XX веку безуспешно решаване помоћу југословенске формуле.

Два пута неуспела модернизација показала се као непремостива препрека у формирању Југославије као модерне државе. Први покушај био је да се помоћу примитивно ауторитарног капитализма досегне до либерално-демократског система, а други пут је то покушано помоћу реалног социјализма, у коме се модернизација надокнађивала убрзаном индустријализацијом. У оба југословенска случаја била је то „модернизација без модерности“ (Ралф Дарендорф) у којој су суспендована два кључна фактора западне цивилизације – политичка партиципација и економска лична иницијатива; дакле, и грађанин и предузетник.⁴

Недовршена држава је директна последица неуспеле модернизације јер и у првој и у другој Југославији имамо типично традиционално патријархално ауторитарно друштво, које спонтано тежи такозваној патримонијалној, типично моноцентричној полуазијатској заједници, у којој је политика тутор у економији и свим сегментима друштва, а држава није одвојена од грађанског друштва.⁵ Уз то, на овом уском брдовитом и оскудном комадићу земље, прожимају се и сударају светови Истока и Запада, Европе и Азије, па је Југославија нужно морала да буде плуралистичка мултикултурна заједница. Одређених интегративних сила је без сумње било, али се показало да су дезинтеграционе силе, које су дубоко у темељима те заједнице, односиле превагу приликом одређених односа снага, унутрашњих и спољашњих.⁶

У објашњењу драматичних збивања на југословенском простору не сме се превидети утицај спољашњих сила. У новим односима зависности и доминације (центар – полупериферија – периферија, метропола – сателит), који су успостављени у свету након рецесије седамдесетих година XX века, Југославија је морала да прихвати судбину зависне периферије, тзв. структуралног везивања и стварног подређивања у оквирима „новог светског поретка“. Она није искористила шансу која је

4 B. Ralf Dahrendorf, *Betrachtungen über die Revolution in Europa*, Deutsche Verlags-Anstalt GmbH, Stuttgart 1990; Зборник *Србија у модернизацијским процесима*, Институт за новију историју, Београд 1994; „Модернизацијски процеси у Србији XX века“, расправа са истоименог научног скупа, *Токови историје*, бр. 1–2, Београд, 1994, стр. 9–148.

5 В. Зоран Ђинђић, „Југославија као недовршена држава“, *Изабрана дела*, књ. 1, Народна библиотека Србије, Београд 2010.

6 О интегративним и дезинтегративним процесима на Балкану видети: Исидора Секулић, *Белешке једној балканофили*, Београд, 1940; Марија Тодорова, *Имајинарни Балкан*, друго издање, Библиотека XX век, Београд 2006.

постојала у односима снага крајем осамдесетих година – да се укључи у пирамиду новог поретка по моделу „помоћ развоју” (на начин како су укључене Грчка, Шпанија и Португалија). Уместо тога, Југославија се у сплету унутрашњих и међународних околности почетком деведесетих година суновратила у грађански рат с далекосежним трагичним последицама. У таквој конкретноисторијској ситуацији спољашњи је постао детерминанта распада Југославије. У почетку кризе деведесетих година унутрашњи узроци су имали улогу нужног, а спољашњи чиниоци улогу довољног услова за распад Југославије. Међутим, све више се показује да су унутрашњи чиниоци били повод, а спољашњи фактори главни разлог разарања током ратних сукоба крајем деведесетих година.⁷

Детерминатне спољашњих сила

1. – Да би се осветлила анатомија дисолуција Југославије и да би се разумеле главне детерминанте њене дезинтеграције, неопходно је оптику анализе усмерити и на међународни план и југословенску агонију сместити и тумачити у глобалном геостратешком контексту као рефлекс глобалних престојавања током успостављања новог поретка светске моћи. Уосталом, спољашње окружење и детерминанте међународних сила имале су у целокупној историји југословенског простора одсудан, а често и пресудан утицај. Ти „међународни чиниоци” и „страни интереси” пратили су и умногоме детерминисали смер борбе југословенских народа (посебно Србије и Црне Горе) за национално ослобођење и конституисање независне државе. „Велике силе су југословенске земље спајале или раздвајале и комадале, препродавале или их бацале у вртлоге међусобних ратовања”.⁸

Веома поједностављено, може се рећи да је тај интервенционизам спољашњих сила деловао противречно: а) као одлучна препрека стварању југословенске државе (Аустро-Угарска, Немачка, Италија, Ватикан, Турска); б) као срачуната подршка стварању Југославије као својеврсне европске „тампон-зоне”, коју су пружиле западноевропске земље, Русија и Америка, било као противтеже германско-италијанском експанзионизму, било као чиниоца равнотеже према Русији.

Судбина Југославије, њен настанак, (не)стабилност и распад у оба случаја зависили су од променљиве равнотеже и утицаја тог спољашњег интервенционизма. Југославија се, заправо, у оба своја историјска облика јављала као резултанта различитог дејства спољашњих сила. Сто-

7 Радмила Накарада, Лидија Баста Посавец, Слободан Самарџић (уредници), *Распад Југославије, продужетак или крај агоније*, нав. дело, стр. 102. Предраг Голубовић, *Држава у покушају*, Службени лист, Београд 2003, стр. 227; Младен Лазић (приредио), *Рачји ход, Србија у трансформацијском процесу*, Филип Вишњић, Београд 2000; Слободан Антонић, *Заробљена земља*, Откровење, Београд 2002; Чedomир Анђић, *Историја и заблуда, Еволуција*, Београд 2005; Мирослав Печујлић, *Глобализација, Два лика света*, Гутенбергова галаксија, Београд 2002; Јирген Хабермас, *Постинационална конституација, Политички есеји*, Откровење, Београд 2002.

8 Мирослав Печујлић, „У зачараном кругу политике”, нав. дело, стр. 62.

га није нимало случајно што је прва Југославија настала, пре свега, као резултат пораза аустро-немачке империјалне моћи и што је друга Југославија обновљена на поразу немачке војне моћи. Није случајно ни то што се Југославија распадала успостављањем глобалног поретка моћи – Хитлеровог *Neue europäische Ordnung* четрдесетих година и тзв. новог светског поретка деведесетих година XX века. Изгледа да у Југославији постоји нешто што је сметња глобалном поретку моћи.

Из тих разлога спољашњи фактор се не сме превидети у објашњењу драматичних збивања на југословенском простору. Јер, он није само детерминанта; он и конституционално твори претпоставке и настајања и распада Југославије. Тиме се, разуме се, не амнестирају унутрашњи чиниоци чија је пресудна одговорност неспорна. Унутрашњи чиниоци су имали улогу *неужној*, а спољни чиниоци *довољној* услова распада Југославије. Одређени степен и врста повезаности и међуусловљености тих чинилаца су несумњиви.

Теоријске расправе о алокацији страних интереса у Југославији и њиховој улози у последњем чину југословенске трагедије још су у току и тек предстоји напор да се све за то релевантне чињенице прикупе, теоријски артикулишу и научно утемеље. Издвојићу неколико међународних чинилаца који су имали пресудан утицај на расплет југословенске драме.

Већина истраживача и аналитичара слаже се с тим да је кључ за разумевање промене геополитичког положаја Југославије: 1) распад источноевропског социјализма и „рушење” Берлинског зида 1989. године; 2) слом биполарног система равнотеже снага заснованог на идеолошкој конфронтацији и нуклеарном паритету суперсила и њихових војно-политичких групација; 3) опадање улоге суперсила и блокова, појава нових регионалних и субрегионалних економских, политичких и војних сила и организација које све више утичу на међународне односе; 4) промена европског биланса снага након уједињења Немачке 1989. године (интеграција на Западу – дезинтеграција на Истоку); 5) нарушавање принципа КЕБС-а⁹ о неповредивости европских граница; 6) смањење могућности избијања нуклеарног конфликта између суперсила, које је „продубило” годинама успаване етничке, верске, територијалне и друге спорове унутар и између многих држава; 7) политичко-правно легализовање мешања у унутрашње послове других појединих држава према схватању одређених међународних организација и групе држава; 8) тенденције легитимизације теза о „флексибилном суверенитету”, „равнотежи интереса” и „превентивном рату”.¹⁰

9 Конференција за европску безбедност и сарадњу (КЕБС) настала је за време хладног рата као форум за дијалог Истока и Запада. Од ње је касније на темељу Повеље Уједињених нација (Поглавље VIII) основана Организација за европску безбедност (OSCE) која броји 56 држава-чланица и бави се „раним упозоравањем, спречавањем конфликта, вођењем криза и постконфликтном обновом”.

10 Уп. Werner Wiedenfeld, *Eastern Europe: Challenges – Problems – Strategies*, Research Group on European Affairs, Mainz, June 1991; D. Müller, P. Simić, E. Stojčić Vasović, Bohse (redaktion), *Veränderungen in Europa – Vereinigung Deutschlands – Perspektiven der 90-er Jahre*, IPW, Belgrade 1991; „Документи Уједињених нација, КЕБС,

Под дејством тих чинилаца, крајем осамдесетих година догодили су се битне промене и појавиле су се нове тенденције у геополитичком положају Југославије: 1) поменути чиниоци најснажније се испољавају на рубним крајевима Европе, а интереси главних европских и светских актера као у жижи се преламају на Балкану, посебно у Југославији; 2) Југославија је постала „пробни полигон” за укупне међународне односе на европском континенту након хладног рата; 3) геополитички значај који је СФРЈ имала у време хладног рата као европска „тампон-зона” сада се релативизује и маргинализује. Од моста између светова и супер-сила она је преко ноћи постала мета опречних интереса и претензија континенталних и регионалних сила; 4) „учтива дистанца” коју је својевремено имала самостална и несврстана Југославија деведесетих година постаје неодржива, тако да је она објективно принуђена да се одрекне своје визије самосталности и суверености и да се у целини или делимично укључи у интересне сфере европских и светских моћника.

2. – Операционализација и прецизно идентификовање поменутих међународних чинилаца, који су посредно или непосредно били укључени у југословенску кризу, представљају веома сложен и тежак проблем. Тај проблем још више компликује чињеница да су поједини чиниоци имали амбивалентан ставили су, пак, еволуирали у свом становишту од одлучне подршке очувању Југославије до отвореног поткопавања њених темеља и рушења.

Као основни међународни чиниоци који су пресудно утицали на расплет југословенске кризе најчешће се наводе следећи:

Прво, тзв. германски чинилац (уједињена Немачка и њени експоненти према Балкану (Аустрија и Мађарска). Након совјетског повлачења из средње Европе, колос нове Немачке се окренуо традиционалном простору своје експанзије: средњој и јужној Европи. Међутим, велико-немачка експанзија у простор Балкана, источног Медитерана и даље на исток суочила се поново, као и раније у историји, са великом препреком: јединственом словенском државом на Балкану. Стога је овај германски чинилац од почетка југословенске кризе истрајавао на захтеву да се разбије Југославија и успостави неколико националних, међусобно антагонистичких државица на Балкану. Те државице не би располагале

Европске заједнице, Председништва и Скупштине СФРЈ, СИБ, Владе Србије и Црне Горе о југословенској кризи“ Специјални прилог, *Међународна ђолиџика*, бр. 1001, Београд, 1. фебруар 1992, стр. 9-28; „Документи о Југославији (Уједињене нације, Европска заједница, Председништво СФРЈ, Нови председавајући ЕЗ)“, *Међународна ђолиџика*, бр. 1002, Београд, 1. март, 1992, стр. 9-20; Ранко Петковић, „Нова фаза југословенске кризе“, *Међународна ђолиџика*, бр. 1003, Београд, 1992; Константин Обрадовић, „Проблеми континуитета и сукцесије држава у светлости југословенског случаја“, *Међународна ђолиџика*, бр. 1005-6, Београд 1992; Миленко Крећа, „О међународном континуитету и сукцесији држава“, *Међународна ђолиџика*, бр. 1007-8, *нав. дело*; Светозар Стојановић, *Пройасџ комуниа и разарање Југославије, нав. дело*; Мирослав Печујић, *Глобализација, Два лика светџа, нав. дело*; Јирген Хабермас, *Посџнационална консџелација, Полиџички есеџи, нав. дело*; Бранислава Кнежевић, Јован Ђирић (уредници), *20 ђодина од разбијања СФРЈ*, Институт за упоредно право, Београд 2011.

довољним капацитетом укупне друштвене моћи који би им омогућавао самосталност и суверенитет, те би се нужно нашле у вазалном односу.

Ангажман германског фактора на дестабилизацији и разбијању Југославије одвијао се у виду: а) *дипломајско-полицејске подршке* сецесионистичким властима у Словенији и Хрватској и сатанизације Србије и других кохезивних фактора очувања Југославије; б) *економске помоћи*, која се манифестовала у различитим облицима економске, финансијске и сличне подршке сецесионистичким режимима; в) *војне помоћи* у најширем смислу – од обавештајно-информативне и пропагандне подршке, инструктаже и обуке, преко снабдевања оружјем и опремом, до евентуалне употребе сопствених снага, са циљем да се ојачају и осамостале оружане снаге поменутих сецесионистичких режима.

Утицај германског чиниоца у почетку је био латентан, да би касније, током 1991–1992. године, попримио манифестне облике. То је нарочито дошло до изражаја у отвореном притиску на Европску заједницу/Европску унију¹¹, КЕБС и друге међународне организације у правцу међународне легитимизације и легализације сецесије, затим у исхитреном признавању Словеније, Хрватске и Босне и Херцеговине као самосталних држава, као и у свестраној подршци, учвршћивању и обезбеђењу сецесионистичких режима.

Друго, *италијанско-католички чинилац* (Италија и Ватикан). Као што је познато, Италија је током целог XX века била одлучни противник стварања југословенске државе због својих претензија на источну обалу Јадранског мора и залеђа. Ватикан се, такође, одувек супротстављао самој идеји Југославије, јер је зазирао од пенетрације и преваге православлa у тој држави и од угрожавања виталних интереса католичанства у Подунављу и средњој Европи. Југословенску кризу деведесетих година они су доживели као добродошлу прилику за реактуелизацију и реализацију својих заједничких интереса на простору Југославије. У крајњој инстанци, ти заједнички државно-идеолошки интереси Италије и Ватикана своде се на обнову католичке државне заједнице на широком простору од Јадрана, преко Подунавља, средњоевропског простора до Балтика.

11 Европска унија (скраћено: ЕУ) јесте унија (заједница) двадесет осам европских држава. Европска унија је настала 1951. године интеграцијом шест европских земаља: Француске, Немачке, Италије, Белгије, Холандије и Луксембурга, најпре стварањем Европске заједнице за угљ и челик – ЕЗУЧ (*European Coal and Steel Community – ECSC*), а затим и Римским уговором из 1957. године о стварању Зајднице европског тржишта, односно Европске економске заједнице ЕЕЗ (*European Economic Community – EEC*) и Европске заједнице за атомску енергију (*European atomic energy community – EURATOM*). Европска заједница за угљ и челик престала је да постоји 2002. године, када је истекао рок од 50 година на колико је склопљен Уговор о њеном оснивању, а Европска економска заједница је 1992. године Уговором у Мадриху (ступио на снагу 1993) преименована у Европску унију. Иако се о уговорима говори у множини, формалноправно постоји само један уговор – Уговор о Европској унији (познатији као Уговор из Мадрихта), чији су саставни делови Уговор о Европској заједници и Уговор о Европској заједници за атомску енергију (тзв. Римски уговори), као и одредбе којима се регулишу надлежности из другог и трећег стуба ЕУ.

Пут до тог циља трасиран је на два колосека. Прво, путем *Хексагонале* – регионалне интеграције Италије, католичког дела Југославије, Аустрије, Мађарске, Словачке, Чешке и Пољске – у којој би примат, разуме се, имала Италија. И друго, стварањем субдржавних регионалних интеграција типа *Радне заједнице „Алпе-Јадран”*, у којој се удружују федералне, локалне и политичко-територијалне јединице. Очигледно је да такви интереси и стратегијски циљеви Италије и Ватикана подразумевају несамосталну, конфедеративну или фрагментаризовану Југославију.¹²

Треће, *западноевропски чинилац* (земље Европске заједнице на челу са Великом Британијом и Француском). За разлику од претходна два чиниоца, чији су интереси непосредно усмерени на будућност Југославије, западноевропски чинилац судбина Југославије занима првенствено са становишта одражавања југословенске кризе на целину европског простора. Позната је историјска чињеница да су управо Велика Британија и Француска имале кључну улогу у стварању и прве и друге Југославије. Притом су се оне руководиле првенствено својим властитим интересима: очувањем сигурности европског простора, спречавањем немачке експанзије на југоисток и руске на Јадран и Средоземље. Кроз ту призму западноевропски чинилац је посматрао југословенску кризу и вукао потезе ка њеном разрешењу.

Четири су полазна принципа те политике. Прво, инсистирање на принципима КЕБС-а, а пре свега на очувању територијалног интегритета држава и неповредивости њихових граница. С тим у вези је резолутно противљење легитимизацији и легализацији права на самоопредељење као права на сецесију у међународним односима. (Разуме се, тај став је мотивисан властитим разлозима, то јест реалном опасношћу од снажних тензија између регионалних, етничких и верских заједница и снажних сепаратистичких покрета у Шпанији, Француској, Великој Британији и др.). Друго, поучене историјским искуством да је ратни пламен на Балкану, по правилу, захватао и широке европске просторе, Велика Британија, Француска и остале западноевропске земље залажу се за мирољубиву политику и против су употребе силе и ескалације ратног сукоба у Југославији. Трећи полазни принцип те политике је покушај да се геополитички значајна зона Југославије извуче из сфере утицаја ваневропских фактора (САД, исламског фундаментализма) и настојање да се бар донекле ограничи немачка доминација на Балкану. И четврто, изражена је спремност да се Југославија прими у ЕУ, под условом да напусти позицију неутралне, несврстане земље, да прихвати одређена ограничења свог суверенитета и сл.

12 Уп. Радован Вукадиновић, „Промене у Источној Европи и регија Алпе-Јадран”, *Међународна политика*, бр. 979, Београд 1991; Arsen Bačić, „Prilozi za Alpe-adria dossier”, *Pogledi*, Split 1987; Дражен Петровић, „Централноевропска иницијатива – развојни пут Пентагонале и Хексагонале”, *Међународна политика*, бр. 1005–6, Београд 1992.

Консеквентан став те политике западноевропских земаља био је залагање за очување Југославије као јединствене државе и јединственог међународног субјекта. Форма те државе била би резултат компромиса федералних јединица, вероватно конфедерација као оптимално решење. Таква политика западноевропског чиниоца испољавала се у конзистентном облику до јесени 1991. године, до разбуктавања рата у Хрватској између хрватске паравојске и ЈНА. Маневарски простор за ту политику постајао је све ужи и она је, под притиском Немачке и у тежњи да се не прошири опасни ратни пламен са Балкана, као мање зло, негирала своје полазне принципе непризнавања сецесије и очувања Југославије као јединствене државе.

Четврто, *балкански чинилац* као заједнички назив за улогу и ставове балканских земаља: Албаније, Грчке, Бугарске и Турске, на чије витални интереси на Балкану директно утиче југословенска криза. Упркос чињеници да балкански чинилац нема тако значајну улогу као остали међународни чиниоци – јер и сам дели судбину објекта њиховог утицаја – он, без сумње, својом близином, непосредним интересима и акцијама значајно утиче на збивања у Југославији.

У целини посматрано, осим Грчке, тим земљама су одговарали дестабилизација и распад Југославије. Прво, та чињеница би повећала геополитички (а са ратом у Југославији и војни) значај тих земаља у Медитерану и на Балкану. Друго, фрагментизацијом Југославије се стварају повољније могућности за задовољење вековних апетита тих земаља према деловима територија и становништва СФРЈ: Албаније према Космету и западној Македонији, које насељавају већином Албанци; Бугарске према источној Македонији, у којој је, такође, висок проценат Бугара; и Турске према конституисању самосталне муслиманске државе на тлу Босне и Херцеговине. И треће, играјући улогу експонента и егзекутора политике појединих великих сила, оне, с разлогом, рачунају на подршку и помоћ тих сила у решавању огромних економских, социјалних и политичких проблема у својој земљи.

Из тих разлога, те земље су се везивале за оне међународне чиниоце који су тежили дестабилизацији и разбијању Југославије те, ангажујући се на том плану, настојале да остваре властите интересе. Изузетак је Грчка која се, иако чланица ЕУ и НАТО – због сопствених интереса и стрепњи од формирања Велике Албаније и самосталне македонске државе северно од њене највеће покрајине Македоније – принципијелно и до краја противила разбијању Југославије и праву на сецесију. Штавише, за разлику од Турске и Албаније, које су посредно и непосредно учествовале у потпиривању ратног сукоба у Југославији, Грчка је играла улогу значајног посредника у успостављању мира.

Пето, *амерички чинилац* се односи на интерес и ангажман САД као доминантне суперсиле. САД су у првим фазама кризе сукоба у Југославији биле упадљиво уздржане. Остале су у позадини, препуштајући иницијативу Европи да после хладног рата провери своју способност да без учешћа суперсила решава конфликте на континенту.

Почетну уздржаност САД у решавању југословенске кризе многи аналитичари тумаче као последицу њених противречних војно-политичких, дипломатских, економских и других интереса на Балкану; отуда недовољна артикулисаност и неконзистентност властитог интереса у зони Југославије. То је резултирало формулисањем неколико америчких сценарија, тзв. паралелних сценарија за решавање југословенске кризе: 1) спречавање дестабилизације и очување територијалног и државног интегритета Југославије; 2) заговарање модела Југославије као лабаве асоцијације – асиметричне федерације, конфедерације и сл.; 3) прихватање одлука Словеније и Хрватске да изађу из Југославије и признавање њихових сецесионистичких аката; 4) признавање Босне и Херцеговине (упркос несагласности основних етничких заједница и њиховом ратном сукобу) као самосталне државе и једностране осуда и међународно кажњавање Србије, односно СР Југославије као агресора; 5) смиривање ратних сукоба на тлу Југославије и наметање одређених решења путем војне интервенције; 6) најзад, као израз утицаја албанског и исламског лобија у САД, подршка присаједињавању Косова и делова Македоније новој, великој Албанији, као евентуалном проамеричком експоненту на Балкану.

Дискретно укључивање САД у решавање југословенске кризе током 1990. године и почетком 1991. године било је у знаку тежњи да се очува територијални и државни интегритет Југославије и подрже демократски процеси у њој.¹³ Међутим, од краја 1991. године –проширивањем рата из Словеније на Хрватску, неспособношћу федерације и ЈНА да ратна жаришта санирају и политичким путем реше уставну кризу, и најзад, повлачењем савезне армије из Словеније и већег дела Хрватске – САД коригују свој полазни став; на сцену ступају други сценарији.

У 1992. години САД су потпуно напустиле првобитну политику очувања територијалног и државног интегритета Југославије. У контексту нових односа снага и политике европских чинилаца (ЕЗ, КЕБС-а, Немачке), САД су прихватиле сецесионистичке акте Словеније и Хрватске, исхитрено, без елементарних претпоставки, признале Босну и Херцеговину као суверену и самосталну државу (иако се у њој почев од априла 1992. године распламсавао етничко-верски рат), уз једнострану подршку Муслиманима и осуду и кажњавање Србије и Црне Горе. Од почетка 1993. године, САД су један од главних заговорника смиривања ратног вихора у Босни и Херцеговини и сукоба на Космету 1999. путем војне интервенције, са или без сагласности Савета безбедности и Организације уједињених нација.

Овом приликом не треба посебно истицати да је политика САД према југословенској кризи само мали сегмент њене глобалне светске

13 Државни секретар САД Џејмс Бејкер, на крају своје посете Југославији 22. јуна 1991. године, изјавио је да САД подржавају демократску и целовиту Југославију, о чијој будућности треба да се споразумеју федералне јединице мирним путем. Бејкер је изричито напоменуо да САД неће признати једностране акте отцепљења.

политике као доминантне суперсиле у процесу динамичног реструктурисања и изградње новог светског поретка моћи и, у том контексту, далекосежних стратегијских интереса и потеза према Европи, Русији, Азији и исламском свету. Подробнији увиди и разумевање тих, данас још недовољно транспарентних стратегијских интереса и потеза САД учинили би, вероватно, јаснијом и конзистентнијом и њену политику према Југославији 1990–1995. и према Србији до данас. Из ове перспективе се ипак назире да је заједнички именитељ поменутих америчких сценарија решења југословенске кризе – управо амерички стратешки интерес „нове пенетрације” у Европу и успостављање контрабаланса у односу на све моћније ЕУ и Немачку, као и благовремено заузимање значајне (па и доминантне) позиције на Балкану и Медитерану као кључним тачкама за наступ према Русији и југоисточној Азији.

Шесто, *руски чинилац* који је, слично америчком, у почетку југословенске кризе био уздржан, пре свега, због огромних проблема у властитој кући након 1989. године – кризе и слома Источног блока и Совјетске империје. У то време Русија са Јељцином наликовала је на пораженог боксера у рингу којег је супериорни противник настојао да нокаутира и избаци из ринга. Но, упркос томе и стратегијској и дипломатској дефанзиви у којој се деведесетих година нашао, руски чинилац је испољавао изразито велики и експлицитан интерес за судбину Југославије. Зашто? Пре свега, Русија је традиционално, још од XVIII и XIX века, била животно заинтересована за утицај (првенствено у односу на друге силе) на Балкан и на зону Медитерана. Осим тога, због великих сличности проблема (системских, економских, етничких и верских) СРЈ и СССР-а, драматична збивања у Југославији су се могла посматрати као реторта у којој се на микроплану одвија експериментални процес за сложене процесе и збивања на макроплану у Совјетском Савезу.

Из тих разлога, без обзира на ограничене властите могућности да пресудно утиче на епилог кризе у Југославији, руски фактор се одлучно и резолутно залагао за очување Југославије као територијалне целине и јединствене државе. Међутим, када је дефинитивно превладала унутрашње-међународна спрега разбијања и фрагментације Југославије, руски чинилац је прихватио распад СФРЈ и подржавао Савезну Републику Југославију с амбицијом да своје стратешке циљеве на Балкану и Медитерану оствари преко Србије и Црне Горе.

И седмо, *међународне организације* (ЕЗ/ЕУ, КЕБС, ОУН) потпуно су следиле тај амбивалентан став и еволуцију главних међународних чинилаца укључених у југословенску кризу. Захваљујући њима дошло је до интернационализације југословенске кризе и утицаја међународне заједнице на збивања у Југославији. Будући да сам у претходном излагању покушао да југословенску кризу деведесетих година XX века сместим у глобални геостратешки контекст и тумачим је као рефлекс успостављања новог поретка светске моћи, на овом месту ћу само: а) назначити две фазе деловања међународне заједнице (посебно ЕЗ/

ЕУ, КЕБС, ОУН и САД) на збивања у Југославији и б) упозорити на пристрасност и примену двоструких стандарда међународне заједнице у решавању југословенске кризе.

Видели смо да је међународни фактор био дубоко и на различите начине укључен у југословенску кризу. Треба уочити да је тај фактор, будући прихваћен од свих страна у сукобу, израстао у кључног актера југословенске кризе. Од почетка кризе до августа 1991. године кључни међународни фактори (ЕЗ/ЕУ, КЕБС, ОУН и САД) заступали су идеју о очувању територијалног интегритета и међународног континуитета Југославије. О томе сведоче бројни документи које су ти фактори само-иницијативно донели или посредовали у њиховом доношењу¹⁴. Међутим, у другој фази, од септембра 1991. године, међународни чиниоци, а пре свих ЕЗ/ЕУ, напуштају идеју о подршци целовитој Југославији¹⁵. Почев од 3. септембра 1991. године, када је у Хагу усвојена Декларација ЕЗ о Југославији, међународни чинилац ће заузимати позицију неприкосновеног арбитра у решавању југословенске кризе и при томе све више напуштати кључна начела међународног права због својих геостратешких и политичких интереса. Ово је дошло до изражаја у низу одлука и докумената које су донели ЕЗ, КЕБС и ОУН у периоду од почетка септембра до краја децембра 1991. године¹⁶.

14 То је јасно изражено у Декларацији Европског парламента о Југославији (од 26. марта 1991) и Декларацији КЕБС-а (од 19. јуна 1991), у којима се заступа идеја о јединственој Југославији и као таквој пружају јој се најбоље шансе да се integriше у Европу. Избијање рата у Словенији није их поколебало у тим ставовима. Напротив. Дан након сукоба ЈНА и ТО Словеније (28. јуна 1991), на самиту ЕЗ донета је одлука да се у Југославију пошаље мировна тројка (Ж. Пос, Ђ. де Микелис и Х. В. Брук). Она је убрзо на Брионима посредовала да релевантни југословенски фактори донесу Заједничку декларацију о мирном решавању југословенске кризе („Брионска декларација” од 7. јула 1991). У тој Декларацији и на заседању ЕЗ и КЕБС-а (у Прагу, 5. септембра 1991), те организације су се обавезале да ће пружити помоћ Југославији као целини. На заседању Европског парламента у Стразбуру (9. јула 1991) усвојена је декларација о Југославији у којој нису подржани акти сецесије. А САД су све до краја 1992. године подржавале територијални интегритет Југославије и одлучно се супротстављале признавању новонасталих држава пре целовитог политичког решења. (О садржини наведених докумената види: „Криза у Југославији – документа југословенских, европских и међународних институција”, *Међународна политика*, бр. 995–7, Београд 1991, стр. 19–20)

15 „Прелазну фазу чини однос по којем се, као равноправне и легитимне, уважавају различите опције о унутрашњем уређењу Југославије (од федералне преко конфедералне до сецесионистичке) за преговарачким столом, да би се потом извршио потпуни преокрет и прихватила само једна опција: распад Југославије на независне државе, чије међународно признање подразумева услове које је поставила ЕЗ” (Л. Баста Посавец, Р. Накарада, С. Самарџић, Ј. Теокаревић, Ђ. Ковачевић, *Међународни сукоби и рат на простору бивше Југославије*, нав. дело, стр. 28)

16 У том смислу веома је индикативна Конференција у Хагу (тзв. мировна конференција). Она је почела са радом 7. септембра 1991, а 4. октобра 1991. донела је Саопштење о хашком договору у којем се наговештавају елементи каснијих декларација: а) успостављање лабаве заједнице или савеза суверених или независних република; б) аранжман за заштиту мањина; в) неприхватање једностраног мењања

Крајем новембра 1991. године улогу посредника и главног арбитра решавања кризе у Југославији преузела је Организација Уједињених нација. Савет безбедности УН је 27. новембра 1991. године донео Резолуцију бр. 721 о потреби слања мировних снага у Југославију. Наде да ће ОУН имати принципијелан став и више успеха у успостављању мира у Југославији показале су се умногоме неосноване. Савет безбедности и други органи ОУН, резолуцијама и одлукама које су доносили о решењу кризе у Југославији, наставили су, у основи, политику ЕЗ/ЕУ уз ослањање на ванправне принципе Арбитражне комисије ЕЗ. Штавише, након наглог преокрета у ставу САД крајем марта 1992. године, дошло је до још већих притисака и оптужби на рачун Србије и Црне Горе као главних криваца за рат и форсираног признавања независности БиХ упркос противљењу појединих чланица ЕЗ/ЕУ и проценама посматрача ОУН на терену.

Бројни су примери пристрасности тих међународних актера и примене двоструких стандарда међународне заједнице у југословенској кризи¹⁷. Еклатантан су пример две резолуције Савета безбедности из маја 1992. године. У првој, Резолуцији бр. 752 (од 15. маја), иако се истиче да су све стране у Југославији на свој начин допринеле садашњем

граница. Неколико недеља касније (18. октобра) у Хагу је изнет предлог Декларације са комплексним аранжманом за решавање кризе. Аранжман се заснивао на суверености и независности република, дотадашњих федералних јединица, њиховом међусобном признању као држава, могућностима слободне асоцијације и механизмима за заштиту људских права и права националних и етничких група. Предвиђен је тзв. специјални статус за области у којима припадници неке етничке групе чине већину. У Декларацији се посебно помиње такав статус за Србе у Хрватској. Будући да су представници Србије и Црне Горе одбили та решења из Декларације јер она „суспендују важећи уставни поредак и укидају Југославију као државу“, ураћене су још три верзије Хашког документа о решавању југословенске кризе. У другој верзији (од 23. октобра), текст Декларације је иновиран тако што су изостављене одредбе о важењу специјалног статуса посебно за Србе у Хрватској, у прецизирању међународне контроле примене посебног статуса, као и захтеву да се аутономним покрајинама врати статус од пре 1990. У трећој верзији декларације (од 30. октобра) изостављен је став о враћању статуса аутономних покрајина на решења од пре 1990. и додат је предлог о трајној демилитаризацији области са специјалним статусом. Најзад, у четврту верзију хашке Декларације о решавању југословенске кризе унета је у основне принципе и могућност стварања заједничке државе од оних република које желе да остану у њој. И ту верзију представници Србије, Црне Горе и СФРЈ нису усвојили. Убрзо после тога (8. новембра 1991) министри Дванаесторице су на састанку у Риму донели одлуку о санкцијама према Југославији, а Министарски савет ЗЕУ (Западноевропске уније) донео је одлуку да бродови Француске, Велике Британије и Италије уплове у Јадран. Савет министара ЕЗ одлучио је (2. децембра 1991) да санкције примени само према Србији и Црној Гори. (Види: „Криза у Југославији – документа југословенских, европских и међународних институција“, *Међународна политика*, бр. 995–7, Београд 1991, стр. 28, 30–39 и „Конференција о Југославији у Хагу“, *Међународна политика*, бр. 998–1000, Београд 1991, стр. 23–26.)

17 У поменутој студији: Л. Баста Посавец, Р. Накарада, С. Самарџић, Ј. Теокаревић, Ђ. Ковачевић, *Међунационални сукоби и рат на простору бивше Југославије*, наводе се бројни примери двоструких стандарда међународне заједнице о југословенској кризи, стр. 32–33.

ратном стању, ипак се главна одговорност сваљује на Србију, Црну Гору и ЈНА. Резолуцијом бр. 757 (од 31. маја) уведене су санкције према Србији и Црној Гори, односно СР Југославији. На основу тих санкција, Савет безбедности је једној земљи наметнуо изолацију без преседана у историји ОУН. Наиме, свим чланицама ОУН је наређена потпуна економска блокада и прекид свих научних, културних и спортских веза са овом земљом¹⁸. Разуме се да је у позадини тих потеза био и интерес НАТО-а, који ће избити у први план почетком 1999. године када буде донета одлука о бомбардовању СР Југославије, односно Србије.

Пристрасност и примена двоструких стандарда међународне заједнице у југословенској кризи навели су многе аналитичаре да резигнирано закључе: „Спољни фактори, дакле, учествују не само у смиривању сукоба (слањем посматрача, мировних трупа, организовањем преговора зараћених страна...) већ и у њиховом распиривању и одлагању мирних решења.”¹⁹

Процеси инструментализације међународних организација (ОУН, ЕУ, ОЕБС и др.), коју су систематски спроводиле глобалне елите моћи од деведесетих година, биће доведени до краја у првој деценији XXI века. Јер, јединствена правила понашања у глобалној економији не могу се конституисати без политичке моћи „државе”. Отуда глобална елита моћи чини све да створи транснационалну „парадржаву”, форму наднационалне политичке владавине којом се утире пут стварању јединственог глобалног простора. У том контексту развој демократије и заштита људских права имају своје наличје: глобализацију ауторитаризма, „ауторитарну револуцију одозго” и стварање „ауторитарне транснационалне државе”.²⁰ На тај начин устоличује се ауторитарни светски поредак на принципима хијерархије и доминације. У том смислу, ограничавање суверенитета националних држава је неминован процес и њихова снага се данас све више огледа у способности да све већи део свог суверенитета пренесу на међународне институције.²¹

4. – У целини посматрано, утицај међународних чинилаца и великих сила на епилог југословенске кризе деведесетих година није био ни једнозначан ни једносмеран. Од самог почетка кризе ти чиниоци су се поларизовали. На једном полу груписали су се малобројни и објективно

18 Види: Резолуција Савета безбедности УН о БиХ 752, од 15. маја 1992. и Резолуција Савета безбедности 757, од 30. маја 1992, објављене у: „Документи о југословенској кризи”, *Међународна йолиџика*, бр. 1005–6, Београд 1992, стр. 9–11. Види такође: Резолуције Савета безбедности 713 (од 25. септембра 1991), 721 (од 27. новембра 1991), 724 (од 15. децембра 1991), 727 (од 8. јануара 1992), 740 (од 7. фебруара 1992), 743 (од 21. фебруара 1992), 749 (од 7. априла 1992), 758 (од 8. јуна 1992), 760 (од 18. јуна 1992), 761 (од 20. јуна 1992), 762 (од 30. јуна 1992), 764 (од 13. јула 1992), објављене у *Међународној йолиџици*, бр. 998–1000, 1991, стр. 28–29, и бр. 1005, Београд 1992, стр. 9–13.

19 Лидија Баста-Посавец и сарадници, *нав. дело*, стр. 37.

20 Види: Мирослав Печујлић, *Глобализација, Два лика свећа*, *нав. дело*, стр. 86, 103–106.

21 Види: Светозар Стојановић, „На српском делу Титоника”, *Изабрана дела*, том IV, Завод за уџбенике, Београд 2006, стр. 147–184,

„слабији” чиниоци (германски и делимично италијанско-ватикански и балкански) који су тежили дестабилизацији и рушењу Југославије. На другом полу у то време се нашао бројнији и „јачи” круг међународних чинилаца који су тежили територијалном и државном очувању Југославије (руски, западноевропски и амерички чинилац). Међутим, заостравање југословенске кризе 1990. и распламсавање рата 1991. године у Словенији и Хрватској и 1992. у БиХ, у којем су унутрашњи фактори деструкције југословенске државе однели превагу, добило је кобну резонанцу и у међународним чиниоцима, чије се тежиште померило ка супротном полу – разарању и фрагментацији Југославије. Тиме је широко отворен пут слому друге Југославије.

Две деценије након тог слома и нестанка Југославије са историјске сцене, на основу анализе конкретноисторијске ситуације деведесетих година, XX века, односа снага и тенденција у разрешавању југословенске ратне апокалипсе, могуће је скицирати три сценарија будућности. То су: дефинитиван крај Југославије, трећа, „сужена” Југославија и стварање четврте Југославије. Посматрано из данашње перспективе, чини се да је једино реалан први сценарио – дефинитиван крај Југославије. Он ће у догледној будућности, према свему судећи, бити доминантан. Други сценарио треће „сужене” Југославије (сачињене од оних који у њој желе да живе) полази од уважавања етничких критеријума као доминантних, уз максимално уважавање интереса главних политичких субјеката. Тај сценарио је са крајем СРЈ такође отишао у историју. Најзад, сценарио четврте Југославије као заједнице независних држава има најслабије шансе. Ни на унутрашњем ни на међународном плану не виде се ни данас ни у скорој будућности социјално-политички субјекти и реални путеви за његово оживотворење. Идеја и политички пројекат Југославије на прагу XXI века су на истој полазној тачки као и на крају XIX века – више у главама визионара него у реалности.

Закључак

Теоријско разумевање распада друге Југославије једно је од најсложенијих, најтежих и најизазовнијих питања наше друштвене науке са којим она тек треба да се суочи. Проблем Југославије, било да је реч о њеном конституисању или распаду, јесте једна велика неистражена европска теоријска тема. Приказана државноправна анализа је само једна од теоријских претпоставки за разумевање распада Југославије. Иако нужна, она није довољна за конзистентно објашњење тог феномена. Битне теоријско-методолошке претпоставке за такав научни говор о распаду Југославије су: *мултиметодолошки приступ* и *мултидисциплинарни дискурс*.

Мултиметодолошки приступ обухвата конкретноисторијски и апстрактнотеоријски ниво. Док је конкретноисторијски ниво усмерен на емпиријске чињенице, кључне догађаје и збивања релевантна за распад Југославије, апстрактнотеоријски ниво тежи да кроз различите теоријске аспекте научно истражи и артикулише та реална емпиријска збивања. На

другој страни, будући да научни говор о распаду Југославије није могућ из једне теоријске парадигме, логично је да се тај говор мора заснивати на мултитеоријском дискурсу. Реч је о дискурсу из више различитих теоријских парадигми које су најплодотворније за разумевање агоније и слома Југославије. Уз то, разарање Југославије може се објаснити само анализом унутрашњих и спољашњих фактора. Иако се у почетку стиче утисак да је акценат на унутрашњим (нужни услов) а не на спољашњим (довољним) условима, како разматрање тече, све се више показује да су унутрашњи разлози били само повод а да су спољашњи фактори били главни разлог разарања и кад је реч о првој и кад је реч о другој Југославији.

У целини посматрано, мислим да процеси који су довели до распада СФРЈ још нису завршени и да се и даље врши државно-политичка прекомпозиција јужнословенског простора у складу са новим геополитичким оквирима. Научницима и истраживачима тек предстоји напор 1) да у процесима који су проузроковали распад југословенске државе, уоче тенденције од општег значаја за правно-политичку науку (механизми и методи „постхеројског рата“, ерозија међународног права, стратегија тоталне изолације државе и читавог народа из међународне заједнице, преузимања ограниченог суверенитета и легитимизација ограничене војне интервенције и сл.) и 2) да осветли српско питање које је на драматичан начин отворено дезинтеграцијом југословенске државе. Оно је поново отворено као кључни елеменат познатог Источног питања које, у оптици нове геополитике, опет постаје значајно. Како се, на основу изложеног, могу утврдити одређене историјске константе, можемо закључити да оне узрокују сталну лабилност државноправних творевина на јужнословенској територији. На тај начин је на тлу бивше Југославије створено турско политичко тло које великим силама пружа могућност да и у будућности у складу са својим интересима спајају или комадају и раздвајају постјугословенске државице, а њиховим народима манипулишу и бацају их у вртлог међусобних сукоба.

*Prof. dr Jovica Trkulja**

RESTRUCTURING OF THE GLOBAL AND EUROPEAN SYSTEMS OF POWER AND THE BREAK-UP OF YUGOSLAVIA

Summary

The creators of the first and the second Yugoslavia thought that, in spite of nonstable surface of the Balkans, one could construct a stable state based on the 4 solid pillars: a) economic and social modernization; b) construction of a

Jovica Trkulja, PhD. Professor of Law, Faculty of Law University of Belgrade. Judge of the Constitutional Court of Serbia. This article is the result of research within the project *Perspectives of Implementation of European Standards in the Serbian Legal System* (179059), supported by the Ministry of Education, Science and Technological development.

modern state and political community; c) ethnic, religious and cultural pluralism; and d) support of the foreign powers. However, the tragic experience of the collapse of the first Yugoslavia in 1941 and the second Yugoslavia in 1991 clearly revealed the cracks in the above-mentioned structure. The 4 pillars turned out to be aporiae that were solved without success through the application of the Yugoslav formula. One must not overlook the impact of the foreign powers when attempting to explain the dramatic events taking place across Yugoslavia. The external factor was more than a mere determinant; it has been the key constituent of both the creation and the break-up of Yugoslavia. The impact of foreign factors and great powers on the Yugoslav crisis in the 1990's was neither uniform, nor one-way. On one pole there were Germanic and partially Italian-Vatican and Balkan (Albania, Bulgaria, Turkey) factors that strived towards the break-up and destabilization of Yugoslavia in 1989-1990. On the other pole there were powerful actors in the international affairs striving for territorial integrity and preservation of Yugoslavia (Russian, Western European and American factors). However, the escalation of crisis and outbreak of war in Slovenia and Croatia in 1991, and in Bosnia and Herzegovina in 1992, in course of which the internal factors of destruction of Yugoslavia got the upper hand, found a fatal resonance in the international arena where factors were also moving towards favoring the ideas of the break-up and fragmentation of Yugoslavia. In this manner the international factors became deeply involved in the events in Yugoslavia- all parties accepted them as the key, but not impartial actors in solving of the Yugoslav crisis and conflict. The international factor participated in the calming of the conflict in Yugoslavia through the sending of observers, peace-keeping forces, organizing the negotiations between the parties in the conflict. Nevertheless, the international factors, following their partial interests, often contributed to the escalation of the conflict and postponement of the peaceful solutions. Thus, the new restructuring and redistribution of the global and European systems of power lead to the destruction of the Yugoslav state. In place of Yugoslavia, number of small, dependent, pseudo-states under the dominance of the new global powers have been set up.

Key words: *Yugoslavia. The Balkan conflicts. Unsuccessful modernization. Pluralism. International aspects of the break-up of the Socialist Federative Republic of Yugoslavia. The Serbian issue.*

ROD I PRAVNA REGULATIVA

Apstrakt

Tradicionalno pravo je nosilo pečat patrijarhalne strukture odnosa. Pravo su tokom istorije stvarali muškaracaci, sa dominantnim uticajem patrijarhalne matrice sve do epohe modernosti. Moderno doba je donelo emancipatorske procese u oblasti prava, kao i uopšte, a sa krunom u ideji univerzalne jednakosti. Međutim, pravni subjektivitet žena je dugo ostajao nevidljiv u univerzalnim pravnim normama. Prelazak nevidljivosti u vidljivost prava žena unutar univerzalnih normi jeste rezultat dugotrajne i mukotrpne borbe žena za svoja prava, uz dodatne uticaje i drugih značajnih socijalnih, istorijskih, političkih, kulturalnih faktora. Moderno pravo je donelo najveći civilizacijski napredak sa stanovišta emancipatorskih pomaka u odnosima rodne ravnopravnosti. Formalnopravna jednakost se danas gotovo podrazumeva. Opšte mnjenje je da jednakost muškaraca i žena pred zakonom postoji mnogo duže nego što istorijsko sećanje pokazuje. Faktički, žene su stekle jednako pravo glasa tek krajem 19. veka u manjem broju slučajeva, a u većini tek nakon Drugog svetskog rata. Izlaganjem će biti obuhvaćene, prvo, istorijska rekonstrukcija pravne regulative rodne ravnopravnosti u moderno doba – od doba građanskih revolucija do savremene afirmacije ženskih ljudskih prava na međunarodnom, evropskom i nacionalnom nivou; drugo, rekonstrukcija navedene regulative u Evropskoj uniji (EU); treće, rekonstrukcija pravne regulative rodnihi odnosa u savremenoj Srbiji; četvrto, prikaz rezultata ekspertskog izveštaja o rodnihi odnosima u pravničkoj profesiji i obrazovanju u državama jugoistočne Evrope (kratak uporedni prikaz, s naglaskom na stanju u Srbiji i posebnim osvrtom na Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu).

Ključne reči: Rodna ravnopravnost. Patrijarhat. Moderno društvo. Građanske revolucije. Međunarodno pravo. Pravo Evropske unije. Pravnička profesija. Pravničko obrazovanje. Rodna senzibilisanost.

Uvod

Tradicionalno pravo je reprodukovalo hijerarhijske strukture i odnose moći, uključujući i patrijarhalne strukture odnosa. Tek moderno pravo donosi univerzalnu kategoriju čoveka i građanina. Međutim, i u modernom pravu

* Dr Dragica Vujadinović, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije* (179059), koji podržava Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

je žena dugo bila nevidljiva: univerzalna kategorija čoveka se primarno odnosila na muškarca.¹

Pravo je 'mesto borbe', u pravu predmodernog i modernog doba javlja se protivrečne tendencije; s jedne strane, pravni sistem reprodukuje diskriminaciju žena, pravo predstavlja mesto reprodukcije muške dominacije, u njemu postoje rodni stereotipi; s druge strane, pravo je, takođe, rodno mesto važnih emancipatorskih civilizacijskih pomaka iz perspektive odnosa među polovima.²

Neophodna je rodna senzibilizacija prava kao stalni proces unapređivanja ideje univerzalne jednakosti. Rodna senzibilizacija prava podrazumeva ostvarenje u punom kapacitetu potencijala ideje univerzalne jednakosti ljudi i univerzalnih ljudskih prava, razvijanjem ženskih ljudskih prava i institucionalnih pravnih i političkih mehanizama za rodnu ravnopravnost i za političku participaciju žena. U tom smislu, Zorica Mršević zaključuje: „Pravna teorija roda predstavlja kritičku analizu prava, zakona i njihove primene kao patrijarhalnih institucija.”³

Moderno pravo je nastalo kao rezultat građanskih političkih revolucija. Moderna ideja ljudskih prava kao izraza univerzalne jednakosti ljudi artikulisana je teorijski i pravno-politički u Američkoj deklaraciji o nezavisnosti i francuskoj Deklaraciji o univerzalnoj jednakosti čoveka i građanina.⁴

Epohalna ideja univerzalne jednakosti ljudi, iskazana apstraktnim pravičnim diskursom, inicijalno je učinila nevidljivim razne oblike diskriminacije po polu, rasi, ekonomskom statusu i, utoliko, jeste reprodukovala heteronomne strukture moći, uključujući i patrijarhalnu. Međutim, istovremeno je samom svojom supstancom predstavljala emancipatorsku motornu snagu za unapređivanje i konkretizaciju ideje univerzalne jednakosti i, utoliko, i za krupne korake na putu uspostavljanja rodne ravnopravnosti u pravu, politici i životu.

Homogenost i dominacija patrijarhalne matrice počinje da se urušava i da se dovodi u pitanje rađanjem modernog društva i modernog čoveka. Počev od renesanse i uspostavljanja naučnog pogleda na svet kao dominantnog

1 Primeri su, recimo, Deklaracija o univerzalnoj jednakosti čoveka i građanina iz doba Francuske revolucije 1789. i revolucionarni ustavi iz 1791. i 1793. godine; takođe; primer je Ustav Srbije iz 2006. godine, u kojem, samo kao ilustracija, u članu 63. piše da svako ima pravo da odlučuje o rađanju (protivno odredbama Porodičnog zakona i Zakona o rodnoj ravnopravnosti, u kojima je to pravo eksplicitno vezano za ženu).

2 Zorica Mršević, *Ka demokratskom društvu – rodna ravnopravnost*, IDN, Beograd 2012.

3 *Ibid.*, str. 23–24.

4 Na početku američke revolucije u julu 1776. godine doneta je Američka deklaracija o nezavisnosti, čiji drugi stav glasi: „Svi ljudi su rođeni jednaki pošto ih je Stvoritelj podario neupitnim pravima među koje spadaju ona na život, slobodu i pravo na sreću.” Francuska Deklaracija o pravima čoveka i građanina usvojena je nakon početka Francuske revolucije, u avgustu 1789. godine. Deklaracija iz 1789. godine proširena je 1793. godine. Njen prvi član glasi: „Ljudi se rađaju i žive slobodno i jednaki u pravima. Društvene razlike mogu postojati samo kao opšte vrednosti”, a u četvrtom članu se kaže: „Svi građani su jednaki u očima zakona, imaju isti pristup javnim položajima, mestima i službi, u skladu sa njihovim mogućnostima, bez obzira na razlike sem u vrlinama i nadarenosti.” (citirano prema: Wikipedia)

i praćenog procesima individualizacije i sekularizacije, zatim pojavom racionalizma i empirizma u nauci i filozofiji, kao i prosvetiteljskog duha u još širem društvenom kontekstu, pojavom novovekovne teorije prirodnog prava i društvenog ugovora u političkoj teoriji i praksi, rađanjem građanske klase, dakle, ukupnim procesima rađanja modernog duha i moderne epohe, ideje o univerzalnoj jednakosti svih ljudi i o pojedincima kao tvorcima sopstvene političke sudbine dobijaju značaj, mobilizatorsku snagu i masovnost. Od posebnog značaja za buđenje revolucionarne svesti i ideja i kod žena bile su, kao što je već pomenuto, građanske revolucije, kao i industrijska revolucija sa masovnom proizvodnjom, koja je otvorila mogućnost ženama da izađu u javnu sferu rada i da u njoj stiču relativnu ekonomsku nezavisnost.

Najveći napredak u položaju žena – u supstancijalnom smislu, kao i u smislu materijalizacije/ovaploćenja zaštite žena od podređenosti, diskriminacije – učinjen je u sferi pravne regulative. Pritom, žene su tek odnedavno⁵ dobile pravni subjektivitet, u manjem broju zemalja početkom 20. Veka, a većinom nakon Drugog svetskog rata i u drugoj polovini 20. veka. To je neosporno civilizacijski značajan napredak; ali, uprkos pominjanoj savremenoj skoro opšteuspostavljenoj pravnoj jednakosti muškaraca i žena, duboki koreni i manifestacije patrijarhalizma postoje i dalje u svim oblastima društvenog života, na svim tačkama zemaljske kugle (kolikogod u različitoj meri i sa različitim dimenzijama i rigiditetom ispoljavanja). Samo pravo pomera granice podjarmljivanja, tako što daje ključne pretpostavke i temelje za prevazilaženje patrijarhalne strukture odnosa. Međutim, ne može pravo samo po sebi – bez strukturnih izmena odnosa moći u ekonomiji, politici, kulturi – da savlada patrijarhat.

1. Istorijska geneza pravne regulative rodni odnosa

1.1. Doba Francuske revolucije i borba žena za svoja prava⁶

Nasleđe građanskih revolucija, na prvom mestu Francuske revolucije (1789–1795), bila je Deklaracija o pravima čoveka i građanina. Ideja univerzalne jednakosti bila je iskazana u muškom rodu, a nominalno neutralno. Ta neutralnost je prekrivala istinu o rodnoj nesenzibilisanosti tog civilizacijski važnog dokumenta. Olimpija de Guž je napisala 1791. godine Deklaraciju o pravima žena, u stvari prepisala je Ustav iz 1791. godine, i svuda umesto 'čovek' napisala 'žena'. Francuska revolucija nije imala sluha za žensko pitanje, a Olimpija de Guž je – kao izdajnica revolucije – giljotinirana nakon izvesnog vremena.

Žene nisu pomenute u Deklaraciji, proglašenoj u noći između 26. i 27. avgusta, a 27. avgusta je potvrđen zakon prema kojem žene ne mogu da na-

5 Dragana Obrenić, „Pravo glasa žena”, Adriana Zaharijević (ur.), *Neko je rekao feminizam*, HBS, Beograd 2008, str. 25–42.

6 Korišćena je analiza autorke Karen Ofen, „Osporavanje muške aristokratije: Feminizam i Francuska revolucija”, *Ženske studije*, br. 13 (www.zenskestudije.edu.rs/izdavastvo/elektronska-izdanja/casopis-zenske-studije/...), elektronsko izdanje, 11. juni 2013.

slede kraljevski tron. I to je bio jasan indikator raspoloženja revolucije prema ženskoj jednakosti.

Ideja univerzalne jednakosti iz Deklaracije o pravima čoveka i građanina je, sasvim očekivano, probudila revolucionarni duh i zahteve za priznavanje prava žena u Francuskoj i šire u Evropi tokom građanskih revolucija.⁷

Feminizam se nije rodio 1789. godine, ali je revolucija oslobodila erupciju artikuliranih feminističkih zahteva. U prvim pet godina revolucije, feministički zahtevi su uporno iznova postavljani, ali jednako i osporavani.

Poslednja decenija 18. veka u Francuskoj, a i šire, bila je obeležena pokušajima žena, uz podršku nekih poznatih muškaraca (Kondorse u Francuskoj, Furiје, Sen Simon, Šlegel u Nemačkoj, Hipel u Keninsbergu – Kantov savremenik i prijatelj), da se nametnu kao ravnopravni subjekti građanstva (po osnovi svojine, političkih prava), da se izbore za jednako pravo glasa.

Feministički glasovi među intelektualcima takođe su se čuli i u okolnim zemljama, Belgiji, Holandiji, Nemačkoj, a naročito u Engleskoj kraja 18. veka. Međutim, snažni su bili i antifeministički tonovi i poruke. Zahvaljujući Berkovim antirevolucionarnim stavovima, potkrepljenim idejama o ugroženosti činom revolucije istovremeno monarhijskog autoriteta u državi i muškog autoriteta u porodici, rasprava o ženskim pravima bila je u Britaniji povezana s raspravama o revoluciji. Takođe, Britanski parlament je odbacio pitanje ženskih političkih prava 1797. godine. Meri Volstonkraft se krajem 18. veka hrabro u Engleskoj suprotstavljala antifeminističkim idejama. Upornu borbu žena od 1789. do 1975. godine pratile su stalne neprijateljske kontrareakcije većine revolucionara, jakobinaca, Pariske komune. Od 1795. godine, ta borba počinje da uzmiče u suočenju s odbijanjima revolucionarnih snaga, a kasnije i pod pritiskom kontrarevolucije, koja je otvoreno propagirala antifeminističke stavove i opstanak patrijarhata.

Kada je sazivana Generalna skupština 1789. godine, masovno su stizale pritužbe i peticije žena, u kojima na različite načine i ne uvek radikalno traže da se preispita njihov status. Tih revolucionarnih godina bile su masovne inicijative žena, sa različitim nivoima političkih konotacija. Na primer, anonimna peticija žena trećeg staleža – zahtevi kralju da se založi za stvar žena, da se popravi njihov položaj na tržištu radne snage i u obrazovanju, kako bi one mogle da budu bolje vaspitačice svojoj deci i kako bi od njih mogle da naprave bolje podanike kralja; zatim, 5. marta 1789, peticija žena Generalnoj skupštini, kojom se osporava pravo muškarcima da kao polovina čovečanstva predstavljaju žene; nadalje, peticija neidentifikovane žene kojom se traži da žene vlasnice imovine trećeg staleža i religiozne žene prvog i drugog staleža dobiju pravo glasa za izbor članova Generalne skupštine, kao i da žene treba da predstavljaju same sebe i da se ukine dvojni moral za muškarce i žene.

Marš žena, marš gladnih na Versaj, koji nije imao feministički predznak i konotaciju, organizovan je 5. oktobra 1789. godine. Ubrzo zatim se pojavio veoma radikalna feministički traktat – *Zahtev dama Narodnoj skupštini*, koji je predstavljao optužbu na račun „muške aristokratije”. Taj dokument je bio

7 Ibid.

najradikalniji izraz feminističkih stavova revolucionarnog doba. U tom dokumentu je pridodat i dekret, u čijem Predgovoru su ideje (pisane ne direktivno, nego kao da su faktičko stanje) o tome da sve privilegije muškaraca u Francuskoj treba ukinuti, da ženski pol (treba da) uživa istu slobodu, povlastice, prava i ugled kao i muški; da se muški rod neće više smatrati plemenitijim; da u akte ugovora neće više ulaziti klauzula da je žena pod autoritetom muža; da degradirani vojnik ne sme više po kazni da se oblači u žensku odeću; da žene moraju biti primljene u sve nivoe skupština, i kao poslanice u Narodnu skupštinu, s pravom odlučivanja; da mogu biti primljene za sudije, da se isto primenjuje na sve položaje, naknade i počasti.⁸

Generalna skupština se, međutim, oglašivala o zahteve žena i namerno je sledila Sijesa i njegovu ideju o ženama kao pasivnom građanstvu.

Kontroverze u vezi sa ženskim zahtevima intenzivirale su se povodom zasedanja Ustavotvorne skupštine u doba donošenja Ustava 1791. godine. Tada se angažovala Olimpija de Guž, kao i prosvetiteljski mislilac Kondorse, koji je jula 1790. godine napisao *Pleodaje za građanstvo žena*. Kondorse je ideju jednakosti žena i muškaraca temeljio na razumu, a politički je zastupao ograničenu ideju da žene vlasnice imaju pravo glasa. Olimpija de Guž je tražila jednakost žena i muškaraca pred zakonom, određenje nacije kao unije muškaraca i žena, koncept nacionalnog obrazovanja, instituciju bračnih ugovora između muškaraca i žena.

Deklaracija iz 1789. zastupala je građanske razlike na osnovama tzv. 'javne koristi', a Ustav iz 1791. godine iskoristio je koncept javne koristi za poricanje zahteva žena za pravom građanstva, utemeljenog na društvenosti i razumu. Iako je u Ustavu iz 1791. napravljen iskorak tako što je došlo do preformulisanja braka u građanski ugovor, Zakonodavna skupština je 1792. godine dala puna građanska prava samo neudatim punoletnim ženama.

Na osnovu ustavnog isključivanja žena iz političkih prava, Taljeran se zalagao za „unutrašnju” ulogu žena zasnovanu na principu 'javne koristi'. Njegova koncepcija ženskog obrazovanja (nižeg nivoa, za potrebe domaćinstva) pobedila je ideje Kondorsea, Guževe i Meri Volstonkraft.

Ideju 'javne koristi', iako je inicijalno bila okrenuta protiv emancipacije žena, žene su iskoristile za masovno formiranje raznih udruženja, klubova žena, za javno proklamovane korisne delatnosti. Međutim, klubovi žena nisu mogli da prođu bez otpora: revolucionari su bili generalno podozrivi prema aktivizmu žena u javnoj sferi, koji je dovelo u pitanje primarnu ulogu žena u domaćinstvu. Pod uticajem konkretnih događaja s militantnim grupama žena i jednim ubistvom, jakobinci su doveli u pitanje dalji opstanak ženskih klubova i Konvent ih je zabranio 30. oktobra 1793. godine. Tim aktom žene su na radikalna način uklonjene iz nove Republike, i to ne samo militantne grupe već i sve Francuskinje. Jakobinci ubrzo nakon toga šalju ženama iz Gradskog odbora Pariza antifeminističke poruke o tome da treba muškarcima da prepuste poslove revolucije i da prestanu da se „odriču” svog pola i uloga koje su ženama namenjene.

8 *Ibid.*, str. 6.

Samo dva dana kasnije obznanjen je odgovor 'političkih žena'; ali i anti-feministički kontraodgovor Revolucije. Krajem novembra 1793. godine, Pariska komuna je donela dekret kojim se ukidaju ženski klubovi i druga 'vanzakonska' presvlačenja žena u mušku odeću, s idejom da žene moraju da se 'drže ognjišta, kao i sukni'. U maju 1795. godine, Konvent je uklonio žene sa svojih tribina, zabranio im prisustvo na političkim skupovima i hodanje ulicama u većim grupama.⁹

Autoritet Rusoa je korišćen za smeštanje žena u domaćinstvo. Ideje Kondorsea su opstajale, ali su bile žestoko osporavane. Na tragu Kondorsea je, recimo, poslanik Gijomar u aprilu 1793. na raspravi u Konventu o jednakosti žena u kontekstu donošenja novog Ustava, a i povodom Vladine zabrane služenja žena u francuskoj vojsci, iznosio stavove o apsolutnom pravu individua na jednakost bez obzira na pol i o tome da 'besmrtna Deklaracija sadrži smrtonosno isključivanje'. U razmatranju konačne verzije Ustava iz 1793. godine, Konvent je odbio Gijomarove argumente i time je potvrđeno da je za Francusku građansku revoluciju 'čovek' uistinu imao značenje 'muškarac'.¹⁰

Borba žena jenjava nakon prvih nekoliko godina; mnoge se povlače samovoljno, a i pod pritiscima otpora revolucionara. Nakon tog prvog talasa uspona i stalnih kontranapada, samo su još retke individue uporno ostajale pri svojim feminističkim stavovima. Tako je, 1795. godine, posthumno objavljeno Kondorseovo delo *Nacrt za istorijski prikaz progresa ljudskog uma*, u kojem kao preduslov daljeg progresa ljudskog uma vidi prevazilaženje predrasuda o nejednakostima među polovima.

U postrevolucionarnom periodu od 1800. do 1820. godine, u Francuskoj je na delu bio jak talas uzmicanja pred emancipacijom, uz poricanje intelektualne, političke i ekonomske jednakosti žena i muškaraca.

Napoleonova osvajanja i uvođenje građanskog prava od Italije do Poljske ženama nisu doneli pravo glasa. U Francuskom Građanskom zakoniku iz 1802. godine, žena je namerno potčinjena muškarcu, u braku joj je propisana poslušnost u zamenu za zaštitu. Napoleon se, doduše, zanimao za obrazovanje ženske dece svojih podržavalaca, članova Legije časti, ali nije to činio iz razloga emancipacije, već je u pitanju bilo praktično obrazovanje za što bolje vođenje domaćinstva. Za dečake je, na drugoj strani, Napoleon osnovao liceje i univerzitetski sistem u Francuskoj. U Italiji je, ipak, početkom Napoleonomvih osvajanja osnovan licej i za devojke.¹¹

Uprkos antiženskoj klimi tog doba i Napoleonovog imperijalnog režima, glasovi u prilog emancipacije žena nisu bili sasvim zamrli. Tada je, na primer, Šarl Furije govorio o „odsustvu svake pravde u odnosu na žene”.¹²

Uzmicanje ženske borbe pred revolucionarnom represijom i kontarevolucijom (recimo, u delima francuskih kontrarevolucionara Luja de Bonala i

9 *Ibid.*, str. 10.

10 *Ibid.*, str. 9.

11 *Ibid.*, str. 16.

12 *Ibid.*

Žozefa de Mestra) imalo je dalekosežne posledice, koje će trajati decenjama. Ipak je, međutim, borba žena u francuskoj Republici primorala muškarce da svoje argumente protiv žena makar više ne zasnivaju na Taljeranovim idejama o „javnoj koristi” i predodređenosti žena za domaćinstvo, već na idejama o fizičkim razlikama zasnovanim na prirodi.

Može se konstatovati da su 18. vek i polovina 19. veka obeleženi osporavanjem prava žena, suprotstavljanjem borbi žena za pravo građanstva, i to uprkos dominantnim prosvetiteljskim i revolucionarnim idejama o razumu i prirodnom pravu, o jednakosti ljudi. Jaka linija intelektualnih osporavatelja žena ide od Sijesa i Taljerana u Narodnoj skupštini u Francuskoj iz doba Revolucije, do intelektualnih pregnuća velikih mislilaca poput Rusoa, Kanta, Fichtea, Hegela.

Početkom 19. veka u Francuskoj su, uprkos posustajanju celog pokreta i feminističkog duha, ipak postojale dve struje feminizma. Jedna se zalagala za pravo na obrazovanje, bez prava glasa, bez prava na slobodnu ljubav i uz očuvanje hrišćanskog braka i potčinjenosti žena. Druga struja se zalagala za politička prava, pravo na obrazovanje i pravo na dostupnost svih zanimanja.¹³

1.2. Sifražetski pokret – 19. vek

Tek u drugoj polovini 19. veka počinje masovno i organizovano da se stvara feministički pokret, odnosno sifražetski pokret; ponajviše u Britaniji i Americi. On se bori pre svega za pravo glasa žena, ali i za pravo na vlasništvo i nasleđivanje, kao i za pravo na obrazovanje. Borba žena za pravo glasa bila je dugotrajna i mukotrpana; iz tih zemalja se širila dalje i vremenom je dobila svetski karakter.

U Velikoj Britaniji se o pravu glasa i ženskim pravima sve više govori od sredine 19. veka¹⁴, a posebne podsticaje u tom smislu daju glasni emancipatorski tonovi iz usta i pera čuvenog teoretičara države, politike, demokratije Džona Stjuarta Mila, kao i njegove partnerke Harijet Tejlor Mil. Takođe, u čartističkom pokretu (1830–1850) javljaju se feministički glasovi o pitanju ženskog prava glasa, a prvi savez za žensko pravo glasa nastao je u Mančesteru 1865. godine. Dž. S. Mil je 1867. godine podneo Parlamentu peticiju sa zahtevom koji je potpisalo 1.550 osoba za pravo glasa za sve osobe koje poseduju imovinu.

Takozvani Reformski zakon je 1867. značajno proširio pravo glasa, ali ne i za žene. Od tog vremena se širom svih većih engleskih gradova formiraju udruženja za borbu za pravo glasa žena i ona zajedno, 1870. godine, Parlamentu podnose peticiju/peticije na kojima se nalazi skoro tri miliona glasova. Parlament ne pravi ustupke pod snažnim uticajem suprotstavljanja kraljice

13 Tijana Krstec, „Pravo na obrazovanje”, u: A. Zaharijević (ur.), *Neko je rekao feminizam*, HBS, Beograd 2008.

14 „Women’s Suffrage”, *Encyclopedia Britannica’s Guide to Women’s History*, <http://search.eb.com/women/article-9077370>; Dragana Obrenić, „Pravo glasa žena”, u: A. Zaharijević (ur.), *op. cit.*, str. 30–38.

Viktorije. Parlament je 1869. godine odobrio pravo glasa jedino na lokalnim izborima ženama poreskim obaveznicima, a godinama kasnije ženama je odobreno pravo učešća u radu opštinskih i gradskih veća, ali i dalje nisu imale pravo glasa na parlamentarnim izborima.

Na čelu sa Milisent Foset, 1897. godine je organizovana prva velika ženska asocijacija – Nacionalna unija ženskih sifražetskih društava, koja se na insistiranje svoje predvodnice služila isključivo nenasilnim merama borbe. Nasuprot tome, Emelin Pankhrst je sa svojim ćerkama 1903. godine osnovala Žensku društvenu i političku uniju, i od tada se – zahvaljujući opredeljenju Pankhrstove za militantnije metode borbe (paljenje javnih dobara, napadi na političare, demonstriranje tokom rada Parlamenta, štrajk glađu u pritvoru) – sifražetski pokret diferencira u militantnu i nemilitantnu struju.

Militantne feministkinje su od početka 20. veka pojačale nasilne metode borbe jer Parlament nije donosio zakone koji bi odgovarali potrebama borbe žena. Utoliko je prva decenija 20. veka u Velikoj Britaniji bila obeležena izrazitim nasiljem unutar feminističkog pokreta, a zatim i rastom podrške javnosti za feminističke zahteve. Međutim, i vlast je pronašla način kako da sistematski oslabljuje pokret (taktike s puštanjem štrajka glađu u zatvorima do linije iscrpljivanja sifražetkinja, njihovo puštanje na slobodu, pa ponovna spirala iscrpljivanja tih žena tokom štrajkova glađu u obnovljenim pritvorima). U odgovoru na lukavstvo vlasti, sifražetkinje su bile još militantnije. Najekstremniji primer je bila smrt Emili Dejvison, koja se, 1913. godine, iz protesta, bacila pod kraljevog konja.

Da nije izbio Prvi svetski rat, sifražetkinje bi nastavile s militantnim metodama borbe. Međutim, patriotski razlozi su prevladali i Pankhrstova je naložila saborkinjama da se stave u službu domovine. Doprinosi žena u Prvom svetskom ratu bili su značajni za britanske ratne napore. Javnost je stala iza sifražetskih ciljeva i, konačno, Parlament je u februaru 1918. usvojio pravo glasa za žene starije od 30 godina; donet je iste godine i ukaz kojim se ženama dozvoljava da se kandiduju za poslanice u Parlamentum, a 1928. godine pomerena je granica za pravo glasa na 21 godinu.¹⁵

I u Americi je borba za pravo glasa žena trajala do Prvog svetskog rata. Žene nisu imale pravo glasa uprkos obećanjima u Deklaraciji nezavisnosti i Ustavu. Uporedo sa pokretom za ukidanje ropstva, početkom 19. veka javio se pokret za pravo glasa žena.

Prvi put je Konvencija za pravo glasa žena održana u Njujorku 1948. godine, na inicijativu Lukrecije Mot i Elizabet Kejdi Stenton. Konvencija je zahtevala jednako pravo glasa, jednako pravo na obrazovanje, jednako pravo pri zapošljavanju i zalagala se za odbacivanje podele na privatno i javno po osnovu polova. Konvencija je predstavljala začetak sifražetskog pokreta, a kasnije su formirana ženska udruženja širom zemlje i pokretani su ženski časopisi. U feminističkim grupama i udruženjima je bilo i podela na rasnoj i rasističkoj osnovi.

¹⁵ *Ibid.*, 34.

Sifražetski pokret je u SAD postajao sve masovniji oko 1910. godine. Neke od sifražetkinja su putovale u Veliku Britaniju da bi se pridružile protestima u toj zemlji i da bi prikupile iskustva i znanja o načinima borbe.¹⁶

Bilo je neophodno da se amandmanom na Ustav SAD, ili amandmanima na sve pojedine ustave federalnih država, uvede pravo glasa za žene. U pomenutim pravcima delovanja stvorene su dve asocijacije za prava žena, jedna koja je delala u pravcu donošenja amandmana na ustav SAD i druga koja je izvojevala amandmane na pojedinačne ustave federalnih država. Do 1915. godine, žene su se za pravo glasa izborile u deset federalnih država. Nakon Prvog svetskog rata, u Americi raste raspoloženje za davanje prava glasa ženama, kao odgovor na angažman žena u patriotske svrhe. Tako je 1918. godine amandman vezan za pravo glasa žena dobio dvotrećinsku većinu u oba doma Kongresa, a zatim i u američkom Senatu, u junu 1919. godine. Taj 19. amandman¹⁷ je, zatim, trebalo da ratifikuju sve države; to je i učinilo njih 35, jedino je još ostalo da to učini država Tenesi u avgustu 1920. godine. U Nešvil su došle sifražetkinje i mnogi posmatrači, simpatizeri i protivnici ženskog prava glasa, novinari. Znak prepoznavanja za zastupnike ratifikovanja je bila žuta ruža, a protivnici usvajanja prava glasa za žene nosili su crvene ruže. Zahvaljujući jednom glasu „preletača” i to tek u trećem krugu glasanja, 19. amandman je ratifikovan. Tako su se stekli uslovi da državni sekretar SAD 26. avgusta 1920. godine proglasi 19. amandman delom ustava SAD. Dakle, 144 godine nakon donošenja Deklaracije o nezavisnosti, žene u Americi su dobile puni pravni subjektivitet.¹⁸

Od Američke deklaracije o nezavisnosti iz 1776. do 1920. godine – kada su Amerikanke dobile pravo glasa – prošlo su 144 godine, a od francuske Deklaracije iz 1789. do dobijanja prava glasa za žene u Evropi proteklo je između 80 i 180 godina. Recimo, u Engleskoj je proteklo 140 godina (1918. je bilo priznato samo za žene starije od 30 godina, a 1928. je uspostavljeno opšte pravo glasa za žene starije od 21 godine). Francuskinje su dobile opšte pravo glasa 1944. godine, dakle, posle 160 godina.

Sifražetski pokret se razvijao i u drugim zemljama. Na Novom Zelandu je pravo glasa za žene izboreno još ranije – 1863. godine, a u Australiji je ženama priznato pravo učešća na parlamentarnim izborima 1902. godine. U nordijskim zemljama su – kao izuzetak od pravila – emancipatorski procesi otpočeli znatno ranije: pravo glasa za žene uspostavljeno je u Norveškoj već 1830. godine, a od 1860. u Finskoj; u Švedskoj je 1863. osvojeno ograničeno pravo glasa za udovice i neudate žene i za lokalne organe vlasti, a puno pravo glasa je ostvareno 1920. godine.¹⁹

16 „The American Experience, Eleanor Roosevelt”, <http://www.pbs.org/wgbh/amex/eleanor/peopleevents/pande09.html>

17 „The Nineteenth Amendment and the War of the Rouses”, <http://www.blueshoenashville.com/suffragehistory.html>

18 *Ibid.*, 37.

19 D. Obrenić, „Pravo glasa žena”, u: A. Zaharijević (ur.), *Neko je rekao feminizam*, HBS, Beograd 2008, str. 25–42.

Početkom 20. veka, žene su ostvarile pravo glasa još u Kanadi, Islandu, Nemačkoj i Austriji. Tek nakon Drugog svetskog rata to pravo je ozakonjeno u većem delu zemalja, a do 1990. godine skoro u svim državama.²⁰

Kada je u pitanju pravo na obrazovanje, pomaci su bili veoma spori i postepeni, i to najpre zbog snažnog uticaja crkve. Žene su najpre dobile pravo na osnovno obrazovanje; sve do druge polovine 19. veka, u najvećem broju zemalja – u svim osim u Nemačkoj, SAD i Rusiji – nisu postojale srednje škole za žene.²¹ Crkva je dugo držala veto na visoko obrazovanje žena. Žene su dobile pristup univerzitetskom obrazovanju tek 1863. na Univerzitetu u Cirihiu, 1870. u Kembridžu i 1878. godine u Oksfordu.²²

1.3. Pravo glasa i ženska ljudska prava – 20. i 21. vek

Pod uticajem uporne borbe, praćene masovnim izlaskom žena u javnu sferu industrijske proizvodnje, pod uticajem sve intenzivnijeg i masovnijeg obrazovanja žena, zatim pod uticajem Prvog i Drugog svetskog rata (u koje su se žene uključile s patriotskim namerama, a i masovno su odmenile muškarce na radnim mestima i tako doprinele očuvanju proizvodnje i dobrobiti ratom ugroženih domovina), od 1945. godine počinje masovno priznanje jednakog prava glasa za žene u pojedinim državama Zapada i širom sveta. Negativni izuzeci postoje i danas, ali izvojevana borba za jednako prava glasa može se uzeti kao činjenica i skoro 'opšte mesto'.²³

Borba za pravo glasa i druga ženska prava je u drugoj polovini 20. veka u značajnoj meri ostvarila svoje bazične formalnopravne ciljeve. Od posebnog značaja su bili progresivni pomaci u međunarodnom pravu po ovom pitanju. Međunarodnopravni dokumenti i mehanizmi postepeno dobijaju primat nad nacionalnim zakonodavstvima i nameću univerzalne standarde i obavezu državama da uspostavljaju domaća zakonodavstva i nacionalne strategije s ciljem uspostavljanja rodne ravnopravnosti u pravu, radnim odnosima, političkom životu.

Negativna iskustva iz doba Drugog svetskog rata, posebno holokausta, podstakla su ubrzani razvoj međunarodnog prava i prava ljudskih prava, a ključni pokretač daljih pomaka je bila Univerzalna deklaracija o ljudskim pra-

20 Na primer, Jugoslavija je usvojila opšte pravo glasa 1946, Francuska 1944, Švajcarska tek 1971. godine, Tunis, Egipat, Sirija mnogo pre Švajcarske. Videti: *Ibid.*, str. 39.

21 T. Krstec, „Pravo na obrazovanje”, u: A. Zaharijević (ur.), *Neko je rekao feminizam*, op. cit., str. 63.

22 *Ibid.*, str. 64. U Srbiji, samo 10% studentske populacije 1914. godine bile su žene, a samo mali deo njih je dobio pravo na profesionalnu emancipaciju.

23 I danas, dakle, postoje „crne rupe” neostvarenog ženskog prava glasa, kao što je, recimo, Saudijska Arabija. Zorica Mršević kaže o tome: „Žene još uvek nemaju pravo glasa u toj državi. Političke partije su zabranjene u Saudijskoj Arabiji i ne postoji izabrani parlament. U toj državi održani su samo jedanput izbori u njenoj istoriji, i to 2005. godine kada su građani mogli da biraju samo polovinu članova gradskih veća dok su drugu polovinu imenovala vlasti. Izbori su bili održani u nekoliko etapa, a ženama je bilo zabranjeno da glasaju ili da se kandiduju. Druga runda izbora je bila zakazana 2009, ali su vlasti objavile odlaganje od dve godine.” (Z. Mršević, op. cit., str. 78)

vima iz 1948. godine. Eleonora Ruzvelt je – kao poznati borac za ljudska prava i za jednakost prava belaca i crnaca u SAD, a posebno kao predstavnica Amerike u Ujedinjenim nacijama od 1945. i kao predsednica odbora za prava čoveka od 1946. godine, inicirala donošenja ove Deklaracije. Ona je za Deklaraciju o univerzalnoj jednakosti rekla da bi mogla biti „Magna karta za čitavo čovečanstvo”. Upravo je ona insistirala da se umesto izraza *rights of the man* koristi izraz *human rights* jer su delegati iz mnogih zemalja (prevashodno azijskih i afričkih) smatrali da se termin ‘man’ odnosi samo i isključivo na muškarce.

Dalji podsticaji za razvoj rodno senzibilisanog međunarodnog prava i nacionalnih zakonodavstva, drugim rečima – prava ljudskih prava i prava ženskih ljudskih prava, došli su iz sfere posleratnog ekonomskog uspona, uspostavljanja relativne ekonomske i socijalno-političke stabilnosti na tlu razvijenog Zapada, posebno u okvirima evropskog modela *welfare-state*. Zatim, emancipatorski podsticaji su dolazili iz tzv. buma obrazovanja, praćenog masovnim ulaskom žena u sferu obrazovanja. Na emancipatorske procese je, doduše na ambivalentan način, uticao i razvoj masovne proizvodnje i potrošnje, kao i razvoj masovne kulture. Najsnažniji podsticaji za širenje samosvesti žena došli su iz razvoja novih društvenih pokreta od sedamdesetih godina 20. veka, u kojima žene imaju centralnu ulogu u feminističkim grupama i inicijativama, ali su prisutne i u svim ostalim društvenim pokretima (antiratnim, ekološkim, pacifističkim, urbanim...). U isti kontekst treba staviti i uticaje tzv. hipi pokreta i tzv. seksualne revolucije; ti pokreti i kulturološki procesi snažno su dekonstruisali ili makar dovodili u pitanje tradicionalne autoritete, hijerarhije, patrijarhalne matrice ponašanja i stereotipe, kako u vezi sa odnosima među polovima, između roditelja i dece, tako i na polju seksualnosti i njenog ispoljavanja.

Uvođenje rodne perspektive u međunarodno i nacionalno zakonodavstvo postaje jedan od temeljnih standarda zaštite i afirmacije univerzalne ljudske jednakosti. Najvažniji međunarodnopravni dokumenti koji nude standarde i instrumente rodne ravnopravnosti su: Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima (1948), Konvencija o političkim pravima žena (1952), Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (1966), Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (1966), Deklaracija o eliminaciji svih oblika diskriminacije prema ženama (1967), Deklaracija o zaštiti žena i dece u slučaju opasnosti i oružanom sukobu (1974), Konvencija o eliminaciji svih oblika diskriminacije prema ženama (1979), Deklaracija o eliminaciji zlostavljanja žena (1993), Interamerička konvencija za prevenciju, kažnjavanje i eliminaciju nasilja nad ženama (1995), Univerzalna deklaracija o demokratiji (1997), Opcioni protokol za Konvenciju o eliminaciji svih oblika diskriminacije nad ženama (1999).

Konvencija o eliminaciji svih oblika diskriminacije prema ženama²⁴ je najvažniji međunarodni dokument te vrste, koji daje katalog ženskih ljudskih prava i koji traži od država da sistematski suzbijaju diskriminaciju, da donešu pravnu regulativu i instrumente zaštite od diskriminacije i njeno sankcio-

24 See CEDAW, Wikipedia.org.

nisanje i koja predviđa mehanizme kontrole delovanja država u tom smislu. Takođe, Konvencija traži od država da uklanjaju ukorenjene prakse i tradicije koje su štetne za žene i koje su zasnovane na patrijarhalnim stereotipima subordinacije žena.

2. Evropsko pravo ženskih ljudskih prava

Zakonodavstvo i politike rodne ravnopravnosti Evropske unije otišli su najdalje u smislu konzistentnog promovisanja principa rodne ravnopravnosti koji se odnose na jednako pravo na ekonomsku nezavisnost, jednako plaćanje za jednaki rad, jednako pravo učešća u političkom odlučivanju, jednako pravo na dignitet, na iskorenjivanje rodno zasnovanog nasilja i, takođe, na namere širenja emancipatorskih uticaja i preko granica Evropske unije.

Proces unapređivanja evropskog prava iz rodne perspektive otpočeo je u zemljama osnivačima, u najstarijim članicama već od šezdesetih godina 20. veka, ali se postepeno usavršavao a i dalje se usavršava, u primarnom i sekundarnom zakonodavstvu EU, kao i u konkretnim pravosudnim rešenjima i dokumentima tzv. mekog evropskog prava.

Evropsko pravo ljudskih prava i mehanizmi pravne i institucionalne zaštite žena otišli su najdalje po pitanju kvaliteta i opsega zaštite, i to najpre u sferi rada, pa zatim i sveobuhvatno – u vezi sa rađanjem, materinstvom, prevencijom nasilja, sprečavanjem direktne i indirektne diskriminacije po osnovi pola, političke participacije itd.

2.1. Primarno zakonodavstvo EU i rodna ravnopravnost²⁵

Jednakost između muškaraca i žena je fundamentalni princip Evropske unije, kao što je iskazano u Povelji o osnovnim pravima u EU, u članu 23. Rimski ugovor iz 1952. godine već je sadržao odredbu o jednakom plaćanju za muškarce i žene, a Ugovorom iz Amsterdama jednakost polova je ušla u novu, snažniju fazu razvoja primarnog zakonodavstva u pravcu izjednačavanja polova. Sve relevantne odredbe po pitanju rodne ravnopravnosti preuzimaju se i osnažuju nadalje u osnivačkim ugovorima, uključujući i tzv. Lisabonski ugovor (Treaty on the Functioning of the European Union – TFEU). U članu 8 TFEU kaže se da je misija EU da unapređuje odnose rodne ravnopravnosti; u članu 19 upućuje se na osnaživanje Unije za borbu protiv diskriminacije po osnovui pola, rasnog i etničkog porekla, verovanja, invaliditeta, starosne dobi i seksualne orijentacije; u članu 153 upućuje se na osnaživanje Unije u pravcu izjednačavanja šansi muškaraca i žena na planu tržišta, tremana u radu i radnim uslovima; u članu 157 promoviše se jednako plaćanje za jednaki rad i osnažuje se Unija da usvaja mere za primenu principa jednakosti polova u stvarima zapošljavanja i poslova, uključujući i jednako plaćanje za rad jednake vrednosti.²⁶

25 Veronika Efremova (ed.), *Legal Perspectives of Gender Equality in South East Europe*, SEELS 2012.

26 *Ibid.*, str. 11.

2.2. Sekundarno zakonodavstvo – EU Direktive²⁷

U sekundarnom zakonodavstvu EU nalaze se specifične direktive koje se tiču jednakog tretmana muškaraca i žena. Direktive predstavljaju specifičnu obavezujuću formu evropskog zakonodavstva, koje su omogućile pravnu osnovu za značajne promene u nacionalnim zakonodavstvima, stavovima i praksama. Uticale su na građenje novih pojmova ravnopravnosti u zemljama članicama, kao što su zabrana direktne i indirektne diskriminacije, jasne odredbe o pravnim lekovima za slučajeve diskriminacije, primena principa jednakog plaćanja.

Jednakost tretmana muškaraca i žena postala je predmet regulacije počev od prve direktive iz 1975. godine, pa sve do direktiva iz 2010. godine. Pritom, jasno je uočljiva geneza direktiva od bavljenja područjima rada i radnih uslova, ka drugim poljima diskriminacije, kao što su nasilje u porodici, seksualni harasment, harasment po osnovu pola itd. U direktivama se sve više naglašavaju zaštita i jednak tretman žena tokom trudnoće i porođajstva. Takođe sve se više ističu pitanja usaglašavanja, balansiranja obaveza u porodici i na radu.

Prva Direktiva 75/117/EEC iz februara 1975. odnosi se na aproksimaciju zakona zemalja članica po pitanju primene principa jednakog plaćanja. Druga Direktiva 76/207/EEC iz 1976. tiče se jednakog pristupa zaposlenju, jednakih šansi za usavršavanje i napredovanje u poslu, kao i radnih uslova. Treća Direktiva (79/7/EEC) iz 1978. tiče se progresivne primene principa jednakog tretmana za oba pola po pitanju socijalne sigurnosti. I četvrta Direktiva iz 1986. (86/378/EEC) odnosi se na socijalnu sigurnost. Ona je amendirana 1996. godine Direktivom 96/97/EEC, kojom je ustanovljena obaveza da se nadalje na obavezujući način u odlučivanju uzima odluka Evropskog suda pravde u slučaju Barber. Direktiva iz 1986. (86/613/EEC) tiče se jednakog tretmana žena i muškaraca u poljoprivredi, u polju samozapošljavanja i u vezi sa zaštitom samozaposlenih žena tokom trudnoće i materinstva. Sledeća Direktiva, koja je doneta 1992. godine (92/85/EEC), uvodi mere za podsticanje unapređenja sigurnosti i zdravlja radnica trudnica i onih koje su se nedavno porodile ili doje. Ona takođe uključuje statutarno pravo na plaćeno porođajsko odsustvo u trajanju od najmanje 14 nedelja. Novom Direktivom iz 1996. godine (96/34/EC) uvodi se neprenosivo roditeljsko pravo odsustva u trajanju od najmanje 3 meseca, a plaćanje za njega ostavljeno je u nadležnosti zemalja članica. Direktivom iz 1997. godine (97/80/EC) teret dokazivanja u slučajevima diskriminacije zasnovane na polu je na okrivljenoj strani. Direktivom iz 2002. godine (76/207/EEC) uvodi se nova definicija indirektne diskriminacije, kao i definicije harasmenta i seksualnog harasmenta. Direktivom iz 2004. godine primena principa jednakog tretmana za oba pola vezana je za pristup i obezbeđivanje dobara i usluga. Direktivom iz 2006. godine (2006/54/EC) šest postojećih direktiva se spaja u jedan instrument koji se odnosi na jednako plaćanje, jednak tretman u odnosu na zaposlenje, vrstu posla, dokazivanje diskriminacije. Prvom direktivom iz 2010. godine (2010/18/EU) period ro-

27 *Ibid.*, str. 11–13.

diteljskog odsustva se produžava na najmanje četiri meseca, od kojih jedan mesec može pod određenim uslovima da se razmenjuje među roditeljima. I konačno, drugom Direktivom iz iste godine, 2010/41/EU, unapređuje se zaštita samozaposlenih porodilja, u smislu da materinske beneficije dozvoljavaju prekid radnih aktivnosti u periodu od najmanje 14 nedelja.

2.3. Sudske odluke Suda pravde Evropske unije (CJEU) i „meko” pravo EU

Pojedine sudske odluke, tzv. *case-law*, predstavljaju suštastveni dodatak zakonodavstvu EU, koje daje uputstvo za zemlje članice za tumačenje zakonodavstva EU i doprinosi zakonskim izmenama u njima.²⁸

Takođe, i tzv. meko pravo EU (*EU soft law*), odnosno relevantni strateški dokumenti Evropske unije, značajno doprinose trasiranju daljeg unapređivanja pravne regulative EU sa stanovište odnosa među polovima. Najvažniji dokumenti mekog evropskog prava su: Trasa puta Evropske unije za rodnu ravnopravnost (*EU Roadmap*), Evropska povelja o ženama (*EU „Women’s Charter”*), Strategija za ravnopravnost između žena i muškaraca 2010–2015. i Evropski rodni pakt ravnopravnosti 2011–2010 (*European Gender Equality Pact*).²⁹

Evropska komisija je u martu 2010. godine usvojila Povelju o ženama, kojom potvrđuje svoju posvećenost rodnoj ravnopravnosti i jačanju rodne perspektive u svim svojim politikama.³⁰ Povod za donošenje Povelje o ženama bila je petnaestogodišnjica Svetske konferencije UN o ženama u Pekingu i namera Evropske komisije da osnaži politike i resurse za dalje unapređenje rodne perspektive unutar prava, politike i ekonomije Evropske unije, kao i šire.

Povelja definiše pet prioriternih oblasti, odnosno principa kojima se Evropska unija (Evropska komisija) rukovodi u uspostavljanju rodne ravnopravnosti. To su: jednako pravo na ekonomsku nezavisnost; pravo na jednaku zaradu za jednak rad i rad jednake vrednosti; ravnopravnost prilikom donošenja odluka; dostojanstvo, integritet i iskorenjivanje rodno zasnovanog nasilja i rodna ravnopravnost u spoljnim aktivnostima.

U Uvodu Povelje je objašnjeno zbog čega je za Evropsku uniju od ključnog značaja da se usredsredi na rodnu ravnopravnost u svom zakonodavstvu i politikama:

Jednakost između žena i muškaraca je fundamentalno pravo, iskazano u Članu 2 Ugovora o Evropskoj uniji i u Povelji o osnovnim pravima Evropske unije. To je jedna od zajedničkih vrednosti na kojima je Evropska unija utemeljena. Ekonomska i socijalna kohezija, održivi razvoj i kompetitivnost, kao i bavljenje demografskim izazovom zavise od stvarne jednakosti između muškaraca i žena. Evropa je napravila

28 *Ibid.*, str. 13–14.

29 *Ibid.*, str. 26–28.

30 Videti: http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/president/news/documents/pdf/20100305_1_en.pdf, 14. septembar 2012.

značajan progres tokom poslednjih decenija u pravcu jednakosti muškaraca i žena; posvetila se stavljanju partnerstva u akciju i kombinovala je resurse i instrumente – pravne, političke i ekonomske – da bi promene bile na delu.

Danas, više devojaka nego muškaraca stiže univerzitetsku diplomu. Danas u Evropi žene više nego ikada participiraju u radnoj snazi. Danas Evropa ispunjava više njihovih talenata i koristi više njihovih veština. Međutim, prepreke stvarnoj jednakosti ipak opstaju...

Zatim je dato obrazloženje pomenutih pet ključnih oblasti za rodnu ravnopravnost.

U skladu s ovom Poveljom, definisana je i strategija za ravnopravnost žena i muškaraca od 2010. do 2015. godine u formi saopštenja Komisije Evropskom parlamentu, Evropskom savetu, Evropskom ekonomskom i socijalnom komitetu i Komitetu regiona.³¹

Ustanovljen je i Evropski institut za rodnu ravnopravnost, koji daje ekspertске strateške predloge za dalje unapređivanje rodne ravnopravnosti u oblasti prava.

Kada je u pitanju zakonodavstvo EU i nacionalna zakonodavstva, generalno, a i u vezi sa pitanjem odnosa među polovima, prema Lisabonskom sporazumu, evropsko pravo ima primat, ali ne i suprematiju nad nacionalnim. Dakle, samo u domenima svojih kompetencija ono ima primat. Evropski sud pravde je propisao kada u određenim sudskim slučajevima pravo Evropske unije, kako je iskazano u odredbama osnivačkih ugovora i u direktivama, odnosno u primarnom i sekundarnom zakonodavstvu, ima direktnu primenu u okvirima država članica EU.

3. Pravna regulativa, pravnička profesija i pravničko obrazovanje u Jugoistočnoj Evropi

3.1. Uporedni pregled stanja rodnihi odnosa u pravničkoj profesiji i obrazovanju u Jugoistočnoj Evropi

Evropska unija nastoji da transponuje, emituje pozitivne uticaje na unapređivanje rodne ravnopravnosti i u zemljama koje su u procesu pridruživanja EU. U tom smislu, EU ne samo što zahteva prilagođavanje zakonodavstava zemalja kandidata zakonodavstvu EU, uključujući donošenje zakona o rodnoj ravnopravnosti i antidiskriminacionih zakona, već nastoji i da protegne svoje emancipacijske uticaje na polje pravničke profesije i pravničkog obrazovanja.

S tim ciljem je i sproveden specifičan projekat asocijacije Mreža pravnih fakulteta Jugoistočne Evrope³², pod pokroviteljstvom Evropske komisije, koji

31 Videti: <http://www.ravnopravnost.gov.rs/files/Strategija%20za%20ravnopravnost%20zena-%20i%20muskaraca%202010-2015.pdf>, 14. septembar 2012.

32 South East European Law School Network (SEELS Network) – Lawyers for Europe, Veronika Efremova (ed.), *op. cit.*

je sumirao stanje rodni odnosa u pravničkoj profesiji i obrazovanju, kao i u zakonodavstvu relevantnom za tu oblast, a vezano za zemlje ovog regiona: Albanija, Bosna i Hercegovina, Hrvatska, Makedonija, Crna Gora i Srbija. Taj projekat su sprovedi ekspertski timovi iz tih zemalja, formirani od predstavnika vladinih tela, nevladinih organizacija, pravnih fakulteta i pravosudnih akademija, a eksperti sa pravnih fakulteta (misli se na 11 fakulteta članica SEELS mreže) pisali su istraživačko-analitičke izveštaje za pojedinačne zemlje, i to prema standardizovanom modelu pitanja i problemskih zadataka. Standardizovani model je sadržao sledeće oblasti i pitanja: I. Nacionalni pravni okvir i njegova usaglašenost sa evropskim pravom rodne ravnopravnosti (*EU Gender Equality Law*); II. Nacionalni okvir politika (*policy framework*) rodne ravnopravnosti (strategije, programi i slično); III. Nacionalni institucionalni okvir rodne ravnopravnosti (postojeća relevantna tela i kompetencije); IV. Rodna ravnopravnost u pravnom obrazovanju; V. Rodna ravnopravnost u pravnim profesijama; VI. Nacionalna postignuća, izazovi i preporuke za rodnu ravnopravnost.

Na osnovu tih ekspertskih izveštaja sačinjen je sumarni pregled i objavljena je knjiga *Legal Perspectives of Gender Equality in the SEE Countries*.³³

Na osnovu dobijenih rezultata u izveštajima iz pojedinačnih zemalja, uporedno i sumarno se mogu izneti određeni zaključci. Sve države Jugoistočne Evrope ustanovile su pravni okvir antidiskriminacije na osnovama pola i roda. Naime, ustavi tih država zabranjuju diskriminaciju na osnovu pola i po drugim osnovama; rodna ravnopravnost je usvojena kao jedna od osnovnih vrednosti i kao takva je garantovana različitim zakonima, kao što su zakon o rodnoj ravnopravnosti, anti-diskriminacioni zakon, radno zakonodavstvo, građansko, krivično, porodično, zakon o političkim partijama, zakon o obrazovanju, zakon o zdravstvenoj zaštiti, izborni zakon, socijalno zakonodavstvo itd. Te sve zemlje su usvojile relevantne strateške dokumente, kao što su nacionalne strategije i akcioni planovi; ustanovile su i adekvatne institucionalne mehanizme za bavljenje pitanjima ravnopravnosti. U određenoj meri sve pomenute zemlje su ojačale prisustvo žena u procesima odlučivanja i usvojile su svest o značaju civilnog društva za unapređivanje rodne ravnopravnosti.³⁴

U vezi sa pravničkim obrazovanjem, opšti zaključak je da je u daljim reformama neophodno uvesti rodnu perspektivu u obrazovni proces generalno, u kurikulumu i silabuse, u udžbenike, kao i uvesti i dalje razviti posebne predmete vezane za rodnu problematiku. Važeći kurikulumi pokazuju u svim slučajevima značajan manjak rodne perspektive u sadržajima učenja, u tumačenju zakona i u kontekstu pedagoških postupaka nastavnika i njihove profesionalne i lične rodne senzibilisanosti.

Pravosudne akademije u tim zemljama donekle uvode u svoje edukativne programe temu rodni stereotipa, kao i pitanja rodne ravnopravnosti, antidiskriminacije, nasilja u porodici, promocije i zaštite ljudskih prava žena i dece. Međutim, neophodno je unaprediti i intenzivirati rodnu perspektivu u obukama i edukaciji koju sprovode pravosudne akademije.

33 *Ibid.*

34 *Ibid.*, p. 36.

U svim tim zemljama uočljiv je nedostatak rodno senzitivne statistike.

Što se tiče pravničke profesije, ukupno uzev, u tim zemljama je prisustvo žena u pravosuđu dvotrećinski veće u odnosu na muškarce. Od ukupno 6,302 sudija, njih 2,168 su muškarci, a 4,134 su žene sudije. Međutim, obrnuta je situacija sa rukovodćim funkcijama u pravosuđu, naročito u višim sudovima, ustavnim i vrhovnim sudovima. Najizraženija je disproporcija u Makedoniji, Crnoj Gori i Albaniji, u kojima je nizak procenat žena predsednica sudova (u Makedoniji 20%, Crnoj Gori 23%, Albaniji 32%). Zanimljivo je da je samo u Srbiji i Hrvatskoj srazmerno veći broj žena sudija na funkcijama predsednika sudova (u Hrvatskoj, na tim funkcijama se nalazi 100 žena i 76 muškaraca, što je 67% u korist žena; u Srbiji, na funkcijama predsednika sudova nalazi se 75 žena i 54 muškarca, što je 58% u korist žena).

Opšti je zaključak da je rodna distribucija akademskih pozicija na pravnim fakultetima nebalansirana: od ukupnog broja profesora, docenata i asistena – 574, muškaraca je 331 (58%), a žena 243 (42%). Još je izrazitiji disbalans sa stanovišta rodne ravnopravnosti u distribuciji rukovodećih funkcija na pravnim fakultetima: svih 11 sadašnjih dekana su muškarci, a od ukupno 29 prodekana, 18 je muškaraca (62%), a 11 žena (38%).

3.2. Ekspertski izveštaj za Srbiju

Za Srbiju su pisana dva ekspertiska izveštaja, odnosno angažovani su akademski radnici s pravnih fakulteta u Kragujevcu i Beogradu. U ekspertskim izveštajima Dragice Vujadinović³⁵ i Bojana Urdarevića³⁶ ukazano je na ustavni okvir i zakonska rešenja u različitim relevantnim oblastima prava, zatim na nacionalnu strategiju i akcioni plan za uspostavljanje rodne ravnopravnosti, i na institucije Vlade, parlamenta i nezavisna tela koja u Srbiji postoje i delaju na tom pitanju.

U pomenutim komplementarnim izveštajima, data je detaljna analiza stanja zakonodavstva o rodnoj ravnopravnosti u Srbiji, počev od Ustava, preko zakona o rodnoj ravnopravnosti, do antidiskriminacionog zakona i svih referentnih zakona.³⁷

Takođe su razmatrana sva druga polja istraživačko-analitičkog projekta, koja su definisana standardizovanim pitanjima. Što se tiče analiza rodne ravnopravnosti u pravničkom obrazovanju, konstatovano je da je u dugoj tradiciji postojanja Pravnog fakulteta u Beogradu³⁸ samo jedna žena –profesorka Ljubica Kandić bila dekanica. I distribucija prodekanskih funkcija je domi-

35 Country report – Dragica Vujadinović, u: Veronika Evremova (ed.), *op. cit.*, str. 161–185.

36 Country Report – Bojan Urdarević, u: Veronika Evremova (ed.), *op. cit.*, str. 186–205.

37 Country Report – Bojan Urdarević, u: Veronika Evremova (ed.), *op. cit.*, str. 186–205.

Takođe videti: Dragica Vujadinović, „Perspektive rodne ravnopravnosti u sferi prava – slučaj Srbije”, u: Stevan Lilić (ur.), *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije* – knjiga 2, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2012.

38 Country report – Dragica Vujadinović, u: Veronika Evremova (ed.), *op. cit.*, str. 161–185.

nantno u korist muškaraca: tokom poslednjih deset školskih godina, samo tri profesorke su bile na funkciji prodekana. Tokom poslednjih deset godina postoji trend uvećavanja nastavničkog kadra, a tokom poslednjih nekoliko godina pojavljuje se i trend postepenog ujednačavanja prijema mladih nastavnika oba pola (odnosno, srazmerno većeg prijema saradnika u nastavi ženskog pola, sa realnom perspektivom i većeg prijema žena u nastavnički kadar). Rodno senzitivna statistika ove vrste napravljena je za potrebe ovog projekta, jer do tada nije postojala.

Što se tiče studentske populacije, srazmerno veći broj studentkinja se upisuje, ali u odnosu na ukupan broj upisanih opet srazmerno veći broj studentkinja završi studije kako za četiri propisane godine studiranja, tako i s obzirom na prosečno trajanje studija – 6,72 godine.

Student/kinja generacije tokom poslednjih 11 godina je u sedam slučajeva (dakle, dvotrećinski) ženskog pola. Na master studijama postoji nagli trend rasta upisa tokom poslednje tri školske godine, pri čemu je blago veća srazmera upisa studenata u odnosu na studentkinje. Dakle, rodna srazmera upisa je drugačija u korist muškaraca u poređenju s upisom na osnovne studije prava. Takođe je drugačija i s obzirom na trend završavanja master studija, u smislu da, srazmerno, nešto više muškaraca završava ove studije. Što se tiče magistarskih diploma tokom poslednjih sedam godina, od 141 diplome, 75 je pripalo studentima (52, 29%), a 66 studentkinjama (46,71%).

Kada su u pitanju doktorandi, kako oni upisani po režimu koji je važio do 2007/08. tako i po novom režimu, srazmerno veći broj studenata nego studentkinja se upisuje na doktorske studije. Takođe, srazmerno veći broj muškaraca i završava taj vid studija.

Kada su u pitanju rodne studije, predmeti te vrste prilagođeni disciplina-ma i nivoima studiranja postoje samo u nekoliko univerzitetskih centara – u Beogradu (Pravni fakultet, Fakultet političkih nauka, Filozofski fakultet), u Nišu (Pravni fakultet) i Novom Sadu (državni Univerzitet i Univerzitet Singidunum).

Što se tiče rodne distribucije u pravničkoj profesiji, značajan je najpre podatak da rodno senzitivna statistika u srpskom pravosuđu ne postoji. Sudi-je su prebrojavane i pravljen je rodno senzitivna statistika upravo za potrebe ovog projekta. Kao što je već pomenuto, samo u Srbiji (osim Hrvatske), veća srazmera žena sudija praćena je i srazmerno većim brojem žena na rukovo-dećom položajima u sudovima; doduše, ta srazmera nije adekvatna, jer je od ukupnog broja sudija – 2.434, muškaraca – 692, žena – 1.742, a muškaraca predsednika sudova – 54, a žena – 75. Žena sudija u Srbiji ima 72%, a pred-sednica sudova je samo 58%. U Hrvatskoj je situacija nešto bolja: žena sudija ima 70%, a predsednica sudova 57%. U Makedoniji je, međutim, žena sudija 51%, a predsednica sudova samo 20%.³⁹

39 Videti: Veronika Evremova (ur.), *op. cit.*, str. 37–40, 165–166.

Kada je u pitanju advokatura, Advokatska komora Srbije ima statistiku iz koje je moguće izvesti rodnu dimenziju, dok Advokatska komora Vojvodine nema ni to. Kada je reč o advokatima u Srbiji bez Vojvodine, od ukupnog broja advokata – 6.301, muškarci su dvotrećinski brojniji – 4.108, dok je žena 2.193. Trend povećanja broja žena advokata postoji među pripadnicima ove profesije mlađim od 30 godina. Nasuprot tome, među advokatima starijim od 60 godina, samo je 19% žena, a 81% muškaraca. Dakle, primetan je trend bolje rodne izbalansiranosti u advokaturi.

Što se tiče tužilaštva, od ukupnog broja zamenika javnih tužilaca – 402, njih 190 su muškarci i 212 su žene. Međutim, sve najviše tužilačke funkcije – republički javni tužilac, javni tužilac za organizovani kriminal i javni tužilac za ratne zločine – pripadaju muškarcima.

Zaključak

Žene su morale dugo i mukotrpno da se bore tokom istorije modernog društva za pravnu vidljivost i pravo građanstva, i u toj borbi su imale izvesnu podršku muškaraca, ali su u mnogo većoj meri bile suočene sa otporom dominantnih pravaca mišljenja i delanja nosilaca političkih odluka. Dug je put bio od epohalnog prihvatanja ideje univerzalne jednakosti u modernosti do inkorporiranja kategorije rodne ravnopravnosti u taj vrednosni i formalno-pravni okvir.

Paradoksalno je što pravna jednakost muškaraca i žena ostavlja utisak nečega što dugo postoji, što je trajno ostvareno i perzistirajuće stanje koje se podrazumeva, a u stvari je rezultat kratkog istorijskog trajanja, krhkog kvaliteta i ranjivog karaktera.

Mnjenjski, jednakost žena pred zakonom se podrazumeva i neupitna je, tako da se povratak na tradicionalno pravo i hijerarhijski/heteronomni kvalitet odnosa smatra manje ili više nemogućim. Međutim, stečena prava žena su pod stalnim pritiskom i opasnošću od derogiranja u situacijama društvenih i ekonomskih kriza, jačanja religijsko-fundamentalističkih uticaja, jačanja ekstremno-desničarskih pokreta i partija. Ukratko, opasnost od rasta procesa repatrijarhalizacije, retradicionizacije i klerikalizacije uvek iznova može da ugrozi stečena prava žena.

Jedan od paradoksa jeste i to da je pravo nužan preduslov emancipacije, ali da je pravo – kao formalni garant – daleko od garantovanja istinske rodne ravnopravnosti. Pravna jednakost ne znači automatski i stvarnu jednakost među polovima.

Pravo samo po sebi nije dovoljna garancija uspostavljanja rodne ravnopravnosti. Implementacija rodno senzibilnog prava i ukupni emancipatorski naponi po pitanju odnosa među polovima/rodovima u politici, pravu, kulturi, obrazovanju, ekonomiji nalaze se u neprestanom suočavanju s patrijarhal-

nom matricom odnosa moći i hijerarhije. Savremeno pravo je dostiglo civilizacijske vrhunce u pravnoj zaštiti rodne ravnopravnosti, ali ipak je patrijarhalna matrica odnosa i dalje globalno jaka. Čak i u najrazvijenijim zemljama Zapada postoje pojave podređivanja žena, dok je situacija u manje razvijenim delovima sveta često alarmantna u tom pogledu.

Paradoksalno je i to što su dva svetska rata na posredan i protivrečan, ali veoma snažan način, značajno doprinela osvajanju prava glasa žena, iako generalno uzev stanja ratova i militantnog duha pogoduju autoritarnom mentalitetu i, utoliko, uvek iznova doprinose reprodukovanju i jačanju patrijarhalne matrice (ratovi, štaviše, na mutirane patološke načine reprodukuju patrijarhat, pretvaraju žene u objekte nasilja koje je naglašenije, drastičnije od onog uobičajenog u 'regularnoj' patrijarhalnoj strukturi odnosa). Dva svetska rata su podstakla izlazak žena u javnu sferu. Ne samo da su žene pokazale da su spremne i sposobne da preuzmu javne poslove muškaraca, koji su radno mesto zamenili bojnim poljem, već su maksimalno podržale ratne napore i spremno uzele učešće u njima. I tek tim dodatnim samopregorom uspele su da osvoje dovoljno javnih simpatija i parlamentarne podrške, tako da su više-decenijski naponi i feministička borba za jednakost pred zakonima konačno urodili plodom.

Savremeno međunarodno pravo predstavlja ključnu polugu unapređivanja rodne ravnopravnosti i prevencije diskriminacije po osnovu pola. U tom pogledu naročito važnu prosvetiteljsku i civilizacijsku ulogu igra pravo Evropske unije.

Od civilizacijskog značaja je čuvanje emancipatorskih rezultata međunarodnog i, posebno, evropskog prava usmerenog ka rodnoj ravnopravnosti.

Emanacija najboljih rezultata razvoja modernog prava ljudskih prava i ženskih ljudskih prava i na prostoru van Evropske unije od ključnog je interesa i za zemlje koje su u procesu pridruživanja, ali i za Evropsku uniju. U najboljem državnom interesu Srbije je prihvatanje rodno senzibilisanog prava i svih pravnih, političkih, institucionalnih instrumenata za prevazilaženje jakih patrijarhalnih matrica i za stvaranje pravičnije i rodno uravnotežene strukture društvenih odnosa. U tom kontekstu, naročito važnu ulogu imaju zakoni doneti 2009. godine – Zakon o rodnoj ravnopravnosti i Antidiskriminacioni zakon, kao i sistematsko unapređivanje porodičnog, krivičnog, socijalnog, radnog i ukupnog zakonodavstva u Srbiji, u skladu s najboljim civilizacijskim standardima i dostignućima na polju ljudskih prava i ženskih ljudskih prava.⁴⁰

40 Videti: D. Vujadinović, „Perspektive rodne ravnopravnosti u sferi prava – slučaj Srbije”, u: S. Lilić (ur.), *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije – knjiga II*, Pravni fakultet u Beogradu, 2012, str. 92–110.

Prof. dr Dragica Vujadinović*

GENDER AND LAW

Summary

Traditional law was designed in accordance with patriarchal structure of social relations. Law had been created by men through history, what in the background has had the dominant impacts of patriarchy until the modern epoch. With its core idea of universal equality, modernity brought emancipatory processes in the legal sphere as well as generally speaking. However, the legal subjectivity of women was left invisible in universal legal norms for a long time. The switch from invisibility into visibility of women's rights in the realm of universal norms has resulted from a longlasting and painstaking women's struggle for their rights, and also from additional impacts of other important social, historical, political and cultural factors. Modern law brought into life the biggest civilizational advancement from the point of emancipatory changes in gender relations. Today, formal-legal equality is almost self-understandable. The common opinion is that equality of men and women before the law has been existing much longer than historical facts demonstrate. In fact, only partly from the end of 19th century and mostly after the World War II women attained equal right to vote. This presentation will encircle, firstly, historical reconstruction of a legal regulation of gender equality in the modern era – from the period of civic revolutions to a contemporary affirmation of female human rights in the realm of international law, European law, and national law; secondly, reconstruction of the afore mentioned legal regulation of gender relations in the framework of the EU; thirdly, the reconstruction of the legal regulation of gender issue in contemporary Serbia; fourthly, presentation of the results of the expert's review of gender relations in the legal profession and legal education in the nation-states of Southeastern Europe (a short comparative analysis, with an accent on Serbia, and with a special overview related to the Faculty of Law of the University of Belgrade).

Key words: Gender equality. Patriarchy. Modern society. Civic revolutions. International law. Law of European Union. Legal profession. Legal education. Gender sensibility.

* Dragica Vujadinović, PhD. Professor, Faculty of Law University of Belgrade. This article is the result of research within the project *Perspectives of Implementation of European Standards in the Serbian Legal System* (179059), supported by the Ministry of Education, Science and Technological development.

ОДГОВОРНОСТ МИНИСТРА. СЛУЧАЈ НАСТАСА ПЕТРОВИЋА 1907–1911.

Апстракт

Случај Настаса Петровића особен је у нашој парламентарној историји по томе што су паралелно била покренута истраживања политичке и кривичне министарске одговорности, расправљана у ојсежним скупштинским расправама о два интервела (новембар–децембар 1907. и март 1911. године) и о предлогу парламентарне ојшужбе (април 1911. године). У раду су приказана схватања која су тада била исказана о важним питањима министарске одговорности: комитентарности политичке и кривичне одговорности, разграничења сфера индивидуалне и колективне одговорности, солидарности хомогених кабинета и коалиционих влада, разграничења јурисдикција државног суда и редовног кривичног правосудја, природе министарских кривица и принципа и критеријума парламентарне ојшужбе.

Кључне речи: Политичка одговорност министра. Парламентарна ојшужба. Јурисдикција министарских кривица.

Почетак рада народне скупштине сазване у редован сазив 1. октобра 1907. године¹ био је обележен драматичним узвиком који се чуо из посланичких клупа: „Доле са убицом!” Првак самосталне странке Драгутин Пећић том поразном осудом изразио је негодовање читаве опозиције због тога што се Настас Петровић појавио у скупштинској сали у својству министра унутрашњих дела, оптужујући га да су му као министру полиције „руке крвљу упрскане”.² Настас Петровић је ушао у Пашићеву владу само неколико месеци раније, пошто је опструкцијом усвајања буџета самостална странка успела да принуди Пашића да реконструкцијом кабинета из владе уклони свог најближег сарадника Стојана Протића, који је као министар унутрашњих дела био међу самосталцима особито озлоглашен због изборних злоупотреба и чији

* Др Мирјана Стефановски, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду. Рад је резултат истраживања у оквиру пројекта *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије* (179059), који подржава Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

1 Ради лакшег праћења тока парламентарне расправе према стенографским белешкама народне скупштине, у раду је задржано датирање по старом календару.

2 *Стенографске белешке народне скупштине* (у даљем тексту: НС), редован сазив за 1907. годину, 1. октобар 1907, Д. Пећић, стр. 7–8.

је пад био означен главним циљем њиховог наступа у парламенту.³ Поставши недавно први пут министар, и то на челу тако важног и осетљивог ресора као што је полиција, Настас Петровић био је присутан у згради управе града Београда када су, 16. септембра 1907. године, у полицијском затвору била убијена двојица притвореника, бивши официри Максим и Милан Новаковић. Нарочито је личност Милана Новаковића овом убиству у затвору, према готово једнодушном убеђењу јавног мишљења узбуњеног писањем опозиционих гласила, дала изразити вид политичког убиства.

Милан Новаковић је био сјајно образован млади официр српске војске. Војне студије је завршио са одликом на престижној Николајевској генералштабној академији у Петрограду. У време мајског преврата 1903. године налазио се у Паризу, где је као врло талентован генералштабни официр био упућен на усавршавање. Жестина осуда официрске завере у Београду и бруталног убиства последњег Обреновића у француској штампи изазвала је у њему осећање унижења официрске части и утврдила га у мишљењу да су свирепим убиством краља и краљице у двору углед српске државе и њене војске тешко компромитовани у очима културне Европе. По повратку у Београд почетком јула 1903. године, у кругу пријатеља из официрског кора сазнао је о великом незадовољству због осипљености завереника, њиховог пресудног утицаја на краља Петра, који је сматрао да им дугује долазак на престо, њиховог грубог мешања у политику владе, замашне чистке коју су проводили у војсци и, како је забележио у свом дневнику, „садање корупције и преторијанства”. „Ваља спасавати отаџбину” – била је мисао која му се тада уврежила у духу и која ће убудуће водити целокупан његов политички рад. Да би незадовољству међу официрима дао организовани изражај, Милан Новаковић је написао један проглас у којем је захтевано уклањање завереника из војске и њихово кажњавање за злочин варварског убиства краљевског пара да би се успоставио поремећени ред, повратио унижени углед земље и уздигао нарушени ауторитет владоца и законите владе. Због потписивања прогласа двадесет седам официра нишког гарнизона одговарало је пред војним судом, а Новаковић је био лишен чина и осуђен на две године утамничења.⁴

По изласку из затвора, Милан Новаковић се потпуно посветио борби против завереника. С неколицином угледних личности у јесен 1905. године основао је „Друштво за законско решење завереничког питања” и у програмском говору као основне поставке политичког деловања истакао: да некажњавање злочина и слављење краљеубица слабе спољнополитички положај Србије, угрожавајући остварење крупних националних интереса; да претензије завереника да се начине пресудним чи-

3 О. Поповић, *Парламентаризам у Србији од 1903. до 1914. године*, Београд 1998, стр. 204–207, 355–359.

4 Д. Васић, *Девејстиоирећа (мајски преврат)*, Београд 1925, стр. 183–193; Д. Живојиновић, *Краљ Петар I Карађорђевић*, II, Београд 1990, стр. 199, 201, 205–209.

ниоцем у државној политици руше ауторитет одговорне владе; најзад, да темељни принцип државног живота – остварење закона – не допушта некажњивост злочина.⁵ Његов лист „За Отаџбину” постао је чувен по радикалној критици режима који је постао заточник недодирљивости завереничких вођа, а он је као уредник и писац носећих чланака често био изложен полицијском прогону. Непуних годину дана од оснивања, Друштво је било растурено, лист угашен, а штампарија уништена упадом полиције.⁶

Карактер и судбину Милана Новаковића језгровито је представио истакнути првак напредне странке Војислав Маринковић у скупштинској расправи о одговорности за политичко убиство у затвору. У Новаковићевој занесености једном идејом, у његовој потпуној посвећености тој идеји и спремности да за њу све жртвује, било је нечег донкихотовског. „Могao је бескрајно да верује у једну ствар, да само у њу верује и да сам војује за њу ако је потребно и противу целог света.” Он је поново покренуо своје гласило, непрестано пишући о погубности некажњивости завереника и неопходности да кривично одговарају. Када ниједна штампарија више није хтела да га штампа, купио је властиту штампарију и сам издавао лист „За Отаџбину”, објављујући текстове због којих је био хапшен и осуђиван. Ни затвор, ни претње, ни сјајне понуде, ништа није могло да га заустави. И када се с њим никако није могло другачије изићи на крај, био је најзад ухапшен и просто убијен, „те се на тај начин свршило с тим политичким противником, који је сувише сметао”.⁷

1. Расправа о политичкој одговорности

Првог дана када се скупштина састала у јесењи сазив све три опозиционе странке поднеле су интерпелације због убиства у затвору управе града Београда, које су у присуству министра унутрашњих дела извршили органи управне власти.⁸ У интерпелацији Војислава Маринковића

5 Д. Васић, *наведено дело*, стр. 197–201.

6 Мада се полиција приликом спречавања јавног деловања противника завереника и гушења слободе политичке расправе у штампи о карактеру династијског преврата није много обазирала на законске прописе, за кажњавање писаца и судску забрану листова створен је и законски основ. Наиме, Законом о штампи из јануара 1904. године било је као кривично дело, кажњиво казном затвора до једне године и, кумулативно, високом новчаном казном, предвиђено „дражење противу појединих официра или класа официрских”, чиме су завереници постали законом заштићени од осуде почињеног атентата на владаоца и свака се јавна критика мајског преврата у ствари могла квалификовати као „злочин и преступ” – чл. 21. Закона о штампи од 12. јануара 1904. – *Зборник закона и уредаба. Пречишћено и систематски уређено издање*, I, Београд 1913, стр. 399–400.

7 НС, 1907–1908, 28. новембар 1907, В. Маринковић, стр. 115–116.

8 Одмах по избору скупштинског часништва влада је прибегла указном одлагању седница народне скупштине зарад стишавања узаврелих политичких страсти пред предстојеће општинске изборе, а опозиција је тај акт оценила као насиље и организовала велики протест, због којег је чак и војска била стављена у приправност. Интерпелације су у скупштини прочитане 22. новембра 1907. године.

испред напредне странке особито је наглашен политички карактер убиства. Околност да је убијен човек који је био политички истакнут и директор једног опозиционог листа, да је убијен од власти када се налазио у затвору и под нарочитом заштитом закона, ствара уверење да је реч о политичком убиству, за које је противзаконито затварање Новаковића било само припрема. Питање упућено министру унутрашњих дела било је: шта је предузео да са владе „скине страховиту сумњу да је ово убиство намерно приредила и накнадно одобрила?” Интерпелације Димитрија Илићановића и Косте Тимотијевића испред самосталне странке и либералних посланика на челу са Стојаном Рибарцем биле су упућене председнику министарског савета. Наглашавајући згражавање јавности у Србији и европског јавног мњења због убиства двојице притворених грађана у присуству, односно уз учествовање самог министра полиције, самосталци и либерали покренули су интерпелацијама питање политичке одговорности целокупног Пашићевог кабинета због прећутно изражене политичке солидарности са одговорним министром.⁹

У одговору на интерпелације, о којима је вођен јединствени претрес, председник министарског савета Никола Пашић истакао је на првом месту да је оцена законитости употребе оружја од полицијских органа ствар суда. Влада је са своје стране испунила дужност тако што је наложила судску истрагу. Његово је, пак, мишљење да је оружје употребљено сагласно закону, у вршењу дужности одржавања поретка, зарад спречавања нереда у затвору који је настао када су се Новаковићи домогли стражарског оружја, затворили се у собу и почели да пуцају. У погледу политичке одговорности министара пред скупштином изразио је став да у овом случају може бити речи једино о разматрању индивидуалне одговорности ресорног министра, с обзиром на то да влада као целина одговара само за она дела која би била учињена по решењу министарског савета.¹⁰

Министар унутрашњих дела Настас Петровић засновао је свој одговор на тврдњи да су Новаковићи погинули у борби са жандарима, коју су сами изазвали, затворивши се у стражарску собу и одатле пуцајући кроз прозор и на врата. У својству министра, како би се избегло да се побуна пренесе и на остале притворенике и спречила опасност од избијања нереда у престоници, јер се око зграде главне полиције била окупила маса света, пошто су одбили да се предају, он је издао заповест да се Новаковићи савладају живи. Када су врата собе у коју су се затворили пробијена, у пуцњави је прво било рањено неколико жандара, па су остали били принуђени да пуцају да би одбранили своје животе и Новаковићи су погинули. Право власти да употреби оружје против изгредника који руше мир и ред заснива се на закону. Расправа у скупштини – нагласио је – не би смела да прејудицира у овој ствари, о којој је у току истражни поступак пред редовним судом. Према начелима правне

9 НС, 1907–1908, 22. новембар 1907, стр. 36–37.

10 НС, 1907–1908, 27. новембар 1907, Н. Пашић, стр. 97.

државе и поделе власти, недопустиво је да парламент закорачује у надлежност судске власти.¹¹

У погледу разграничења парламентарног права контроле над радом министара и судске надлежности у материји министарске одговорности говорници опозиције убедљиво су оповргли став да скупштинска расправа представља прејудуцирање и закорачење у сферу надлежности судске власти. „Ретки су случајеви, као што је овај, где се толико огрешило о закон, да чак и суд може да казни одговорна лица” – истакао је Војислав Маринковић, изражавајући сумњу да министар у ствари покушава да избегне одговорност, заклањајући се иза суда, иако за дело које је учинио у својству министра не може да му суди редовни суд, будући да је то предмет министарске одговорности пред скупштином. Политичка одговорност, међутим, постоји и када нема судске одговорности. Насупрот Маринковићевом ставу о искључењу кривичне одговорности министара пред редовним судовима за дела учињена у вршењу службене дужности, самосталски посланик Димитрије Илиџановић образлагао је да уставним одређењем случајева парламентарне оптужбе министара није обухваћено дело убиства, те да је право на живот, које није наведено међу уставним правима грађана, стављено под заштиту кривичног закона. За убиство које министар учини у службеном својству он је одговоран по кривичном закону пред редовним судом, а парламент о томе може да решава одлучујући о имунитету на основу судског захтева. Када је пак реч о политичкој одговорности, ту парламент не подвргава министра одговорности због незаконитости него због нецелисходности рада, „за рђаву употребу власти”.¹²

Никаквог закорачења у домен судске власти не може бити када скупштина разматра рад министра с гледишта политичког и цени га на основу права контроле коју врши над радом извршне власти – образлагао је првак либерала Војислав Вељковић. За рад органа министарства скупштина повлачи на одговорност министра, који је политички одговоран за рад ресора којим руководи и онда када у догађају не би имао никаквог учешћа. Политичка одговорност остварује се на основу устава и цени према убеђењу скупштине, док се питање кривичне одговорности цени по одредбама кривичног закона и ствар је надлежности суда. Отуда, не може бити „никакве контрадикције” ни када би суд нашао да је министар у кривичноправном смислу неодговоран, а скупштина донела одлуку да је у политичком погледу одговоран и обрађањем министра дала санкцију свом убеђењу. Разматрајући политичку одговорност министра – закључио је Павле Маринковић, један од писаца Устава од 1901. испред напредне странке – скупштина као надзорна политичка власт процењује есенцијално политичка питања: да ли рад

11 НС, 1907–1908, 27. новембар 1907, Н. Петровић, стр. 97–101.

12 НС, 1907–1908, 27. новембар 1907, Д. Илиџановић, стр. 102–103; 28. новембар 1907, В. Маринковић, стр. 118–119.

министра доприноси угледу државе, да ли утврђује законитост, да ли повећава спокојство и ред у држави, речју, да ли је у интересу земље. Зато и постоји парламентаризам да се без већих потреса министри уклоне с дужности зарад „сатисфакције јавном мњењу”, онда када је неко дело изазвало неспокојство и узнемирење јавности. Тада је министар одговоран зато што је „због своје неумешности или недозрелости” нанео штету интересу земље и скупштина му изриче политичку санкцију изјавом неповерења.¹³

Пашићево становиште да се према парламентарном реду једино може поставити питање индивидуалне одговорности ресорног министра, док је влада одговорна онда када постоји решење министарског савета, председник самосталне странке Љубомир Стојановић с правом је оценио као потпуно неразумевање парламентаризма и односа министра према скупштини. Такво се разликовање индивидуалне и заједничке одговорности чланова кабинета чини уколико је реч о парламентарној оптужби министра за кривична дела и њиховој одговорности пред државним судом по Закону о министарској одговорности, али не и у погледу одговорности пред парламентом за политички рад чланова кабинета. „Убиства немају ресора, за њих одговара цела влада”, језгровито је закључио Војислав Маринковић, док је либерални посланик Михаило Ђорђевић нагласио да би у свакој другој држави после таквог догађаја „опстанак кабинета био немогућ”.¹⁴ Карактеристично је било повлачење из расправе председника владе који, противно парламентарним обичајима, уопште није долазио на седнице скупштине до закључења парламентарне расправе. Посланици опозиције такво Пашићево држање разумели су као „пилатовско прање руку”, напуштање министра због тежине оптужбе и отресање од одговорности. Запажено је и да су министарске клупе по правилу биле празне и да ниједан министар није узео реч у расправи, што је схваћено као својеврсна демонстрација става владе. Министар полиције остављен је да се сам брани, седећи усамљен за министарским столом. Председник владе могао је отклонити колективну одговорност кабинета – јединствен став опозиције исказао је Павле Маринковић – да је схватио своју дужност и уклонио министра, чиме би била закључена политичка димензија питања министарске одговорности. То што је министар унутрашњих дела остао у влади значи да председник министарског савета прима одговорност за то дело и то онда, сагласно начелу парламентаризма, повлачи солидарну одговорност чланова кабинета.¹⁵

13 НС, 1907–1908, 5. децембар 1907, В. Вељковић, стр. 246; П. Маринковић, стр. 250–252, 255.

14 НС, 1907–1908, 8. децембар 1907, Љ. Стојановић, стр. 272; 28. новембар 1907, В. Маринковић, стр. 116; 4. децембар 1907, М. Ђорђевић, стр. 229.

15 НС, 1907–1908, 3. децембар 1907, М. Лазаревић, стр. 214; 5. децембар 1907, Ж. Рафајловић, стр. 243; П. Маринковић, стр. 251; 8. децембар 1907, Д. Јоксимовић, стр. 275–276.

* * *

Иако је парламентарни претрес у поступку поводом интерпелација карактеристичан механизам остварења политичке одговорности министара, особена тежина дела – убиство политичког затвореника у присуству министра полиције и шефа престоничке управе – навела је говорнике опозиције да укажу и на важне елементе кривичне одговорности.

Неодрживост оправдавања убиства нужном одбраном с правног гледишта образложио је Коста Тимотијевић аргументом да нису постојали битни елементи појма нужне одбране – противправни напад и положај неизбежности. Други посланици указали су на чињенице које оповргавају тврдњу о нужној одбрани: према материјалним доказима, на Новаковиће је пуцано споља, кроз прозор, а да је реч о свирепом, дивљачком убиству потврђује обдукциони налаз, по којем је Милан Новаковић, већ пушчаним метком тешко рањен и онеспособљен, убијен из револвера када су жандари потом провалили у собу и „мародерски дотучен”. Правдање убиства дужношћу спречавања нереда до којих је могло доћи и који би могли угрозити безбедност грађана, Стојан Рибарац је показао неоснованим управо зато што је реч само о хипотетичној опасности, и то о једној претпоставци без икакве реалне подлоге. Остали притвореници били су мирни, а маса знатижељног света пред зградом није показивала никакве знаке готовости за неред. Мишљење да полиција уопште има право на меру као што је убиство назвао је варварским јер нити убиство може бити превентивна мера, нити полиција има право на репресивне мере.¹⁶

Већ у првим говорима подносилаца интерпелација као кључно издвојено је питање законитости употребе оружја. Право полицијских органа да употребе оружје нормирано је чланом 33. Закона о жандармерији, који за употребу оружја у случају савладавања отпора прописује услов немогућности да се отпор савлада „на леп начин”.¹⁷ Опозициони посланици доказивали су да је употреба оружја била противна закону јер није био испуњен законски услов да претходно буду исцрпени мирни начини. Полиција је само упутила позиве Новаковићима да се предају и није покушала било шта друго. Новаковићи су се налазили затворени у подрумској соби, с гвозденим решеткама на прозору окренутом ка малој, споредној улици и слепом зиду преко пута. Њихово пуцање је било потпуно безопасно. Довољно је било да се забрани пролаз том улицом и могло се чекати да испуцају метке, да се предају због глади и жеђи или, речима једног посланика, „требало је само једна кола камења да се тај прозор затвори а још једна кола земље па да се ни пуцањ не чује”. Наро-

16 НС, 1907–1908, 28. новембар 1907, С. Рибарац, стр. 113; 1. децембар 1907, Д. Пећић, стр. 153–154; 3. децембар 1907, К. Тимотијевић, стр. 218–219; 5. децембар 1907, Ж. Рафајловић, стр. 245.

17 Закон о жандармерији од 11. јуна 1884. – *Пречишћени зборник закона и уредаба*, I, Београд 1897, стр. 428–432.

чито поразно било је то што су и адвокати и рођени брат и пријатељи Новаковића, па чак и познати политичар Војислав Маринковић били одбијени када су тражили да посредују, уверени да ће их убедити да се предају. За прваке напредњака и либерала Маринковића и Рафајловића то је могло значити само једно – није се желело да се Милан Новаковић жив преда него се управо хтелo да буде убијен.¹⁸ Разумевајући да је незаконитост употребе оружја кључна за квалификацију дела и кривично-правно одређење одговорности, Драгутин Васић, један од ретких посланика радикалне странке који је говорио у расправи о интерпелацијама, заклањајући министра, представио је његову наредбу да се савлада отпор Новаковића као испуњење дужности да се поврати ред и мир у затвору. Начин пак на који је наредба министра била извршена ствар је увиђавности и одговорности органа који су наредбу извршили. Да ли су они поступали у складу са законом или су прекорачили границе овлашћења, то је питање које је само суд позван да оцени. Тај став усвојио је и министар Настас Петровић, казујући да, за разлику од посланика опозиције, он сматра да су подручни органи имали право да употребе оружје, али да за питање „које су границе лепим начинима” није меродавно мишљење ни министра ни посланика, него је то ствар судске оцене. Одговорност се пребацује на жандаре – приметио је Стојан Рибарац – зато што је првостепени суд поништио решење иследног судије о прекидању истраге, налазећи да је употреба оружја била нелегална.¹⁹

У расправи је било покренуто и питање одговорности за ометање истраге. Испоставило се да је било уклањања материјалних доказа: тела убијених Новаковића била су премештена, револвери жандара очишћени, а трагови метака на зиду уништени. Иако је прва дужност министра била да зарад ваљане истраге удаљи са дужности и непосредне извршиоце и њихове старешине, сви учесници, почев од шефа полиције и команданта жандармерије, до особља у управи града, остављени су на својим местима и могли су ометати истрагу. Као да је управо намера била да се осујети објективна истрага и утврђивање истине – закључили су либерални посланици Агатоновић и Вељковић. Особито је било сумњиво учешће бившег жандара Јешића, коме је, мада је и сам био притвореник у управи града, било дато оружје да пуца на Новаковиће, да би потом био пуштен на слободу и, како се сазнало, чак добио намештење у државној служби као чиновник у Ужицу.²⁰ Сумњиво је било и то што је у распису, који је после убиства у управи града ми-

18 НС, 1907–1908, 27. новембар 1907, Д. Илиџановић, стр. 102; 28. новембар 1907, В. Маринковић, стр. 116, 118; 1. децембар 1907, Д. Пећић, стр. 155–156; 3. децембар 1907, К. Тимотијевић, стр. 218; А. Нешић, стр. 220; 5. децембар 1907, Ж. Рафајловић, стр. 244.

19 НС, 1907–1908, 28. новембар 1907, С. Рибарац, стр. 113; 1. децембар 1907, Н. Петровић, 160; 4. децембар 1907, Д. Васић, стр. 235, 237; 10. децембар 1907, Н. Петровић, 310.

20 НС, 1907–1908, 28. новембар 1907, В. Маринковић, стр. 117; 1. децембар 1907, Р. Агатоновић, стр. 164; 5. децембар 1907, Ж. Рафајловић, стр. 245; В. Вељковић, стр. 246; 10. децембар 1907, П. Маринковић, стр. 298.

нистар упутио властима у унутрашњости зарад обавештавања грађана, било лажно представљено да су Новаковићи извршили самоубиство. За Стојана Рибарца то је био израз узнемирене савести, а за Војислава Вељковића намерно прављење смутње, не би ли се истрага упутила у погрешном правцу. Казивање Настаса Петровића да је извештај о самоубиству Новаковића добио из главне полиције није могло да објасни због чега нико није био позван на одговорност и зашто нико није био кажњен због ометања истраге и лажног извештавања.²¹

Посланици опозиције били су убеђени да је Милан Новаковић „био стављен ван закона” и држан у затвору главне полиције „као политички кривац”, не би ли се коначно онемогућило његово јавно деловање, које нису могли да зауставе ни бројне полицијске заплене, ни забрана његовог листа, ни рушења штампарије, ни осуда за штампарску кривицу. Он је био незаконито притворен по једној од полиције „спакованој и удешеној” приватној тужби, а његовом браниоцу чак није било допуштено да прегледа списе. Противзаконито је држан у полицијском притвору преко законског рока и није био упућен суду ни после јавног протеста супруге и адвоката и негодовања јавног мњења. Затварање у стражарску собу и пуцање кроз прозор зграде управе града био је очајнички покушај да се алармира јавност. Живојин Рафајловић прочитао је у скупштини драматичне делове писама Милана Новаковића супрузи из затвора, у којима је јављао о доласку завереничких вођа код управника Церовића, о страховању да ће уследити трагичан исход и, дан пре него што ће бити убијен, да му је судбина запечаћена: „Мени је решено, или предаја или гроб.”²² Излагање министра полиције само је потврдило политички карактер убиства. Настас Петровић је казивао како је као министар унутрашњих дела имао повода да сумња да Милан Новаковић ради на припреми преврата, нескривено испољавајући превратничке намере и у чланцима које је објављивао у свом листу. Прочитао је некакав Новаковићев проглас из затвора, до којег је полиција дошла после његове погибије, с планом преврата, који је требало да почне узбуном због пуцњаве у главној полицији.²³ Опозициони прваци оценили су „будалаштине о преврату” крајње опасним средством за одржавање на власти. Ако власт држи да има право да убија људе само зато што уображава да могу наступити неки већи нeredи – упозорио је Војислав Вељковић – ваља страховати да се не нађе неки министар са живљом маштом, који би дошао на помисао да тим начином уђутка и опозицију у скупштини.²⁴

21 НС, 1907–1908, 28. новембар 1907, С. Рибарац, стр. 110; 1. децембар 1907, Д. Пећић, стр. 156–157; 5. децембар 1907, В. Вељковић, стр. 246; 10. децембар 1907, Н. Петровић, стр. 313–314.

22 НС, 1907–1908, 28. новембар 1907, С. Рибарац, стр. 110, 114; 4. децембар 1907, М. Ђорђевић, стр. 227; 5. децембар 1907, Ж. Рафајловић, стр. 243–244.

23 НС, 1907–1908, 1. децембар 1907, Н. Петровић, стр. 159–160; 8. децембар 1907, Н. Петровић, стр. 271–272.

24 НС, 1907–1908, 3. децембар 1907, М. Лазаревић, стр. 215; 5. децембар 1907, В. Вељковић, стр. 248, 250.

* * *

Док се прваци напредњака и либерала нису устезали да власт оптуже за намеравамо и припремљено убиство једног политичког противника, чији радикализам у јавном деловању никако није успевала да стиша, самосталски посланици оптужили су министра Настаса Петровића да је недорастао положају и да се политичко убиство у затвору десило због његове неспособности, из пометње и страха. Можда најречитије у оптужби „влада која врши званична убиства” било је реторичко питање Стојана Рибарца, које је садржало и поразну осуду неприкосновености завереника против којих је Милан Новаковић повео фаталну борбу и моћи политичког круга који их је подржавао: „Да ли сваки режим мора да буде веран свом пореклу, и да ли се сваки режим мора одржавати оним истим начином на који је и постао?”²⁵

Представници опозиције позвали су скупштинску већину да се уздигне изнад партијских интереса. Убиством политичког противника у рукама власти почињен је најтежи и најопаснији злочин, чија би некажњеност уздрмала сам темељ законитости, ништећи веру у правни поредак. Када сваки министар може бити „сигуран да ће му сваку радњу скупштина одобрити” – упозорио је Павле Маринковић – „постаје скупштина излишна”. А ако „скупштина на своју власт абдицира”, основано је страховање да би онда било лакше примљено и ако се неком једног дана „прохте да нас растера”.²⁶ Влада већина, која је скупштинску говорницу у расправи препустила опозицији, страначки дисциплинована и равнодушна према изреченим оптужбама и доказима, колико год били засновани и непобитни, показала је на гласању поразно наличје већинског принципа. Јединствен предлог опозиционих странака, с мотивацијом одлуке о интерпелацијама која је садржала осуду министра и владе која се с њим солидарисала, био је одбачен већином радикалских гласова. Пошто је опозиција потом напустила скупштинску салу, већина радикалне странке изгласала је предлог о прелазу на дневни ред, који је значао изјаву поверења и председнику владе и министру унутрашњих дела, „остављајући суду на оцену одговорност управних органа ако би је било”. Исход гласања био је поразан, приказујући у једном одиста драматичном случају како безобзирни партијски интерес обесмишљава политичку одговорност министара, обезвређујући темељно начело парламентарне владе.²⁷

25 НС, 1907–1908, 28. новембар 1907, С. Рибарац, стр. 110, 114; В. Маринковић, стр. 115, 118, 121; 1. децембар 1907, Д. Пећић, стр. 154, 157, 159; 3. децембар 1907, М. Лазаревић, стр. 214; 5. децембар 1907, Ж. Рафајловић, стр. 244.

26 НС, 1907–1908, 27. новембар 1907, Д. Илиџиновић, стр. 103; 28. новембар 1907, С. Рибарац, стр. 114; 5. децембар 1907, П. Маринковић, стр. 254–255.

27 НС, 1907–1908, 10. децембар 1907, стр. 318–321; вид. О. Поповић, *наведено дело*, стр. 328–329.

2. Питање јурисдикције министарске кривице

Три године после парламентарне расправе о политичкој одговорности пред скупштином је било отворено питање кривичне одговорности Настаса Петровића, сада као бившег министра унутрашњих дела, за политичко убиство у затвору. У међувремену, извршним решењем од 12. маја 1908. године био је окончан поступак пред првостепеним судом за град Београд.²⁸ Одлучујући по оптужби иследног судије против Михаила Церовића, бившег управника града Београда, и Јанка Вукасовића, команданта жандармерије, за убиство Максима и Милана Новаковића 16. септембра 1907. године у полицијском притвору у управи града, првостепени суд је решењем обуставио поступак против Церовића и Вукасовића, нашавши да нема места њиховој кривичној одговорности. Према образложењу судског решења, одговорност Церовића и Вукасовића је искључена јер је суд на основу проведене истраге утврдио да се „убиство Новаковића јавило као последица директне заповести министра унутрашњих дела”.²⁹ Првостепени суд је нашао да постоје кривична дела убиства, инкриминисана кривичним закоником и кажњива као хотимична, без предумишљаја, која су била проузрокована противзаконитом употребом оружја, а ту је квалификацију дела и оцену нелегалности употребе оружја потврдио и касациони суд.³⁰ Према схватању суда, оцена питања о легалности употребе оружја била је искључиво дужност и одговорност министра, који на основу члана 1. Закона о јавној безбедности има право непосредне интервенције у случају нереда и овлашћење да издаје наредбе.³¹ Министрова наредба дата команданту жандармерије била је „категоричка, да се отпор по сваку цену има да савлада”, с генералним овлашћењем да се може употребити оружје. Допуном истраге утврђено је да је министар, такође, лично издао наредбу жандарима, изреком „да се притвореници Новаковићи или живи ухвате, а ако на жандарме пуцају да их жандарми *моју љобију*”, обећавајући им уједно, према сагласним исказима десеторице жандара, награду од 500 динара ако их живе савладају „или их *љобију*”³² (подвукла М. С.).

Утврдивши одговорност министра за издавање противзаконите наредбе чија је последица било кривично дело убиства, првостепени суд је закључио да истрага и суђење министрима нису у надлежности редовних истражних власти и редовних судова, и то је становиште усвојила општа седница касационог суда. Судско образложење, међутим, било је

28 Решење првостепеног суда за град Београд од 12. маја 1908, бр. 18143: прилог предлога оптужбе против Настаса Петровића, министра унутрашњих дела на расположењу од 17. марта 1911. – *Стенографске белешке народне скупштине*, редован сазив за 1910. годину, 18. март 1911, стр. 3–40.

29 *Истио*, стр. 38–40.

30 *Истио*, стр. 28, 39.

31 *Истио*, стр. 11, 19, 33.

32 *Истио*, стр. 35–37.

врло натегнуто. Сматрајући да је убиством „поништено основно право, које проистиче из права личности човекове и које је основа свим осталим правима”, па и уставним правима грађана, суд је нашао да је наредбом министра „повређено уставно право личне слободе” гарантовано чланом 9. Устава. За повреду уставних права грађана од стране министра у вршењу службене дужности по одредбама Устава и Закона о министарској одговорности нису надлежне редовне власти и судови.³³

Пошто је у штампи објављено да је првостепени суд због ненадлежности за суђење министрима спровео сва акта судске истраге у том предмету влади на даљи рад, 29. октобра 1910. године шеф либералне странке Стојан Рибарац са друговима упутио је интерпелацију председнику министарског савета Николи Пашићу. Интерпелацијом је тражено да влада одреди своје гледиште о природи злочина за који се терети бивши министар унутрашњих дела – да ли сматра да је у питању обично кривично дело, које повлачи одговорност у редовном казненом поступку, или специјални министарски деликт, чије је процесуирање и кажњавање нормирано Законом о министарској одговорности? Такође, тражено је изјашњење владе о томе шта намерава да предузме у погледу остварења кривичне одговорности.³⁴ Расправа о тој интерпелацији либералне странке стављена је на дневни ред тек на скупштинској седници 17. марта 1911. године. Пашићев одговор био је да министарски савет, решавајући на седници владе поводом упућивања судских аката министру правде, није нашао да би требало да саветује круни да оптужи бившег министра, зато што су чланови кабинета о томе већ приликом раније парламентарне расправе заузели различита становишта. Додао је још да народној скупштини „стоји на расположењу” право парламентарне оптужбе министра и изјавио да влада прихвата прост прелаз на дневни ред.³⁵

У парламентарној расправи 1907. године прваци самосталне странке били су врло категорични у осуди министра полиције због политичког убиства у затвору и сматали су да за тај злочин треба да му буде суђено у редовном кривичном поступку. Радикали су пак налазили да у том случају нема места кривичној одговорности министра унутрашњих дела, а да у начелу министрима за кривична дела извршена у службеном својству по Закону о министарској одговорности може да суди само државни суд.³⁶ Како су две године касније, у октобру 1909. године, самостална и радикална странка образовале коалициону владу, та противстављена становишта сада су се исказала у виду подвојености у кабинету на једном изузетно важном правном и политичком питању.

Гледиште самосталских чланова владе образложио је министар правде Коста Тимотијевић. Уставом и Законом о министарској одго-

33 *Истио*, стр. 19–20, 23–25, 40.

34 НС, 1910–1911, 29. октобар 1910, стр. 4–5.

35 НС, 1910–1911, 17. март 1911, Н. Пашић, стр. 1–2.

36 НС, 1907–1908, 27. новембар 1907, Д. Илићановић, стр. 103; 3. децембар 1907, К. Тимотијевић, стр. 217; 4. децембар 1907, Д. Васић, стр. 235.

ворности таксативно су наведени службени деликти за које министри одговарају пред државним судом, док за сва остала дела кажњива по кривичном закону, која би учинили у вршењу функције, министри одговарају пред редовним судовима. Кривично дело убиства не може се подвести под деликте који су Законом о министарској одговорности изузети из надлежности редовних судова. Самосталски министри зато нису могли да саветују круни да оптужи бившег министра државном суду за дело које је у јурисдикцији редовних судова. Он је такође упутио скупштину да она може да оптужи Настаса Петровића по Закону о министарској одговорности и да тако изазове решење државног суда о ненадлежности, а онда и обавезујуће тумачење закона у сукобу надлежности. Тај став самосталских министара поновио је и министар Јаша Продановић. Додао је још да убиство не може бити обухваћено појмом службеног дела, него се увек има сматрати да је министар убиство учинио као приватна личност.³⁷

Становиште радикалне странке о питању јурисдикције министарских кривица изложили су Драгутин Васић и Никола Узуновић. Према Васићевом тумачењу, надлежност државног суда за утврђивање одговорности Настаса Петровића заснива се на двојаким основу. У начелу, за деликте које би учинили у службеном раду министре може дати под суд само скупштина и може им судити једино суд састављен по Закону о министарској одговорности. Ако уопште у овом случају има кривичне одговорности, јурисдикција редовних судова искључена је још и због тога што дело не представља обичан злочин него деликт политичке природе. Никола Узуновић је прихватио да природа деликта није сасвим поуздан критеријум разграничења надлежности државног суда и редовних судова, јер има случајева када питање политичке или кривично-правне природе радње једног министра може бити спорно. Оно што је неспорно јесте да када један министар, вршећи своју званичну дужност, учини неко дело, учинио га је вршећи министарску функцију и онда може да одговара само по Закону о министарској одговорности. Радња Настаса Петровића била је свакако радња званична, службена, извршена у својству министра, а према мишљењу радикала и једно „еминентно политичко дело”.³⁸

Политички карактер министарске кривице нагласио је иследни судија Радомир Филиповић, указујући на то да дело за које се поставља питање одговорности Настаса Петровића јесте издавање наредбе да се употребом оружја поврати нарушени јавни ред и мир. Ако је он у својству министра унутрашњих дела дао допуштење за незакониту употребу оружја због које су Новаковићи погинули у сукобу са органима власти, реч о повреди уставних права грађана за коју је министар одговоран пред државним судом, по Закону о министарској одговорности. Одлучујући о предлогу оптужбе, народна скупштина треба да

37 НС, 1910–1911, 17. март 1911, К. Тимотијевић, стр. 4; Ј. Продановић, стр. 41.

38 НС, 1910–1911, 17. март 1911, Д. Васић, стр. 13–14; Н. Узуновић, стр. 35–37.

расправи темељно питање – да ли ће се у земљи допустити анархија или је власт позвана да штити општу вољу и да оне који устају против опште воље сузбија у границе закона. На политичкој природи министарске кривице инсистирао је и Настас Петровић. Само народна скупштина као оптужна власт може да цени да ли је наредба за употребу оружја била у границама закона или не и да ли, уколико су наредбом прекорачене законске границе, министар треба да буде оптужен пред државним судом. Установом парламентарне оптужбе министара уставотворац је управо хтео да као основно мерило за оцену министарске одговорности буде постављен државни интерес а не законитост. У државном животу могу да настану околности када министар може да изађе изван граница закона и парламент га тада ослобађа кривице ако је незаконитост почињена зарад важног државног интереса. Најважније питање које у скупштини треба да се „једанпут рашчисти” јесте питање да ли министри могу да одговарају када ради мира, реда и безбедности у земљи употребе оружану силу. То је питање од пресудне важности за очување младог демократског режима у Србији, успостављеног после деценија реакционарне и погубне владавине, јер „има знакова који почињу казивати, да демократија није умела упражњавати власт онако како треба да упражњава”, без зазирања од одлучне и строге употребе уставне власти и законских овлашћења.³⁹

Прваци либерала Војислав Вељковић и Михаило Ђорђевић сматрали су да је убиство извршено у затвору по наређењу министра полиције дело криминалне природе, обичан злочин који повлачи одговорност пред редовним судовима. Како се, међутим, редовни суд, указујући на кривичну одговорност Настаса Петровића, огласио ненадлежним да му као министру суди, то је судско решење обавезујуће за све, па и за министре у влади и скупштинску већину, који немају права нити да закљоне нити да разреше кривца од одговорности.⁴⁰ Војислав Маринковић је у име напредне странке нагласио да је првенствено дужност владе да оптужењем бившег министра унутрашњих дела пред државним судом судској одлуци да „санкцију”, а ако она то не учини, да је онда то дужност скупштинске већине. Живојин Перић је упозорио да је дужност скупштине да оптужи Настаса Петровића, за чију су кривичну одговорност за злочин убиства судским решењем утврђени докази, и да би она „прекорачила границе своје власти” када поред такве судске оцене не би подигла оптужбу. Како је услед протекла рока застарелости министарске кривице од пет година ово последњи скупштински сазив у којем је оптужење Настаса Петровића могуће, ако скупштина не би употребила своју оптужну власт, она би заправо „судила у самој ствари његову кривицу” и преузела на себе одговорност да га ослободи јер му за почињени злочин више никада не би могло бити суђено.⁴¹

39 НС, 1910–1911, 17. март 1911, Р. Филиповић, стр. 19–20; Н. Петровић, стр. 26–27.

40 НС, 1910–1911, 17. март 1911, В. Вељковић, стр. 15–16; М. Ђорђевић, стр. 31–32.

41 НС, 1910–1911, 17. март 1911, В. Маринковић, стр. 12; Ж. Перић, стр. 25, 30, 38.

* * *

Постављањем питања поверења влади, интерпелацијом либерала поново је било отворено питање домашаја принципа колективне политичке одговорности. У парламентарној расправи о одговорности министра Настаса Петровића 1907. године, када је на власти био хомогени радикалски кабинет, став о колективној министарској одговорности опозициони прваци заснивали су у основи на логици концепта кабинетског система, образлажући начело министарске солидарности као нужну консеквенцу парламентаризма са хомогеним кабинетом и издвојеним положајем председника министарског савета. Иако на челу једне странацки хомогене владе, Никола Пашић је тада стао на становиште да евентуално може бити речи само о политичкој одговорности ресорног министра, заступајући принцип индивидуалне министарске одговорности као начелно решење парламентаризма.

Интерпелација либералних посланика сада је била упућена Пашићу као председнику једне коалиционе владе. Због тога је и становиште о солидарној одговорности чланова кабинета било засновано на значају питања које је предмет парламентарне расправе о политичкој одговорности. Обавеза владе да предложи оптужење бившег министра – наглашено је у интерпелацији – проистиче из њене дужности да се стара о заштити основних права грађана и одржању основа државног поретка. Како је испуњење те дужности општи задатак сваке владе и по томе солидарна одговорност свих министара, пасивност владе у погледу оптужења Настаса Петровића за злочин убиства повлачи колективну одговорност кабинета.⁴² Пашић је био свестан да због подвојености у кабинету и разилажења странака владине већине у погледу става о одговорности Настаса Петровића приликом гласања о интерпелацији влада не може да на том питању од скупштине добије изричиту изјаву поверења. У име кабинета изјавио је зато да ће прост прелаз на дневни ред влада сматрати довољним изразом потпоре парламентарне већине. Додао је још и да ће различито изјашњавање посланика странака владине већине о евентуалном предлогу парламентарне оптужбе влада сматрати једино изразом њиховог личног уверења, које нема значење одрицања подршке коалиционом кабинету. Након Пашићеве изјаве о примању простог прелаза на дневни ред као довољног израза парламентарне потпоре, Стојан Рибарац је као подносилац интерпелације предложио мотивацију која је заправо значила изјаву неповерења – да скупштина очекује да влада, пошто је утврђена његова кривична одговорност, оптужи Настаса Петровића надлежном суду на основу овлашћења краља из члана 136. Устава о праву оптужбе министара.⁴³

Посланици опозиције били су сагласни у ставу да подвојеност у кабинету у погледу оптужења бившег министра повлачи колективну по-

42 НС, 1910–1911, 29. октобар 1910, стр. 4–5.

43 НС, 1910–1911, 17. март 1911, Н. Пашић, стр. 2; С. Рибарац, стр. 3.

литичку одговорност владе. Правдање самосталаца да они као слабији партнер у коалицији нису у положају да могу да наметну јединствен став о одговорности Настаса Петровића критиковано је као пуки изговор. Првак либерала Војислав Вељковић подсетио је да су самосталски министри знали да изазову кризу владе и на питањима од неупоредиво мање важности, попут додељивања каквог ситног приреза неком округу или министарству, поводом којих су раније правили кабинетско питање. Питање пак кривичне министарске одговорности за политичко убиство у затвору суштинско је питање правне државе. Остајући солидарни са радикалским члановима кабинета, самосталци такође примају одговорност за политику владе која обезбеђује некажњивост злочина. Михаило Ђорђевић оптужио је самосталце да зарад голе власти желе да изиграју интерпелацију, залажући се за парламентарну оптужбу бившег министра свесни да ће већина радикалских посланика у скупштини бити довољна да приликом гласања онемогући његову судску одговорност. Морална је дужност самосталских министара – нагласио је – да изађу из владе и развргну коалицију која један политички злочин оставља некажњен.⁴⁴

Преклапање сфера индивидуалне и колективне министарске одговорности у случају Настаса Петровића означио је првак напредњака Павле Маринковић. Док се налазио на челу ресора унутрашњих дела, Настас Петровић био је свакако политички одговоран за убиство противника режима у затвору. Иако тада радикалска већина није допустила да изјавом неповерења министар полиције буде оборен у скупштини, јавно мњење је према увиђању опозиције несумњиво изрекло његову политичку осуду. Политичку одговорност коју је тада, солидарисући се са ресорним министром, примио радикалски кабинет, остајући ипак на власти вољом страначке већине у парламенту, сада, пошто је суд утврдио кривичну одговорност Настаса Петровића, као коалициона странка примају и носе и самосталци који са радикалима деле власт. Приликом образовања коалиционог кабинета они су истицали да у владу улазе као „морална жандармерија”, да обезбеде пуно поштовање начела законитости. Како је утврђивање законитости у земљи било основна мотивација коалиције, питање одговорности за политички злочин поставља се и као програмско питање коалиционог кабинета. Дужност самосталских министара зато је или да принуде владу да у погледу кривичне одговорности бившег министра обезбеди извршење закона или да изађу из владе.⁴⁵

Гледишта опозиционих посланика исказана у овој скупштинској расправи одражавају преовлађујуће схватање међу српским политичарима о облицима политичке одговорности министара у парламентаризму. Индивидуална одговорност министара и колективна одговорност кабинета разумевају се као два допуњујућа вида министарске одговорности, која у парламентарном систему постоје упоредо. Политичка

44 НС, 1910–1911, 17. март 1911, В. Вељковић, стр. 16–17; М. Ђорђевић, стр. 32–33.

45 НС, 1910–1911, 17. март 1911, П. Маринковић, стр. 39–40.

одговорност ресорног министра начелно се увек примењује као принципијелно решење остварења парламентарне контроле рада извршне власти. Упоредо са индивидуалном одговорношћу, било ресорног министра, било солидарно свих министара за одлуке министарског савета, конвенцијама система парламентарне владе опредељен је и круг питања која повлаче и колективну политичку одговорност кабинета. Пре свега, то су питања која по својој природи спадају у општи задатак сваке владе и по начелима парламентаризма чине сферу одговорности кабинета у целини. Потом, то су она питања која су саставни део програма једне владе. За програмска питања министри у кабинету увек солидарно одговарају јер је на програму с којим је дошла на власт влада изворно и добила парламентарно поверење. Најзад, у сферу колективне министарске одговорности спадају и сва крупна политичка питања, а нарочито они случајеви поводом којих би оштра поларизација у скупштини и узбуна јавности учинили опстанак једног кабинета неодрживим.

Став опозиције да је подвојеност у влади на једном крупном политичком питању разлог за одступање кабинета који за његово решавање носи колективну одговорност у начелу је усвојио и Милорад Драшковић, испред самосталаца. Према парламентарним обичајима, тада би слабији коалициони партнер требало да напусти владу и већинској странци препусти да образује други, хомогени кабинет, који би у свим питањима од општег или државног интереса заступао јединствен став и за то примио колективну политичку одговорност пред скупштином. Оправдање за остајање самосталских министара у влади, иначе, услед разилажења њених чланова на једном крупном политичком питању несагласно парламентарном реду, Драшковић је нашао у томе што је народна скупштина, једнако као и влада из иницијативе круне, овлашћена да оптужи министра. Питање остварења кривичне министарске одговорности, неспорно од општег интереса, самостална странка није поставила као кабинетско питање зато што оно није само предмет старања владе него је и у надлежности саме скупштине. Мотивација коју је предложио – да скупштина прима к знању одговор владе и, с обзиром на члан 136. Устава по којем право оптужбе министара имају и народна скупштина и краљ, прелази на дневни ред⁴⁶ – имала је исто политичко значење као и прост прелаз на дневни ред за који се у одговору на интерпелацију zaloжио председник владе. Парламентарна расправа окончала би се гласањем којим се влади не би изразило неповерење и њено би одржање на власти остало у оквирима парламентаризма.

Као председник владе Никола Пашић је на крају скупштинске дебате о либералној интерпелацији изјавио у име кабинета да прима Драшковићев предлог као довољан изражај парламентарне потпоре влади. И поред разилажења у коалиционом кабинету на питању кривичне одговорности бившег министра полиције, Пашићево прихватање Драшковићевог предлога омогућило је да владина већина у скупштини

46 НС, 1910–1911, 17. март 1911, М. Драшковић, стр. 33–34.

приликом гласања о интерпелацији остане јединствена. Пошто је претходно био одбачен предлог Стојана Рибарца који је имао јасно значење изјаве неповерења, великом парламентарном већином коју су чинили посланици коалиционих странака радикалне и самосталне био је усвојен Драшковићев предлог прелаза на дневни ред.⁴⁷ После више од три године, остајући без икакве санкције, тиме је коначно била закључена политичка страна министарске одговорности у драматичном случају политичког убиства у затвору. Превага партијског интереса над поступатом политичке одговорности, слабост инхерентна парламентаризму са изразитим страначким обележјем, рано се исказала и у нашој парламентарној пракси.

3. Скупштинска разрешница

Истог дана када је на гласању о интерпелацији влада добила подршку скупштинске већине, двадесет опозиционих посланика на челу са Стојаном Рибарцем поднело је предлог оптужбе Настаса Петровића државном суду.⁴⁸ Парламентарној расправи о том предлогу, која је почела 18. априла 1911. године, биле су посвећене три скупштинске седнице. Премда је сада коначно било решавано о питању кривичне одговорности бившег министра и иако је оптужба била несумњиво правно утемељена, подржана судијском квалификацијом дела и оценом кривичноправне одговорности и у расправи поткрепљена исцрпном и уверљивом аргументацијом, политички разлог и партијски интерес пресудно су утицали да приликом гласања предлог оптужбе буде одбачен. У погледу самог разумевања установе парламентарне оптужбе у расправи су била исказана дубоко супротстављена гледишта: схватање права оптужења и као својеврсне скупштинске разрешнице министарских кривица наспрам схватања парламентарне оптужбе као гаранције правне државе.

У критичним тачкама своје одбране Настас Петровић се позвао на есенцијално политичке критеријуме којима скупштина ваља да се руководи када изриче оцену министарске радње. Главна мерила парламентарне оцене министарске кривице треба да буду државни интерес и начело целисходности. Очување реда и безбедности у земљи као највиши државни интерес и очување ауторитета државне власти као разлог целисходности кључни су за оправдање употребе оружја од стране државне власти. Сама пак оцена када наступа моменат да државна власт употреби оружану силу, без бојазни од судске одговорности и без огрешења о дужност чувања безбедности грађана и мира и реда у земљи, у суштини је дискреционе природе и као таква подлеже политичкој оцени парламента, а не правничком судском испитивању. У супротном би државна власт постала слаба и немоћна, а њен би ауторитет био урушен.⁴⁹

47 НС, 1910–1911, 17. март 1911, стр. 43.

48 Предлог оптужбе против Настаса Петровића, министра унутрашњих дела на расположењу од 17. марта 1911. – НС, 1910–1911, 18. март 1911. (прилог).

49 НС, 1910–1911, 18. април 1911, Н. Петровић, стр. 3, 7.

Више радикалских говорника такође је истакло начело целисходности као темељни принцип на којем почива установа кривичне министарске одговорности. Илија Илић је образлагао да су одређена службена дела министара управо због тога изузета из јурисдикције редовног кривичног правосуђа што се по природи министарске функције старања о општем интересу и сама оснивају на начелу целисходности. Зато је и право оптужења за те министарске кривике поверено парламенту као политичком телу, које о њима просуђује са становишта општег интереса. Политички карактер скупштине као оптужне власти – нагласио је и професор права Драгољуб Аранђеловић – управо опредељује гледиште разматрања министарске кривике. Питање кривичне оптужбе министара посланици треба да цене не само са правног становишта, него треба о њему да расуђују и као политичари, имајући у виду државни интерес. Према речима Николе Узуновића, изузимајући министарске кривике из надлежности редовних судова, уставотворац је нарочито хтео да одлучивање о њима пренесе на један форум који чине лаици. Смисао оптужења у скупштини јесте у томе да народни посланици као оптужна порота министарска дела просуђују према схватању и посматрању обичног човека, који не познаје законске параграфе, али од државне власти пре свега очекује да обезбеди ред и поредак и земљу поштеди удара и метежа.⁵⁰

Схватање радикалских говорника да право парламентарне оптужбе подразумева могућност да скупштина, просуђујући министарску радњу са становишта државног интереса, ослободи министра кривичне одговорности, оспорио је професор права Живојин Перић. Државни интереси свакако су меродавни када се закони доносе, „али кад је закон донесен и када се он примењује, онда ту не може више бити речи о државном интересу, те да се, по том основу, допусти и оправда гажење закона, што значи да изнад и поред законитости нема другог, ни већег државног интереса”. Када се са министарске клупе у народној скупштини изрекне да парламент може да ослободи министра и онда када погази закон, када се, дакле, говори о праву на незаконитост – упозорио је Перић – управо то представља најтежу повреду државног интереса – рушење саме идеје законитости, која је темељна за правну државу, али је такође и животни принцип сваке државе. Смисао поверавања скупштини права оптужења министара није у томе да се уведе политички критеријум у оцену министарских кривица. Разлози нормирања тог изузетног начина стављања у покрет механизма кривичне министарске одговорности су, према Перићевом схватању, посве други: да се рад највиших органа извршне власти ослободи олаког и учесталог потрзања министара на суд тужбама појединаца и да се очува ауторитет власти који би био нарушен ако би сваки грађанин могао непосредно да тужи министра као да је обичан полицијски писар. Сврха института парла-

50 НС, 1910–1911, 19. април 1911, И. Илић, стр. 5; 18. април 1911, Д. Аранђеловић, стр. 17; 20. април 1911, Н. Узуновић, стр. 14.

ментарне оптужбе подразумева зато дужност скупштине да се, када решава о оптужењу министара, подвргне истим законским ограничењима којима подлежу редовне оптужне власти. Како се у одређеним фазама поступка оптужења скупштина налази у положају извршне власти која врши претходно ислеђење, проводи кривичну истрагу и подиже оптужницу, она је тада, као и све државне власти којима је поверено извршавање закона, строго везана законским прописима. Ако би погазила закон само зато што против њене одлуке нема правног средства, народна скупштина би учинила најгрубљу злоупотребу власти. Ако би се десило да пуком вољом радикалске већине у скупштини буде одбачен предлог оптужбе, те се упркос квалификацијама и доказима садржаним у приложеном судском решењу да постоји кривично дело убиства за које је одговоран бивши министар полиције, спречи чак и парламентарна истрага, било би потпуно јасно – закључио је Перић – да је партијски интерес уздигнут изнад и законитости и државног интереса.⁵¹

Ваља на крају поменути и сликовито казивање самосталског посланика Симе Катића, који је цео случај представио онако како га је доживело јавно мњење. Милан Новаковић је убијен у затвору зато што се никако другачије није могло зауставити његово упорно писање по новинама о одговорности извршиоца мајског преврата, па су неки од вођа завереника по свом касарнском менталитету решили да се с њим сврши једном за свагда. Суд је пак нашао да за то убиство нису криви ни управник града Церовић, ни командант жандармерије Вукасовић, ни жандари, ни стражари, него да је крив одбегли Јешић, притвореник који се баш тада нашао да одржава ред у београдској полицији, да би после добио заштиту у српском конзулату у Скопљу, као да га гоне пећки Арнаути, а не да бежи од српске владе и њених закона. И да је крив Настас Петровић, који пред редовним судом не може одговарати, а чија одговорност пред државним судом зависи од воље скупштинске већине. Од када је први закон о министарској одговорности био донет у Србији, ниједан министар није био осуђен, мада је било окривљених и кривих, а још много више оних који су заслужили да буду кажњени. Тако ни Настас Петровић, заклоњен страначком дисциплином радикалских посланика, неће одговарати пред судом.⁵²

Према Закону о министарској одговорности о предлогу оптужбе министра одлучивано је тајним гласањем, а предлог је био одбачен ако скупштина већином гласова присутних посланика реши прост прелаз на дневни ред.⁵³ Приликом гласања по окончању парламентарне расправе број гласова – 82 за прелаз на дневни ред и 60 против⁵⁴ – показао је према распореду партијских снага у скупштини да се владина већина поделила, те да су самосталци заједно са опозицијом гласали за предлог

51 НС, 1910–1911, 19. април 1911, Ж. Перић, стр. 5, 7–10.

52 НС, 1910–1911, 19. април 1911, С. Катић, стр. 21–24.

53 Закон о министарској одговорности од 30. јануара 1891. (чл. 16–17), *Пречишћени зборник закона и уредаба*, I, стр. 83–88.

54 НС, 1910–1911, 20. април 1911, стр. 42.

оптужбе бившег министра полиције, који је пак био одбачен већином гласова радикалских посланика. Влада, међутим, како је то Пашић био најавио још у одговору на либералну интерпелацију, да се различито изјашњавање посланика странака владине већине о оптужењу Настаса Петровића неће сматрати одрицањем подршке коалиционом кабинету, није нашла да због тога треба да да оставку. Тако је овај сложени случај паралелног покретања питања и политичке и кривичне министарске одговорности, особен по томе у нашој парламентарној повести, био окончан без икакве одговорности, било ресорног министра, било кабинета који се с њим солидарисао и заклонио га од одговорности.

*Prof. dr Mirjana Stefanovski**

MINISTERIAL RESPONSIBILITY. THE CASE OF NASTAS PETROVIĆ 1907–1911

Summary

Concerning the dramatic assassination in the prison in 1907 in the Assembly were initiated the questions of political and criminal responsibility of minister in office and collective responsibility of the government. In November and December 1907 and in March and April 1911 an comprehensive discussion took place during parliamentary debates concerning two interpellations and the motion of accusation. Party leaders, among which were some excellent intellectuals and respective scholars, expressed on those occasions their conceptions on important questions of ministerial responsibility: mutuality of legal and political responsibility, delimitation of the spheres of individual and collective responsibility, solidarity of homogeneous cabinets and coalition governments, delimitation of jurisdictions of the State court and ordinary criminal judiciary, the nature of ministerial guilt and principles and criteria of parliamentary accusation. Parliamentary debate of those questions reflected a developed comprehension of notion of ministerial responsibility as fundamental principle of parliamentary government and guaranty of constitutionality and legality. In spite of that the result of voting on interpellations and on the motion of accusation demonstrated in case of Nastas Petrović that party discipline prevailed over both conventions of parliamentary system and idea of legality. Led by party interest Radical party parliamentary majority protected the minister of nonconfidence vote and subsequently of accusation and also by parliamentary support kept in power both Pašić's cabinets.

Key words: Ministerial political responsibility. Parliamentary accusation. Jurisdiction over ministerial guilts.

* Mirjana Stefanovski, PhD. Professor of Law, Faculty of Law University of Belgrade. This article is the result of research within the project *Perspectives of Implementation of European Standards in the Serbian Legal System* (179059), supported by the Ministry of Education, Science and Technological development.

ЈЕДНА (НЕ)ЕВРОПСКА ОДЛУКА УСТАВНОГ
СУДА СРБИЈЕ
ИЛИ
„О ГРАНИЦАМА СЛОБОДЕ ПАРЛАМЕНТА
И ЗАШТИТИ ГРАЂАНА ОД ЊЕГОВЕ
СВЕМОЋИ”¹

Апстракт

Уставни суд Србије се у веома великом броју предмета суочава са питањем оцено уставности закона који су донети на ваљан, Уставом прописан начин, али је за подносиоце захтева, иницијативе или предлога, за оцену њихове уставности уједињена садржина појединих решења која су у њима садржана. Иако је одговарајућом уставном нормом законодавац овлашћен да уреди одређену област или одређени однос, пред Уставним судом неретко се јавља потреба да оцени усклађеност таквог законског решења у суштини са одређеним уставним начелима или са појединим уставом ујемченим корисом људских права и слобода. Иако се улога законодавца у поступку доношења предметног закона у таквим случајевима не може довести у питање, сјорно је решавање Уставног суда да је само решење за које се законодавац определио „ствар законодавне воље”, односно да представља процењено „целисходно поступање” доносиоца закона, у коме је садржана одлука посланичке већине, која у том својству има легитимитет доносиоца одлуке. Уколико би се Уставни суд у појединостима клонио оцено уставности закона осјорених зарад њихове садржине, односно конкретне законодавчевог решења које подносиоци сматрају решењем које суштински криши важећи Устав, функција уставног правосуђа била би поједино обесмишљена, а мисија Уставног суда као чувара Устава бијно ујрожена. На примеру једне од-

* Др Оливера Вучић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду и судија Уставног суда Србије. Рад је резултат истраживања у оквиру пројекта *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије* (179059), који подржава Министарство науке Републике Србије.

1 Овај наслов преузет је од великог познаваоца уставноправних питања, угледног уставног теоретичара Јована Стефановића, који је тако насловио свој рад објављен давне 1924. године. Идеје које су представљене у овом раду очувале су своју актуелност безмало једно столеће и вредне су помена с обзиром на данашње поступање представничког тела приликом вршења законодавне функције. Дакле, Ј. Стефановић, „Границе слободе парламента и заштита грађана од његове свемоћи”, *Полиција*, свеске из новембра, бр. 21 и 22, стр. 812. и даље и из децембра, бр. 23 и 24, стр. 881. и даље, 1924.

луке Уставног суда Републике Србије анализирана су нека њиђања у вези са слободом парламенџа у вршењу законодавне власти и улоом Уставног суда у заштити грађана од последица њеног вршења.

Кључне речи: Границе слободе парламенџа. Уставни суд. Законодавна ђолиђика.

„Одржање парламенџа у границама његове слободе јесте одржање рада парламенџа у границама уставних ђринциђа и народне воље, која се јавља као резултат ђиђиђе схвађања морала и ђравде.”

Када се пред Уставним судом Србије током ове године нашла оцена уставности Закона о изменама и допунама Закона о парничном поступку („Службени гласник РС”, број 111/09), изнова је, у расправи вођеној на седници Суда, отворено питање граница „законодавне мођи парламента”. Ближе, реч је о питању односа Уставног суда према уставним одредбама којима је уређено питање овлашђења законодавца, Народне скупштине Републике Србије, да на основу члана 97. тачке 2 Устава Републике Србије законом уређује одређене области и односе. У разумевању тог уставног овлашђења неретко се, поводом различитих уставносудских предмета, међу судијама води расправа о примереној и оправданој улози Уставног суда у оцени да ли је законодавац, поступајући сагласно том овлашћењу, прекршио Устав. Како су и народно представништво, коме је Уставом поверена улога носиоца уставотворне и законодавне власти, и Уставни суд, који је по слову Устава самосталан и независан државни орган који штити уставност и законитост и ђудска и мађинска права и слободе, под важећим Уставом и у обавези да устав који је на снази поштују, постављено питање се јавља као изразито сложено, што изузетно умањује могућност лаког и брзог одговора. Другим речима, ако се пође од чињенице да је законодавац властан да законом уреди одређену област или однос, јер то представља законодавну политику на делу и процену законодавца (односно посланичке веђине која је својим гласом стала иза одређеног законског решења), као „највишег представничког тела” (члан 98 Устава Републике Србије), да је управо такво поступање целисходно и, у најширем смислу, оправдано, без обзира на садржину законског решења, улога уставног правосуђа била би сведена у оквире који би водили њеном потпуном обесмишљавању. Тако би сваки закон, донет на ваљан начин, применом овога става био заштићен од оцене Уставног суда. Међутим, како и сама законодавна политика нужно мора да се креће у границама важећег Устава, да буде сагласна основним начелима која су у њему садржана и обезбеђивати ђудска и мађинска права и слободе које су Уставом ујемчене, на Уставном суду је да утврди да ли се законодавац доношењем неког од закона огресио о те Уставом постављене границе и утврђену меру ђудских и мађинских права и слобода.

Исцрпан приказ поменуте Одлуке Уставног суда у овом раду, као и издвојеног мишљења двеју судија које су, између осталих, гласале против ње, послужиле као основ за једну малу расправу о питању законодавне слободе парламента и могућностима уставног правосуђа за деловање у смислу оцене граница те слободе.

Дакле, Уставни суд је на седници од 14. марта 2013. године одлучивао о уставности Закона о изменама и допунама Закона о парничном поступку. Већином гласова донео је Одлуку IУз-2/2010 којом је утврдио да одредба члана 55. став 2. Закона о изменама и допунама Закона о парничном поступку („Службени гласник РС”, број 111/09), у делу који гласи: „изјављеним пре ступања на снагу овог закона”, у време важења, није била у сагласности са Уставом и са потврђеним међународним уговором (тачка 1. изреке); одбио је захтев за утврђивање неуставности и несагласности са потврђеним међународним уговором одредаба чл. 38. и 51. и члана 55. став 1. Закона из тачке 1. (тачка 2. изреке); одбацио је захтев за оцену међусобне сагласности одредаба члана 55. Закона из тачке 1. са „основним начелима” истог закона и тих одредаба са ставом Врховног суда Србије утврђеним на седници од 5. октобра 2005. године, као и захтев за „измену закона”; (тачка 3. изреке), и одбацио захтев за обуставу извршења појединачног акта или радње која је предузета на основу одредаба члана 55. Закона из тачке 1. (тачка 4. изреке).²

Иако сам, као и неколицина других судија, гласала против Одлуке у целини, у овом раду бавићу се разлозима свог противљења везаним за одбијање Уставног суда захтева за утврђивање неуставности и несагласности са потврђеним међународним уговором одредаба члана 38. и 51. оспореног Закона, којима је повећан цензус за изјављивање ревизије у парничном поступку.³

2 Пут поступања Уставног суда у решавању овога предмета текао је на следећи начин: Уставном суду поднето је више иницијатива за покретање поступка за оцену уставности одредаба члана 55. Закона о изменама и допунама Закона о парничном поступку („Службени гласник РС”, број 111/09). Уставни суд је поводом тих одредаба Закона закључио, на седници одржаној 24. фебруара 2010. године, да се иницијативе доставе на мишљење Народној скупштини, сагласно одредби члана 33. став 2. Закона о Уставном суду („Службени гласник РС”, бр. 109/07 и 99/11). Накнадно приспеле иницијативе којима су оспорене исте одредбе члана 55. Закона спојене су овом предмету полазећи од одредаба члана 42. ст. 1. и 2. Пословника о раду Уставног суда („Службени гласник РС”, бр. 24/08, 27/08 и 76/11). Иницијатива којом се оспоравају одредбе чл. 38, 51. и 55. истог закона и која је првобитно припојена предмету IУз-351/2009, такође је, на основу члана 42. став 3. Пословника о раду Уставног суда, раздвојена од тог поступка и припојена овом предмету IУз-2/2010. Та иницијатива, као и накнадно приспеле иницијативе, нису достављане на мишљење Народној скупштини. Оцена уставности одредаба чл. 38. и 51. Закона није тражена у односу на конкретну одредбу Устава, а оцена уставности одредаба члана 55. Закона је тражена у односу на чл. 3, 20, 21, 32, 36. и 197. Устава, као и на „доминантно право гарантовано Европском конвенцијом уз Протокол 1 и 11 те члан 6. став 1. и чл. 13, 14. и 17”. У појединим иницијативама тражена је и обустава извршења оспорене „одредбе члана 55. Закона”.

3 Видети у истом смислу сачињено заједничко издвојено мишљење судија Катари-не Манојловић Андрић и др Босе Ненадић, објављено у „Службеном гласнику РС”, број 53/2013.

У образложењу ове Одлуке наводе се разлози оспоравања одредбе члана 38, односно одредбе члана 51. Закона о изменама и допунама Закона о парничном поступку, којима је измењен члан 394, односно члан 486. Закона о парничном поступку из 2004. године, којима су утврђени услови за изјављивање ревизије и према којима ревизија није дозвољена ако вредност предмета спора побијаног дела правноснажне **пресуде** не прелази динарску противвредност 100.000 евра на дан подношења тужбе, односно којим је прописано да ревизија у привредним споровима није дозвољена ако вредност предмета спора побијаног дела правноснажне пресуде не прелази износ од 300.000 евра у динарској противвредности. Као такви, наведени су следећи разлози: овом одредбом је стављен ван снаге члан 394. основног Закона, а претпоставка за изјављивање ревизије неоправдано је повећана за чак 21 пут; укинута је могућност изјављивања ревизија у појединим врстама грађанских спорова, која је постојала по члану 394. став 4. основног Закона; дискриминишу се како странке у парничном поступку слабијег имовинског стања, тако и странке чија имовина има различиту вредност с обзиром на локацију где се имовина налази; ревизија ће бити недоступна већини грађана, а тиме и неефикасан и неделотворан правни лек, што је супротно члану 36. став 2. и члану 97. став 1. тачка 6. Устава, односно таквим решењем је ускраћено и право на правично суђење и право на једнаку заштиту права и на правно средство из члана 32. и члана 36. став 1. Устава; и коначно, таквом одредбом је неуставно одређена девизна клаузула у еврима у динарској противвредности, чиме законодавац доводи у сумњу стабилност динара и крши углед земље.

Поступајући у овом предмету Уставни суд је, сагласно одредбама Закона о Уставном суду и Пословника о своме раду, приспеле иницијативе, најпре, доставио на мишљење Народној скупштини, а потом је, након добијања одговора Народне скупштине, као доносиоца оспореног акта, оценивши да су уставноправна питања која су се поставила поводом оценое уставности оспорених одредаба Закона била од ширег уставноправног значаја, одржао консултативни састанак са стручњацима из материје грађанског процесног права.⁴

4 Оцењујући основаност разлога за оспоравање одредаба Закона о изменама и допунама Закона о парничном поступку, а полазећи од наведених одредаба Устава Републике Србије и Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, као и садржине поднетих иницијатива, Уставни суд је 12. јула 2012. године донео Решење о покретању поступка за утврђивање неуставности и несавесности са потврђеним међународним уговором одредаба чл. 38, 51. и 55. Закона о изменама и допунама Закона о парничном поступку („Службени гласник РС”, број 111/09). То решење је достављено Народној скупштини ради давања одговора поводом покретног поступка и остављен је рок за давање одговора од 60 дана, али Народна скупштина овога пута није доставила одговор. У Решењу о покретању поступка Уставни суд је оценио да се могу поставити као спорна следећа уставноправна питања: прво, да ли су оспорене одредбе чл. 38. и 51. Закона довеле у питање смисао и суштину овог ванредног правног средства које је установљено законом, односно да ли из члана 97. тачка 2. Устава следи овлашћење законодавног органа да уређујући остваривање и заштиту слобода и права грађана слободно и неограничено уреди систем ванредних правних средстава којима се врши контро-

У одговору Законодавног одбора Народне скупштине од 2. децембра 2010. године, поводом навода појединих иницијатора да се повећаним новчаним износима вредности предмета спора за које је дозвољено изјављивање ревизије, крши право на једнаку заштиту права и на правно средство утврђено чланом 36. Устава, истиче се да се одредбом члана 36. став 2. Устава гарантује право на жалбу или друго правно средство против одлуке којом се одлучује о нечијем праву, као и да је Законом о парничном поступку предвиђена жалба као редован правни лек који се може изјавити без ограничења против свих пресуда или других одлука суда којима се окончава поступак, чиме се поштује право гарантовано у члану 36. став 2. Устава. Затим, да је ревизија према Закону о парничном поступку ванредно правно средство, које се подноси против правноснажних судских одлука, у законом одређеним случајевима, што значи да је против такве одлуке већ одлучивано у другом степену по редовном правном леку и да, будући да Устав гарантује само право на редовно правно средство, оспореном одредбом закона то право није нарушено. У вези са наводима из иницијатива да се оспореном одредбом Закона укида стечено право на изјављивање ревизије, наводи се да је вредност предмета спора само један од услова који је неопходан за изјављивање ревизије, а да је други неопходан услов да је одлука против које се изјављује ревизија правноснажна. Из тога се закључује да се право на изјављивање ревизије стиче тек по правноснажности одлуке, ако су испуњени други услови прописани законом, а не тренутком подношења тужбе, па сагласно томе, како се у мишљењу наводи, не стоји навод из иницијатива да је оспореном одредбом Закона повређено стечено право на подношење ревизије.

Поступајући у овој спорној правној ствари и разматрајући релевантне одредбе закона који је оспорен и уставних норми на којима су законска решења заснована, Уставни суд је утврдио да је Закон о парничном поступку („Службени гласник РС”, број 125/04) којим су била уређена правила поступка за пружање судске правне заштите по којима се поступа и одлучује приликом решавања грађанскоправних спорова из личних, породичних, радних, трговачких, имовинскоправних и других грађанскоправних односа, осим спорова за које је посебним законом

ла законитости правноснажних судских одлука, а тиме и услове за њихово изјављивање? Друго, да ли законско уређивање дозвољености ревизије, за разлику од жалбе која је уставна категорија и која је свакоме зајемчена чланом 36. став 2. Устава, може трпети сваку врсту ограничења како у погледу врсте спора, тако и у односу на висину тужбеног захтева поводом кога се ревизија може изјавити? Треће, да ли се повећањем цензуса за изјављивање ревизије у оспореним одредбама чл. 38. и 51. Закона дерогира Уставом утврђена улога Врховног касационог суда, будући да су знатно смањене могућности изјављивања ревизије, те да ли се на тај начин ограничава право на приступ суду, што је и елемент права на правично суђење из члана 36. Устава? Четврто, да ли је оспореним одредбама чл. 38. и 51. Закона установљена дискриминација по основу имовног стања и локације имовине, те дерогирана права зајамчена чланом 19. и чланом 21. ст. 2. и 3. Устава, чиме је такође ускраћено и право на правично суђење и право на једнаку заштиту права и на правно средство, из члана 32. и 36. Устава?

предвиђена друга врста поступка, и који је ступио на снагу 22. фебруара 2005. године, прописивао у члану 394. да против правноснажне пресуде донесене у другом степену странке могу изјавити ревизију у року од 30 дана од дана достављања преписа пресуде (став 1), да ревизија није дозвољена о имовинскоправним споровима кад се тужбени захтев односи на потраживање у новцу, на предају ствари или извршење неке друге чинидбе, ако вредност предмета спора побијеног дела правноснажне пресуде не прелази 500.000 динара (став 2), да ревизија није дозвољена о имовинскоправним споровима кад се тужбени захтев не односи на потраживање у новцу, предају ствари или извршење неке друге чинидбе, ако вредност предмета спора не прелази 500.000 динара (став 3), да је изузетно, и кад се ради о тужбеном захтеву из ст. 2. и 3. овог члана, ревизија увек дозвољена – 1) у парницама о праву на издржавање или о праву на укидање издржавања, 2) у споровима о праву на накнаду штете због изгубљеног издржавања услед смрти даваоца издржавања, 3) у имовинским споровима који настану из противуставних и противзаконитих појединачних аката и радњи којим се правна или физичка лица зависно од седишта, односно пребивалишта стављају у неравноправан положај на јединственом тржишту или на други начин нарушава јединство тржишта, укључујући и парнице о накнади штете, која се тим проузрокује, 4) у споровима због повреде ауторског права, заштите и употребе проналаска и техничких унапређења, узорака, модела и жигова, фирме или назива, као и у споровима из нелојалне утакмице и монополистичких понашања кад се не односе на имовинскоправни захтев (став 4), а у члану 486. – да ревизија у привредним споровима није дозвољена ако вредност предмета спора побијеног дела правноснажне пресуде не прелази 2.500.000 динара, с тим што је ревизија у привредним споровима увек дозвољена у споровима из члана 394. став 4. тач. 3. и 4. овог закона.

У погледу решења садржаних у оспореном Закону о изменама и допунама Закона о парничном поступку („Службени гласник РС”, број 111/09), који је ступио на снагу даном објављивања у „Службеном гласнику Републике Србије”, односно 29. децембра 2009. године, Уставни суд је, поред осталог, утврдио: у Закону о парничном поступку („Службени гласник РС”, број 125/04) у члану 1. реч: „трговачких” замењена је речју: „привредних” (члан 1); оспореним чланом 38. измењен је члан 394. наведеног закона, тако да гласи: „Против правноснажне пресуде донесене у другом степену, странке могу изјавити ревизију у року од 30 дана од дана достављања преписа пресуде” (став 1.). „Ревизија није дозвољена у имовинскоправним споровима кад се тужбени захтев односи на утврђење права својине на непокретностима, потраживање у новцу, предају ствари или извршење неке друге чинидбе, ако вредност предмета спора побијеног дела не прелази динарску противвредност од 100.000 евра по средњем курсу Народне банке Србије на дан подношења тужбе” (став 2). „Ревизија је увек дозвољена када је то посебним законом одређено” (став 3); оспореним чланом 51, у члану 486. истог закона став

1. речи: „2.500.000 динара” замењене су речима: „динарску противвредност од 300.000 евра по средњем курсу Народне банке Србије на дан подношења тужбе”, док је став 2. брисан.⁵

Уставни суд је, поступајући на уобичајен начин, наводе подносилаца иницијатива везане за питање (оспорене) уставности Закона о изменама и допунама Закона о парничном поступку проценио с обзиром на одредбе Устава Републике Србије. Тако је, опет, сагласно устаљеној пракси, пошао и овога пута врло широко, наводећи бројне одредбе Устава, почев од владавине права као основне претпоставке Устава, која почива на неотуђивим људским правима и остварује се, између осталог, уставним јемствима људских и мањинских права, поделом власти, независном судском влашћу и повиновањем власти Уставу и закону (члан 3); да уређење власти почива на подели власти на законодавну, извршну и судску (члан 4. став 2); да су општеприхваћена правила међународног права и потврђени међународни уговори део правног поретка Републике Србије и непосредно се примењују, да потврђени међународни уговори морају бити у складу с Уставом (члан 16. став 2); да се људска и мањинска права зајемчена Уставом непосредно примењују, те да се приликом ограничења Уставом зајемчених права не сме задирати у суштину зајемченог права (члан 18. ст. 1. и 2); да јемства неотуђивих људских и мањинских права у Уставу служе очувању људског достојанства и остварењу пуне слободе и једнакости сваког појединца у праведном, отвореном и демократском друштву, заснованом на начелу владавине права (члан 19); да људска и мањинска права зајемчена Уставом могу законом бити ограничена ако ограничење допушта Устав, у сврхе ради којих га Устав допушта, у обиму неопходном да се уставна сврха ограничења задовољи у демократском друштву и без задирања у суштину зајемченог права, да се достигнути ниво људских и мањинских права не може смањивати, да су при ограничавању људских и мањинских права сви државни органи, а нарочито судови, дужни да воде рачуна о суштини права које се ограничава, о важности сврхе ограничења, о природи и обиму ограничења, о односу ограничења са сврхом ограничења и о томе да ли постоји начин да се сврха ограничења постигне мањим ограничењем права (члан 20); да свако има право на једнаку законску заштиту, без дискриминације, да је забрањена свака дискриминација, непосредна или посредна, по било ком основу... (члан 21); да свако има право на судску заштиту ако му је повређено или ускраћено неко људско или мањинско право зајемчено Уставом, као и право на уклањање последица које су повредом настале (члан 22. став 1); да свако има право да независан, непристрасан и законом већ установљен суд, правично и у разумном року, јавно расправи и одлучи о његовим правима и обавезама, основаности сумње која је била разлог за покретање поступка, као и о оптужбама против њега (члан 32. став 1); да се јемчи једнака заштита права пред судовима и другим државним органима, као и да свако

5 Оспорени Закон је престао да важи 1. фебруара 2012. године, даном ступања на снагу новог Закона о парничном поступку („Службени гласник РС”, број 72/11).

има право на жалбу или друго правно средство против одлуке којом се одлучује о његовом праву, обавези или на закону заснованом интересу (члан 36); да се јемчи мирно уживање својине и других имовинских права стечених на основу закона, да право својине може бити одузето или ограничено само у јавном интересу утврђеном на основу закона, уз накнаду која не може бити нижа од тржишне, да се законом може ограничити начин коришћења имовине (члан 58. ст. 1. до 3); да Република Србија уређује и обезбеђује, између осталог, остваривање и заштиту слобода и права грађана, поступак пред судовима и другим државним органима (члан 97. тачка 2); да је Врховни касациони суд највиши суд у Републици Србији (члан 143. став 4); да судску одлуку може преиспитивати само надлежни суд, у законом прописаном поступку (члан 145. став 4); да закони и други општи акти донети у Републици Србији не смеју бити у супротности са потврђеним међународним уговорима и општеприхваћеним правилима међународног права (члан 194. став 5).

Сасвим је логично, и једино оправдано, очекивање да се тако велики број наведених одредаба Устава нађе у образложењу Одлуке које прати изреку јер се само тако може оправдати разлог њиховог набрајања. Другим речима, наведене уставне норме морале би се наћи у функцији доказивања „налаза” Уставног суда, односно одлуке која ће бити донета, иначе њихово навођење губи сваки смисао. По моме суду, и ову Одлуку Уставног суда прати једна карактеристика која представља стандардну мањкавост велике већине одлука које Уставни суд доноси, а то је навођење импресивног броја уставних норми од којих се полази у анализи оспорене уставности једног акта, чак једног мање-више стандардног „списка”, који потом, у образлагању и доказивању, сасвим изузетно и оправда своје навођење у смислу одлучног аргумента. Тако је и овде био случај. Већина одредаба Устава која је поменута у претходној анализи уставног текста која би требало да послужи потпунијем сагледавању (не)уставности оспореног акта у тексту образложења које следи није до-
била претпостављени значај.⁶

6 Треба напоменути да је Уставни суд пошао и од чињенице да је чланом 6. став 1. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода утврђено да свако, током одлучивања о његовим грађанским правима и обавезама, има право на правичну и јавну расправу у разумном року пред независним и непристрасним судом, образованим на основу закона. Затим, да је чланом 13. исте конвенције утврђено да свако коме су повређена права и слободе предвиђене у овој конвенцији има право на делотворан правни лек пред националним властима, без обзира на то да ли су повреде извршила лица која су поступала у службеном својству, и да је чланом 14. Европске конвенције утврђено да се уживање права и слобода предвиђених у овој конвенцији обезбеђује без дискриминације по било ком основу, као што су пол, раса, боја коже, језик, вероисповест, политичко или друго мишљење, национално или социјално порекло, веза с неком националном мањином, имовно стање, рођење или други статус. На крају, чланом 1. став 1 Протокола уз Европску конвенцију утврђено је да свако физичко и правно лице има право на неометано уживање своје имовине, да нико не може бити лишен своје имовине, осим у јавном интересу и под условима предвиђеним законом и општим начелима међународног права.

На основу свега изложеног поставља се питање закључака до којих је Уставни суд дошао.

Најпре, тражећи одговор на питање да ли су оспорене одредбе чл. 38. и 51. Закона довеле у питање смисао и суштину ревизије као ванредног правног лека, Уставни суд је оценио да „из наведених одредаба Устава неспорно следи овлашћење законодавног органа да уређујући остваривање и заштиту слобода и права грађана, као и поступак пред судовима, а тиме и парнични поступак – односно правила поступка за пружање судске заштите по којима се поступа и одлучује приликом решавања грађанскоправних спорова из личних, породичних, радних, привредних и других грађанскоправних односа – уреди и систем правних средстава којима се врши контрола законитости судских одлука, а тиме и услове за њихово изјављивање”. Иако овај исказ сматрам неспорним, од суштинске важности је да већ на овом месту истакнем да овлашћење законодавца које произлази из наведене уставне норме подразумева, по моме суду, само онакво законодавно деловање којим ће се успоставити услови за изјављивање правних средстава којима се врши контрола законитости судских одлука којима неће бити нарушена Уставом зајемчена људска права и слобода, као и правила поступка за пружање судске заштите. Следеће што Уставни суд констатује у образложењу ове Одлуке, и што такође сматрам неспорним, јесте да „у парничном поступку постоје редовни и ванредни правни лекови, при чему, за разлику од жалбе која је уставна категорија и која је свакоме зајемчена чланом 36. став 2. Устава, обавеза прописивања тростепеног поступка не проистиче из Устава, те законско уређивање дозвољености ревизије може трпети ограничења како у погледу врсте спора, тако и висине тужбеног захтева поводом којих се ревизија може изјавити”.⁷ У прилог потврде изреченог става у образложењу Одлуке Уставни суд је истакао да „слично произлази и из праксе Европског суда за људска права, који се изјашњава да ни члан 6. став 1. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода не приморава државе чланице да успоставе апелационе или касационе судове, а ако их ипак успоставе, онда се таквом суду мора омогућити да може да одлучи о спору који се тиче утврђивања субјективних грађанских права и дужности. Услови за

7 И судије које су издвојиле своје мишљење не споре „да право на правно средство из члана 36. став 2. Устава, пре свега, гарантује двостепеност у одлучивању о правима и обавезама кроз право на жалбу, док су ванредна правна средства у домену законодавне политике“, да је „приступ парничних странака највишој судској инстанци (је) свуда ограничен, па је такав случај и у Републици Србији“ и да „нема сумње да законско уређивање дозвољености ревизије може трпети ограничења – како у погледу разлога за њено изјављивање, тако и у погледу врсте спора, као и висине тужбеног захтева поводом кога се ревизија може изјавити“. Али, те судије су одмах изричито истакле да се „никако не могу сагласити са ставовима изнетим у Одлуци (који ће касније уследити – примедба О. В.) да је приступ суду трећег степена резервисан само за изузетне ситуације“, да оспореним изменама и допунама Закона „право на изјављивање ревизије није постало недоступно, већ мање приступачно“ и да је то „сагласно са овлашћењима законодавца из члана 97. тачка 2. и члана 99. тачка 7. Устава“.

подношење ревизије (*appeal on points of law*) могу, међутим, бити строжи од оних који се траже за подношење жалбе (видети одлуку *EM LINIJA D.O.O. v. Croatia*, представка број 27140/03, одлука од 22. новембра 2007. године, став В 2), односно Европски суд сматра да је легитиман циљ постигнут када се имовински цензус за обраћање Врховном суду повећа како би се избегло претерано оптерећење таквог суда случајевима мање важности (видети *Case of Brualla Gómez de la Torre v. Spain*, представка број 26737/95, пресуда од 19. децембра 1997, став 36).⁸

Чини се да је Уставни суд, прецизније део судија који је подржао ову Одлуку, овде превидео неколико важних, за спорну правну ствар можда и пресудних чињеница. Тако се у цитираним одлукама Европског суда за људска права каже да „услови за подношење ревизије могу, међутим, бити строжи од оних који се траже за подношење жалбе”, односно да овај Суд сматра да је „легитимни циљ постигнут када се имовински цензус за обраћање Врховном суду повећа како би се избегло претерано оптерећење таквог суда случајевима мање важности”. Напомињемо да су те одлуке донете у контексту одређених, од ових предвиђених Законом који се оцењује, битно различитих вредности предмета спора и да морају бити тумачене сагледавањем конкретних околности случајева које је решавао Европски суд за људска права. Истраживања која су дата у образложењу Одлуке Уставног суда управо су показала да је прописана вредност спора у Србији једна од највиших, што је показатељ од примарног значаја за садржину донете Одлуке.

Разлика између судија који нису гласали за ову Одлуку и оних који су је подржали огледа се управо у разумевању права законописца да потпуно слободно, без уважавања читавог низа релевантних чинилаца као опредељујућих, одреди меру увећања степена, односно појачања строгости услова за подношење ревизије, као и његовог права да слободно процени увећање имовинског цензуса за обраћање Врховном суду, како би га заштитио од претераног оптерећења споровима мање важности. Иако је деловање законодавца на уређењу тих питања његова Уставом утврђена надлежност, остаје спорно да ли је у овом случају она остварена на начин којим су доведена у питање, па чак и нарушена горе поменута начела уставног уређења и наведена људска права. Или, друкчије речено, да ли је мера предузете заштите Врховног суда извршена о трошку интегритета уставом утврђених начела – од владавине права па надаље, и одређеног корпуса људских права зајемчених Уставом, чиме би Устав неспорно био прекршен?⁸

8 Такође, у образложењу је наведено да се слично тај суд изјашњавао и у неким поступцима против Републике Србије, наводећи, као пример следеће: „Мишљење је Суда да је Врховни суд тежио легитимном циљу и да је постигнута разумна сразмера између употребљених средстава и циља коме се тежило. Посебно, примењени законски праг није представљао неоправдано мешање у право подносиоца на приступ суду. То је био легитиман и разуман процесни захтев, имајући у виду саму суштину улоге Врховног суда да се бави стварима изузетне важности.“ (Видети, на пример, пресуду у предмету *Добрић и ројив Србије*, представке бр. 2611/07 и 15276/07,

У образложењу Одлуке се закључује да „иако су Законом о изменама и допунама Закона о парничном поступку, односно оспореним одредбама чл. 38. и 51, биле знатно смањене могућности изјављивања ревизије, Уставни суд је оценио да је правноснажност институт процесног права који је установљен у интересу правне сигурности, а да је приступ суду трећег степена резервисан само за изузетне ситуације”, из чега, по ставу Уставног суда, следи „да наведеним изменама и допунама Закона о парничном поступку право на изјављивање ревизије није постало недоступно, већ мање приступачно”, што све доводи Уставни суд до оцене да је „одређивање висине вредности предмета спора као претпоставке за пружање ревизијске заштите и прописивање изузетка од тог правила када је то посебним законом одређено... сагласно (је) с овлашћењима законодавца из члана 97. тачка 2. и члана 99. тачка 7. Устава”.

У вези са овом оценом већине судија Уставног суда да анализираним изменама и допунама Закона о парничном поступку *право на изјављивање ревизије није постало недоступно већ мање приступачно*, судије Манојловић Андрић и Ненадић су се у свом издвојеном мишљењу с правом запитале: „Које је то право приступачно у земљи у којој је око 30% радно способног становништва без запослења, у којој је просечна плата запослених око 400 евра месечно и у којој већина грађана у току целог радног века не може да заради износ који представља ревизијски цензус”. Настављајући своје образложење, ове судије су поставиле и питање имовинских добара која „могу уживати заштиту у ревизијском поступку ако цена станова површине 60 м² у већини места у Србији не прелази износ од 50.000 евра, а правична накнада за ар пољопривредног земљишта која се исплаћује власницима у поступку експропријације најчешће представља динарску противвредност од 100 евра”, да би закључиле да се „с обзиром на висину спорних ревизијских цензуса, сам по себи, намеће (се) одговор да је приступ суду највишег степена постало право и привилегија богатих, односно сликовито речено речником Одлуке – само оних изузетних”, као и да се, по њиховом суду, „за право на изјављивање ревизије прописано оспореним одредбама чл. 38. и 51. Закона никако не може рећи да је мање приступачно него раније, већ да је приступачно малом броју грађана и привредних субјеката, а да је за већину у потпуности неприступачно”.⁹

пресуда од 21. јуна 2011. године, ст. 51. и 54. и пресуду у предмету *Јовановић против Србије*, представка број 32299/08, пресуда од 2. октобра 2012. године, став 48). Али, иако у вези са овим примером Уставни суд напомиње, сасвим овлаш, као да је напомена од другоразредне важности, да чак не мора ни бити учињена, јер њено помињање не мења ништа у суштини ствари, да је тада цењена одредба Закона о парничном поступку „додуше... вредност предмета спора била поставила на износ од 500. 000 динара“, он ипак закључује да је „смисао тог образложења остао актуелан и данас“. И даље, да „овакво законско ограничење могућности приступа Врховном суду кроз утврђену минималну вредност предмета спора представља разумно ограничење прописано у складу са јавним интересом ефикасне судске заштите права и потребе да се поступак пред судовима оконча у разумном року“.

9 У наставку свог написа, ове судије су истакле да „тржишне вредности стварних права на непокретностима у Србији, а то је ноторно, не зависе само од површине,

У истом смислу изјаснила се и проф. др Весна Ракић Водинелић у свом експертском мишљењу припремљеном за консултативни састанак одржан у Уставном суду у коме је истакла следеће: „У томе је опасност превисоко постављене ревизијске суме, о којој законодавац није водио рачуна, чиме је озбиљно довео у питање не само апстрактну правну једнакост, већ и право сваког на једнаку правну заштиту без дискриминације из члана 21. ст. 1. и 2. Устава. Уједно, тиме се доводи у питање право на једнакост правне заштите пред судовима из члана 36. став 1. Устава. Мора се имати у виду и то да тржишна вредност није исто што и егзистенцијална вредност одређеног субјективног права, поготово када је реч о стварном праву на непокретностима. Ризик превисоке ревизијске суме није само правна несигурност, већ и правна неједнакост узрокована личним својствима, као што је место пребивалишта и имовинско стање. А, таква је забрањена чланом 21. став 3. Устава.”

У већ навођеном издвојеном мишљењу двеју судија, К. Манојловић Андрић и Б. Ненадић, које потпуно подржавам, истиче се да је ревизија до 1977. године била редовни правни лек, а од тада постаје најзначајнији ванредни правни лек у парничном поступку и закључује да се „ради, дакле, о устаљеном законском институту нашег правног поретка о коме је увек одлучивао највиши суд у Републици Србији” – најпре Врховни суд Србије, а од 1. јануара 2010. године Врховни касациони суд, и да су законске претпоставке за подношење ревизије у грађанскоправним споровима од 1977. године до данас мењане више пута. Истиче се, такође, да је заједничко свим овим изменама било „све веће ограничавање права на изјављивање ревизије”, које се „огледало у сужавању разлога за ревизију, повећању ревизијске суме (цензуса) у имовинскоправним споровима и смањивању броја спорова у којима је ревизија увек дозвољена без обзира на вредност предмета спора”.¹⁰ За последњих непуних пет

квалитета градње и опремљености, него у највећој мери од места у коме се налазе, тако да непокретности истих карактеристика у Београду и Сурдулици или Зајечару могу имати вишеструко различиту тржишну вредност. Чак ни право својине на згради или стану површине 100 м² у Београду неће увек уживати правну заштиту пред судом трећег степена у зависности од тога на којој се ближеј локацији налази, а камоли у неком мањем граду или селу у Србији“.

- 10 Ове судије, износећи драгоцене податке за одлучивање Уставног суда о овој спорној правној ствари, наводе да „уколико се посматрају само измене ревизијског цензуса у имовинскоправним споровима у општем парничном поступку у периоду од 1998. до 2009. године, може се констатовати: да је према Закону о изменама и допунама Закона о парничном поступку („Службени лист СРЈ”, број 12/98) ревизијска сума морала да пређе износ од 15.000 динара, а према Закону о изменама и допунама Закона о парничном поступку („Службени лист СРЈ”, број 3/02) износ од 300.000 динара; да је Законом о парничном поступку („Службени гласник РС”, број 125/04) тај износ повећан на 500.000 динара, а оспореном одредбом члана 38. Закона о изменама и допунама Закона о парничном поступку („Службени гласник РС”, број 111/09 – у даљем тексту: Закон) прописан је износ од 100.000 евра у динарској противвредности. Оспореним чланом 51. Закона ревизијски цензус је у привредним споровима са 2.500.000 динара повећан на износ од 300.000 евра у динарској противвредности.

година ревизијски цензус у општем парничном поступку повећан је, значи, двадесетоструко, а у привредним споровима чак дванаест пута. Како су у Одлуци Уставног суда наведени цензуси за ревизију у упоредном праву европских држава, као и у државама у региону, ово мало истраживање је показало да се износи крећу од 5.000 евра (на пример, у Црној Гори) до 30.000 евра (на пример, у Хрватској) за општи парнични поступак, односно од 16.000 евра (на пример, у Македонији) до 80.000 евра (на пример, у Хрватској) када је реч о привредним споровима. У Аустрији прописани цензус за ревизију износи 5.000 евра, у Немачкој 20.000 евра, али је у обема тим државама ревизија редовни, а не ванредни правни лек. Из приказаних података, по закључку већине судија Уставног суда које су својим гласовима подржале ову Одлуку, „произлази да се у погледу имовинског цензуса за изјављивање ревизије не може ништа посебно закључити из упоредног права, односно да нема сагласности међу државама које су регулисале ово питање у погледу законског уређивања дозвољености ревизије те да не постоји јединствен став у Европи који би могао бити релевантан и за законодавство Републике Србије”. Јасно је да поменути износи варирају, и да свака земља тражи и законом утврђује износ који сматра најприкладнијим с обзиром на низ чинилаца који утичу на тај институт и његову примену, али је исто тако јасно да је Република Србија својим решењем далеко искорачила испред велике већине ових земаља, чак испред свих чија су законодавна решења проучена, што непобитно указује на то да се наш законодавац није руководио стандардним параметрима прикладности висине износа за коју се определио. Зато је сасвим оправдано запитати се чиме се руководи српски законодавац и шта је таквим решењем желео да постигне.

На основу предочених података, судије потписнице Издвојеног мишљења и овога пута с правом су констатовале да су, „за разлику од судија Уставног суда које су гласале за Одлуку и из ових показатеља нису могли *ништа посебно закључити*, закључиле да је ревизијски цензус у Републици Србији у кратком временском периоду битно повећан и да је вишеструко већи него у економски јачим и богатијим земљама у региону, али и у земљама чланицама Европске уније Аустрији и Немачкој”, што, према њиховом мишљењу, „само по себи, отвара и бројна уставноправна питања, посебно имајући у виду да се Република Србија у члану 1. Устава дефинише као држава заснована на владавини права и социјалној правди”.

Када је реч о праву на приступ суду, Уставни суд је „подсетио” да „приступ суду никако не може значити приступ Врховном касационом суду, односно да, другим речима, право на приступ суду није апсолутно”. Истичући да је „приступ највишој судској инстанци свуда сужен, на различите начине” и позивајући се на пресуду Европског суда за људска права у случају *Golder*, из које произилази да „ограничење права на приступ суду мора бити засновано на закону, мора бити пропорционално како би се на тај начин постигло остварење легитимног циља и не сме да угрози суштину самог права о коме је реч” (*Case of Golder v. the United*

Kingdom, представка број 4451/70, пресуда од 21. фебруара 1975. године, ст. 26–36), Уставни суд је, применивши „овај стандард на конкретан случај оцене уставности оспорених одредаба Закона о парничном поступку”, закључио да је „ограничење приступа Врховном касационом суду засновано на закону; да прописивање објективно високог цензуса за изјављивање ревизије није угрозило остварење легитимног циља својом непропорционалношћу, будући да је суштинска позиција Врховног касационог суда да се бави само питањима од изузетне важности, а да је ограничење установљено на предвидив и транспарентан начин из кога је свакоме могло бити јасно на који начин ће се ово ванредно правно средство употребљавати; најзад, да ограничење не угрожава суштину самог права, имајући у виду да се надлежност Врховног касационог суда могла предвидети и другим ванредним правним средствима”.¹¹

Уставни суд је, такође, имао у виду и сопствену праксу, у којој је више пута изразио становиште да Закон о парничном поступку није искључивао посебну жалбу против решења којим апелациони суд утврђује да ревизија, изјављена на основу одредбе члана 395. Закона о парничном поступку ради уједначавања судске праксе, није дозвољена.¹² На крају, Уставни суд је констатовао „да је оспореном одредбом члана 38. Закона о изменама и допунама Закона о парничном поступку у ставу 3. члана 394. измењеног Закона уведена одредба према којој је ревизија увек дозвољена када је то посебним законом одређено (а то су ситуације

11 Поткрепљујући овај став, у даљем тексту образложења се истиче да је Закон о парничном поступку, чије су одредбе оспорене у овом уставносудском поступку, предвиђао још четири ванредна правна средства, при чему су се разлози за изјављивање појединих од тих ванредних правних средстава делимично и преклапали. То су били: директна ревизија (члан 389. Закона о парничном поступку), изузетно дозвољена ревизија по одобрењу апелационог суда (члан 395. Закона о парничном поступку), захтев за заштиту законитости (члан 413. Закона о парничном поступку) и предлог за понављање поступка (члан 422. Закона о парничном поступку). У погледу изузетно дозвољене ревизије, Уставни суд се, најпре, руководио чињеницом да је ова ревизија доступна свакоме, односно „да је управо ова ревизија начин да се дође до надлежности Врховног касационог суда, под условом да је потребно да се размотре правна питања од општег интереса, ради уједначавања судске праксе, као и када је потребно ново тумачење права“.

12 Другим речима, Уставни суд се изјаснио да апелациони суд у таквој ситуацији даје само првостепену оцену о томе да ли постоји потреба да Врховни касациони суд одлучује о ревизији и признао је право подносиоцима жалби да у посебном поступку побијају решење апелационог суда (видети, уместо свих других, Решење Уж-2233/2011 од 17. марта 2011. године). При томе, треба посебно имати у виду да апелациони суд даје само прелиминарну оцену да ли сматра да треба допустити изјављивање ревизије у датој правној ствари, што значи да том оценом Врховни касациони суд није и никако не може бити везан, односно да о питању да ли ће се допустити изузетна ревизија у споровима који завређују интервенцију Врховног касационог суда, у коначном исходу, дефинитивно и у последњој инстанци одлучује управо Врховни касациони суд. Наиме, то значи да је Врховни касациони суд увек у прилици да сам процени да ли се у конкретном случају ради о изузетно дозвољеној ревизији, односно да ли се ревизијом покрећу правна питања од општег значаја или питања која су од значаја за уједначавање судске праксе или ново тумачење права.

које предвиђају, на пример, Закон о раду, Закон о забрани дискриминације, Породични закон итд.), што значи да је право на изјављивање ревизије било објективно проширено у односу на одредбе о ревизији у Закону о парничном поступку које су оспорене у овом уставносудском поступку”.¹³

Уставни суд је, потом, истражио и наводе да су изменом цензуса поводом ревизије иницијатори изгубили право на ревизију коју су стекли у тренутку подношења тужбе тако што су сами дефинисали вредност спора, као и да им је у складу са тим обрачуната висока судска такса. Поводом тога, Уставни суд је констатовао да се право на изјављивање ревизије не стиче тренутком подношења тужбе, како се погрешно тумаче одредбе Закона о парничном поступку, већ се право на ревизију стиче тренутком доношења правноснажне другостепене пресуде. Из тога следи да се доступност ревизије као ванредног правног лека не може оцењивати у односу на вредност предмета спора коју су одредиле саме странке у време подношења тужбе, односно која је, уз примену принципа контрадикторности, промењена до закључења главне расправе. Због свега изнетог, Уставни суд је оценио да, иако је висина цензуса за изјављивање ревизије очигледно била непримерена животном стандарду већине грађана и економским приликама у Републици Србији, та околност, сама по себи, није могла утицати на оцену уставности оспорених одредаба чл. 38. и 51. Закона о парничном поступку.

У односу на постављено спорно питање о томе да ли је оспореним одредбама чл. 38. и 51. Закона установљена дискриминација по основу имовног стања и локације имовине, те дерогирана права зајемчена чланом 19. и чланом 21. ст. 2. и 3. Устава, чиме је такође ускраћено и право на правично суђење и прво на једнаку заштиту права и на правно средство, из члана 32. и 36. Устава, Уставни суд је оценио да у овом случају није реч ни о каквој врсти дискриминације по основу имовинског стања. Ту своју оцену Уставни суд је засновао на гледишту да „чињеница да непокретности по природи ствари имају различиту вредност, између осталог, и у зависности од тога на којој се локацији налазе, значи да се њихови власници не налазе у аналогним ситуацијама, због чега недостаје прва претпоставка за примену теста дискриминације”, односно да „различит третман подносилаца ревизије, у зависности од тога да ли непокретност на којој имају право својине достиже или не достиже вредност за ревизију, није последица бољег третмана у праву неких лица у

13 Уставни суд је приликом заузимања оваквог става имао такође у виду и Препоруку број Р (95) 5 Комитета министара Савета Европе од 7. фебруара 1995. године о увођењу и унапређивању жалбених поступака у грађанским и привредним предметима, у којој се државама чланицама Савета Европе препоручује да приликом разматрања мера у вези трећестепених судова треба да узму у обзир да је предмет већ обрађен од стране два суда, те да жалбе трећој судској инстанци треба да буду коришћене само у случајевима који то посебно заслужују, као што су предмети у којима би се постигло ново тумачење права или који доприносе уједначеном тумачењу права или разматрању правних питања од општег интереса (члан 7 б–ц).

односу на лице које сматра да је жртва дискриминације, већ је последица објективно различитог положаја лица чије се позиције упоређују”.

И, док је Уставни суд закључио да на основу одговарајуће одредбе Закона о Уставном суду одбије као неоснован захтев за утврђивање неуставности и несагласности са потврђеним међународним уговором истакнут у иницијативи поводом које је донето решење о покретању поступка у односу на оспорене одредбе чл. 38. и 51. Закона о изменама и допунама Закона о парничном поступку, неколико судија Уставног суда сматрало је потпуно супротно. Тај став изразиле су судије потписнице Издвојеног мишљења и он се састоји у следећем: „Ревизија прописана оспореним одредбама чл. 38. и 51. Закона, по нашем мишљењу, не може се сматрати ефикасним правним средством. Нелегитимно и непропорционално ограничење овог правног средства има читав низ последица које се првенствено огледају у неједнакој законској заштити права правних субјеката пред судовима, а као крајњу консеквенцу има поремећај уставних надлежности између Уставног суда и Врховног касационог суда, јер законски оквир одређен оспореним одредбама не омогућава највишем суду да осигурава јединствену примену закона и једнаку заштиту права правних субјеката пред редовним судовима на целој територији Републике Србије, у складу са својом основном надлежношћу, већ је тај задатак, противно Уставу, пренет на Уставни суд, чиме се ремете његов уставни положај и улога.”¹⁴

Остало је, да се, након исцрпног приказа Одлуке Уставног суда у којој је као кључна и упоришна тачка узета чињеница да је пружање ревизијске заштите оспореним Законом о изменама и допунама Закона о парничном поступку уређено сагласно законским овлашћењима законодавца утврђеним чланом 97. тачком 2. Устава, вратимо намери предоченој на почетку овога рада, при чему морамо поћи управо од анализе овога овлашћења. Пре анализе, рећи ћемо да Уставни суд веома често поступа управо на овај начин. Односно, у немалом броју случајева, када је Уставном суду поднета иницијатива или предлог Уставом овлашћеног предлагача, којим се од Суда тражи оцена уставности једног закона, Уставни суд се одлучује да свој суд о спорној ствар заснује управо на чињеници да је законодавац овлашћен да то питање уреди законом и да он то чини процењујући околности које су од значаја за садржину новонасталог законског решење. Притом, легитимитет таквог поступања законодавац црпи из већинске подршке

¹⁴ Ове судије су подсетиле да је то у основи био и главни разлог због кога је Уставни суд Хрватске својом Одлуком УИ/1569/2004 својевремено укинуо одредбу Закона о парничном поступку којом је било прописано да странке могу поднети ревизију против другостепене пресуде ако вредност предмета спора побијаног дела пресуде прелази 100.000,00 куна (око 35.000 евра).

коју је одређени законски предлог добио од народних посланика и ствар се чини неспорном. Такво поступање законодавног органа руковођено је одређеном законодавном политиком, коју је, као представничко тело и позвано да води и да је, доношењем закона, материјализује у систем позитивног права. И ова ситуација представља правило у односу на које се изузеци тешко могу претпоставити, из чега следи да се Уставни суд увек суочава са оспоравањем закона за чије је доношење законодавни орган био Уставом овлашћен. Таква логика поступања Уставног суда могла би довести, ако се крене путем претпоставки које нису неостварљиве, до самолишавања Уставног суда обављања своје основне Уставом утврђене надлежности. Још више, тиме би могла да буде маргинализована основна мисија уставног правосуђа да штити уставност и законитост и да снагом својих одлука које су судови без призива и делују према свима, касацијом неуставних законских решења чува интегритет важећег Устава¹⁵.

Чланом 167. Устава утврђено је да „Уставни суд одлучује о сагласности закона и других општих аката са Уставом, општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима”, из чега се једноставно изводи закључак да је Уставни суд, на основу „налога” уставотворца обавезан да такве одлуке и доноси, односно да оцењује ту сагласност. Руководећи се сопственом одлуком да оцена уставности једног законског решења, чија је уставност на ваљан начин оспорена, представља „мешање у законодавну политику”, што по Уставу није овлашћен да чини, и да се тиме упушта у оцену целисходности, а не правне сагласности – саправности, Уставни суд, у суштини, крши уставну норму којом је овлашћен да врши функцију заштитника највишег закона са којим сви други закони морају бити у сагласности, као и начела уставности. Прихватајући да изврши мериторну оцену појединих оспорених закона, Уставни суд би својим деловањем могао да створи утисак да на изванредан начин, и то својевољно, врши избор закона о којима одлучује, анализирајући решења која су у њима садржана, док, у односу на друге законе примењује описани образац поступања по коме та и таква решења сматра последицом политичке процене законодавца, његовим легитимним целисходним поступањем, чиме она измичу оцени уставног правосуђа. Можда ће мој став о овој ствари читаоцу бити јасније ако једноставно закључим да „власност” Народне скупштине, српског законодавца, да донесе неки закон (било који, који се оспорава пред Уставним судом) не представља нити може представљати основ за устезање Уставног суда да процењује његову сагласност са важећим Уставом и да о томе доноси одлуку.

15 О тој кључној улози уставног судства писао је још у време успостављања првог уставног суда у једној социјалистичкој држави, тадашњој СФР Југославији Јован Ђорђевић, давних шездесетих година, стављајући тежиште управо на поверену улогу заштитника интегритета Устава. В. Више: Ј. Ђорђевић, *Нови уставни систем*, Београд 1964, стр. 800. и даље.

По моме суду, сасвим непосредно, с овим је у вези и питање смисла успостављања (од стране писца садашњег Устава Републике Србије), могућности да парламентарна мањина, најмање 25 народних посланика, покрене поступак за оцену уставности (члан 168. ст. 1. Устава РС) једног закона¹⁶. Уз напомену да је то ново уставно решење наишло на безрезервно одобравање научне и стручне јавности јер је у њему препозната могућност опозиционог дела парламента да, будући незадовољан законом који је већином гласова усвојен у парламенту, покрене пред Уставним судом поступак оцене његове уставности. Логично, тај подухват опозициони посланици неће предузети зато што сматрају да већина у парламенту, односно њиховим гласовима сам парламент, није овлашћена да тај закон донесе. Посланици који чине у парламенту мањину, будући недовољне гласовне снаге – зато што јесу у парламенту у мањини, обраћају се Уставном суду са захтевом да тај контролор рада парламента оцени донети закон у смислу његове сагласности са решењима важећег Устава јер они сами нису могли спречити његово доношење. За посланике који чине мањину у парламенту закон који оспоравају пред Уставним судом очигледно је упитан, односно његова решења спорна, у односу на устав који је на снази.

Још једно упозорење не чини се безначајним када је реч о поступању Уставног суда, којим се бавимо у овом раду. Оно се огледа у чињеници да се закони уопште, а у Републици Србији данас поготово, мењају много чешће и лакше од Устава. Тако је правило, коме се ретко може наћи изузетак, да се за време важења једног те истог устава одређени закони мењају и по неколико пута. Можда је захвалан пример, али не и добар, јер тако кратковечни закони нису показатељ баш ничег што би се могло окарактерисати као добро у друштву које живи у редовним приликама, судбина скупа правосудних закона, који су се у последњих три до четири године мењали по неколико пута у једној години, а све време је на снази био исти Устав донет 2006. године. Парламент је био „властан”, како то каже Уставни суд увек, у свакој од тих прилика, да донесе нови, или измењени и допуњени закон којим је регулисао правосуђе у Републици Србији. Парламент је „водио законодавну политику” у области правосуђа, сматрао је „целисходним” да једна законска решења замењује другим, да их се одриче делом или у целини, или да их допуњује. Многи, ако не баш сви од тих закона, нашли су се пред Уставним судом, заслугом различитих предлагача или подносилаца иницијатива. И њихова судбина пред Уставним судом била је различита. За све те законе било је истоветно да их је Народна скупштина све донела на основу уставног овлашћења, које црпи из истих чланова Ус-

16 О овом облику покретања уставног спора в. Више: О. Вучић, „Уставне и законске могућности доступности Уставном суду или Концепција уставног судства данас – уставни суд између 'ексклузивног, врховног арбитра' и 'суда обичних људи'”, *О заштити права*, Београд 2010. стр. 71. и даље. Посебно Р. Марковић: „Устав Републике Србије од 2006. – критички поглед”, Предговор за Устав Републике Србије од 2006, Београд 2006. стр. 68. и даље.

тава, које смо већ помињали. Овде се, логично, поставља питање како је могуће да у тако кратком временском периоду, који траје годину, две или три, иста Скупштина, док је на снази исти Устав, мења садржину законских решења којима се регулише иста област друштвених односа. И још нешто, да ли је могуће да се под окриљем истих уставних норми донесе толико много различитих законских решења и да сва она буду сагласна тим истим уставним нормама. Али за тему овога рада суштинско питање је да сва та различита законска решења морају бити донета у складу са Уставом, да она морају садржински одговарати садржини у Уставу утврђених начела и „мери” Уставом зајемчених људских права и слобода. Задатак Уставног суда био је да сваки од тих закона (уколико је био оспорен) оцени у смислу његове (не)сагласности са Уставом и да своју оцену саопшти обавезујућом одлуком. Дакле, задатак Уставног суда био је да се, упуштањем у оцену садржине њихових решења, одреди у погледу њиховог односа са Уставом.

Власт законодавног деловања није неограничена ни безмерна¹⁷. Мера те власти је Устав, границе њених поступања садржане су у самој уставној материји, у начину на који су важећим уставом уређени друштвени односи, правно, силом највишег закона у земљи, обликован уставни поредак. Законодавац је дужан да, једнако као и сви други органи установљени Уставом, својим деловањем – доношењем закона, поштује интегритет Устава. Устав је оквир легалног (правно усклађеног) поступања свих, па чак и пре и више од других, и органа овлашћеног да доноси законе, акте највише правне снаге после Устава. Ти акти својом садржином морају изражавати поштовање решења за која се определио уставотворац и тим својим опредељењем учинио их општеобавезним за све друге, државне органе, институције и грађане. Не постоји парламентарно деловање које може бити изузето од покоравања Уставу, па тиме и од оцене Уставног суда да ли је супротним поступањем Устав прекршен. Зато Уставни суд греши, сам кршећи Устав, када се, у суштини одбијајући да конзумира Уставом одређену надлежност да испита уставност једног закона из разлога што сматра законодавца овлашћеним да једно такво законско решење донесе, клони од тог чињења. Пођимо од случаја у

17 Истичући да парламент, „то тело, од народа бирано – звано парламенат, – није до било власт да донаша законе по својој вољи; оно је у томе остало везано општим схватањем морала и правичности” Стефановић напомиње да није доста само констатовати ову дужност парламента, већ треба наћи и средства „која ће бити кадра да га присиле на њено поштовање”. Јер, како каже у даљем тексту, „не постигне ли се ово, на место апсолутизма једног човека, који је до власти долазио обично путем наследства или силе, имаћемо апсолутизам једног скупа људи, који су до власти дошли путем избора”. Сматрајући апсолутизам парламента „исто толико нежељеним и опасним по мир и слободу грађана колико и апсолутизам једног монарха, чак и опаснији”, Стефановић је закључио да је реч о важном проблему – обезбеђењу поштовања од стране парламента напред споменуте границе његове слободе, што је по њему „теже постићи него поштовање закона од стране извршне власти, јер су границе парламентарне акције мање прецизне и теже их је чувати од граница акције извршне власти”. Ј. Стефановић, *нав. дело*, стр. 814.

коме би се суочили са неразумним законом¹⁸. Претпоставимо, у случају који смо анализирали, да је ревизијски цензус био још виши од предвиђеног, неколико пута, неколико десетина пута. Да ли би Уставни суд и тада стао на становиште да је законодавац овлашћен да то питање уреди законом? Да ли би тек такво решење било разумно? Поставићемо сада и питање да ли може постојати разумни судија а да не постоји разумни законодавац или да ли је законодавцу Уставом дозвољено да законским решењима за која се опредељује иде насупрот здравом разуму?¹⁹ Да ли је могуће да закон у коме је садржано неправедно решење²⁰ преживи оцену Уставног суда само зато што је законодавни орган био овлашћен да га донесе, и поред чињенице да се целокупан уставни систем заснива на демократским начелима, владавини права, социјалној правди, људским и мањинским правима²¹. Ако се друштво определило за овај систем вредности, за једнакост, забрану дискриминације и поштовање људског достојанства, онда сваки донети закон мора решењима која садржи да пође од тих вредности као задатих и незаобилазних. На Уставном је суду да процени да ли је законодавац законом који је донео, а који је био овлашћен да донесе, пошао од тих вредности усвајајући их као неизбежну основу свога законодавног деловања.

Уставна норма којом се уређује питање законодавчевог овлашћења за доношење закона никако не сме бити уточиште Уставног суда увек када се нађе у ситуацији да пресуди једном закону чија је уставност ос-

- 18 Стефановић се бавио идејом о организацији једног „високог суда који би, пружајући што веће гаранције способности и независности, имао за дужност да ништи законне противне опште схваћеном моралу и правичности, као и законе противне одредбама устава“. Иако је сматрао да би таква идеја „на први поглед могла изгледати као одлична“, закључио је да би „боље промотрена, идеја о таквом суду морала отпасти“, и то из разлога што је сматрао „да би било немогуће постићи потпуну независност“ овог органа. За двадесете године када је писао овај рад потпуно је размљива бојазан Стефановића, јер то је било време снажног оспоравања Келсеновог уставног суда успостављеног Уставом Аустрије од 1920. године. *Истио*, стр. 883.
- 19 С тим у вези в. L. Adamovich, B. Ch. Funk, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien 1987, стр. 82 и захтеве правне теорије за напуштање „примитивног позитивизма голих речи“ и окретање ка вредносно оријентисаном, материјалном тумачењу устава.
- 20 О схватању да се „*нраведним*“ сматра све оно што је *установљено*“ и поистовећивању *легалној* са *нраведним*, Ђорђо Дел Векио, *Право, правда и држава*, Београд 1999, стр. 60 и 62. У говору који је читан 19. новембра 1922. године, приликом свечаног отварања академске године на Универзитету у Риму, срећемо тврдњу да се „у извесном погледу, правда састоји у саобразности неком закону“, али, с друге стране и тврдњу да „закон треба да буде саобразан правди“. *Истио*, стр. 15.
- 21 В. о односу права и правде, појма права и идеје правде и о „тенденцији да се идентификује право и правда“ и о „праведном поретку“ као „морално оправданом поретку“, Х. Келзен, *Општиа теорија права и државе*, Београд 1951, стр. 19 и даље. О анализи и дефиницији појма правде в. више Божидар С. Марковић, *Оплед о односима између појма правде и развијка позитивної приватної права*, Београд 1995, стр. 21 и даље. Б. С. Марковић истиче да су „нови закони најмоћније оруђе, најприродније и најмање опасно помоћу којег конкретан појам правде улази у позитивни правни поредак“ (стр. 132). Исти аутор указује на потребу „да писани закон оствари максимум праведних решења“ (стр. 133).

порена, а оцена те уставности, односно изрицање пресуде судбини тога закона, из било ког разлога, није ни лако ни једноставно. Понајпре, та норма не сме и не може бити уточиште због политичких разлога, оних у којима се воља владајућих структура поклапа са опстанком таквог закона или, и више од тога, када владајуће структуре своју судбину и свој опстанак везују за опстанак оспореног закона. Уставни суд би морао пресудити и у случају када су последице пресуђења тешке и сложене, и тада се може испомоћи интерпретативном одлуком или одлагањем извршења одлуке у Законом дозвољеном року. Једино што Уставни суд никако не би смео да чини јесте управо оно чиме сам се у раду бавила, а то је непоступање, одустајањем на тај начин од своје уставом одређене природе и пружањем заштите закону који је противустанован. Уставни суд нема друге сигурне куће осим самога Устава. Уставни суд делује након што су се све његове судије заклеле на верност и поштовање важећем Уставу. Другог мерила Уставни суд нема, а од тога не може одустати или ће и сам прекршити Устав. Лојалност Уставу није ствар опредељења Уставног суда или одлуке потребне већине судија. Лојалност највишем закону који је донела уставотворна, установљавајућа власт и којим су установљене све друге власти – и законодавна и извршна и судска, јесте разлог настанка уставног правосуђа, она чини и саму суштину идеје о његовом успостављању и зато свако друго поступање, чак и мисаоно разматрање у таквом правцу, негира постојање ове, по многим, четврте гране власти.

*Prof. dr Olivera Vučić**

A (NON)EUROPEAN DECISION OF THE CONSTITUTIONAL COURT? or „ON THE LIMITS OF PARLIAMENT’S FREEDOM AND THE PROTECTION OF CITIZENS FROM ITS ALMIGHTY POWER”

Summary

The Constitutional court encounters in large number of cases the question of the review of the constitutionality of laws which were adopted in rightful, constitutionally required procedure, but for the claimants which submitted the request, initiative or motion for the review of their constitutionality, contents of some of their solutions are dubious. Although the legislator is authorized by

* Olivera Vučić, PhD. Professor of Law, Faculty of Law University of Belgrade. Judge of the Constitutional Court of Serbia. This article is the result of research within the project *Perspectives of Implementation of European Standards in the Serbian Legal System* (179059), supported by the Ministry of Education, Science and Technological development.

the relevant constitutional norm to regulate a certain field or a relation, the Constitutional court needs often to review the compatibility of such solution with the essence of some constitutional principles or with some constitutionally guaranteed body of human rights and liberties. Although the role of the legislator in the procedure for the adoption of given law cannot be questioned, arguable is the reaction of the Constitutional court which means that given solution is a matter of „legislative policy” and that it represents the legislator’s assessment of the „appropriate practice”, which contains the decision of the MP’s majority as the legitimate decision-maker. If the Constitutional court would always stay clear of the review of laws which were contested for their contents, actually the concrete legislator’s solution which claimants deem as the solution that essentially breaches the current Constitution, the function of constitutional judiciary would be rendered meaningless, and the mission of the Constitutional court as the guardian of the constitution gravely endangered. On the example of a decision of the Constitutional court of the Republic of Serbia an analysis is given of some questions which appear in relation to the freedom of parliament in exerting legislative power and the role of the Constitutional court in the protection of citizens from the consequences of such exertion.

Key words: *Limits of parliament’s freedom. Constitutional court: Legislative policy.*

FORMIRANJE PRAVNE TERMINOLOGIJE KOD SRBA U XIX VEKU (2)

Apstrakt

Ovaj tekst se nadovezuje na ranije objavljeni rad pod istim naslovom i autor u nastavku govori o položaju pravničkog staleža i srpske inteligencije u Monarhiji, a potom o njihovom uticaju na kulturnu situaciju u Kneževini Srbiji. Na kraju analizira početke pravničkog obrazovanja u Srbiji posle oslobođenja od otomanske vlasti.

Ključne reči: Srpska pravna terminologija. Austrijska monarhija. Sterijin terminološki rečnik. Pravne studije u Kneževini Srbiji.

U prethodnom radu pod istim naslovom analizirana je uloga Habzburške monarhije u formiranju oficijelne pravne terminologije na jezicima slovenskih naroda nastanjenih na njenoj teritoriji. Ukazano je na značaj ostvarenja dva važna kulturna poduhvata za srpski, ali i druge južnoslovenske narode (Hrvate i Slovence) – oba nastala u Beču i međusobno veoma povezana: Književno-jezički dogovor iz 1850. i Rečnik pravno-političkih termina južnoslovenskih jezika Austrijske carevine iz 1853. godine (*Juridisch-politische Terminologie für die slawischen Sprachen Oesterreichs: Deutsch-kroatische, serbische und slowenische Separat-Ausgabe*).

U daljem tekstu biće govora o položaju pravničkog staleža i srpske inteligencije u Monarhiji, a potom o njihovom uticaju na kulturnu situaciju u Kneževini Srbiji. Na kraju se analiziraju počeci pravničkog obrazovanja u Srbiji posle oslobođenja od Otomanske vlasti.

Status srpskih pravnika u Austrijskoj monarhiji

Pravna terminologija je bila od posebnog značaja ne samo kod sastavljanja pravnih propisa, već i za one koji rade na praktičnoj primeni važećih normi u Monarhiji kao sudije ili advokati. Značajno je da se krajem XVIII i početkom XIX veka najveći broj srpskih intelektualaca bavio upravo pravnom strukom i da su zauzimali vodeće mesto u advokatskim krugovima Pešte. Tome su naročito doprinele reforme kojima je pravno obrazovanje dobilo poseban društveni značaj. One su ozvaničene 1769. godine, dekretom Marije Terezije o advokaturi, kojim je zabranjeno zastupanje stranaka pred organi-

* Prof dr Žika Bujuklić, vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije* (179059), koji podržava Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

ma državne uprave i sudovima višeg ranga bez odgovarajuće stručne spreme. Do tada je bila praksa da taj posao obavljaju siromašniji plemići, sveštenici i druga privilegovana lica, bez obzira na to da li su za to bili kvalifikovani. Carskim dekretom je propisano da advokatske poslove mogu obavljati samo lica sa završenom visokom pravnom školom i položenim advokatskim ispitom, i to nakon polaganja zakletve pred nadležnim državnim organom. Taj propis je podjednako važio na celoj teritoriji Carevine.

Otuda se u Ugarskoj nakon njegovog donošenja počeo formirati poseban advokatski stalež u kojem su, zbog određenih specifičnih okolnosti, vodeću ulogu imali Srbi. Naime, poslovi u županijskoj lokalnoj administraciji i pravosuđu bili su po pravilu rezervisani za Mađare, pošto je to zvanje donosilo društveni ugled i materijalnu sigurnost. Ostalim pravnicima je preostalo da se bave daleko neizvesnijim advokatskim pozivom. Pošto su sudski postupci vođeni na mađarskom jeziku, koji većini slovenskog stanovništva u Južnoj Ugarskoj nije bio maternji, najviše klijenata su imali oni advokati koji su uporedo vladali službenim jezikom i onim kojim su govorili njihovi klijenti. Uz to, srpski advokati su često zastupali i pripadnike drugih naroda, pošto su dobro poznavali kulturu, običaje i jezik lokalne sredine. Otuda su u Pešti i Novom Sadu srpski advokati zauzimali vodeću poziciju.¹

Uticaj austrijskih Srba na stručnu terminologiju Kneževine Srbije

Stanje jezičke kulture u Srbiji pod Otomanskom vlašću bilo je na veoma niskom nivou. Masovna nepismenost stanovništva, većine lokalnih knezova, pa čak i samog vladara, nametala je potrebu uspostavljanja obrazovnih institucija odmah posle prvih ustaničkih pobeda. Takođe je i formiranje novih organa vlasti zahtevalo oblikovanje i standardizaciju službenog jezika u administraciji.

U prvoj polovini XIX veka, pisanje na narodnom jeziku sa ruskoslovenskim elementima i slavjanizmima bilo je uobičajena pojava kod obrazovanih Srba toga doba. Vuk Karadžić je želeo da upravo taj „dositejevski” jezik istisne iz upotrebe i da promoviše narodni govor kao književni. U tome je na kraju i uspeo. Pristupio je ne samo reformisanju pravopisa i azbuke, već i štampanju obimnog *Srpskog rečnika* (1818). Srbija je bila njegova uža domovina, ali dok je bio nastanjen u Beču, putovao je po zapadnim krajevima i održavao prijateljske veze za „ilirskim” pokretom u Zagrebu, obilazio Dalmaciju, Hercegovinu, Crnu Goru, Boku Kotorsku i prikupio bogatu jezičku građu. U međuvremenu je sačinio i prevod *Novog zavjeta* na narodni jezik (1820), što je izazvalo ogorčenje mitropolita Stratimirovića.² Crkveni predvodnik austrij-

1 Botić M., *Advokatura (ogledi i eseji)*, Novi Sad 1991; Fajfrić Ž., *Istorija advokature Vojvodine (od početka do 1941)*, Novi Sad 2008.

2 Otuda je prevod čekao na štampanje punih 27 godina, i to kao privatno Vukovo izdanje (1847). Bjelajac B., *Sveto pismo u Srba*, Beograd 1997.

skih Srba otuda nagovara kneza Miloša Obrenovića da ne dopusti „pečatanje” (štampanje) knjiga na tom jeziku i reformisanom ćirilicom.³ Kada se Vuk još drznuo da knezu uputi i čuveno pismo (1832), u kome oštro kritikuje njegovu četvrtvekovnu apsolutističku vladavinu, to je bilo dovoljno da u Srbiji postane *persona non grata*. Otuda je krajem te godine *Knjaževsko-serbska kancelarija* izričito zabranila štampanje knjiga sa „pismenima” (slovima) i pravopisom koji je uveo „poznati spisatelj Vuk Stefanović Karadžić”.⁴

Tako dolazi do paradoksalne situacije u kulturnom životu Srbije. Za kratko vreme od sticanja autonomije, u njoj se izgrađuju državne institucije i izrastaju sve brojnije ustanove prosvete i kulture.⁵ To privlači veliki broj obrazovanih Srba iz Habzburške monarhije, koji stiču odlučujući uticaj u svim sferama javnog života. Jedan savremenik, knežev lekar Kunibert, zapisao je da se „čitav oblak Srba iz Ugarske navali na Srbiju, tražeći zvanja”.⁶ Međutim, upravo oni postaju najgorčeniiji Vukovi protivnici, baštineći prevaziđenu jezičku tradiciju, kojoj potporu daje Karlovačka mitropolija. Onoga koji je rođen u srcu Srbije i maternji jezik upravo u njoj naučio, ti došljaci („prečani”) proganjaju i podučavaju kako učeni Srbi treba da govore. Oni dobijaju značajne pozicije u državnoj službi, visoke političke funkcije, finansijsku sigurnost, privilegovan društveni položaj, ali, nažalost, praćen arogantnim i odbojnim stavom prema običnom narodu – pa i njegovom govoru.⁷ Politički su naročito ojačali za vreme ustavobranitelja, koji posebnim uredbama o či-

3 Tek će sultanovim hatišerifom iz 1830. Srbija dobiti određenu unutrašnju autonomiju, pa i pravo da ima štampariju. Te iste godine iz Sankt Peterburga je u Beograd dopremljena prva štamparska mašina, a tri godine kasnije preneti u Kragujevac. U organizaciji sposobnog i obrazovnog Nemca A. Bormana, u državnoj štampariji počelo je da se objavljuje prvo srpsko glasilo Kneževine Srbije (Novine Srpske), dela Dositeja Obradovića (Sovjeti zdravog razuma, Etika), crkvene knjige (Časlovac), pa i prvi srpski ustav (Sretenjski). Njegov autor je Dimitrije Davidović, osnivač prvih srpskih novina, sekretar knjaza Miloša i njegov pregovarač u Carigradu. Ćorović V., *Istorija Srba*, I, Beograd 1997, 122ss; Ljušić, R., *Orijentalni novinar, evropski političar – Dimitrije Davidović (1789 — 1838)*, Beograd 2006.

4 *Arhivska građa o Vuku Karadžiću*, Arhiv Srbije, Beograd 1970, 215. Up. Stojančević V., *Vuk Karadžić i Miloš Obrenović*, *Historijski zbornik*, god. XVIII (1965), Zagreb 1966, 103–118.

5 Do sredine XIX veka u Srbiji radi sve veći broj škola: 1835. godine – 72 osnovne škole, Gimnazija i tri polugimnazije; 1839. godine, po dolasku na vlast ustavobranitelja – 90 osnovnih škola, dve gimnazije, tri polugimnazije i Licej (sa filozofskim i pravnim odeljenjem); 1841. godine – 137 osnovnih škola, dve gimnazije i Licej; 1844. godine – 160 osnovnih škola, Gimnazija, tri polugimnazije, Grčka beogradska škola, Trgovinska škola, Bogoslovija i Licej. Up. Barać D., *Sto četrdeset pet godina prvog srpskog bibliotekara*, *Glasnik narodne biblioteke Srbije*, Beograd 1988, 1ss.

6 Kunibert B., *Srpski ustanak i prva vladavina Miloša Obrenovića*, I–II, Beograd 1988, 365; Ljušić R., *Kneževina Srbija (1830–1839)*, Posebna izdanja SANU, knj. DLXX, Beograd 1986, 244. Broj profesionalnih činovnika u upravi i sudstvu popeo se od svega 24 (1815. godine) na 169 (1830. godine), a krajem prve vladavine Miloša (1839) već ih je 850, dok se po odlasku kneza sa vlasti njihov broj popeo čak na 1.000. Up. Luković M., *Razvoj srpskog pravnog stila*, Beograd 1994, 33–34.

7 Kao odgovor na takvo ponašanje prema prostom puku, oni su pogrdno nazivani „Švabo-Srbi”, „Švaburija”, „Nemačkari” i sl.

novnicima (1841–1845) štite taj društveni stalež i doprinose njihovom izdavanju iz siromašne seljačke mase.⁸

Već je Knjaz Miloš pozvao (1837) dvojicu austrijskih Srba iz Vojvodine, Jovana Hadžića (senatora iz Novog Sada) i Vasilija Lazarevića (gradonačelnika Zemuna), da se uključe u posao stvaranja srpskog zakonodavstva.⁹ Prvi je dobio zadatak da izradi građanski zakonik, a drugom je povereno pisanje krivičnog kodeksa, koji je ostao samo neuspeo nacrt.¹⁰ Poznavanje narodnog jezika nije mu bila jača strana, a i sam nacrt je pisan predvukovskim pravopisom.¹¹ Jovan Hadžić je bio svakako neuporedivo veći jezički znalac, pošto je bio ne samo pravnik, već i afirmisani književnik. Međutim, on je skoro čitavu deceniju sa Vukom vodio žestoku polemiku povodom jezičkih pitanja, prućenu borbom obojice za sticanje sopstvenog političkog uticaja u Kneževini. I jedan i drugi su se zalagali za „narodni jezik”, mada su pod tim podrazumevali različite stvari. Prema Vuku, književni jezik je morao biti oslobođen arhaičnih slavjanizama (kojih je, doduše, kod Hadžića bilo manje nego kod Dositeja), a uz to ih je razdvajao i odnos prema pravopisu i vrsti slova.

Sterijin terminološki rečnik (1845). U samoj Srbiji je zadatak formiranja službenog jezika bio poveren *Društvu srpske slovesnosti*, naučnom i književnom udruženju osnovanom 1841. godine u Beogradu (kao preteča Akademije nauka). Počasni članovi su bili i Jan Kolar, osnivač panslavističkog pokreta, Pavle Šafarik, a dopisni član je postao i Vuk Karadžić. Jedan od njegovih osnivača je pravnik, profesor na Liceju i poznati srpski komediograf **Jovan Sterija Popović**. Prava je završio u Ugarskoj, gde je radio kao učitelj i advokat u rodnom mestu (Vršac), sve dok nije pozvan da predaje u Srbiji.¹²

8 U vreme Miloša oni su često bili ponižavani, pa čak i batinjani, a sada je njihova pravna zaštita bila regulisana po modernim evropskim standardima. Nametnute su im ozbiljne dužnosti, ali su zvanje mogli izgubiti jedino usled prekršaja potvrđenog sudskom presudom. Popović S., *Razvoj pravnog položaja činovnika po ustavima Srbije*, Zbornik radova SANU, knj. L, Beograd 1990, 131–144.

9 To je učinio pod Meternihovim pritiskom, preko austrijskog poslanstva u Beogradu (konzula Mihanovića), čime se odustalo od ideje da osnova Srpskog građanskog zakonika bude francuski *Code Civile*. To je bilo utoliko lakše jer je Hadžić bio austrijski đak i podanik te Carevine, ali i srpski rodoljub koji je prihvatanjem tog kodeksa želeo da „svom dragom narodu, za čiju je korist uvek isticao da živi, udari pravni poredak”. Kićović M., *Jovan Hadžić (Miloš Svetić)*, Novi Sad 1930, 82, nap. 13; Đorđević M., *Kodifikatorski rad Valtazara Bogišića i Jovana Hadžića*, cit., 288–289.

10 Stanković U., *Nekoliko napomena o nacrtu krivičnog zakonika Vasilija Lazarevića (1839)*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 2 (2011), 459–472.

11 Stanković U., *nav. delo*, 462

12 Bio je jedan od prvih profesora na tek osnovanom Liceju, smeštenom prvo u Kragujevcu, a potom u Beogradu, gde je (1841) predavao na „Pravoslavnom odeljenju”. Sačuvan je rukopis njegovih predavanja, koje je Sterija naslovio *Prirodno pravo* i u kojoj su izložene elementarne teoretske osnove za obrazovanje budućih pravnika. Međutim, po svojoj sadržini ovaj spis daleko nadmašuje udžbenički karakter i predstavlja filozofsko-pravni traktat. Njime je on u srpsku neprosvećenu sredinu unosio modernu misao prirodnog prava, pozivajući se na velikane te ideje (Grocijusa, Hobsa, Pufendorfa, Kanta, Šelinga, Hegela). U njoj Sterija prepoznaje branu svakoj samovoljnoj vladavini, tiraniji i autoritarnoj politici, pa otuda prirodno pravo, kome je *ratio* izvor, treba da bude obrazac za

Mada se dugo oduševljavao Vukom i s njim dopisivao, od kad je postao načelnik Ministarstva prosvete (1842–1848), između njih je došlo do razmimoilaženja. Otvoreni sukob nastao je povodom Sterijinog *Nazivoslovnog rečnika* (1845), zapravo jezičkog leksikona koji bi po njemu trebalo da čini osnovu buduće srpske naučne terminologije. Taj posao je započet zbog potrebe organizovanja nastave u sve većem broju državnih škola, zbog pisanja zvaničnih udžbenika i sastavljanja stručnih tekstova iz različitih naučnih oblasti.¹³

Pošto je Sterija vaspitavan u Austriji i odrastao na periferiji srpstva, ostao je duhovno vezan za crkvenoslovensku tradiciju karlovačke Mitropolije. Mada je prvobitno nudio saradnju „ilircima” iz Zagreba, do nje nije došlo jer nije mogao da prihvati jezik koji je promovisao Ljudevit Gaj. Njemu su bile neprihvatljive ideje o južnoslovenskom „ilirskom jeziku”, pošto je bio ravnodušan prema govoru zastupljenom u Bosni i Hercegovini, Dalmaciji i u dubrovačkoj književnosti. On je čak ismevao ideju o književnom i jezičkom jedinstvu sa Hrvatima, a u tome nije bio usamljen među srpskim piscima u Kneževini.¹⁴ Otuda ni sa Vukom nije mogao da se sporazume jer je Sterija težio izmišljanju veštačkih termina, zasnovanih na arhaizmima, dok je Vuka interesovao živi narodni jezik.

Upravo na sednici *Društva srpske slovesnosti*, na koju je iz Beča pozvan i Vuk (u maju 1845), sučelila su se ta dva oprečna stava. Sterija je, poput Stratirovića i Hadžića, ustao protiv Vukovih ideja, a podršku je našao i među članovima *Društva srpske slovesnosti*, kojem je i predsedavao. Tu su glavnu reč vodili opet Srbi iz Ugarske, profesori, advokati, lekari, inženjeri, uglavnom obrazovani na Peštanskom univerzitetu. Pomenuti terminološki rečnik, koje Vuk naziva „nakaradnim”, sačinjen je i uz njihovu pomoć, tako što su, većinom glasova, pojedine rogobatne kovanice proglašavali za srpske reči. Kada u postojećem jeziku nisu mogli da pronađu odgovarajući stručni, pa i pravni termin, oni su stvarali nov, tako što je on „krojen” ili „kovan” (kako su to govorili članovi Društva) u duhu narodnog jezika. Vuk je pokazao da su upravo sami članovi ovog udruženja, rđavim jezikom u svojim knjigama, udžbenicima i u administraciji, najviše doprineli kvarenju izvornog narodnog jezika, jer ovi učenici ljudi „ne misle srpski, nego nemački ili latinski”, a čini se kao da govore ruski.¹⁵ Koliko je bila ubedljiva njegova argumentacija, pokazuje i ishod glasanja na sednici koja je odlučivala da li će se nastaviti dalji rad na *Nazivoslovnom rečniku*: Vuk je dobio deset glasova, a Sterija samo četiri.

karakter „položitelnog” (pozitivnog) prava. Sačuvan je i njegov rukopis predavanja za predmet retorika, namenjen usavršavanju veštine pravnog argumenovanja. O karakteru Sterijinog jezika, govori i činjenica da su njegovi spisi u savremenim izdanjima morali biti prevedeni na moderni srpski jezik. Up. Basta D., „Ideja prirodnog prava kod Jovana Sterije Popovića” i Avramović S., „O Sterijinoj 'Retorici'”, u: *Klasici jugoslovenskog prava*, knj. 6, Beograd 1995, 17–41, 209–226. i tamo nav. lit.

13 Stojanović Lj., *Život i rad Vuka Stefanovića Karadžića*, Beograd 1924, 579ss; Popović M., *Vuk Stef. Karadžić*, Beograd 1987, 317ss.

14 Popović M., *nav. delo*, 319, 321.

15 Vuk je iz njihovih tekstova izvukao niz takvih primera: *dviženije, rastenije, opominanija, sobranije, sokrovišče, sovest, sozdao* i sl. *Isti*, 319.

Istoričari srpske književnosti s pravom konstatuju da je prva koncepcija bila „više zapadna, opšterpska, čak jugoslovenska, patrijarhalna u istoj meri u kojoj i moderna, naša a ipak evropska, bliža narodu čiji je ustanički i demokratski duh obitavao u folkloru”, dok je druga bila „uže srpska, tradicionalistička, banatsko-srbijanska, više vizantijska no evropska, podunavska, oslonjena na crkvu, odnosno na njen jezik, i na esnafsko građanstvo”.¹⁶ Vuk i Sterija su upravo simboli ta dva različita duhovna sveta, dva pola u srpskoj kulturi, ne samo početkom XIX veka, nego i u vremenima koja dolaze.

Posle ove majske sednice u Beogradu, prestalo se sa radom i daljim objavljivanjem pomenutog rečnika.¹⁷ Dvojica velikana srpske kulture razila su se svako na svoju stranu, i tek bi ponekad ukrstili stavove, ali na miran i dostojanstven način. Vukovu polemičku žestinu verovatno je primirila i spoznaja da mu je pristojnu penziju isplaćivala upravo vlada čiji je Sterija načelnik. Kao prosvetna vlast u Kneževini Srbiji, Sterija je ostao na tragu ruskoslovenskog i „slavjanskog” jezičkog obrasca (Stratimirovića, Save Tekelije, pa i Hadžića), dok je Vuk nastavio putem koji ga je približio južnoslovenskom zapadu i doveo do Književno-jezičkog dogovora u Beču 1850. godine. U međuvremenu se razišao sa sujetnim i vlastoljubivim Ljudevitom Gajem, ali njegov neprijateljski stav prema Vuku nije sprečio bečke „ilirce” da sa njim i dalje sarađuju. Tako je upravo Dimitrije Demeter bio ne samo potpisnik pomenutog sporazuma, nego i veoma zaslužan za nastanak bečkog Pravno-političkog rečnika.

Tokom izrade svih ovih projekata, jasno su se ispoljavale kulturne razlike, pa i suprotstavljene političke orijentacije (rusofilska, austrofilska). Međutim, čak i kada su se glavni akteri slagali da narodni govor treba da bude osnova književnog jezika (pa i stručne terminologije), razmimoilazili su se u samom metodološkom pristupu.

Upravo ta polazna lingvistička postavka u sebi sadrži duboku protivurečnost: govor stočara, zemljoradnika i seljaka jeste kulturno bogatstvo jednog naroda, ali on ipak ne sadrži dovoljno leksičke građe za formiranje stručne terminologije. Zato zastupnici tih ideja zahtevaju „kovanje” ili „krojenje” novih izraza u duhu narodnog jezika. Međutim, takav postupak može samo dovesti do toga da se takvi termini lakše prihvate u narodu, ali ne i da se uvek shvati njihovo pravo značenje. Terminologija se može preuzimati direktno iz narodnog govora samo ukoliko bi zakonodavni rad bio sveden isključivo na kodifikovanje običajnog prava koje već postoji u narodu.¹⁸ Nije sporno da pojedini

16 Isti, 320

17 Delovi su prethodno štampani u nastavcima u prvom srpskom časopisu *Podunavka* (iz 1841. i 1842. godine), koji su uređivali uglavnom ugarski Srbi. Do pomenute majske sednice izrađena su u celini samo slova A, B i C. Stojanović Lj., *Vuk Stef. Karadžić*, Beograd 1924, 579.

18 Na tlu Crne Gore to je činjeno kada je sastavljana *Stega* iz 1796. ili *Opšti zakonik Crnogorski i Brdski* iz 1798. godine. Isti pristup imao je i Bogišić kada je počinjao rad na kodifikaciji imovinskog prava, ali je i sam uočio slabosti tog metoda i potom korigovao svoje čvrste polazne postavke. Up. Luković M., *Bogišićev zakonik: priprema i jezičko oblikovanje*, Balkanološki institut SANU, Beograd 2009, *passim*.

izrazi stranog porekla, koji se koriste u pravu, mogu biti razumljivi najvećem broju ljudi, kao što i neke izvorne narodne reči mogu biti shvatljive samo u određenoj društvenoj sredini ili lokalnoj zajednici. Štaviše, strani izrazi ponekad steknu pravo građanstva i svima su razumljivi, dok se novonastali termini moraju tek da uče. Otuda su, na primer, turcizmi „amanet” (ostava), „kesim” (zakup, najam), „kirajdzija” (rentijer, zakupac), „miljak” (nepokretnost), „tapija” (isprava o vlasništvu nepokretnosti), „espap” (roba), „ortakluk” i drugi, bili sasvim prihvatljivi Hadžiću prilikom sastavljanja Srpskog građanskog zakonika jer su ti nazivi već uveliko bili usvojeni u narodu kao da su srpski.¹⁹ Da ih je zamenio nekim drugim terminima, oni bi bili nerazumljivi i morali bi tek da se nauče, poput naziva kojim se označava *detentio*: „pritežanje”.²⁰

O tome koliko je terminološka građa sadržana u Vukovom obimnom rečniku (oko 50.000 reči) bila nedovoljna za pravnu primenu, govori podatak da stručni izrazi koji se odnose na imovinsko pravo ne pokrivaju ni desetu neophodne terminologije.²¹ A to je upravo oblast koja je najneposrednije vezana za svakodnevni pravni promet dobara i usluga. S druge strane, bečki terminološki rečnik je uvodio neke izraze koji su već postajali internacionalni i njihova zamena lokalizmima, pa i kada potiču iz narodnog govora, samo bi stvarala poteškoće u primeni. Tako, na primer, nemačka reč *Falliren* je prevedena u hrvatskoj varijanti kao „propaostvo”, koja se uopšte nije održala, dok se kod Srba naziv stranog porekla „bankrotsvo” (od: *Bankrott*) koristi i danas; ili naziv *Banknote*, koju Demeter prevodi kao „novčarska bilješka”, srpska verzija je „banknota”.²² S druge strane, nekim terminima je dato dvojno značenje u obe jezičke varijante (kao dublet), ali one nisu podjednako korišćene u Srba i Hrvata (poput nemačkog *Eid* – „prisega”, odnosno „zakletva”), a takvih je primera veoma mnogo. Time je terminološko ujednačavanje između Srba i Hrvata samo otežavano, a to je bilo upravo suprotno cilju koji je austrijska vlast želela da postigne tim lingvističkim projektom.²³

19 Vidi: „amanet” u čl. 569–571, 574, 575, 579–581; „kesim” u čl. 693, 694; „kirija” u čl. 678, 679, 681, 686, 691, 692, 696, 698, 699, 700, 701, 703, 928; „kirajdzija” u čl. 683, 684, 687, 688, 697, 698; „miljak” u čl. 326, 475, 670, 678, 684, 701, 724, 798, 929, 932; „tapija” u čl. 929 i 946; „espap” u čl. 288, 475, 600, 724, 798, 934, a termin „ortakluku” se nalazi već u samom nazivu i većini članova pogl. XXVII ovog Zakonika. Zanimljivo da je Hadžić termin „amanet” vezao samo za ugovor o ostavi, ali se u narodu on prvenstveno koristi za testamentalno raspolaganje, za poslednju ostaviočevu volju („ostaviti nekome nešto u amanet”). Turcizam „kirija” je i danas deo svakodnevnog govora, ali i pravne terminologije. Up. Škaljić A., *Turcizmi u srpskohrvatskom-hrvatskosrpskom jeziku*, Sarajevo 1966.

20 U obliku imenice („pritežanje”) pominje se u čl. 197, 201 i 929, a kao glagol („pritežavati”) u čl. 204, 303, 565, 935, dok je izvedenica „pritežalac” u čl. 198, 199, 203–205, 207, 337, 941. Ti termini su i danas nerazumljivi pravnim laicima.

21 Vasiljević T., *nav. delo*, 156, nap. 252.

22 Vuk je, naprotiv, smatrao da uskostručne pravne pojmove treba izvesti iz narodnog govora, ali takav pristup u praksi često ne dovodi do baš uspešnih rešenja. Na primer, u Krivičnom zakoniku je osoba koja je bankrotirala nazvana „propalica”, vanbračno dete je „kopile”, a javna žena „kurva”. Vasiljević T., *nav. delo*, 156.

23 Na tim jezičkim razlikama uvek se insistiralo kada je ideja panslavizma, kasnije jugoslovenstva, bila potiskivana, a u prvi plan dolazile separatističke i uskonacionalne političke opcije. Upravo u tom jezičkom čistunstvu (purizmu) savremeni hrvatski lingvisti vide

Kod Vuka je postojao i problem njegovog nepoznavanja pravne nauke, pošto, iako široko obrazovan, nije imao ni elementarno znanje iz te oblasti. Kritikujući rad *Društva srpske slovenosti* na izradi rečnika, on je isticao da nije dobro da se po svaku cenu propisuje stručna terminologija, već da ona treba da se stvara spontano, u književnim i naučnim radovima, u novinskim tekstovima i sl. To shvatanje o „prirodnom izrastanju” jezika nije daleko od istorijskopravnog učenja o spontanom nastanku prava na osnovu unutrašnje snage „narodnog duha”. Svakako da su te ideje inspirisale i Vuka, jer su one u srednjoevropskoj naučnoj misli s početka XIX veka bile opštepoznate, a i bliske panslavistički orijentisanim krugovima.

Međutim, u Srbiji toga doba decenije su se merile vekovima i ta tek oslobođena, ali ipak vazalna država, hitro je hrlila da dostigne svoje evropske uzore.²⁴ Zakonodavna aktivnost je bila deo tih potreba i Vuk je takvim stavom zanemario činjenicu da se propisi moraju donositi onda kada se za to ukaže društvena potreba, a ne tek kada se stvori odgovarajuća pravna terminologija. Ipak, bio je dovoljno pronicljiv da shvati kako čvrsta načela ne moraju biti svetinja, pa se vremenom i sam prilagođavao realnosti, kako na lingvističkom polju, tako i u neposrednom delovanju u oblasti zakonodavstva. U prvoj oblasti je bio daleko uspešniji, shvativši da izvorni narodni jezik mora biti obogaćen i dopunjen novim rečima, dok se u drugom pregnuću nije ni najmanje proslavio.

Na lingvističkom polju, Vuk već samim uključivanjem u rad bečkog Odbora odstupa od svog načelnog stava da kodifikovanje termina nije put ka uobličavanju jezičkog standarda. Tu je očigledno bio poražen, pošto je usred Beča pobedila Petranovićeva ruskoslovenska, arhaična jezička varijanta. Međutim, to je bila Pirova pobeda, koja nije doprinela ujedinjenju austroslovenskih naroda, već njihovom razdvajanju. Tome je na drugoj strani doprinio i hrvatski kolebljivi predstavnik Dimitrije Demeter. Upravo na tom procepu stvoren je jezički jaz, koji je Vuk želeo da potre bečkim književno-jezičkim dogovorom. Tokom sledećih decenija, pa i u XX veku, vodila se lingvistička borba koja će imati dalekosežne posledice. U njoj su jedni želeli da prebrode taj jaz (jezički, kulturni, politički), a drugi da ga što više prodube.²⁵ Kada se

početak ostvarenja nacionalnog ideala o uspostavljanju samostalne države, pa i sopstvenog jezika. Mamić M., *Hrvatski, srpski i slovenski jezični purizam u riječniku Juridisch-politische terminologie*, Rasprave Zavoda za jezik, 10–11 (1984–1985), Zagreb 1985, 99–107.

24 Tako je Građanski zakonik (1844) izrađen prema austrijskom uzoru, Krivični zakonik (1860) prema pruskom, Trgovinski zakonik (1860) prema francuskom, a Zakon o krivičnom sudskom postupku (1865) prema austrijskom. Vasiljević, nav. delo, 115. Strani uticaji ogledali su se i na polju teorije ustavnog prava, ali i u samoj sadržini srpskih ustavnih akata. Popović D., „Strani uticaji na našu udžbeničku književnost ustavnog prava (Matić i Milovanović)”, u: K.Čavoški (ed.), *Ustavnost i vladavina prava*, Beograd 2000, 81–102; Pavlović M., *Ustavopravna evropeizacija Kneževine i Kraljevine Srbije, Srbija i evropsko pravo*, III, Kragujevac 1998, 165–218. Vid. takođe Pavlović M., *Pravna evropeizacija Srbije*, Kragujevac 2007.

25 Milisavac Ž., *Pokušaji izrade zajedničke jugoslovenske terminologije u XIX v. – odraz težnji ka političkom i nacionalnom jedinstvu*, Zbornik Matice srpske za filologiju i lingvistiku, 12 (1969), 101–114. Autor navodi i kasnije neuspele projekte jezičkog objedinjavanja južnoslovenskih naroda (uključujući i Bugare), nastale u okviru Matice srpske (1871) i Jugoslavenske akademije znanosti i umjetnosti u Zagrebu (1883).

srpski narod, pa i hrvatski, nalazio na tragu prve opcije, bio je bliži Vuku i njegovim sledbenicima, odnosno Gajevim „ilircima”, dok su pobornici ideje razdvajanja i sučeljavanja ta dva naroda podršku morali potražiti u nekim drugim ideologijama.

Od svog načelnog stava o spontanom stvaranju pravne terminologije, Vuk je odstupio još ranije kada se, iako sasvim neuk u oblasti prava, prihvatio funkcije predsednika „zakonodatelne komisije” (1828) kod knjaza Miloša.²⁶ Mada je bio najbolji jezički znalac u svom narodu, on je prilikom prevođenja Napoleonovih zakona (iz oblasti krivičnog prava i sudskog postupka) stvarao terminološke besmislice, koje su kasnije njegovi protivnici zlorado pominjali.²⁷ Svoje nepoznavanje prava pokazao je i nekoliko decenija kasnije (1861), kada je stavljao primedbe na projekat zakona o porezima. Komentarišući tekst jedne zakonske odredbe („ako u ataru opštine ima nepokretnog imanja koje ljudima i pravoslavnim licima pripada...”), on za termin „pravoslovno lice” (pravno lice) krajnje laički zaključuje: „po ovijem riječima moglo bi se pomisliti da pravoslovna lica nijesu ljudi”.²⁸

Pravna terminologija u sudskoj praksi Kneževine Srbije

Imajući u vidu opšti kulturni nivo, nije čudno da se početkom XIX veka stručna terminologija nije mogla naći ni u sudskim odlukama malobrojnih sudova. Oni su bili sastavljeni velikim delom od polupismenih sudija i po pravilu od nepravnik. Ti priučeni pravni laici sudili su „po zdravom razumu i sovjesti svojoj” jer pisanih zakona nije ni bilo.²⁹ Rekrutovani su uglavnom iz

26 On je odmah po dolasku u Srbiju (1820) snažno uticao na Miloša da otpočne sa izgradnjom države zasnovane na pravu, a ne vladarevoj samovolji. Od knjaza je tražio da donese nekakav zakon „koliko je moguće prema današnjem stanju naše zemlje, da bude koliko god nalik na Evropejsku državu”. Miloševi sekretari su se oštro tome suprotstavili, a i sam knjaz je, navodno u šali, rekao Vuku „da je bolje vladati i upravljati bez zakona, jer onako se čovek veže za artiju, pa ne može da čini ni zla ni dobra”. Međutim, posle Akermanske konvencije (1826) međunarodna situacija je krenula u korist autonomije Srbije, pa je i Miloš promenio stav i odlučio da donošenjem zakona pokaže Evropi kako Srbi mogu sami sobom upravljati. Tako se i nepravnik Vuk našao na tom poslu. Up. Pavlović, M., *Srpska pravna istorija*, Kragujevac 2005, 319.

27 Za prevođenju Napoleonovog građanskog kodeksa angažovan je zemunski učitelj Georgije Zaharijades, koji pred sobom nije imao tekst francuskog originala već nemački prevod, a kao Grk nije dobro poznavao ni srpski jezik. Pošto nije imao ni pravničko obrazovanje, ne čudi da su po njemu ‘servituti’ bili ‘ropstvo’, a ‘hipoteka’ je ‘apoteka’. Vuk je za svog „kolegu” rekao: „Zaharijades prevodi tako da se ništa ne razumije, a na mnogim mjestima crkao bi čovek od smija čitajući njegov prevod.” Nažalost, i sam Vuk je imao dosta prevodilačkih omaški, o kojima postoje brojne anegdote. Pošto ni on nije poznao francuski jezik, koristio se isključivo nemačkim prevodom. Jovanović S., „Jovan Hadžić”, u: *Političke i pravne rasprave*, Beograd 1908, 72; Vasiljević T., *nav. delo*, 155, nap. 251.

28 Ćorović V., Prikaz rasprave Dimitrija Živaljevića: *Vuk Karadžić i zakonodavstvo o porezu u Srbiji*, Letopis Matice Srpske, knj. 257, 1909, 80.

29 Postoji mišljenje (Vasiljević T., *nav. delo*, 97–99) da u tadašnjoj Srbiji pravni običaji nisu mogli biti izvor prava, pošto se nisu ni formirali usled čestih migracija, slabih putnih

redova narodnih starešina, koji su svoj autoritet zasnivali na ugledu stečenom tokom ustaničkih borbi, pa i na svojoj umešnosti i pameti, ali prvenstveno na poverenju koje su stekli kod kneza. On je poslove lokalne uprave, pa i sudske, dodeljivao kao nagradu ljudima koji su mu bili odani, bez obzira na stepen njihovog obrazovanja. Miloš je čak zazirao od učenih ljudi, pogotovo ako su se kritički odnosili prema njegovoj apsolutističkoj vlasti, i gledao da ih drži podalje od Srbije (poput Dositeja, Vuka i dr.). Činovništvo je bilo poluprivatna stvar samog kneza, a ne javna služba, pa su njihovo finansiranje i celokupna egzistencija zavisili od samovolje jednog čoveka. To je ujedno i glavni razlog što su se obrazovani Srbi iz Austrije dugo pribojavali da pređu u Kneževinu, pogotovo ne želeći da napuste državu sa daleko razvijenijom materijalnom i duhovnom kulturom.

Tek posle Ustava od 1838. godine, kojim je uređen odnos između nosilaca vrhovne vlasti (kneza i saveta) i kojim su postavljeni temelji samostalne državne uprave i sudstva, nastala je potreba za uključenjem velikog broja školovanih ljudi u te organe. Međutim, još dugo potom nisu zahtevani nikakvi formalni uslovi za obavljanje državne službe, već se stručnost sticala tokom rada u njoj i hijerarhijskim napredovanjem u viša zvanja.³⁰ Uredbom iz 1842. godine predviđeno je da se u najnižim, okružnim sudovima „samo po pravilu” zapošljavaju lica sa završenim pravnim fakultetom.³¹ Tek će *Zakon o sudijama* iz 1881. godine (čl. 1 i 2) zahtevati da i sudije prvostepenih sudova moraju imati diplomu pravnika, a „završeni pravoslavni fakultet u zemlji ili na strani” traži i za najniže sudove već i Ustav iz 1888. godine (čl. 157, st. 1). Za sudije Kasacionog suda diploma pravnih nauka zahtevala se tek od 1875. godine.

komunikacija i nerazvijenog trgovinskog prometa. Zato su se sudije morale oslanjati samo na „pravičnost i zdrav razum”. Međutim, autor kao da previđa činjenicu da se iza te uopštene formulacije (potvrđene u sačuvanim presudama), ipak krije potreba da se zaštiti nešto što je uobičajeno i opšteprihvaćeno ponašanje u toj sredini. Upravo kada su počeli da se donose zakoni, oni su morali da potiskuju neke zatečene običaje i da ih iskorenjuju. Sam autor ih navodi: kažnjavan je običaj davanja velikih darova porodici isprošene devojke, što je prikriveni oblik kupovine žene (str. 99, nap.197). Isti problem se pojavio i prilikom nastanka Srpskog građanskog zakonika, povodom statusa porodičnih zadruga, prvenstva muških srodnika u nasleđivanju itd.

30 Osnovni razlog za takvo rešenje je nepostojanje dovoljno stručnih kadrova, ali je nesporno da su na to uticali i politički razlozi. Naglim potiskivanjem iz državne službe neobrazovanih, ali odanih službenika, otvorila bi se vrata „strancima”, tj. austrijskim Srbima („prečanima”). Pošto uglavnom nisu neposredno učestvovali u stvaranju ustaničke države, smatralo se da plodove te borbe treba da uživaju oni koji su za to najzaslužniji. Otuda Miloš neće poštovati čak ni kasnije donete propise kojima se izričito zahtevala fakultetska diploma. Već je i prvi srpski ustav (1838) zabranjivao davanje strancima određenih položaja (čl. 7, 23 i 28). Ta su ograničenja pravdana i razlozima očuvanja bezbednosti države jer je većina austrijskih Srba zadržavala ranije državljanstvo, a dozvolu prelaska u Srbiju su dobijali od te iste vlasti i potom u Beogradu održavali sumnjive veze sa austrijskim konzulom (što arhivska građa potvrđuje). Svi sazivi narodne skupštine od 1839. do 1858. neprestano su pokretali pitanje stranaca („nemačkara”) u državnoj službi. Iscrpno o tome: Vasiljević T., *nav. delo*, 9ss.

31 Otuda je bilo moguće da poslednji nepismeni sudija bude penzionisan tek 1862. godine. Up. Ignjatović B., *Advokatura u Srbiji*, Beograd 1966, 177.

Advokatura u Srbiji. Donošenjem sve većeg broja zakona i drugih propisa, u Kneževini Srbiji se javlja potreba za profesionalnom advokaturom. U relativno kratkom periodu doneto je nekoliko ustava (1835, 1838, 1869), Srpski građanski zakonik (1844) sa preko 900 članova, Krivični zakonik (1860), Zakon o krivičnom postupku (1865), Zakon o građanskom postupku (1853, 1856), Trgovački zakonik (1866) i veliki broj pratećih propisa sa više hiljada paragrafa. U tako složenoj i obimnoj regulativi sve su se teže snalazili čak i obrazovani pravnici, a kamoli neuko seosko stanovništvo tadašnje neprosvećene Srbije. Kao i na suđenju, i stručnu pravnu pomoć dugo vremena nisu pružala kvalifikovana lica, već ugledniji pojedinci, često bez većeg opšteg obrazovanja, pa čak i nepismeni (zvani „nadripisari“). Situacija se počela menjati tek kada su pravnici počeli da se školuju u inostranstvu ili kada su takvi kadrovi počeli da prelaze iz Austrije, pogotovo sa susedne ugarske teritorije, naseljene brojnim srpskim stanovništvom.³²

Međutim, dok su u Ugarskoj pravnici mađarskog porekla imali prvenstvo u zapošljavanju u državnim službama, ta profitabilna delatnost nije bila dostupna srpskoj inteligenciji. Zato se ona okrenula advokatskoj profesiji i tu postigla zavidan ugled i viši društveni status.³³ Kao uslov za prelazak u Kneževinu, oni su očekivali da za uzvrat dobiju upravo ono što nisu mogli steći u državi iz koje su potekli. Bez unapred obezbeđene unosne činovničke poziciju u kneževnoj vlasti, retko su se odlučivali za stalni prelazak u Srbiju.³⁴ Pošto su formalno bili stranci i uglavnom su tamo imali sigurnu egzistenciju, ti „austrijski“ advokati su bili daleko manje zavisni od lokalnih srpskih vlasti. Zbog svega toga, ali i zbog svoje stručnosti, oni su se angažovali samo u velikim parnicama koje donose pozamašnu dobit. Zato je u Kneževini advokatura dugo predstavljala zapuštenu oblast, u kojoj je neobrazovanost išla u korak sa skoro potpunim monopolom domaćih „pravozastupnika“. Samozvani advokati su često bili niži činovnici zaposleni u sudskom aparatu („fiškali“), pa i penzionisani državni službenici. Sve je to dovođilo do krupnih zloupotreba na štetu stranaka i do degradacije toga zvanja u očima običnog sveta.³⁵ Otuda nije čudo što se na narodnim skupštinama uporno zahtevalo „da se advokati po sudovima ukinu i utamane“. ³⁶ Situacija će se izmeniti tek donošenjem dva Zakona o pravozastupnicima iz 1862. i 1865. godine.³⁷

32 Za dve decenije rada Liceja u Beogradu (1841–1862), diplomiralo je svega 185 pravnika. Ignjatović B., *nav. delo*, 197.

33 Vidi *supra*.

34 Ipak, nešto veći priliv je bio posle vanrednih prilika izazvanih mađarskom revolucijom iz 1848. godine.

35 Slobodan Jovanović (*Ustavobranitelji*, Beograd 1925, 15) to stanje reljefno opisuje: „Na advokate je opšta povika da zahtevaju preterane nagrade, da bez dovoljno razloga kuraže klijente na parnice pa posle za rđav ishod bacaju krivicu na sud, da time izazivaju izlišne parnice i obaraju ugled sudskoj vlasti, da u aktima koje sastavljaju svojim klijentima vredaju pojedine zvaničnike pa i cela nadležstva, a za to odgovaraju posle njihovi klijenti. Na neke se sumnja da su potajni agenti sudija i pisara, koji nemogući na svoje ime da rade, preko njih obavljaju advokatske poslove.“

36 Radenić A., *Svetoandrejska skupština*, Beograd 1964, 146.

37 Vasiljević T., *nav. delo*, 242ss. Pavlović M., *Srpska pravna istorija*, Kragujevac 2005, 423–428.

Počeci pravne nauke u Kneževini Srbiji

Očekivalo bi se da pravna terminologija bude oblikovana i u stručnim publikacijama iz te oblasti. Međutim, dugo vremena u Srbiji nisu uopšte postojali domaći pravni časopisi, a oni koji su izlazili izvan nje, u Dalmaciji (Petranovićev *Pravdoneša*, 1851–52) ili u Hrvatskoj (zagrebački *Pravnik*), nisu ostavili većeg traga u srpskoj kulturi. Pravnih rasprava nije bilo mnogo čak ni u eminentnim kulturno-prosvetnim publikacijama toga vremena, *Glasniku Društva srpske slovesnosti* (1847–1863), kasnije *Glasniku Srpskog učenog društva*, niti u veoma afirmisanom časopisu *Letopis Matice srpske*.³⁸ Veliki iskorak predstavlja pojavljivanje zvaničnih zbirki zakona, među kojima je posebno značajan obimni zbornik Đorđa Petrovića: *Rečnik zakona, uredba, uredbeni propisa i pr. izdani u Knjažestvu Srbiji od 1827. do polovine 1854. god.*, Beograd 1856, str. 605.³⁹

Vremenom se pojavljuju i obimni komentari najvažnijih zakonika, od kojih su tri ostala kao trajna vrednost srpske pravne nauke. Njihovi autori su najugledniji pravници toga doba: **Dimitrije Matić** za Građanski zakonik (Beograd, 1850–1851), **Đorđe Cenić** za Krivični zakonik (Beograd, 1866) i **Stojan Veljković** za Trgovački zakonik (Beograd, 1866).⁴⁰ Sva trojica su nemački đaci (studirali u Hajdelbergu, a Cenić i u Haleu), radili su kao profesori na Liceju, bavili se aktivno politikom i zauzimali uticajna mesta u državnoj vlasti (kao ministri pravde, članovi Državnog saveta, Kasacionog suda, predsednici Skupštine).

Dimitrije Matić je u svom četvorotomnom *Objasnenju Građanskog zakonika za Knjaževstvo Serpsko* dao veoma opširno tumačenje ovog pravnog izvora (na oko 1.300 strana) i ono će ostati *jedino* tokom njegovog stogodišnjeg važenja. Vrline tog poduhvata su daleko veće od izvesnih nedostaka, nastalih kao rezultat kratkog vremena (svega šest godina) od donošenja zakonika do njegovog komentarisanja. Matić je pristupio tom pionirskom po-

38 Mada je u članstvu ovih kulturnih institucija bilo dosta pravnika, u sedamnaest knjiga *Glasnika Društva srpske slovesnosti*, bilo je samo šest tekstova iz oblasti prava i pravne istorije, nijedan u *Glasniku Srpskog učenog društva* (do 1867), i svega nekoliko u *Letopisu Matice srpske* (1826–1869). Vasiljević T., *nav. delo*, 109–110.

39 Međutim, ovde nije u pitanju „rečnik” (kao što pogrešno navodi Vasiljević T., *nav. delo*, 110) već zbirka interpretativnih zakona u kojima se nalaze tumačenja postojećih propisa od strane zakonodavne vlasti. Up. Stanković U., *Autentična tumačenja Zakona o povraćaju zemalja* (1839), Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 1 (2011), 521–534.

40 Jovanović V., „Dr Stojan J. Veljković – Objašnjenje trgovačkog zakonika za Knjaževstvo Srbiju”, u: *Naučno nasleđe Pravnog fakulteta u Beogradu 1841–1941*, Beograd 1994, 164–170; Vasiljević M., „Francuski trgovački zakonik (1807) kao model-uzor srpskog trgovačkog zakonika (1860)”, *Pravo i privreda*, knj. 44, 1–4 (2007), 3–10. Na Liceju je Veljković predavao, osim trgovačkog prava, još rimsko pravo, krivično pravo i krivični postupak. Od 1872. godine je bio ministar pravde i zastupnik ministra prosvete. Kandić Lj., Danilović J., *Istorija Pravnog fakulteta (1808–1905)*, Beograd 1997, 156–159. Petrović S., „Nastava rimskog prava na Liceju, Velikoj školi i univerzitetu do 1941. godine”, u: *Univerzitet u Beogradu 1838–1988*, Beograd 1988, 631, nap. 4.

duhvat u prvenstveno kako bi zadovoljio školske potrebe, pa je i bez odgovarajuće sudske prakse sam tražio odgovore na bezbroj pravnih pitanja koja su proisticala iz datih zakonskih rešenja. Kao nemački doktor prava i filozofije, priklonio se hegelovskoj misli i u svojim teoretskim radovima bavio se pitanjem osnova ljudske slobode (*Načela umnog državnog prava*, 1851). Svesrdno je prihvatao liberalne ideje sa Zapada i zalagao se za ustavnu a ne policijsku državu, ukazujući na prednosti postojanja narodnog predstavničkog tela. Matić je svojim opusom postavio osnove buduće srpske nauke o državi i pravu, obezbeđujući već time mesto među klasicima naše pravne misli.⁴¹

Cenićevo *Objasnenje kaznitelnog zakonika za Knjaževstvo Srbiju* (oko 900 strana) zasnovano je na najsavremenijoj krivičnopravnoj teoriji toga doba. Njegova svrha je da pomogne sudijama u primeni ovog zakonika, ali se pritom upušta i u složena teoretska pitanja u vezi sa pojedinim krivičnopravnim institutima (uračunljivost, nehat, pretnja, prinuda, nužna odbrana, trajno i produženo krivično delo, otežavajuće i olakšavajuće okolnosti, zastarelost i dr.). Komentari pojedinih članova su prave male studije, koje imaju veliku vrednost već same po sebi. Cenić naročito ukazuje na razlike u kaznenoj politici srpskog zakonika u odnosu na prusko zakonodavstvo, koje mu je bilo uzor. U svom obimnom komentaru poziva se na dvadesetak kapitalnih dela iz krivičnopravne oblasti, skoro sva na nemačkom jeziku.⁴²

Cenić ima velike zasluge i u stvaranju srpske pravne terminologije, koja je u to vreme već imala osnovu u ranije usvojenom Vukovom književnom standardu, ozvaničenom Bečkim dogovorom iz 1850. godine. Kada je deceniju kasnije nastao Krivični zakonik, već je u mnogome bio potisnut rogovatni stil službenih akata. Njega su odlikovali izveštačena pompeznost, duge složene rečenice, u koje je umetano puno kraćih, a glagol je obično bio tek na kraju. U tome se jasno prepoznaju pravila germanske sintakse, tako da je moguće celu rečenicu, i bez promene redosleda reči, prevesti na nemački. Cenić je u svom *Objasnenju* otišao korak dalje od teksta zakonika i sam je stvarao pravnu terminologiju za pojmove koji se u njemu ne nalaze. Pritom se često koristio već postojećim narodnim izrazima (pa je „preko državne granice” postalo „preko plotu”). Ipak, da bi se novi nazivi lakše razumeli i primenjivali, davao je uz njih i odgovarajući nemački stručni termin. Ponekad ukazuje i na netačan prevod sa pruskog originala (npr. *Antrag* je prevedeno u čl. 78 kao „tužba”, a Cenić ispravno predlaže „zahtevanje”, jer ne mora uvek označavati tužbu).⁴³ Za razliku od Matićevog komentara Građanskog zakonika, koji je odobren od posebne komisije i potom objavljen kao zvanični udžbenik Velike škole, Cenić je svoj poduhvat izveo na ličnu inicijativu i sopstvenim sredstvima (putem preplatnika, „prenumeranata”).

41 Marković B., *Dimitrije Matić – lik jednog pravnika*, SANU, Beograd 1977; Marković B., „Dimitrije Matić (predgovor)”, u: *Klasici jugoslovenskog prava*, knj. 7, Beograd 1995, 7–17; Basta D., *Preobražaji ideje prava – Jedan vek pravne filozofije na Pravnom fakultetu u Beogradu (1841 – 1941)*, hrestomatija, Beograd 1991; Perović, S., „Začeci srpske filozofske misli o prirodnom pravu”, *Analiz Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1–4 (2001), 205–217.

42 Vasiljević T., *nav. delo*, 121; Nikolić D. *Krivični zakonik Kneževine Srbije*, Niš 1991.

43 Vasiljević T., *nav. delo*, 162–163.

Osnivanje škola u Kneževini i počeci pravničkog obrazovanja

Uloga crkve u obrazovanju. Ideje o svetovnom društvu i njegovom odvajanju od crkve nisu naišle na jednak prijem kod Srba u Monarhiji i u Kneževini Srbiji. Već krajem XVIII veka među srpskim intelektualcima u Ugarskoj javljale su se ideje u prilog laičkih kulturnih institucija i njihove autonomnosti, ali ne i o temeljnim promenama u oblasti obrazovanja. Tome nije doprinosila ni prosvetiteljska politika jozefinizma, koja je ukidanjem škola u pravoslavnim manastirima ipak samo želela da potisne ruski kulturni i politički uticaj. Otuda se u srednjoj Evropi tokom XIX veka smatralo najprirodnijim da crkva i dalje ima vodeću ulogu u obrazovanju, naravno, ukoliko je u stanju da se o školstvu materijalno stara zahvaljujući svojim bogatim fondovima i odgovarajućim zakonskim ovlašćenjima.⁴⁴

Naprotiv, u Kneževini Srbiji je posle ukidanja Pečke patrijaršije (1766) crkvena vlast bila duže vremena u rukama grčkih vladika („fanariota”), što je dovelo do otuđenja pravoslavnog klera od naroda. Pošto je i niže sveštenstvo postavljala Vaseljenska patrijaršija iz Carigrada, savremenici svedoče da im je bio potreban prevodilac kako bi ispovedali svoje vernike. Zbog toga je pastva bila zapuštena, jer su polupismeni i grabežljivi grčki episkopi često bili bliži Turcima nego narodu, čije su duhovne vođe navodno bili. Formalno će crkvena vlast ostati u njihovim rukama do 1831. godine, ali je već od vremena nepismenog Miloša Obrenovića započeto snažno delovanje svetovne vlasti na preobražaj srpske crkve i verskog života. Turskim hatišerifima (1830, 1833) Srbija je izvojevala status vazalne kneževine, uz crkvenu autonomiju i pravo da formira sopstvene kulturne institucije. Posebnim propisima je školstvo uređeno na svetovnim osnovama, doduše, sa veronaukom i veroučiteljima, ali sa simboličnim nadzorom mitropolita i sveštenstva. Dok je za srpsku crkvu u Ugarskoj ta država bila potpuno tuđa, u Kneževini je pravoslavna jerarhija duhovno i politički srasla sa svojom državom.⁴⁵ Kao da je iznova u Srba postignuto „saglasje” (*symphonia*) nebeske i ovozemalske vlasti iz vizantijskih vremena. Taj princip ustoličen je u temeljnom pravnom dokumentu srednjovekovne srpske države iz 1219. godine, *Zakonopravilo Svetog Save (Krmčiji)*.⁴⁶ Prvi ustanički propisi oslanjali su se upravo na te drevne pravne uzore (tzv. *Zakon prote Mateje Nenadovića*).

S druge strane, u Ugarskoj je Srpska pravoslavna crkva svoj status, pa i naroda koji zastupa, temeljila na „privilegijama” podarenim od države u kojoj Srbi nisu „istorijski” narod. Sasvim je bilo logično da obrazovani Srbi sa obe

44 Čirković S., *Srbi među evropskim narodima*, 2004, 181, 210ss.

45 Međutim, arhijerejski sabor iz 1883. godine će zabraniti sveštenicima da budu članovi političkih partija i da učestvuju na njihovim zborovima. Čirković S., *nav. delo*, 210.

46 Grčko-vizantijski pravni kodeks Nomokanon u srednjovekovnoj Srbiji (putem prevoda) postao je *Zakonopravilo Sv. Save*, a pod nazivom *Kormčaja knjiga* (knjiga krmaroška, upravljačka) postaće potom deo pravne baštine Rumuna, Bugara, Rusa i njihovih pravoslavnih crkava. To je bio jedini važeći pravni kodeks među Srbima tokom viševjekovne otomanske vladavine.

strane Save i Dunava, pa i običan narod, u toj crkvi prepoznaju svog zaštitnika i da svoju osobenost, sada već *naciju*, ne vide odvojenu od svoje verispovesti. Čak i kada govore istim ili sličnim jezikom, južnoslovenski narodi na Balkanu ili izvan njega, međusobnu bliskost su od davnina prepoznavali po veri kojoj pripadaju. U tome su ih njihove crkve – „istočna” i „zapadna” – svesrdno podržavale. Otuda su ideju južnoslovenskog, pa i panslovenskog ujedinjenja, mogli promovisati samo oni koji su odustali od verskog i usvojili jezičko načelo kao integrativni faktor. Kod Srba to su Dositej, Mrkalj i Vuk, koji su u pravoslavnoj crkvi ili pod njenim patronatom stekli prva znanja, a potom se od nje otrgli, pa i žestoko s njom sukobili.⁴⁷

Pravne studije u Srbiji. Začeci pravnih studija mogu se prepoznati već u radu *Velike škole* nastale 1808. godine, a ozbiljniji počeci vezani su za *Licej*, koji je posle prelaska u Beograd 1841. već imao izdvojeno „Pravoslovno odeljenje”.⁴⁸

Velika škola (1808–1813) nastala je tokom zatišja posle Prvog srpskog ustanka, pod uticajem obrazovanih Srba iz Austrije. Otuda je uz Karađorđa, upravo Dositej Obradović učestvovao u njenom svečanom otvaranju, i to u svojstvu prvog srpskog ministra prosvete („popečitelja prosveštenija narodnog”). Osnivač Velike škole i njen prvi profesor bio je **Ivan Jugović**, Srbin iz Vojvodine, koji je pravne nauke završio u Pešti, a prethodno je predavao u

⁴⁷ Upravo je antiklerikalni Vuk mogao doći do ideje, izložene u spisu „Srbi svi i svuda” (1836), da Srba ima pet miliona, od čega tri miliona pravoslavaca, čak 1.200.000 muslimana („koji sebe nazivaju Turcima a taj jezik i ne govore”), dok bi ostatak činili katolici („Srbi rimskog zakona”) u Dalmaciji, Hrvatskoj, Slavoniji i Bosni. Up. Vuk St. Karađžić, *Kovčević za istoriju, jezik i običaje Srba sva tri zakona*, Beč 1849. Taj stav je već u Vukovo vreme oštro napadan u hrvatskoj javnosti, pa se i danas koristi kao argument da je Vuk inicijator velikosrpske ideje, uz Garašanina i njegovo „Načertanije” (1844). O tome: Novak V., *Vuk i Hrvati*, Beograd 1967, 272–276, 319, 360ss. Pritom se ispušta iz vida da je Garašaninov nacionalno-oslobodilački program zasnovan na tekstu češkog panslaviste Franje (Františka) Zaha. Up. *Istorija srpskog naroda*, V/2, Beograd 1981, 362ss; Ljušić R., *Knjiga o Načertaniju*, Kragujevac 2003, 161ss. S druge strane, Vukov stav (da su Hrvati samo „čakavci” a svi „štokavci” Srbi) delio je tada i najugledniji slavista i bečki profesor Franjo Miklošič, inače etnički Slovenac, dok je za štokavski dijalekt već Jernej Kopitar tvrdio (1822): „Srpskim ili ilirskim dijalektom govori četiri do pet miliona ljudi u Srbiji, Bosni, Crnoj Gori, Dubrovniku, Dalmaciji, Istri, Hrvatskoj, Slavoniji i u srpskim naseljima u južnoj Mađarskoj.” Up. Lencek R., „A few remarks for the history of the term ‘Serbocroatian’ language”, *Zbornik za filologiju i lingvistiku*, 19/1 (1976), 45–53, spec. 46. Štaviše, Dositej Obradović je još 1783. godine izneo tvrdnju da „žitelji crnogorski, dalmatski, hercegovski, bosanski, servijski, horvatski (kromje mužâ), slavonski, sremski, bački i banatski (osim Vlaha)” govore jednim jezikom – i to po njemu „slavenosrpskim”. Dositej je takođe prvi uveo i krilaticu o Srbima pravoslavne, katoličke i islamske vere, u svom biografskom spisu *Život i priključenja* (Beograd 1964, 220). Moguće da je do tih stavova došao pod uticajem čuvenog lingviste i osnivača slavistike Josifa Dobrovskog, koji je 1782. godine Hrvate i sve ostale Slovene proglasio poreklom „Srbima”. Up. Grčević M., „Nacrt za studiju o Jerneju Kopitaru kao strategu Karađžićeve književnojezične reforme”, u: *Od indoeuropeistike do kroatistike*, Zbornik u čast Daliboru Brozoviću, Zagreb 2002, 161–194, spec. 162, fn. 3.

⁴⁸ Grujić, V., *Licej i Velika škola*, Spomenik SANU, knj. 128, Beograd 1987; Kandić Lj., Danilović J., *Istorija pravnog fakulteta 1808–1905*, Beograd 1997.

Karlovačkoj gimnaziji. Međutim, Velikom školom je upravljao Dositej Obradović, koji se starao o njenom statusu i kvalitetu nastave, ali začudo on sam nije predavao. Osim Ivana Jugovića, pravne predmete su držali Miljko Radonjić i Lazar Vojnović, a među nastavnicima su bili književnik i istoričar Sima Milutinović Sarajlija i nekoliko ruskih oficira. O tome svedoči A. Gavrilović, koji je uspeo da rekonstruiše spisak od četrdesetak polaznika koji su sigurno pohađali ovu školu, a izgleda da ih je svake godine upisivano oko dvadeset.⁴⁹ Udžbenika nije bilo, nego se učilo iz beležaka sa predavanja. Sačuvana je samo jedna od takvih rukopisnih beležnica, dok su ostale izgorele u požaru posle bombardovanja Narodne biblioteke u Beogradu 1941. godine.

Ustanička vlast je već na samom početku formiranja države bila suočena sa brojnim problemima, od kojih je nedostatak stručno sposobnih ljudi bio svakako najveći. Sam Karađorđe je na svečanosti prilikom otvaranja Velike škole istakao: „Mi imamo dovoljno mišica za odbranu Srbije, ali nemamo dovoljno veštih ljudi za upravljanje.” Mada nije sačuvan nikakav zvanični plan i program rada ove školske institucije, očigledno da je pripremanje budućih činovnika bila prvenstvena uloga Velike škole. Izvori jasno kazuju da je školovanje trajalo tri godine jer je već početkom 1809. godine otvoren drugi razred, u koji su primljeni učenici „prve klase”, a 1810. godine je započeo sa radom i treći razred. U avgustu 1812. godine prvih sedam diplomaca Velike škole svečano je primljeno u državnu službu. To je utoliko važnije kada se ima u vidu da je baš u to vreme izvršena reforma sudstva i da je izgradnja pravnog sistema u celini bila u punom zamahu.

Iz svedočenja nekih savremenika, poput Lazara Arsenijevića – Batalake, proizilazi da je treća godina već sasvim jasno profilisala pravničko usmerenje: među predmetima su se nalazili međunarodno pravo, državno pravo, krivično pravo sa sudskim postupkom, kao i „statistika”.⁵⁰ Međutim, sadržinu tog predmeta treba razumeti na pravi način: „statistika” (odnosno „štastistika”, od nem. *Staat*) tada je označavala državno uređenje, odnosno obuhvatala je osnovne institute ustavnog prava pojedinih zemalja (a ne matematičko-ekonomsku disciplinu, na šta upućuje savremeno značenje te reči). Za dve godine (na drugoj i na trećoj) izučavala se „geografsko-statistička istorija Mađarske, Rusije, Engleske, Francuske, Poljske, Austrije i Turske”. Uz to je postojao i predmet koji se zvao „statistika Srbije”, koji je pružao znanja o domaćem državnom uređenju. Sve to pokazuje u koliko su meri elementi pravne, a pogotovo ustavne istorije, bili obuhvaćeni u radu Velike škole. Ona je očigledno u završnoj trećoj godini davala specijalizovano stručno, pravničko obrazovanje. Otuda je moguće zaključiti da je Velika škola predstavljala poseban oblik *Fachhochschule* svoga vremena, koja je najvećim delom obuhvatala upravo oblasti prava.

Ipak, o karakteru te obrazovne ustanove ne postoji saglasje u nauci: da li je bila nalik gimnaziji, stručnoj školi, ili neka vrsta više stručne škole, ili

49 Gavrilović A., *Beogradska Velika škola 1808–1813*, Listak iz istorije oslobođenja Srbije, Beograd 1902, 32–42.

50 *Istorija srpskog ustanka*, I deo, Beograd 1898, 385–398.

čak preteča univerziteta.⁵¹ S obzirom na to da je njena osnovna funkcija bila osposobljavanje kadrova za državnu službu u tek uspostavljenim organima ustaničke vlasti, najverovatnije je da su inspiracija i uzor traženi u sličnim kraljevskim akademijama u ugarskim zemljama Habzburške monarhije.⁵² Na to upućuje i obaveza izučavanja nemačkog jezika, kao i kulturni milje iz kojeg su došli osnivači i prvi profesori Velike škole. Otuda nije čudno da Ivan Jugović poziva (1811) upravo austrijsku vlast da, davanjem otpusta iz državljanstva, omogući obrazovanim mladim Srbima iz Carevine da preuzmu službu u ustaničkoj Srbiji.⁵³ Međutim, propast Prvog ustanka (1813) naglo je prekinula te prve korake ka uspostavljanju visokog školstva u Srbiji.

Od završetka Drugog srpskog ustanka (1815), prošlo je dosta vremena dok je Miloš Obrenović obnovio obrazovne ustanove i opet uveo Ministarstvo prosvete. Neki u tome vide kneževu nebrigu (Sl. Jovanović), a drugi smatraju da je on ipak na tome prilježno radio i stvorio solidnu osnovu za prosvetno-kulturni napredak u iznova oslobođenoj Srbiji.⁵⁴ Ako se imaju u vidu strahovite posledice turskog pustošenja i žestokih odmazdi posle sloma Prvog ustanka, onda se nije ni mogao očekivati brz oporavak na polju kulturne obnove Srbije. Donošenjem Hatišerifa iz 1830. godine uspostavljene su pravne osnove za osnivanje ili obnavljanje pojedinih institucija od javnog interesa: srpske škole, crkve, bolnice, štamparije itd. Na osnovu ovog akta stvorena je nova državna organizacija i započet razvoj državnopravnih institucija, što je vodilo, od tada stečene unutrašnje autonomije do priznavanja potpune nezavisnosti Kneževine Srbije (1878). Liberalnim *Sretenjskim ustavom* iz 1835. i potom *Turskim ustavom* iz 1838. godine, u Srbiji se formalno ukidaju preostali feudalni odnosi i otvorenije se kreće ka epohi građanskog društva.⁵⁵

51 Kandić Lj., Danilović J., *Istorija Pravnog fakulteta (1808–1905)*, knj. I, Beograd 1997, 27–28; Ljušić R., „Od Velike škole do Liceja (1808–1838)”, u: *Univerzitet u Beogradu 1838–1988*, Beograd 1988, 8–9.

52 Na takav zaključak upućuju najnovija istraživanja zasnovana na poređenju sa sličnim obrazovnim ustanovama u drugim sredinama. Vidi: Mirković Z., „Pravne studije krajem XVIII i početkom XIX veka i beogradska Velika škola 1808–1813. godine”, *Analiz Pravnog fakulteta u Beogradu*, 3–4 (1993), 461–464. Autor je obavio uporednu analizu obrazovnih sistema u Ruskoj i Austrijskoj carevini, jer su oba poslužila kao model za sistem školstva u Srbiji. Kriterijumi za upoređivanje bili su: nastavni planovi, dužina školovanja, broj profesora, vrste akademskih zvanja i način predavanja. U radu je pokazano da postoji mnogo zajedničkih elementa sa modelom pravnog obrazovanja u austrijskim (ugarskim) kraljevskim akademijama. Uz to, autor po sličnim kriterijumima poredi beogradsku Veliku školu sa Licejem, u koji se ona transformisala 1838. godine, i dokazuje da se nastavni planovi pravnih studija međusobno bitno ne razlikuju. Otuda Mirković zaključuje da se Velika škola može tretirati kao preteča Pravnog fakulteta u Beogradu, pa i Univerziteta u Beogradu.

53 To potvrđuju poverljivi spisi iz Bečkog arhiva, koji pokazuju da je Jugović svoj zahtev obrazlagao time da će koristi imati i austrijska vlast jer će dovesti svoje ljude na uticajna mesta u Srbiji. Međutim, pronicljivi austrijski zvaničnici su odbili ovu ideju jer je policijski službenik upozorio da su Srbi po religiji bliži Rusiji nego Austriji, a i da bi slavljenički moglo te mlade ljudi okrenuti da vode neprijateljsku politiku prema Austriji. Mirković, *nav. delo*, 463, nap. 62.

54 Stojančević V., *Miloš Obrenović i njegovo doba*, Beograd 1966, 300.

55 Ljušić R., *Vuk Stefanović Karadžić und die Frage der Abschaffung des Feudalismus in Serbien*, Österreichische Osthefte 29, 1987, 271–298.

Otuda je Knez Miloš upravo 1838. doneo odluku da osnuje *Licej* u Kragujevcu, tadašnjoj srpskoj prestonici.⁵⁶ Već sledeće godine ta ustanova se odvaja od gimnazije i pretvara u samostalnu višu školu, čiji je karakter teško odrediti. U svakom slučaju, može se smatrati da je Licej (na koji se upisuje posle šest godina gimnazije) preteča kompletnog i naprednog akademskog obrazovnog sistema u Srbiji XIX veka. Ubrzo su pravne studije proširene na tri godine (1840), ali je upis uslovljen prethodno završenim studijama filozofije, tako da su advokati ukupno studirali pet godina na Liceju. Time se tzv. „Pravno odeljenje” vremenom pretvorilo u Pravni fakultet, obuhvatajući sve predmete koji su postojali i u programima drugih evropskih univerziteta toga vremena.

Tako su studije prava, tek 27 godina posle prestanka rada Velike škole, postale deo višeg stepena obrazovanja. Prvi profesori prava koji su predavali na tom nivou bila su dvojica advokata iz Vojvodine, Jovan Sterija Popović (Vršac) i Jovan Rajić (Novi Sad), i pravnik Ignjat Stanimirović (Subotica), koji ubrzo postaje rektor Liceja.⁵⁷ Već sledeće godine (1841) na zahtev samih profesora, Licej je premešten u Beograd, gde će privremeno biti smešten u Konačku kneginje Ljubice, žene knjaza Miloša.⁵⁸ Uporedo sa izvesnim smirivanjem političke situacije u Srbiji, u Beograd će se konačno vratiti sve najvažnije državne i kulturne institucije.

Ubrzo će na snagu stupiti i prvi školski zakon u Srbiji: *Ustrojenje javnog učilišnog nastavljenija* (1844). Njegov autor je, prema svemu sudeći, Jovan Sterija Popović, a cilj mu je reformisanje dotadašnje nastave na „Pravnom odeljenju”.⁵⁹ Bilo je predviđeno da učenici na Liceju provedu četiri godine, s tim što bi prve dve godine na „Filozofskom odeljenju” izučavali predmete iz raznih oblasti (od filozofije i istorije do prirodnih nauka), a potom bi u preostale dve godine, na „Pravnom odeljenju” izučavali isključivo stručne predmete i francuski jezik.⁶⁰ Kasnije su usledile nove izmene u organizaciji Liceja (1853), u pravcu osposobljavanja i druge vrste stručnjaka, a ne samo pravnika. Međutim, te promene su se vremenom pokazale nedovoljnim, pa je njihov krajnji ishod bilo donošenje *Zakona o ustrojstvu Velike škole (Akademije)* iz 1863. godine, kojim je posle 25 godina rada Licej zamenjen drugim tipom visoke škole. Sada je ona predstavljala „naučno zavedenije za višu i stručnu izobraženost”, u kome postoje tri fakulteta: Filozofski, Pravni i Tehnički. Time se školstvo prilagođavalo sve razvijenijim društvenim, privrednim i kulturnim potrebama Srbije.⁶¹ Taj evolutivni put će se završiti prerastanjem tih obrazovnih institucija u Beogradski univerzitet 1905. godine.⁶² Tako

56 Kragujevac je bio mlada srpska prestonica, smeštena u unutrašnjosti zemlje, što je bilo bolje nego da je bila u Beogradu, na nesigurnoj granici između dva carstva.

57 Pržić A., *nav. delo*, 7ss.

58 Ljušić R., „Od Velike škole do Liceja (1808–1838)”, cit., 11ss.

59 Kandić Lj., Danilović j., *nav. delo*, 44.

60 Tešić V. M., „Razvoj Liceja i Velike škole”, u: *Univerzitet u Beogradu 1838–1988*, Beograd 1988, 19–35.

61 Tešić V.M., *nav. delo*, 21.

62 Janković D., „Pretvaranje Velike škole u Univerzitet 1905. godine”, u: *Univerzitet u Beogradu 1838–1988*, Beograd 1988, 51–62.

je samo tokom jednog veka Srbija prešla put od sredine u kojoj su bili retki pismeni ljudi do zemlje sa sopstvenim Univerzitetom.

*Prof. dr Žika Bujuklić**

FORMATION OF THE LEGAL TERMINOLOGY AMONG SERBS IN THE XIX CENTURY (2)

Summary

This text is continuation of the earlier published paper under the same title and author below talking about the position of legal profession and Serbian intelligence in the Austrian monarchy, then about their impact on the cultural situation of the Principality of Serbia. Finally, author analyzes the beginnings of legal education in Serbia after the liberation from the Ottomans.

Key words: *Serbian legal terminology. Austrian monarchy. Steria's glossary. Legal studies in Principality of Serbia.*

* Žika Bujuklić, PhD. Associate professor Faculty of Law University of Belgrade. This article is the result of research within the project *Perspectives of Implementation of European Standards in the Serbian Legal System* (179059), supported by the Ministry of Education, Science and Technological development.

ŠKOLA PRIRODNOG PRAVA, HUGO GROCIJE I AKVILIJEV ZAKON – *DE IURE BELLI* *AC PACIS 2.17.*

Apstrakt

Hugo Grocije je jednu glavu svog čuvenog dela *De iure belli ac pacis* naslovio „De damno per iniuriam dato et obligatione quae inde oritur”. To je glava sedamnaesta druge knjige. Naslov, koji je očigledno preuzet iz rimskog prava, bez sumnje ukazuje na privatni delikt *damnum iniuria datum* iz Akvilijevog zakona i pripadajuću tužbu *actio damni iniurae legis Aquiliae*. Struktura poglavlja, međutim, nije ni nalik titulusu *Digesta Ad legem Aquiliam*, a sadržaj obiluje novim elementima i idejama. Upada u oči i to da Grocije ni na jednom mestu ne pominje Akvilijev zakon izričito. U radu se analiziraju najvažniji fragmenti iz navedenog poglavlja s ciljem da se pokaže u kojoj su meri osnovni elementi Grocijeve doktrine u uskoj vezi s Akvilijevim zakonom, kao i to koliko se Grocije i pod kojim uticajima odmakao od prvobitnog polazišta. Ključne reči: *Maleficium. Culpa. Damnum. Akvilijev zakon.*

Uvodne napomene

Moderna škola prirodnog prava predstavlja zlatno doba evropske pravne kulture.¹ Insistirajući na idejama jednakosti, tolerancije i humanizma, ona je doprinela stvaranju mnogih modernih pravnih grana, kao što su međunarodno pravo, ustavno pravo, moderno krivično pravo. Nestali su procesi protiv veštica, brutalne telesne kazne. Insistiralo se na pravima pojedinca čak i protiv vladara. Što se privatnog prava tiče, škola prirodnog prava usvojila je dostignuća koja su do tada postigli njeni prethodnici, glosatori i postglosatori, zatim posebno humanisti u Francuskoj i pravac *usus modernus Pandectarum*, koji se razvio u Holandiji, domovini Huga Grocija, i u Nemačkoj. Međutim, škola prirodnog prava je unela i revolucionarne novosti u privatno pravo. To je rušenje svakog autoriteta, uključujući i autoritet rimskog prava i Justinijanove kodifikacije. Drugo, škola prirodnog prava insistirala je na izgrađivanju

* Dr Milena Polojac, vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije* (179059), koji podržava Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

1 Opšti pogled na školu i njena istorijska ocena: F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen 1952, 133 i sl. Takođe i u prevodu na engleski *A History of Private Law in Europe* (translated by Tony Weir), Oxford 2003, 199 i sl.

sistema, što je bila najslabija tačka prethodnih škola. Sve su se one držale sistema Justinijanovih Digesta i topičkog načina mišljenja. Naime, takozvani italijanski način – *mos italicus* bio je dominantan način mišljenja koji je suvereno vladao u vreme glosatora i postglosatora u srednjem veku, a dominacija tog metoda, uz češća osporavanja, zadržala se sve do osamanaestog veka, dok nije preovladao *mos geometricus*, deduktivni metod škole prirodnog prava, u kojem centralno mesto zauzima sistematski način mišljenja. Pripadnici te škole su organizovali tradicionalni materijal u nezavisnu i kritičku pravnu nauku i stvorili su sistem prirodnog prava koji polazi od najopštijih koncepata i principa iz kojih se izvode pojedinačne pravne norme. U krajnjoj instanci, to je dovelo do stvaranja modernih kodifikacija privatnog prava u Evropi.

Škola prirodnog prava dala je novu osnovu i autonomnu dogmatiku i problematiku odgovornosti za nedozvoljene radnje. Ovde je prvi put, osim možda prethodno u kanonskom pravu, formulisan princip da nedozvoljena radnja stvara obligaciju da se šteta nadoknadi. Tako je stvoren opšti pojam delikta privatnog prava, za razliku od rimskog prava, u kojem su postojali pojedini delikti kao izvor obligacije, s ciljem koji nije bio uvek i samo naknada štete, nego i kažnjavanje.

Prve zasluge za ovakav novi pristup pravu kao i za stvaranje i definisanje opštih pojmova, pre svega delikta, pripadaju čuvenom holandskom pravniku Hugu Grociju (1583–1645), koji se smatra pretečom škole prirodnog prava ili čak njenim utemeljiteljem. U vreme kada je on živio u Holandiji vladajući pravac je bio *usus modernus Pandectarum*. Pravnici koji su pripadali tom pravcu gajili su praktičniji i pragmatičniji pristup pravu i nisu bili u stanju da se odreknu dotadašnjeg topičkog načina mišljenja i redosleda materije koji su diktirala Justinijanova Digesta tj. Pandekta.

De iure belli ac pacis, 2,17 (De damnum per iniuriam dato et obligatione quae inde oritur)

Grocije je u ovoj čuvenoj knjizi objavljenoj 1625. godine postavio temelje svog sistema prirodnog prava s jakim osloncem na rimsko pravo. Ta knjiga je samo jednim delom posvećena privatnom pravu. Drugo njegovo delo koje daje mnoge podatke o privatnom pravu Holandije iz Grocijevog vremena je *Inleidinge tot de Hollandsche rechtsgeleerdheid* (Uvod u pravnu nauku Holandije) izdato 1631, iako napisano ranije, oko 1620. godine. U njemu Grocije izlaže sistem ondašnjeg pozitivnog prava Holandije. To tzv. rimsko-holandsko pravo je mešavina i sinteza domaćeg holandskog običajnog prava i recipiranog rimskog prava koje, prema Grocijevom mišljenju, ne odstupa mnogo od principa prirodnog prava.

Hugo Grocije je jednu glavu dela *De iure belli ac pacis* naslovio *De damno per iniuriam dato et obligatione quae inde oritur*. To je glava sedamnaesta dru-

ge knjige čuvenog dela. Naslov glave očigledno i nesumnjivo asocira na delikt rimskog prava *damnum iniuria datum* iz Akvilijevog zakona i pripadajuću tužbu *actio damni iniuriae legis Aquiliae*. Čitalac, međutim, ovde neće naći gotovo ništa od onoga što bi očekivao da nađe, imajući u vidu dotadašnju pravnu literaturu počevši od Justinijanove kodifikacije do Grocijevog vremena. Struktura poglavlja nije ni nalik titulusu Digesta *Ad legem Aquiliam*. Ona se sasvim razlikuje i od srednjovekovnih komentara navedenog titulusa i ostale literature tog vremena koja je zadržala kazuistički karakter, teme, probleme i redosled koji su diktirali antički izvori. Upada u oči i to da Grocije ni na jednom mestu ne pominje Akvilijev zakon. Grocije je napravio sistem normi koji ima teorijsku podlogu i obiluje novim elementima i idejama. Smatra se da su na njega najveći uticaj imali španski moralni teolozi 16. veka, sledbenici Tome Akvinskoga i njihova učenja o prirodnom pravu, o grehu (*peccatum*), kulpi i restituciji.² Zašto Grocije ni na jednom mestu ne spominje delikt iz Akvilijevog zakona?

Podimo od čuvene Grocijeve definicije nedozvoljenog dela i elemenata koji ga čine:

2.17.1: *Supra diximus eius quod nobis debetur fontes esse tres, pactiōnem, malefīcium, legem. De pactis satis tractatum. Veniamus ad id quod ex maleficio naturaliter debetur. Malefīcium hic appellamus culpam omnem, sive in faciendo, sive in non faciendo, pugnantem cum eo quod aut homines comuniter, aut pro ratione certae qualitatis facere debent. Ex tali culpa obligatio naturaliter oritur si damnum datum est, nempe ut id resarciatur.*

[Prevod: Gore smo rekli da ono što nam se duguje ima tri izvora, sporazum (*pactio*), nedozvoljeno delo (*malefīcium*) i zakon (*lex*). O paktovima je dovoljno rečeno. Pređimo na ono što se duguje po prirodi iz nedozvoljene radnje (*malefīcium*). Nedozvoljenim delom nazivamo ovde svaku krivicu (*omnis culpa*) bilo u činjenju ili u nečinjenju, u suprotnosti s onim što ljudi treba da rade uobičajeno ili zbog određenog razloga. Iz takve krivice izrasta obaveza naime da ukoliko je naneta, šteta treba da bude nadoknađena (*ut resarciatur*).]

Grocije najpre iznosi svoju podelu izvora obligacija. To su sporazum (*pactio*), nedozvoljena radnja (*malefīcium*) i zakon (*lex*). Zatim daje opštu definiciju delikta u kojoj su osnovni elementi *malefīcium* i *obligatio ex maleficio*, (*omnis*) *culpa* (*in faciendo sive in non faciendo*), *damnum* i *damnum resarcire*. Definicija obiluje opštim pojmovima i predstavlja novinu, prema većinskom mišljenju, mada ima i mišljenja da je opšti pojam privatnog delikta već definisan u tada vladajućem pravcu *usus modernus Pandectarum*.

2 To su Dominicus Soto, Leonardus Lessius i Diego de Covarruvias y Leya. Najdetaljnije o Grocijevoj doktrini i njenim izvorima: R. Feenstra, „Grotius’ doctrine of liability for negligence: its origin and its influence in Civil Law countries until modern codifications”, *Negligence, The Comparative Legal History of the Law of Torts*, edited by Eltjo J. H. Schrage, Berlin 2001, 129–171.

Maleficium (obligatio ex maleficio)

Reč *maleficium* ovde je izabrana da označi samo onaj aspekt delikta koji se sastoji u nanošenju drugome gubitka (*damnum*) koji za posledicu ima obeštećenje.³ Osim što je na apstraktan način definisan, *maleficium* je ovde, kao izvor obligacije, lišen penalnih elemenata. Pomak u odnosu na antičko rimsko pravo je očigledan. Izvesno je da u rimskom pravu nisu postojali ni opšti, apstraktni pojam delikta ni njegova definicija. Postojali su samo pojedinačni privatni delikti, koji su bili izvor obligacije i koji su uvek imali penalni karakter (*furtum, iniuria, rapina, damnum iniuria datum* etc.), i javni delikti – *crimina, delicta publica* (*homicidium, adulterium, falsum, calumnia* etc.). Neke od tih delikata Grocije spominje u glavi sedamnaestoj druge knjige, ali samo u vezi s mogućnošću da oni budu izvor obligacije.⁴

Grociju pripada zasluga za konceptualizaciju delikta obligacionog prava kao opšteg pojma. Ipak, presudne korake u tom pravcu već su prethodno učinili kanonisti raspravljajući o grehu – *peccatum*. Iz tih rasprava iskristalisalo se i čuveno pravilo koje je Toma Akvinski pripisao Sv. Augustinu i koje je uvršteno u Gracijanov Dekret i u Liber Sextus: *non dimittitur peccatum nisi restituatur ablatum*. (Niko ne može biti oslobođen greha ako nije izvršeno obeštećenje.) To je suština učenja o restituciji prema kojoj su naslednici dužni da, po pravilima kanonskog prava, nadoknade štetu u slučaju smrti delinkventa kako bi on bio oslobođen greha, iako, naravno, ne treba da pretrpe kaznu umesto delinkventa. Kanonisti su zaslužni i za još jedno pravilo koje je privatno, obligaciono pravo lišilo penalnih elemenata: *omnia crimina publica esse*, tj. svi su delikti javni. To dalje vodi pravilu da u slučaju delikta pojedinci ne mogu tražiti ništa više od naknade štete ili, drugim rečima, ne mogu tražiti privatnu kaznu. To je pravilo prihvaćeno i od svetovnih sudova.⁵ Pod uticajem takvih shvatanja u Holandiji Grocijeovog vremena tužba iz Akvilijevog zakona izgubila je penalni karakter i postala je reipersekutorna.⁶ Osim toga, u okviru *ius commune* stalo se na stanovište da *actio legis Aquiliae* nije samo jedna od tužbi iz delikta, nego je to tužba iz delikta *par excellence*, koja se primenjuje umesto bilo koje posebne tužbe.⁷

Koji su elementi opšteg pojma nedozvoljenog dela privatnog prava – *maleficium*? To su *culpa* i *damnum*. Oba elementa svoj koren nesumnjivo ima-

3 Imajući to u vidu, čini se da za Grocija *maleficium* i *delictum* nisu sinonimi. Grocije izraz *maleficium* rezerviše samo za obligacionopravni aspekt nedozvoljenih radnji, s obavezom na restituciju. *Delictum* je sada sinonim za *crimen* i obuhvata čitav spektar krivičnih dela, uključujući i nekadašnje privatne delikte rimskog prava ukoliko zaslužuju kažnjavanje.

4 *Homicida, adulterium*, 2.17.15, *furtum, rapina, metus*, 2.17.16.

5 U svetovnom pravu ta ideja je razvijena na taj način da se tužba za naknadu štete može dopustiti u svim slučajevima u kojima postoji javni krivični postupak. To znači da osim javne *actio criminalis* uvek postoji i *actio civilis* za oštećenu stranu.

6 J. H. A. Lokin, F. Brandsma, C. Jansen, *Roman-Frisian Law of the 17th and 18th Century*, Berlin 2003, 206 i sl.

7 G. Rotondi, „Dalla lex Aquilia all'art. 1151 C. Civ.,” *Scritti giuridici, II*, a cura di V. Arangio-Ruiz, E. Albertario, P. de Francisci, con prefazione di Pietro Bonfante, Milano 1922, 523.

ju u Akvilijevom zakonu i deliktu koji iz njega proizlazi – *damnum iniuria (culpa) datum*, ali su do Grocijevog vremena mnogo puta iznova tumačeni i nadograđivani.

Culpa

Grocijev centralni element opšteg pojma nedozvoljenog dela je *culpa* (ili preciznije *omnis culpa in faciendo* odnosno *non faciendo*). *Culpa* je u deliktnom rimskom pravu bila retkost i izuzetak, jer se u slučaju delikata odgovaralo isključivo za *dolus*. Uostalom, rimski privatni delikti, kao i javni, imali su, kao što je rečeno, penalni karakter, pa je prirodno i razumljivo da je kažnjavanje povezano sa zahtevom za zlonamernim, doložnim ponašanjem. Jedino se u slučaju delikta iz Akvilijevog zakona odgovaralo za kulpu i to ne po slovu starog republikanskog zakona u kojem je stajala reč *iniuria*, nego prema interpretaciji koju su toj zakonskoj reči dali klasični rimski pravници.⁸ Međutim, i tužba proizišla iz Akvilijevog zakona imala je penalni karakter. Zanimljivo je da Grocije koristi reč *iniuria* u naslovu poglavlja (*De damno per iniuriam dato et obligatione quae inde oritur*), dok kao centralni pojam svog koncepta delikta uzima reč *culpa*. Treba primetiti da definicija nedozvoljenog dela privatnog prava (*maleficium*) postoji i u Grocijevom delu „Uvod u pravnu nauku Holandije”, koje je nastalo ranije, ali u toj definiciji nema izraza *culpa*.⁹ Grocije nije objasnio šta je za njega *omnis culpa*, s obzirom na to da je izraz sam po sebi višeznačan. Da li je to svaki oblik krivice uključujući i *dolus* ili je to svaki oblik nepažnje? Osim toga, treba skrenuti pažnju na činjenicu da je u vreme Huga Grocija bilo rasprostranjeno mišljenje da je za „prave” delikte neophodan *dolus*, dok je za kvazidelikte dovoljna samo nepažnja – *culpa* u svom užem značenju.¹⁰ Zasnivajući svoju doktrinu o *maleficium*-u na kulpi kao centralnom elementu, Grocije je znatno odstupio od shvatanja pravnika svoga vremena. Smatra se da je uporište za takvu svoju ideju našao baš u idejama moralnih teologa.

S druge strane, u klasičnom rimskom pravu se po Akvilijevom zakonu odgovaralo za *dolus* i kulpu, ali je tužba iz Akvilijevog zakona (*actio damni iniuriae legis Aquiliae*) bila tužba penalnog karaktera. Ona svoj penalni ka-

8 Gai Institutiones, 3.211: Iniuria autem occidere intellegitur, cuius dolo aut culpa id accidit; nec ulla alia lege damnum quod sine iniuria datur, reprehenditur; itaque inpunitus est, qui sine culpa et dolo malo casu quodam damnum committit. Prevod: Protivpravnim ubistvom se smatra ono koje je izvršeno zlom namerom ili nepažnjom. Nijedan drugi zakon ne kažnjava štetu koja nije protivpravno nanesena (sine iniuria datum). Stoga neće biti kažnjen onaj koji bez krivice (sine culpa et dolo malo) slučajem (casu) prouzrokuje štetu.

9 *Maleficium* je radnja ili propuštanje koje je nedopušteno po samoj svojoj prirodi ili je zabranjeno nekim zakonom. (Inl. 3.32.3). S holandskog je tekst na engleski preveo R. Feenstra, 2.

10 R. Hochstein, *Obligationes quasi ex delicto, Untersuchung zur dogmengeschichtlichen Entwicklung verschuldens unabhängiger Deliktshaftung unter besonderer Berücksichtigung des 16. bis 18. Jahrhunderts*, Beiträge zur neueren Privatrechtsgeschichte, band 5, Stuttgart 1971.

rakter nije izgubila ni za vreme Justinijana kada je postala *actio mixta*, tužba mešovitog karaktera s penalnim i reipersekutornim elementima. Upravo je ovaj kazneni karakter tužbe bio kamen spoticanja za srednjovekovnu pravnu nauku sve do u moderno doba, kada se, baš u vreme Huga Grocija, napustila veza s klasičnim rimskim pravom, a akvilijanska tužba je proglašena reipersekutornom.¹¹

Grocije u poglavlju 2.17 ne objašnjava šta on podrazumeva pod *omnis culpa*. Na jednom drugom mestu u ovoj svojoj knjizi Grocije kaže: *Ad restitutionem enim sine dolo culpa sufficit* (3.10.5.1)¹², a na drugom (3.11.4.8) koristi termin *culpa media* u sledećem kontekstu: *Mera infortunia non poenam merentur, nec ad restitutionem damni obligat. Iniustae actiones ad utrumque. Culpa media ut restitutioni obnoxia est, ita poenam saepe non meretur, praesertium capitale*. [Prevod: Čist nesretan slučaj (nezgoda) ne zaslužuje kaznu niti obavezuje na naknadu štete. Nepravedni (zlonamerni) postupci (obavezuju) na oba. *Culpa media* je podložna restituciji, pa tako često ne zaslužuje kaznu, pogotovo smrtnu.] *Culpa media* je ovde tehnički termin za *culpa sine dolo*, dakle za čistu nepažnju. Takva nepažnja ne zaslužuje kažnjavanje, ali obavezuje na restituciju, obeštećenje. *Dolus* pak obavezuje na restituciju, ali i više od toga, on zaslužuje kaznu.¹³ *Casus* po shvatanju Grocija ne obavezuje na restituciju. Naravno da je ovde isključeno kažnjavanje. Ova Grocijeva distinkcija podseća u velikoj meri na Gajev tekst iz Institucija 3.211,¹⁴ s tom razlikom što Gaj izjednačuje *dolus* i *kulpu*, shvaćenu ovde u užem smislu, predviđajući iste posledice u oba slučaja.¹⁵

Omnis culpa predstavljala bi ovde po svemu sudeći krivicu u širem smislu (*dolus et culpa*), približno onako kako je u klasičnim rimskim tekstovima interpretiran izraz *iniuria* iz Akvilijevog zakona, koji Hugo Grocije zadržava u nazivu analiziranog poglavlja.

Grocije je u svoje učenje o kulpi integrisao i neka dostignuća glosatora koja su takođe nastala u vezi sa tumačenjem Akvilijevog zakona. On, naime, govori o *culpa in faciendo* odnosno *culpa in non faciendo*. Dakle, *culpa* koja se sastoji u činjenju ili nečinjenju značila bi u stvari skrivljenu aktivnu ili pasivnu radnju. Time koncept kulpe kod Grocija dobija još šire značenje i predstavlja ne samo subjektivni odnos učinioca prema delu, već i radnju samu.¹⁶ Grocije i ovde sintetizuje nasleđe vezano za Akvilijev zakon u vezi sa pita-

11 Zato je bilo moguće da Zimon van Grenevegen (Simon van Groenewegen) kaže sledeće: *Actio legis Aquiliae hodie non poenalis est, sed rei persecutoria*. R. Zimmermann, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996, 1020.

12 Prevod: Za restituciju je, međutim, dovoljna kulpa bez *dolusa*.

13 H-P. Benöhr, „Außervertragliche Schadensersatzpflicht ohne Verschulden? Die Argumente der Naturrechtslehren und -kodifikationen“, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, 93 (1976), 210.

14 Vid. fn. 8.

15 Gai Inst. 4.9.

16 U ovom smislu: D. Popović, *Odstupanje od krivice kao osnova vanugovorne odgovornosti za štetu u francuskome i nemačkome pravu* (1838–1943), doktorska disertacija, Beograd 1984, 42.

njem štetne radnje. Naime, još su rimski pravници uveliko započeli diskusiju o tome da li se radnja mora sastojati samo u aktivnom ponašanju ili može i u propuštanju.¹⁷ Glosatori su nastavili ovu raspravu dajući svoj doprinos ovom pitanju. Za njih postoji razlika između *culpa in committing* i *culpa in omittendo*. Za prvi oblik se odgovara strože, a za drugi blaže. Naime, za aktivnu, pozitivnu radnju odgovara se čak i za *culpa levissima*, najblaži oblik nepažnje, ali ne i za propuštanje (*culpa in omittendo*). Ili, drugačije rečeno, *culpa levissima in omittendo* nije bila dovoljna da bi se mogla podići tužba iz Akvilijevog zakona.¹⁸ Ova rasprava se nastavila i kasnije među holandskim i nemačkim pravnicima u okviru *usus modernus Pandectarum*.¹⁹ Grocije je stavio tačku na ovo razlikovanje i izjednačio oba oblika štetne radnje.

Treba pomenuti još jednu distinkciju koju Grocije uvodi na temelju elementa *culpa*:

2,17,21: *Illud quoque notandum est, ut mancipium aut animal quod damnum, aut pauperiem fecit noxae dedetur, itidem ex iure civili esse, nam dominus, qui in culpa non est, natura ad nihil tenetur. ut nec is cuius navis sine ipsius culpa navi alterius damnum dedit; quanquam multorum populorum legibus, ut & nostra, damnum tale dividi solet, ob culpa probande difficultatem.*

[Prevod: Ovo međutim treba uočiti, da ako potčinjeno lice ili životinja pričinu štetu ili *pauperies* pa budu noksarno izručeni, to je takođe (odgovornost) po civilnom pravu, naime vlasnik, koji nije kriv, po prirodi stvari nije ni za šta odgovoran. Takođe nije odgovoran onaj čiji brod bez njegove (vlasnikove) krivice nanese štetu brodu koji pripada drugome: iako prema zakonima mnogih naroda kao i našem takva šteta treba da bude podeljena jer je teško dokazati krivicu.]

Ukoliko nedostaje centralni elemenat, a to je *culpa*, onda nije reč o pravom, očiglednom deliktu, nego je reč o „deliktu po konstrukciji prava”. Prva kategorija je u saglasnosti sa prirodnim pravom, dok druga to nije, nego je deo pozitivnog prava.²⁰ Ovaj tekst nema neke neposredne veze s Akvilijevim zakonom. Ovde je reč o odgovornosti za drugoga u slučaju delikata, koja je u rimskom pravu imala oblik noksarne odgovornosti. Grocije smatra da je objektivna odgovornost vlasnika odnosno gospodara potčinjenih lica i životinja u obliku noksarnog izručenja, odgovornost koja pripada normama pozitivnog prava, ali da takva odgovornost nije u skladu s normama prirodnog prava jer ne postoji osnovni elemenat delikta, a to je *culpa* – krivica vlasnika. U istu kategoriju stavlja i slučaj neskrivljenog sudara dva broda kada bi, prema Grocijevom mišljenju, bilo pravično da vlasnik broda koji je udario u drugi brod bude oslobođen svake odgovornosti. Delikt prema konstrukciji prava je u stvari Grocijev naziv za rimske kvazidelikte. U tu kategoriju Gro-

17 Npr. Ulp, D.2.27.9.

18 G. Rotondi, 514.

19 R. Zimmermann, 1029.

20 Uvod u pravnu nauku Holandije, 3,31,1.

cije je ubrojio tri od četiri Justinijanova kvazidelikta (izbacio je slučaj nesa-
vesnog sudije, *iudex qui litem suam fecit*) i dodao slučajeve odgovornosti za
drugoga (za potčinjena lica, službenike) i za životinje, kao i za štetu u vezi s
brodom koja nema izvor u rimskom pravu. Već je rečeno da Grocije, za razli-
ku od široko rasprostranjenog mišljenja u 17. veku, pod kvazideliktima nije
podrazumevao delikt nastao nemarnošću, tj. usled kulpe. *Culpa* je, kao što
smo videli, centralni koncept u okviru njegove deliktne odgovornosti za štetu.

Damnum

Damnum je sledeći važan elemenat Grocijeve doktrine o *maleficium*-u:

2.17.2: *Damnum forte a demendo dictum, est το ἐλαττον, cum quis minus habet suo, sive illud suum ipsi competit ex mera natura, sive accedente facto humano, puta dominio, aut pacto, sive ex lege. Natura homini suum est vita, non quidem ad perdendum, sed ad custodiendum, corpus, membra, fama, honor, actiones proprie.*

[Prevod: *Damnum* (šteta), reč koja možda potiče od *demendo* (od-
neto), jeste isto što i „to elatton”, što znači da neko ima manje nego što
mu pripada. Ono što je njegovo pripada mu ili po samoj prirodi ili na
osnovu ljudske činjenice (*facto humano*) kao što je na primer svojina,
ili na osnovu sporazuma ili zakona. Po prirodi čoveku pripada život, ne
da ga izgubi nego da ga čuva, zatim telo, udovi, ugled, čast, sloboda.]

Evo još jedne definicije, ovog puta štete (*damnum*). *Damnum* je defini-
san ovde kratko, lakonski, kao gubitak (*cum quis minus habet suo*), uz pozi-
vanje na moguću etimologiju reči kao i vezu s grčkim izrazom istog značenja.
Damnum nije samo umanjeње imovine, nego i gubitak svega drugoga što čo-
veku pripada, a to su život, telo, udovi, ugled, čast i sloboda. Lista dobara koja
predstavljaju zaštitni objekt Grocijevog *maleficiuma* revolucionarno su šira
i kvalitativno nova u odnosu na Akvilijev zakon. Grocije tek uzgred spomi-
nje vlasništvo, što je isključivi predmet zaštite Akvilijevog zakona, a na prvo
mesto stavlja „stvari” koje predstavljaju lična dobra pojedinca po prirodnom
pravu: život, a zatim telo, udove, ugled, čast i slobodu (*vita, corpus, membra, fama, honor, actiones propriae*). Ovo suštinsko proširenje zaštitnog objekta
bio je verovatno najvažniji razlog zbog koga je Grocije zaobišao izričito po-
minjanje Akvilijevog zakona jer se zaštita ličnih dobara teško mogla podvesti
pod okvir ovog zakona.

Ovo je zaista velika novina, pogotovo ako se ima u vidu koliko je Groci-
jev koncept otišao dalje od izvornog shvatanja Akvilijevog zakona. *Damnum*
se pojavljuje u trećem poglavlju Zakona.²¹ Od ubistva robova i životinja u
prvoj glavi, njihovog ranjavanja, do fizičkog oštećenja stvari (*urere, frangere, rumpere*) u trećoj glavi, preko mnogih interpretativnih proširenja klasičnih

21 Detaljno: S. Aličić, *Klasično značenje reči damnum (šteta) u poglavlju Digesta Ad legem Aquiliam (9.2)*, doktorska disertacija, Beograd 2010.

rimskih pravnika, počevši od onoga *corrumpere*, došlo se u Justinijanovom pravu do konačnog proširenja. Sada se štiti svaki čisto imovinski gubitak, koji ne mora podrazumevati fizičko oštećenje stvari.²² Dakle, tužba se odobrava i ako nije oštećena pojedinačna stvar. Važno je samo da je oštećeni pretrpeo imovinski gubitak.

Drugo važno pitanje bilo je da li se ranjavanje slobodnog čoveka može smatrati za *damnum*. U rimskom pravu bilo je sporno pitanje primene Akvilijevog zakona na ove slučajeve. *Damnum* u slučaju ubistva slobodnog čoveka bio je isključen u rimskom pravu.

Glosatori su mogućnost upotrebe akvilijanske tužbe u slučaju ranjavanja slobodnog čoveka učinili nespornim oslanjajući se na tekst D.9.2.13pr. Problem u vezi s ubistvom slobodnog čoveka je, međutim, za glosatore bio sporan. Bulgar je isključivao mogućnost primene akvilijanske tužbe dok je suprotno mišljenje imao glosator mlađe generacije Aco. Na duge staze preovladao je stav Aca: „...tenebitur lege Aquilia qui occidit liberum hominem”.²³

Dobra koja se tiču ličnosti; život, telo, udovi, ugled, čast i sloboda, stavljena su na višu ravan u odnosu na vlasništvo. Ona pripadaju čoveku po prirodi (*natura homini suum est*) dok mu vlasništvo pripada *facto humano*. Grocije je smatrao da su prava u vezi s ličnošću nastala pre vlasništva. I ovde postoji razlika u odnosu na njegovo ranije napisano delo „Uvod u pravnu nauku Holandije”, u kojem su sva dobra istog ranga, lična dobra kao i vlasništvo. Ova lista najverovatnije potiče od Huga Donelusa, začetnika škole elegantne jurisprudencije koji je napravio odličnu sistematizaciju rimskog prava, ali nije išao dalje do stepena da modifikuje pravila.²⁴ Pri formiranju ove liste vidljivo je da je došlo do neke vrste amalgamizacije dva rimska delikta koja se međusobno nadopunjuju, a to su *iniuria*, kojim su se u rimskom pravu štitila ličnost, fizička i moralna i *damnum iniuria datum*, kod kojeg se štitilo vlasništvo. Ovo je vidljivo i iz sledećeg paragrafa:

2,17,22 – *Sed damnum, ut diximus, etiam adversus honorem & famam, datur, puta verberibus, contumeliis, maledictis, calumniis, irritu, aliisque similibus modis. In quibus non minus quam in furto atque aliis criminibus vitiosita actus abessectu discernenda est. Nam illi poena respondet, hic damni reparatio quae sit culpae confessione, exhibitione honoris, testimonio innocentiae & per ea quae his similia sunt: quanquam & pecunia tale damnum rependi poterit, si laesus velit, quia pecunia communis est rerum utilium mensura.*

22 Just. Inst. 4.3.16: *sed si non corpore damnum fuerit datum neque corpus laesum fuerit, sed alio modo damnum alicui contigit, cum non sufficit neque directa neque utilis Aquilia, placuit eum qui obnoxius fuerit in factum actione teneri.* (Prevod: ali ako šteta nije nanesena telom niti je oštećena neka stvar, nego je na drugi način nekome pričinjena šteta, zbog čega nije moguća ni direktna tužba iz Akvilijevog zakona niti actio utilis, onaj ko je pričinio štetu odgovara po tužbi na temelju činjenica – *actio in factum*.)

23 Azo, Summa Codicis, Lugduni, 1552, lib. III, De lege Aquilia, 89, leva kolona.

24 R. Feenstra, 143.

[Prevod: Ali šteta, kao što smo rekli, takođe može biti pričinjena protiv časti i ugleda, na primer premlaćivanjem, vređanjem, proklinjanjem, klevetom, preziranjem ili nekim drugim sličnim načinom. U ovim slučajevima je, kao i kod krađe ili ostalih krivičnih dela, prisutno neispravno ponašanje. Iako njima (deliktima) odgovara kazna, ovde je (predviđena) i naknada štete koja bi se sastojala u priznanju krivice, izvinjenju, svedočenju o nevinosti i slično, ali šteta se može nadoknaditi i u novcu, ako to želi povređeni jer je novac zajednička mera stvari.]

Damnum postoji po Grociju i onda kada je nekome povređen moralni integritet, a naknada štete (*damni reparatio*) u stvari je ispravljanje nepravde putem izvinjenja, traženja oprostaja ili čak isplate određene novčane sume. Ovde je opet prepoznatljiv uticaj Tome Akvinskog i španskih moralnih teologa 15. i 16. veka i njihovog učenja o *satisfactio*.²⁵ Time je ideja o nematerijalnoj šteti kod Huga Grocija dobila pravo građanstva.

Međutim, ubistvo je bio poseban slučaj i on je u rimskom pravu imao samo kaznene elemente u okviru javnog delikta:

2,17,13: *Homicida iniustus tenetur solvere impensas si quae factae sunt in medicos, et iis quos occisus alere ex officio solebat, puta parentibus, uxoribus, liberis, dare tantu, quantum illa spes alimentorum, ratione habita aetatis occis, valebat. Vitae autem in libero homine aestimatio non fit; secus in servo qui vendi potuit.*

(Prevod: Okrivljeni je dužan da u slučaju ubistva plati troškove za lečenje, takođe i onima kojima je ubijeni mogao davati po službenoj dužnosti alimentaciju, kao na primer roditeljima, ženi, deci, treba da da toliko koliko se proceni da bi mogli biti izdržavani s obzirom na dob ubijenog. Život slobodnog čoveka, međutim, ne može biti procenjen u novcu, kao što to može biti u slučaju roba koji se prodaje.)

Već je rečeno nešto o tome kako su rimski pravници teško prihvatili proširenje akvilijanske tužbe, a posebno kada se ono ticalo povrede tela što je bilo teško podvodljivo pod ideju zaštite svojine. Tek su glosatori uspeli da ove ideje prošire i na slučajeve ubistva slobodnog čoveka. U sporu između Bulgara koji je negirao mogućnost da se tužba iz Akvilijevog zakona podigne u slučaju ubistva slobodnog čoveka, preovladao je pozitivan stav Aca. U vezi sa smrću slobodnog čoveka u okviru *ius commune*, diskutovano je o pitanju šta je to što mogu tražiti njegovi naslednici ili rođaci. To su troškovi lekara i lečenja. Zatim se diskutovalo o tome da li se mogu tražiti troškovi za sahranu. Ipak, najvažnija tema je bila da li žena i deca umrlog mogu tražiti kompenzaciju za gubitak izdržavanja od strane glave porodice.²⁶ U ovom tekstu ima elemenata rimskog prava (troškovi lečenja kao i pravilo da život slobodnog

25 Više o tome: H. Dondorp, „Crime and Punishment”, *Negligence, The Comparative Legal History of the Law of Torts*, edited by Eltjo J. H. Schrage, Berlin 2001, 111 i sl.

26 H. Kaufmann, „Rezeption und Usus Modernus der action legis Aquiliae”, *Forschungen zur neueren Privatrechtsheschichte*, 5, Köln–Graz 1958, 34 i sl.

čoveka ne može biti procenjen u novcu). Međutim, deo koji se odnosi na troškove izdržavanja članova porodice nije rimski i ne može se dovesti u vezu s Akvilijevim zakonom.²⁷

*Prof. dr Milena Polojac**

NATURAL LAW, HUGO GROTIUS AND LEX AQUILIA – DE IURE BELLI AC PACIS 2.17

Summary

Hugo Grotius entitled one chapter of his famous book De iure belli ac pacis – De damno per iniuriam dato et obligatione quae inde oritur. That is Chapter Seventeen of the Second Book. The title unequivocally points to Roman private tort – damnum iniuria datum – specified in the statute named lex Aquilia, and to the appertaining actio damni iniuriae legis Aquiliae. The structure of the chapter, however, is not even reminiscent of the title Ad legem Aquiliam in Justinian's Digest, its contents abounding in new elements and concepts. The paper analyses the most important fragments from the above mentioned chapter in order to show the extent to which the elements of Grotius's doctrine are closely related to the lex Aquilia, as well as how much Grotius dissociated himself from his starting point and under what influence.

Key words: *Maleficium. Culpa. Damnum. Lex Aquilia.*

27 Izvor za ovo pravilo mogu biti običaji, ali Fenstra smatra da je to više delo Grocijevog savremenika Leonarda Lesija (Leonardus Lessius), jezuita iz južne Nizozemske koji je pripadao Španskoj školi prirodnog prava. On se pak poziva na Dominika Sota. R. Feenstra, 145.

* Milena Polojac, PhD. Associate professor Faculty of Law University of Belgrade. This article is the result of research within the project *Perspectives of Implementation of European Standards in the Serbian Legal System* (179059), supported by the Ministry of Education, Science and Technological development.

ПОЛОЖАЈ НОТАРА КАО ПОВЕРЕНИКА СУДА У ОСТАВИНСКОМ ПОСТУПКУ

Апстракт

Следећи Препоруку о мерама за спречавање и смањивање оптерећења судова [бр. Р (86) 12] коју је донео Комитет министара Савета Европе 16. септембра 1986. године, Закон о јавном бележничштву је предвидео могућност да суд повери нотару спровођење оставинског поступка. Ближа правила о положају јавног бележника као повереника суда у оставинском поступку садржи Нацрт закона о изменама и допунама Закона о ванпарничном поступку, који је Министарство правде и државне управе упутило Влади 1. јула 2013. године. С тим у вези, аутор разматра неколико питања која се односе на: изворну и факултативну надлежност јавног бележника у оставинском поступку, дужност нотари да прихвати спровођење повереног посла, процесна правила по којима јавни бележник поступа, обим његових овлашћења, судску контролу рада јавног бележника и накнаду трошкова и награду за рад јавном бележнику.

Кључне речи: Јавни бележник (нотар). Јавно бележничтво (нотаријат). Оставински поступак. Ванпарнични поступак.

1. УВОД

У складу са Препоруком о мерама за спречавање и смањивање оптерећења судова [бр. Р (86) 12] коју је донео Комитет министара Савета Европе 16. септембра 1986. године,¹ Законом о јавном бележничштву² предвиђена је могућност да суд повери нотару спровођење одређених поступака, односно предузимање појединих радњи у поступку.³ Круг послова који се могу поверити јавним бележницима ограничен је на оставински поступак и друге ванпарничне поступке у имовинским ства-

* Др Дејан Ђурђевић, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду. Рад је резултат истраживања у оквиру пројекта *Перспективе имплементације европских стандарда у јавни систем Србије* (179059), који подржава Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

1 Једна од мера коју је препоручио Комитет министара Савета Европе састоји се и у смањивању тзв. „вансудских дужности судије” тако што би се оне доделиле другим лицима или органима. Као пример за вансудску дужност судије наведен је оставински поступак.

2 Закон је објављен у „Сл. гласнику РС”, бр. 31/2011.

3 Вид. чл. 98–99. Закона о јавном бележничштву.

рима, поступак за обезбеђење доказа и на радње достављања писмена у парничном поступку. Српски законодавац није желео да у Закону о јавном бележничтву ближе уређује положај нотара као повереника суда у оставинском поступку, већ је то оставио за закон којим се уређује ванпарнична процедура. Нацрт закона о изменама и допунама Закона о ванпарничном поступку, који је Министарство правде и државне управе упутило Влади 1. јула 2013. године,⁴ садржи детаљна правила о положају јавног бележника као повереника суда у оставинском поступку.

У овом раду биће анализирана предложена правила о положају јавног бележника као повереника суда у оставинском поступку.

2. НАДЛЕЖНОСТ ЈАВНОГ БЕЛЕЖНИКА У ОСТАВИНСКОМ ПОСТУПКУ

Када почне да се примењује Закон о јавном бележничтву 1. септембра 2014. године, функционална надлежност за спровођење оставинског поступка биће подељена између судије основног суда и нотара. Надлежност нотара у оставинском поступку може бити *изворна* (оригинална) или факултативна (делегирана).

Изворна надлежност постоји онда када право и дужност јавног бележника да спроводи одређени поступак или поједине радње у поступку проистиче из законских норми о расподели надлежности (*ex lege* надлежност).⁵ У изворној надлежности одговор на питање да ли ће неки поступак спроводити суд или нотар и који ће од више стварно надлежних јавних бележника спроводити конкретан поступак добија се на основу критеријума постављених у закону. Судија нема могућност да одлучи о томе да ли ће одређени поступак спроводити јавни бележник, нити је властан да изабере јавног бележника којем ће доделити спровођење тог поступка. Судска одлука којом се посао из делокруга изворне јавнобележничке надлежности поверава нотару има декларативан карактер и у науци се квалификује као празан формализам (*leerer Formalismus*).⁶

Факултативна надлежност јавног бележника заснива се на конститутивној одлуци суда. Нужна претпоставка која мора да се оствари да би нотар могао да спроводи поступак или да предузима поједине радње у поступку јесте доношење судске одлуке којом се одређени посао поверава јавном бележнику.

У Закону о јавном бележничтву је прихваћен принцип факултативне надлежности. У члану 99. ст. 1. Закона о јавном бележничтву стоји

4 Вид. Министарство правде и државне управе, *Нацрт закона о изменама и допунама Закона о ванпарничном поступку*, бр. акта: 011-00-295/2013-02, од 1. јула 2013. (извор: архива Владе).

5 Вид. Robert Fucik, *Das neue Verlassenschaftsverfahren*, Wien 2005, 13 и даље.

6 Вид. R. Fucik, 14.

да „суд може одлуком поверити поступак или предузимање појединих радњи у поступку јавном бележнику”. Нацрт закона о изменама и допунама Закона о ванпарничном поступку комбинује принцип изворне и факултативне надлежности. Као правило је постављена факултативна надлежност јавног бележника: „Суд може јавном бележнику поверити спровођење поступка за који је по закону надлежан или предузимање појединих ванпарничних радњи под условима који су предвиђени овим законом.”⁷ Када је реч о оставинском поступку, принцип факултативне надлежности јавног бележника потврђен је још једном нормом Нацрта закона о изменама и допунама Закона о ванпарничном поступку: „Ако по пријему смртовнице утврди да је за наслеђивање меродавно право Републике Србије, оставински суд може донети решење којим спровођење оставинског поступка поверава јавном бележнику.”⁸ Од тог правила предвиђени су изузеци где надлежност јавног бележника да предузима одређене радње у оставинском поступку проистиче из закона. У питању су: састављање смртовнице,⁹ попис и процена заоставштине¹⁰ и доношење привремених мера за обезбеђење заоставштине.¹¹

2.1. Изворна надлежности

2.1.1. Састављање смртовнице

Смртовница представља јавну исправу која садржи обавештење о томе да је физичко лице умрло и чињенице које су релевантне за утврђивање наследноправних последица његове смрти.¹² Та установа је типична за правне поретке у којима се оставински поступак води *ex officio* (на пример, аустријско право и права бивших југословенских република). Сврха смртовнице је да омогући оставинском суду да сазна за смрт оставиоца, да добије податке на основу којих ће утврдити да ли постоје процесне претпоставке за вођење оставинског поступка и предузимање мера за обезбеђење заоставштине, као и да пружи неопходну чињеничну грађу на основу које ће оставински суд бити у могућности да материјално управља поступком за расправљање заоставштине (на пример, на основу података из смртовнице оставински суд ће знати која лица треба да позове на рочиште за оставинску расправу).¹³

7 Вид. чл. 7. Нацрта закона о изменама и допунама Закона о ванпарничном поступку (чл. 30а, ст. 1).

8 Вид. чл. 38. Нацрта закона о изменама и допунама Закона о ванпарничном поступку (чл. 110а, ст. 1).

9 Вид. чл. 27. Нацрта закона о изменама и допунама Закона о ванпарничном поступку.

10 Вид. чл. 30. Нацрта закона о изменама и допунама Закона о ванпарничном поступку.

11 Вид. чл. 36. Нацрта закона о изменама и допунама Закона о ванпарничном поступку.

12 О појму смртовнице вид. уместо свих: Д. Ђурђевић, *Институције наследној права*, Београд 2012, 292 и даље.

13 Упор. § 145. ст. 1. аустријског Закона о ванпарничном поступку (*Außerstreitgesetz*): „Повереник суда у оставинском поступку мора да састави смртовницу. При томе,

У аустријском праву за састављање смртовнице је надлежан јавни бележник.¹⁴ Према важећем српском праву, за састављање смртовнице надлежан је матичар на чијој територији је оставилац умро.¹⁵ Приступ српског законодавца није дао добре резултате у пракси. Разлог за то великим делом лежи у чињеници што се за матичаре не захтева да буду дипломирани правници.¹⁶

По узору на аустријско право, Нацрт закона о изменама и допунама Закона о ванпарничном поступку предвиђа да је састављање смртовнице надлежан јавни бележник.¹⁷ Наиме, матичар који је надлежан да изврши упис смрти у матичну књигу умрлих дужан је да у року од тридесет дана од извршеног уписа достави оставинском суду извод из матичне књиге умрлих. На тај начин се обезбеђује да оставински суд службеним путем сазна за смрт физичког лица како би *ex officio* могао да покрене и спроводи поступак за расправљање заоставштине. Пошто прими извод из матичне књиге умрлих, оставински суд доноси декларативно решење којим састављање смртовнице поверава јавном бележнику.

Избор јавног бележника којем се поверава састављање смртовнице уређен је прецизним законским нормама.¹⁸ Састављање смртовнице може се поверити само оном јавном бележнику чије се службено седиште налази на подручју суда који доноси одлуку о поверавању. Подручје основног суда обухвата територију једне или више општина (одн. градова или градских општина). Службено седиште нотара простире се на територији једне општине (одн. града или градске општине).¹⁹ Следствено томе, оставински суд може поверити састављање смртовнице нотару чије службено седиште обухвата територију општине (односно града или градске општине) на којој се простире надлежност тог суда. На пример, Први основни суд у Београду може састављање смртовнице поверити нотарима који имају службено седиште на подручју општина за које је тај суд основан, а то су општине: Врачар, Вождовац, Звездара, Земун, Нови Београд, Палилула, Раковица, Савски венац, Стари град и Чукарица.²⁰

он мора да укаже на све околности које су неопходне за оставинску расправу и изрицање било које привремене мере.”

14 Вид. § 1. аустријског Закона о делатности нотара као повереника суда (судског комесара) у ванпарничном поступку – Bundesgesetz über Tätigkeit der Notare als Beauftragte des Gerichtes (Gerichtskommissäre) im Verfahren außer Streitsachen (скр. *Gerichtskommissärs-gesetz*).

15 Вид. чл. 92. ст. 1. Закона о ванпарничном поступку („Сл. гласник РС”, бр. 25/82, 44/88, 46/95, 18/05, 85/12, 45/13) и чл. 66. Закона о матичним књигама („Сл. гласник РС”, бр. 20/2009).

16 Вид. чл. 11. Закона матичним књигама.

17 Вид. чл. 27. Нацрта закона о изменама и допунама Закона о ванпарничном поступку.

18 Вид. чл. 7. Нацрта закона о изменама и допунама Закона о ванпарничном поступку (чл. 30в, ст. 2).

19 Вид. чл. 15–17. Закона о јавном бележништву.

20 Вид. чл. 3. тач. 1. Закона о седиштима и подручјима судова и јавних тужилаштава („Сл. гласник РС”, бр. 63/01, 42/02).

Ако на подручју оставинског суда своје службено седиште има више јавних бележника, који ће нотар саставити смртовницу одређује се према принципу „природног судије”. Предмети се додељују свим јавним бележницима равномерно, према азбучном реду њихових презимена. Ако је неки нотар променио презиме или је принцип азбучног реда био нарушен зато што је неки јавни бележник оправдано одбио да прихвати поверени посао, састављање смртовнице се поверава нотару којем је додељено најмање предмета.²¹

Јавни бележник је дужан да састави потпуну смртовницу и да је достави оставинском суду у року од тридесет дана од дана пријема решења којим му је поверено састављање смртовнице. Уколико јавни бележник није у могућности да прибави потребне податке за састављање смртовнице, доставиће оставинском суду непотпуну смртовницу. Уз то је дужан да наведе разлоге због којих није могао да сачини потпуну смртовницу и податке који би могли да послуже суду за проналажење наследника и имовине оставиоца.²² По пријему непотпуне смртовнице, оставински суд може, зависно од околности конкретног случаја, одлучити да сам састави смртовницу у суду, или да то учини судијски помоћник ван суда.²³

2.1.2. Попис и процена заоставштине

Приликом пописа и процене заоставштине треба разликовати две процесне радње: одређивање пописа и процене и спровођење пописа и процене.

Решење којим се одређују попис и процена, по правилу, доноси оставински суд. Изузетно, решење којим се одређују попис и процена заоставштине може донети јавни бележник уколико су испуњени следећи услови: 1° решење о попису и процени може донети само онај јавни бележник који је надлежан за састављање смртовнице; 2° попис и процену заоставштине јавни бележник може одредити најраније од момента пријема решења којим му је поверено састављање смртовнице, а најкасније до предаје смртовнице оставинском суду; 3° јавни бележник не може *ex officio* да доноси решење којим одређује попис и процену заоставштине већ то може чинити искључиво на захтев наследника или легатара.²⁴

Попис и процену, по правилу, спроводи јавни бележник²⁵ у форми јавнобележничког записника.²⁶ Изузетно, када јавни бележник не спроведе попис и процену (на пример, одбије да изврши попис и процену јер

21 Вид. чл. 7. Нацрта закона о изменама и допунама Закона о ванпарничном поступку (чл. 30в, ст. 2. и 3).

22 Вид. чл. 27. Нацрта закона о изменама и допунама Закона о ванпарничном поступку.

23 Вид. чл. 28. Нацрта закона о изменама и допунама Закона о ванпарничном поступку.

24 Вид. чл. 30. Нацрта закона о изменама и допунама Закона о ванпарничном поступку.

25 Вид. чл. 30. Нацрта закона о изменама и допунама Закона о ванпарничном поступку.

26 Вид. чл. 88. тач. 3. Закона о јавном бележништву.

постоји разлог да изузеће), оставински суд може одредити да то учини судијски помоћник.²⁷ Закон дозвољава да записник о попису и процени заоставштине сачини и јавнобележнички приправник под надзором нотара.²⁸ Записник о попису и процени обухвата све непокретне и покретне ствари које је у тренутку отварања наследства оставилац имао у непосредној државини. Осим тога, пописују се и ствари које је оставилац у моменту смрти имао у посредној државини (на пример, ствари дате у закуп, залогу или на послугу) са назначењем лица код којег се те ствари налазе и правног основа његове непосредне државине. Јавни бележник је дужан да попише и оне ствари које се налазе у државини оставиоца, а за које се тврди да нису његова својина (на пример, непокретности обухваћене уговором о доживотном издржавању, закупљене ствари и сл.). Записник о попису и процени треба да обухвати и оставиочева потраживања и дугове.²⁹

Покретне ствари пописују се према врсти, роду, броју, мери и тежини или појединачно. Непокретности се пописују појединачно, с назначењем места где се налазе, културе земљишта и катастарских података. Нацртом је посебно уређено како се пописују зграде које нису уписане у јавну књигу (на пример, бесправно саграђени објекти). Ако постоје такве непокретности, у записник о попису и процени уносе се подаци о катастарској парцели на којој се зграда налази и наводе се подаци из исправа који би могли да послуже као доказ оставиоачеве ванкњижне својине. Приликом пописивања, јавни бележник је дужан да назначи приближну вредност покретних и непокретних ствари.³⁰ Попису и процени морају суделовати два пунолетна грађанина, а по потреби јавни бележник може ангажовати и вештака. Попису и процени може присуствовати свако заинтересовано лице.³¹

Записник о попису и процени јавни бележник је дужан да достави оставинском суду и сваком учеснику у поступку пописа и процене.³² Сваки учесник у поступку пописа и процене може против извршеног пописа и процене да поднесе приговор оставинском суду у року од осам дана од пријема записника о попису и процени. Уколико оставински суд нађе да је приговор основан, он може одредити да попис и процену изврши други јавни бележник или судијски помоћник.³³

27 Вид. чл. 34. Нацрта закона о изменама и допунама Закона о ванпарничном поступку (чл. 96а, ст. 2).

28 Вид. чл. 36, ст. 2, тач. 3. Закона о јавном бележничству.

29 Вид. чл. 31. Нацрта закона о изменама и допунама Закона о ванпарничном поступку и чл. 97. Закона о ванпарничном поступку.

30 Вид. чл. 32. Нацрта закона о изменама и допунама Закона о ванпарничном поступку и чл. 98. Закона о ванпарничном поступку.

31 Вид. чл. 99. Закона о ванпарничном поступку.

32 Вид. чл. 34. Нацрта закона о изменама и допунама Закона о ванпарничном поступку (чл. 96а, ст. 1).

33 Вид. чл. 35. Нацрта закона о изменама и допунама Закона о ванпарничном поступку.

2.1.3. Привремене мере за обезбеђење заоставштине

Све док оставинско решење не постане правноснажно, постоји неизвесност у погледу тога ко су наследници и шта чини заоставштину. Из тог разлога, у периоду између оставиочеве смрти и правноснажности оставинског решења прави наследници не могу стећи ефективну власт над добрима из заоставштине, што ствара опасност да ће поједини предмети из оставинске масе бити уништени, изгубљени или бесправно присвојени. Да би се отклонила таква опасност, законодавац предвиђа могућност изрицања привремених мера за обезбеђење заоставштине.

Привремене мере за обезбеђење заоставштине могу изрицати: суд на чијем подручју је оставилац умро, суд на чијем подручју се налазе добра из заоставштине и јавни бележник којем је поверено састављање смртовнице.³⁴ Овлашћење јавног бележника да донесе решење којим одређује привремену меру за обезбеђење заоставштине почиње од момента када му је достављено решење о поверавању састављања смртовнице и траје све док не преда смртовницу оставинском суду. Решење о одређивању привремене мере за обезбеђење заоставштине јавни бележник доноси по службеној дужности.

Као разлог за одређивање привремених мера за обезбеђење заоставштине законодавац наводи постојање „околности које налажу нарочиту опрезност”. Као пример таквих околности у Нацрту су наведени следећи случајеви: 1° када су наследници непознати, 2° када су наследници одсутни и 3° када ниједан од присутних наследника није способан да управља заоставштином, а нема законског заступника. Изрицање привремених мера за обезбеђење заоставштине може бити оправдано у још неким животним ситуацијама. Тако, судови су изрицали привремену меру у случају када један од наследника започене да изводи грађевинске радове на кући из заоставштине.³⁵

Јавни бележник је овлашћен да изрекне следеће мере: 1° да одреди да се оставиочева заоставштина или њен део преда на чување поузданом лицу, 2° да одреди да се готов новац, драгоцености, хартије од вредности, штедне књижице и друге важне исправе предају на чување суду или јавном бележнику на чијем се подручју налазе и 3° да одреди печатење оставиочевог стана, појединих просторија у стану или других просторија које припадају оставиоцу.

О доношењу решења којим је одредио привремену меру јавни бележник је дужан да обавести оставински суд, који ту меру може изменити или ставити ван снаге.

34 Вид. чл. 36. Нацрта закона о изменама и допунама Закона о ванпарничном поступку.

35 Вид. Решење Окружног суда у Краљеву, Гж 97/1994, од 31. јануара 1994, наведено према: О. Антић, Д. Ђурђевић, *Приручник за наследно право*, Београд 2009, 343–344.

2.2. Факултативна надлежности

У систему факултативне надлежности, који представља правило у српском праву, да би нотар могао да спроводи оставински поступак, односно да предузима поједине радње у поступку за расправљање заоставштине, неопходно је да суд донесе одлуку о поверавању. Одлуком о поверавању суд треба да реши два питања: 1° да ли ће одређени оставински поступак бити поверен јавном бележнику или ће се решавати у суду и 2° којем јавном бележнику ће бити поверено да спроведе тај оставински поступак.

У бившим југословенским републикама одлуку о поверавању доноси председник оставинског суда. Хрватски Закон о наслеђивању овлашћује председника оставинског суда да одлучи да ли ће све или одређени број оставинских предмета поверити јавним бележницима. Приликом доношења такве одлуке председник оставинског суда треба да се руководи стањем у свом суду, а посебно бројем судија и бројем и трајањем затечених оставинских предмета.³⁶ Сличну одредбу садржи и црногорско право.³⁷

Нацрт закона о изменама и допунама Закона о ванпарничном поступку није следио таквав приступ, већ прави разлику између два акта: 1° решење којим се јавном бележнику поверава спровођење оставинског поступка и 2° решење о одређивању јавног бележника којем се упућује поверени предмет.

Решење којим се јавном бележнику поверава спровођење оставинског поступка доноси судија којем је додељен предмет.³⁸ Реч је о конститутивној одлуци, којом се мења надлежност за спровођење оставинског поступка. По својој правној природи, одлука којом се нотару поверава спровођење оставинског поступка представља акт судске управе јер се њиме утиче на унутрашњу расподелу конкретног посла у оквиру једног правосудног система.³⁹ Против решења којим се јавном бележнику поверава спровођење оставинског поступка није дозвољена жалба.⁴⁰

Решење којим спровођење оставинског поступка поверава јавном бележнику оставински суд може донети тек по пријему потпуне смртнице јер од тог стадијума у поступку располаже чињеницама које му омогућују да сагледа сложеност конкретне оставинске расправе.

36 Вид. чл. 240. хрватског Закона о наслеђивању.

37 Вид. чл. 147. црногорског Закона о ванпарничном поступку.

38 Вид. чл. 7. Нацрта закона о изменама и допунама Закона о ванпарничном поступку (чл. 30а и 30б).

39 У том смислу, види ставове аустријске судске праксе наведене код: Kurt Wagner, Gerhard Knechtel, *Notariatsordnung*, Wien 2000, 723.

40 Вид. чл. 7. Нацрта закона о изменама и допунама Закона о ванпарничном поступку (чл. 30б, ст. 2).

Да ли ће спровођење оставинског поступка бити поверено јавном бележнику, ствар је процене поступајућег судије. У принципу, судија може поверити јавном бележнику сваки оставински предмет. Једино ограничење предвиђено је за оставинске ствари са страним елементом: ако за расправљање заоставштине није меродавно право Републике Србије, оставински суд не може поверити спровођење оставинског поступка јавном бележнику.⁴¹ Одредбу треба разумети у смислу да нотари не могу спроводити оставинске поступке у којима се примењује право стране државе. При томе је ирелевантно да ли је страно право меродавно за сва наследноправна питања или само за поједина. На пример, ако је оставилац држављанин Србије, који је у моменту смрти и састављања тестамена имао пребивалиште у Србији, али је тестамент сачинио док је био на одмору у иностранству пред страним нотаром, само ће се формална пуноважност тестамена процењивати по праву државе на чијој територији је тестамент сачињен, док ће за остала наследноправна питања бити меродавно српско право.⁴² У таквом случају оставински суд не може да повери јавном бележнику спровођење оставинског поступка.

Решење о одређивању јавног бележника којем се упућује поверени предмет доноси председник оставинског суда. Правило је да се спровођење оставинског поступка поверава јавном бележнику који је саставио смртовницу. Такво решење има двоструко правно-политичко оправдање. Оно доприноси убрзавању оставинске процедуре јер ће је спроводити нотар који је приликом састављања смртовнице имао прилику да се подробно упозна са конкретним случајем. Осим тога, таквим приступом се омогућује шира примена начела непосредности у оставинском поступку: јавни бележник који је саставио смртовницу налази се под непосредним утиском исказа лица од којих је добио податке за смртовницу, што пружа веће процесне гаранције да ће правилно и потпуно утврдити чињенично стање.⁴³ С друге стране, таквим решењем се не повређује начело правичног суђења јер се јавни бележник који саставља смртовницу одређује према принципу „природног судије”.

Уколико постоје сметње да се спровођење оставинског поступка повери нотару који је саставио смртовницу (на пример, након предаје смртовнице оставинском суду престао је да обавља нотарску делатност), поверавање се врши према азбучном реду презимена јавних бележника који имају службено седиште на подручју оставинског суда.

41 Вид. чл. 38. Нацрта закона о изменама и допунама Закона о ванпарничном поступку.

42 Вид. чл. 30. и 31. Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља („Сл. лист СФРЈ”, 43/82, 72/82, „Сл. лист СРЈ” бр. 46/96, „Сл. гласник”, 46/06).

43 О значају начела непосредности, вид. уместо свих: Александар Јакшић, *Грађанско процесно право*, Београд 2012, 163 и даље.

3. ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ ПОВЕРАВАЊА СПРОВОЂЕЊА ОСТАВИНСКОГ ПОСТУПКА ЈАВНОМ БЕЛЕЖНИКУ

Најзначајнија правна последица доношења одлуке којом се спровођење оставинског поступка поверава јавном бележнику састоји се у томе што се поступак за расправљање заоставштине неће одвијати пред судом, већ пред јавним бележником. У вези са тим поставља се неколико питања, на која законодавац и правна наука и пракса треба да дају одговор. Та питања се тичу: 1° дужности нотара да прихвати спровођење повереног посла, 2° процесних правила по којима јавни бележник поступа, 3° круга његове надлежности, 4° судске контроле рада јавног бележника и 5° накнаде трошкова и награде за рад јавном бележнику.

3.1. Дужности јавног бележника да прихвати поверени посао

С обзиром на то да је јавни бележник стручњак уз области права којем је поверено вршење јавних овлашћења, њему су својствене и одређене јавноправне дужности, од којих је најзначајнија дужност да обавља своју функцију и предузима службене радње на које је овлашћен.⁴⁴ У сфери састављања исправа, која представља срж нотарске делатности, законодавац је експлицитно предвидео дужност јавног бележника да предузме тражену службену радњу. Ускраћивање службене радње могуће је само у посебним случајевима који су предвиђени законом.⁴⁵

Исти принцип је слеђен и у Нацрту закона о изменама и допунама Закона о ванпарничном поступку.⁴⁶ Нотар је дужан да спроведе оставински поступак који му је поверен. Спровођење оставинске расправе јавни бележник може да одбије само када постоји „околност која га објективно спречава да прихвати поверени посао”. Као пример, за такву околност законодавац наводи постојање разлога за искључење или изузеће јавног бележника. Осим тога, јавни бележник би могао да одбије спровођење поступка који му је поверен када је услед болести привремено спречен да обавља нотарску делатност или је суспендован. Нотар је овлашћен да одбије спровођење повереног оставинског поступка и онда када сматра да *in concreto* поверавање поступка за расправљање заоставштине није дозвољено (на пример, поверено му је да спроведе оставински поступак у којем треба применити право стране државе или му је спровођење поступка поверио суд на чијем се подручју не на-

44 Ближе о томе, вид. Дејан Ђурђевић, „Правни положај нотара у европским правним порецима и у српском праву”, *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије* (ур. С. Лилић), књ. 1, Београд 2011, 160 и даље.

45 Вид. чл. 53. Закона о јавном бележничству.

46 Вид. чл. 7. Нацрта закона о изменама и допунама Закона о ванпарничном поступку (чл. 30г).

лази службено седиште јавног бележника). Преоптерећеност јавног бележника не представља разлог за ускраћивање предузимања радњи које му суд повери.⁴⁷ О оправданости разлога за одбијање повереног посла одлучује суд који је донео решење о поверавању. Ако суд процени да постоји оправдан разлог за одбијање, наредиће јавном бележнику да врати списе предмета који му је поверен у року од седам дана.

3.2. Правила по којима постоји јавни бележник

У пракси може бити спорно по којим правилима треба да поступа јавни бележник када спроводи оставински поступак као повереник суда. Проблем потиче отуда што се правила јавнобележничког права често разликују од правила оставинске, односно ванпарничне процедуре.

Нацрт закона о изменама и допунама Закона о ванпарничном поступку експлицитно је уредио ово питање: „Јавни бележник је дужан да поступа по правилима поступка који му је поверен. Постојање разлога за искључење, односно изузеће јавног бележника и његова дужност да чува службену тајну цене се према правилима поступка чије спровођење му је поверено.”⁴⁸

3.3. Круи овлашћења

Једно од важних питања која се постављају када суд повери нотару спровођење оставинског поступка тиче се обима његових овлашћења. Да ли нотар може да предузима све радње у оставинском поступку које би могао да предузима и сам оставински суд, или су његова овлашћења ограничена?

Када поступа као повереник суда у оставинском поступку, нотар може да предузима све оне радње у поступку за расправљање заоставштине, које би иначе предузимао оставински суд. Другим речима, све оне радње у оставинском поступку које би по закону могао да предузима оставински суд може да предузима и нотар када се појављује у улози судског повереника. Следствено томе, нотар је овлашћен да од учесника у поступку узима наследне изјаве, да доноси решење о наслеђивању или посебно решење о легату, да иманује староца заоставштине и сл.

У упоредном праву од овог правила су предвиђени и одређени изузеци. Тако, црногорско и хрватско право⁴⁹ предвиђају да нотар не може да поступа као повереник суда у три ситуације: 1° када међу учесници-

47 Упор. Александар Јакшић, „Нотар као повереник суда”, *Јавнобележничко право* (ур. Д. Хибер), Београд 2006, 154. Аутор сматра да нотар мора да да првенство службеним радњама које му суд повери у односу на састављање јавнобележничких исправа и остале послове које обавља.

48 Вид. чл. 7. Нацрта закона о изменама и допунама Закона о ванпарничном поступку (чл. 30д).

49 Вид. чл. 151. Закона о ванпарничном поступку Црне Горе и чл. 244. Закона о наслеђивању Хрватске.

ма постоји спор о чињеницама од којих зависи неко њихово наследно право; 2° када је међу учесницима спорно право на легат или неки други вид сингуларног стицања из заоставштине и 3° када између наследника постоји спор о чињеницама или примени права од којег зависи састав заоставштине.⁵⁰

Српски законодавац, с правом, није следио такав приступ јер се не види ваљан правно-политички разлог који оправдава да се нотарима ускрати могућност доношења решења којим учесника у оставинском поступку упућују на парнични поступак или поступак пред органом управе. Када је реч о упућивању на парницу, од нотара се очекује да препозна да ли је конкретан спор између учесника у оставинском поступку спор о чињеницама или спор о примени права и да зависно од тога донесе или не донесе решење којим учесника упућује на парнични поступак. Не може се тврдити да је овај задатак сложенији од других задатака који се постављају пред судију или нотара који спроводи поступак за расправљање заоставштине. Сходно томе, не постоји оправдање да се институт упућивања на парницу изузима из јавнобележничке надлежности. Решење за које се определио српски законодавац налази своје утемељење и у потреби за растерећем судова, која представља један од основних разлога због којих се спровођење оставинских поступака поверава јавним бележницима: у којој мери би јавни бележници растеретили судове ако би свако неслагање између учесника у поступку имало за последицу враћање предмета оставинском суду да одлучи има ли места упућивању на парницу?

3.4. Судска контрола

Тежећи да обезбеди додатне гаранције да ће јавни бележник законито спровести поступак који му је поверен, законодавац је предвидео судски надзор над његовим радом. Судска контрола се остварује на неколико начина.

Пре свега, у решењу којим поверава спровођење оставинског поступка јавном бележнику суд је дужан да одреди рок у којем јавни бележник треба да донесе оставинско решење. У неким правним порецима законодавац прописује рок у којем нотар треба да спроведе оставински поступак. Тако, црногорско право предвиђа да поверени оставински поступак јавни бележник треба да оконча у року од 30 дана.⁵¹ Имајући у виду околност да оставински предмети немају исти ниво комплексности, српски законодавац се определио за гипкије решење

50 Слично решење је предвиђао и Закон о јавним бележницима (нотарима) Краљевине Југославије од 11. септембра 1930. године. Према том закону, јавни бележник као судски повереник може да врши све послове оставинског поступка изузев саслушања сведока усменог тестаментa под заклетвом, доношења решења о примању наследних изјава, доношења решења о упућивању на парницу, одобрења отуђивања заоставштине или појединих предмета из оставинске масе, одобрења оставинске расправе и доношења одлуке о уручењу заоставштине (§ 221).

51 Вид. чл. 150. Закона о ванпарничном поступку Црне Горе.

према којем рок за доношење решења о наслеђивању одређује оставински суд процењујући сложеност конкретног оставинског предмета.⁵²

Уколико јавни бележник не може да спроведе оставински поступак у остављеном року, он је дужан да о томе обавести оставински суд и учеснике у поступку. Обавештење јавног бележника треба да садржи разлоге због којих оставинско решење не може да се донесе у остављеном року. По пријему тог обавештења оставински суд може да поступи на три начина: 1° да поступајућем јавном бележнику остави накнадни рок за спровођење оставинског поступка, 2° да одузме предмет поступајућем нотару и повери га другом јавном бележнику и 3° да одузме предмет поступајућем нотару и сам спроведе оставински поступак.⁵³ Поступајућем нотару суд ће оставити накнадни рок за спровођење оставинског поступка ако оцени да постоје оправани разлози због којих оставинско решење није донето у остављеном року (на пример, постојање насцитуруса, позивање наследника огласом и сл.).

Оставински суд је овлашћен да изврши контролу поступања јавног бележника у повереном оставинском предмету. Ту контролу суд врши *ex officio*.⁵⁴ На захтев оставинског суда јавни бележник је дужан да му преда на увид све списе предмета и да поднесе извештај о свом раду. Када то налажу оправдани разлози, суд може донети решење којим јавном бележнику одузима поверени оставински предмет. Тим решењем оставински суд наређује јавном бележнику да прекине сваки рад на предмету и да му достави списе предмета. Као пример разлога који оправдава одузимање повереног предмета законодавац наводи: рад на штету учесника у поступку, стварање сувишних трошкова и неоправдано одуговлачење поступка. Решење о одузимању повереног предмета оставински суд доставља: јавном бележнику, учесницима у поступку, дисциплинском тужиоцу Јавнобележничке коморе и министру надлежном за послове правосуђа. Против решења о одузимању повереног предмета није дозвољена жалба.⁵⁵ По доношењу решења о одузимању повереног посла, оставински суд може одлучити да предмет повери другом нотару или ће га оставити да буде решен у суду.⁵⁶

Судска контрола над радом јавног бележника као повереника суда у оставинском поступку остварује се и у поступку по правним лековима. Нацрт закона о изменама и допунама Закона о ванпарничном поступку не познаје институт приговора на оставинско решење које је донео нотар као повереник суда. У неким правним системима (на при-

52 Исто решење предвиђа и чл. 243. Закона о наслеђивању Хрватске.

53 Вид. чл. 7. Нацрта закона о изменама и допунама Закона о ванпарничном поступку (чл. 30ђ).

54 Вид. чл. 7. Нацрта закона о изменама и допунама Закона о ванпарничном поступку (чл. 30е).

55 Вид. чл. 7. Нацрта закона о изменама и допунама Закона о ванпарничном поступку (чл. 30ж).

56 *Argumentum per analogiam* из чл. 7. Нацрта (чл. 30ђ, ст. 4).

мер, у хрватском праву) постоје два редовна правна лека у оставинском поступку: жалба против оставинског решења које доноси оставински суд и приговор против оставинског решења које доноси нотар као повереник суда.⁵⁷ Приговор на оставинско решење које је донео нотар подноси се у року од осам дана. О приговору одлучује суд који је јавном бележнику поверио предмет. Ако тај суд донесе решење којим одбија приговор и потврђује одлуку јавног бележника, учесник у поступку против тог судског решења може изјавити жалбу.

Српски законодавац с добрим разлогом није прихватио овакво решење, већ се определио за то да против оставинског решења које је донео јавни бележник, странка изјављује жалбу исто као што би изјављивала жалбу на оставинско решење које доноси оставински суд.⁵⁸ Такав приступ је примеренији основном правно-политичком циљу ради чијејг остварења се спровођење оставинских расправа поверава јавним бележницима. Основни судови неће бити у довољној мери растерећени ако би им се уместо дужности да спроводе првостепени оставински поступак наметнула дужност да поступају по правним лековима на оставинска решења које су донели нотари.

3.5. Накнада трошкова и награда за рад

Када за странке обавља послове из своје редовне надлежности (састављање исправа итд.), нотар од њих наплаћује награду за рад и накнаду трошкова, и то одмах по обављеном послу, а некада може захтевати и плаћање предујма. Другим речима, у редовном пословању, када је реч о плаћању накнаде и награде, постоји један однос: нотар (поверилац) – странка (дужник). Висина накнаде одређује се нотарском тарифом.

Поставља се питање како нотар наплаћује награду за рад и накнаду трошкова када поступа као повереник суда у оставинском поступку. Могућа су два приступа. Према једном, када нотар обавља одређене процесне радње као повереник суда, постоје два односа. Први је однос: нотар (поверилац) – суд (дужник), а други је однос: суд (поверилац) – странка (дужник). Другим речима, нотар накнаду трошкова и награду за свој труд не може наплаћивати од странке већ од суда који му је поверио посао. Ако нешто треба наплатити од странака, то врши суд према правилима оставинског поступка и правилима о судским таксама. Према другом решењу, нотар накнаду трошкова и награду за рад наплаћује непосредно од странака.

Нацрт закона о изменама и допунама Закона о ванпарничном поступку опредељује се за први приступ. Накнаду трошкова и награду за рад јавном бележнику као судском поверенику одређује и исплаћује

57 Вид. чл. 185–189. Закона о наслеђивању Хрватске.

58 Вид. чл. 7. Нацрта закона о изменама и допунама Закона о ванпарничном поступку (чл. 30з).

оставински суд према судској тарифи. Јавни бележник не сме да се спознаје са учесницима у поступку о накнади трошкова и награди за свој рад, нити од њих сме да наплаћује накнаду трошкова и награду за свој рад.⁵⁹

*Prof. dr Dejan B. Đurđević**

PUBLIC NOTARY AS TRUSTEE OF THE COURT IN THE PROBATE PROCEEDINGS

Summary

Following the Recommendation No. R (86) 12 of the Council of Europe concerning measures to prevent and reduce the excessive workload in the courts, adopted by the Committee of Ministers on 16 September 1986, the new Serbian Law on Notary Public (2011) allows for the possibility of entrusting the civil law notaries with the probate proceedings. The latest Proposal of the Government (of July 1st, 2013) to amend the much older Law on Non-Contentious Procedure (1982) contains elaborate, detailed rules on delegating the probate proceedings to the notaries as trustees of the courts. In the light of the prospective changes in Serbian legislation, the author examines several issues: the original and the optional jurisdiction of the notary public in the probate proceedings, the duty of notaries to accept delegated tasks, procedural rules under which the notary acts, the scope of his authority, judicial control over the notary, notary fees and expenses, and the reward for his work.

Key words: Notary public. Notariat. Probate proceedings. Non-contentious procedure.

⁵⁹ Вид. чл. 7. Нацрта закона о изменама и допунама Закона о ванпарничном поступку (чл. 30и).

* Dejan B. Đurđević, PhD. Associate professor Faculty of Law University of Belgrade. This article is the result of research within the project *Perspectives of Implementation of European Standards in the Serbian Legal System* (179059), supported by the Ministry of Education, Science and Technological development.

MEHANIZMI ZAŠTITE ZAKONOM GARANTOVANIH PRAVA POTROŠAČA

Apstrakt

Poslednjih deset godina za Srbiju je karakteristična učestala zakonodavna delatnost u oblasti zaštite potrošača. To nije posledica intenzivnih društvenih promena u ovoj oblasti, nego procesa pisanja i usvajanja zakona, koji se odvija po principu pokušaja, greške i nedovoljno promišljenog pokušaja da se greška ispravi. Osnovni uzrok neefikasnosti zaštite prava koja su potrošačima garantovana zakonom nije u sadržini materijalno-pravnih odredaba novog Zakona o zaštiti potrošača, nego u njegovim postojećim (i nedostajućim) procesnim odredbama. Evropska prava poznaju različite postupke za zaštitu zakonom garantovanih prava potrošača. Reč je o nizu sudskih i vansudskih, privatno-pravnih i javno-pravnih mehanizama kojima se *ex post* i *ex ante* štite individualna i kolektivna potrošačka prava i pravom priznati interesi. Osim toga, postoji mogućnost trgovačke samoregulacije, samoobavezivanja u okviru različitih komora, udruženja i saveza. Srbiji je potrebna optimalna kombinacija različitih mehanizama zaštite, o kojima bi se unapred, već u postupku pisanja zakona, razmišljalo kao o jedinstvenom sistemu.

Ključne reči: Individualna i kolektivna prava potrošača. Javno-pravna zaštita. Privatno-pravna zaštita. Zaštita u sudskom postupku. Zaštita u vansudskom postupku.

1. UVOD

U jednoj sociološkoj studiji o potrošaču i potrošačkim organizacijama u Srbiji,¹ koja je pisana na osnovu obimnog istraživanja sprovedenog 2009. godine – dakle, za vreme rada na danas važećem Zakonu o zaštiti potrošača (ZZP)² – nemački sociolog Tomas Rote (*Thomas Roethe*) upozorio je da će pripremani prelazak s upravno-pravnih na građansko-pravna sredstva zaštite potrošačkih prava i interesa izazvati dramatične promene u pravnom sistemu Srbije i da će nosiocima te zaštite biti teško da stupe u svoje nove ulo-

* Dr Marija Karanikić Mirić, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije* (179059), koji podržava Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

1 Thomas Roethe, „Consultancy to the Legal Reform of Serbia: Consumer Law, Consumer Protection”, *Modernising Consumer Law. The Experience of the Western Balkan* (Marija Karanikić, Hans-W. Micklitz, Norbert Reich), Nomos, Berlin 2012, 403–485 („Consultancy”).

2 Zakon o zaštiti potrošača, „Službeni glasnik Republike Srbije”, br. 73/2010.

ge ako za njih ne budu bili posebno i sistematski pripremani i obučavani.³ Rote je ukazao i na to da brojnost potrošačkih organizacija u Srbiji – a u to vreme bilo ih je preko šezdeset – ne znači da su one u stanju da obavljaju funkciju koja će im biti dodeljena novim zakonom.⁴ Četiri godine nakon što je taj zakon usvojen može se reći da je Rote bio u pravu. Treba ipak kazati i to da je period pripremanja za kandidaturu i članstvo u Evropskoj uniji u gotovo svim zemljama centralne i istočne Evrope bio obeležen sličnim pojavama i procesima. Pravna literatura beleži određeni stepen početnog nepoverenja prema javnopravnim sredstvima zaštite potrošačkih prava i interesa, mehaničko transponovanje loše prevedenih i pogrešno protumačenih potrošačkih direktiva i neprimenjiva pravila o upravnom nadzoru primene zakona i sudskim postupcima zaštite prava koja su potrošačima garantovana zakonom.⁵

Republika Srbija se obavezala da pravno uredi oblast zaštite potrošača⁶ i da srpsko potrošačko pravo uskladi sa pravom Evropske unije.⁷ Usvajanje okvirnog zakona u oblasti zaštite potrošača krajem 2010. predstavljalo je prvi korak u ispunjavanju te obaveze. Novi zakon je formalno počeo da se primenjuje 1. januara 2011. godine (vid. čl. 155 ZZP). Međutim, nova zakonska pravila još uvek ne žive u odlukama domaćih sudova koji sporove trgovaca i potrošača i dalje rešavaju po Zakonu o obligacionim odnosima. Potrošačka udruženja i savezi takvih udruženja, koji su po zakonu posebno ovlašćeni da zastupaju kolektivne interese potrošača⁸ i kao takvi posebno evidentirani u

3 Roethe, „Consultancy”, 484–485.

4 „Newly founded consumer organizations full of spirit and engagement try to establish themselves as prominent counselors and actors in various ways and often enough they get stuck [...] because they are unsure of what EU legislation, in terms of provisions and practice, actually means.” Roethe, „Consultancy”, 482. Vid. takođe „[...] in Serbia the consumer is an under-defined being, not responding to the challenges of market, not responding to the consumer organizations and not even aware of the absence of political protection. Therefore, consumer organizations in wide providence take care of clients that do not yet even exist.” Roethe, „Consultancy”, 429.

5 Antonina Bakardjieva Engelbrekt, „Public and Private Enforcement of Consumer Law in Central and Eastern Europe”, u: Fabrizio Cafaggi, Hans-W. Micklitz (eds.), *New Frontiers of Consumer Protection: The Interplay Between Private and Public Enforcement*, Intersentia, Antwerp 2009, 134. O pritiscima koje proces pridruživanja EU stvara da se u državi kandidatu sprovedu reforme u oblasti zaštite potrošača, poteškoćama u prilagođavanju evropskih pravila nacionalnom kontekstu i sporoj reakciji domaćih nosilaca zaštite potrošača i samih potrošača na sprovedene reforme vid. Yane Svetiev, „How Consumer Laws Travel”, *Journal of Consumer Policy*, 3/2013, 209–230.

6 Čl. 90, Ustav Republike Srbije, „Službeni glasnik RS”, br. 83/2006.

7 Čl. 78, Zakon o potvrđivanju Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između evropskih zajednica i njihovih država članica, sa jedne strane, i Republike Srbije, sa druge strane, „Službeni glasnik RS”, br. 83/2008.

8 U literaturi su sporni pojmovi *kolektivnog interesa* jedne tako razuđene, nehomogene grupe kao što su potrošači i *kolektivne štete* koju potrošači, kao kolektivitet čiji interesi nadilaze zbir interesa pojedinaca, mogu da pretrpe. O tome vid. Cristina Poncibò, „The reform of Directive 98/27/EC”, u: Fabrizio Cafaggi, Hans-W. Micklitz (eds.), *New Frontiers of Consumer Protection: The Interplay Between Private and Public Enforcement*, Intersentia, Antwerp 2009, 286–289.

ministarstvu nadležnom za poslove zaštite potrošača,⁹ još uvek ne pokreću sudske postupke za zabranu ugovaranja nepravičnih odredaba s potrošačima i postupke za zabranu nepoštenog poslovanja, za čije pokretanje su procesno legitimisani. Donošenjem novog zakona ovlašćenja inspeksijskih organa za nadzor njegove primene ograničena su u velikoj meri u odnosu na obuhvat tih ovlašćenja u prethodnom periodu.¹⁰ Sve to zajedno stvorilo je utisak da poslednji veliki zakonodavni poduhvat u ovoj oblasti¹¹ nije značajno poboljšao pravni položaj potrošača u Srbiji,¹² odnosno da sveobuhvatne promene u normativnoj sferi nisu praćene uočljivim poboljšanjem potrošačke pravne i društvene pozicije.¹³

Za materijalne odredbe ZZP, a posebno one koje se tiču potrošačkog ugovornog prava i odgovornosti proizvođača za štetu od stvari s nedostatkom, može se kazati da su u velikoj meri usklađene sa potrošačkim direktivama Evropske unije. U tom segmentu moguća su i poželjna određena fina podešavanja koja bi omogućila potpunu usaglašenost domaćih pravila sa pravilima EU, na šta se Srbija obavezala.¹⁴ Korake u tom pravcu preduzelo

9 Trenutno takvih saveza i udruženja ima 28. Izvor: Evidencija Ministarstva spoljne i unutrašnje trgovine i telekomunikacija, <http://www.zastitapotrosaca.gov.rs/evidentirana-udruzenja.php>, pristup 12. avgusta 2013. godine. Vid. takođe Pravilnik o evidenciji udruženja i saveza udruženja za zaštitu potrošača, „Službeni glasnik RS”, br. 32/2011.

10 Vid. čl. 71–79, Zakon o zaštiti potrošača (ZZP–05), „Službeni glasnik RS”, br. 79/2005, prestao da važi 1. januara 2011.

11 Prethodna dva takva poduhvata bili su pomenuti ZZP–05 i stariji savezni Zakon o zaštiti potrošača (ZZP–02), „Službeni čit SRJ”, br. 37/2002. Za njih se takođe može kazati da domaći standard zaštite potrošača nisu približili evropskom standardu, premda je to bila intencija kako saveznog, tako republičkog zakonodavca, što se vidi iz obrazloženja predloga oba navedena zakona (u arhivi autora). Vid. još Hans-W. Micklitz, „The Law of the Western Balkan Countries in the Mirror of Consumer Law. A Comparative Analysis of Albania, Bosnia and Herzegovina, Croatia, Macedonia, Montenegro and Serbia”, GTZ 2008, Jenő Czuczai, „Final Report on Assessment of EU Consistency of Serbia/Montenegro Regulatory Framework for Consumer Protection”, PLAC 2006 (obe analize su u arhivi autora).

12 Dva procenta građana smatra da su reforme u oblasti zaštite potrošača imale jači pozitivan efekat na svakodnevni život građana od ostalih reformi koje su sprovedene u Srbiji. Šest procenata građana smatra da su upravo reforme u oblasti zaštite potrošača najznačajnije. Vlada Republike Srbije – Kancelarija za evropske integracije, *Istraživanje javnog mnjenja Evropska orijentacija građana Srbije*, jun 2012. U decembru 2012. samo četiri procenta građana davalo je prioritet reformama u oblasti zaštite potrošača, da bi u julu 2013. taj procenat porastao na osam. Izvor: <http://www.seio.gov.rs>, pristup 12. avgusta 2013.

13 Po nekim autorima, način na koji se zakoni donose ima veći značaj za potonju efikasnost pravnih instituta nego sadržina usvojenih pravila. To smatraju Daniel Berkowitz, Katharina Pistor, Jean-Francois Richard, „The transplant effect”, *American Journal of Comparative Law* 51/2003, 163–204. O faktorima koji su negativno uticali na efikasnost zakonskih pravila o zaštiti potrošača u Srbiji vid. Marija Karanikić Mirić, „Understanding the Enforcement Malfunction of Consumer Legislation in Serbia”, *Journal of Consumer Policy*, 3/2013, 231–246 („Understanding the Enforcement Malfunction”).

14 Detaljnije Marija Karanikić, Hans-W. Micklitz, Norbert Reich, „Explanatory Memorandum to the Draft Proposal of a Model Consumer Law and the Final Text of the Serbian Consumer Protection Act”, u: *Modernising Consumer Law. The Experience of the West-*

je nadležno ministarstvo,¹⁵ a slično predlaže i stručni tim tekućeg projekta koji u oblasti zaštite potrošača u Srbiji podržava EU.¹⁶ Ne ulazeći u analizu dva pomenuta nacrtu izmena i dopuna ZZP, treba primetiti da oni dele jednu važnu osobinu. Oba u suštini predlažu povratak na javnopravne mehanizme zaštite potrošačkih prava i interesa, proširivanje nadležnosti tržišnog i drugih inspektorata i povećanje broja prekršajnih odredaba. U Nacrtu nadležnog ministarstva predviđa se prekršajno sankcionisanje povrede obaveza građansko-pravnog karaktera – na primer, obaveze trgovca da vrati ono što je primio po osnovu ugovora koji je docnije raskinut (vid. čl. 31, tač. 50 Nacrta).

U svakom slučaju, jasno je da manjkavosti sistema zaštite potrošača u Srbiji ne potiču od toga što domaća pravila u oblasti ugovornog ili odštetnog prava nisu potpuno usaglašena s potrošačkim direktivama. I postojeća usaglašenost bila bi dovoljna da potrošačima obezbedi solidan stepen zaštite kada bi se primenjivala važeća pravila materijalnog prava. Već bi lakši pristup sudovima, to jest olakšana zaštita onih subjektivnih prava koja su opštim pravilima obligacionog prava garantovana svima a ne samo potrošačima poboljšala umnogome njihov položaj. Drugim rečima, osnovni uzrok neefikasnosti zaštite prava koja su potrošačima garantovana zakonom nije u sadržini materijalno-pravnih odredaba novog Zakona o zaštiti potrošača nego u njegovim postojećim (i nedostajućim) procesnim odredbama.

2. MEHANIZMI ZAŠTITE POTROŠAČKIH PRAVA U SRBIJI

U načelu, evropsko potrošačko pravo prepušta državama članicama da uredi postupak zaštite prava koja su potrošačima garantovana zakonom, sve dok je ta zaštita efikasna, srazmerna i odvraća trgovca od postupaka kojima se prava potrošača povređuju: „*effective, proportional and dissuasive*” jeste standardni kriterijum za procenu adekvatnosti nacionalnih mehanizama zaštite potrošačkih prava i interesa koji koristi Evropski sud pravde.¹⁷ Ipak,

ern Balkan (Marija Karanikić, Hans-W. Micklitz, Norbert Reich), Nomos, Berlin 2012, 163–220 („Explanatory Memorandum”).

15 Vid. Ministarstvo spoljne i unutrašnje trgovine i telekomunikacija, Nacrt zakona o izmenama i dopunama Zakona o zaštiti potrošača, <http://mtt.gov.rs/vesti/javna-raspava-nacrt-o-zakona-o-zastiti-potrosaca>, pristup 12. avgusta 2013. godine. O Nacrtu nadležnog ministarstva javna rasprava vođena je u periodu od 8. jula do 8. avgusta 2013. godine.

16 Reč je o IPA projektu pod nazivom *Strengthening consumer protection in Serbia*. Vid. Thierry Bourgoignie, Tatjana Jovanić, „Lista predloženih amandmana na Zakon o zaštiti potrošača od 28. februara 2013. godine”, <http://zapotrosace.rs/rezultati-projekta.php>, pristup 12. avgusta 2013. godine. Vid. takođe Thierry Bourgoignie, Tatjana Jovanić, „Gap Analysis of State Consumer Protection System and Recommendations for Further Legal Action”, *Strengthening Consumer Protection in Serbia*, EuropeAid/129680/C/SER/RS, <http://zapotrosace.rs/en/index.php>, pristup 9. jula 2012. godine.

17 Vid. više: Norbert Reich, „Legal Protection of Individual and Collective Consumer Interests”, u: Hans-W. Micklitz, Norbert Reich, Peter Rott (eds.), *Understanding EU Consumer Law*, 2009, 320–325.

neke potrošačke direktive sadrže nešto detaljnija pravila o postupcima za zaštitu potrošačkih prava.¹⁸

Postoje brojni mehanizmi zaštite zakonom garantovanih prava potrošača i u literaturi se obično razvrstavaju na javnopravne i privatnopravne. U prve spada vansudska zaštita u upravnom postupku, sudska zaštita pred prekršajnim, upravnim i krivičnim sudovima, a u druge sudska zaštita u opštem parničnom postupku i u posebnim parničnim postupcima za zaštitu individualnih i kolektivnih potrošačkih prava, kao i različiti mehanizmi vansudskog rešavanja potrošačkih sporova. Na kraju, treba uzeti u obzir i određene mehanizme samouređivanja, to jest samoregulacije trgovaca, do koje dolazi u okviru njihovih komora, udruženja i saveza.¹⁹

Kada je reč o zaštiti zakonom garantovanih prava potrošača, ZZP sadrži četiri grupe pravnih pravila koja se na nju odnose: dve o vansudskim i dve o sudskim postupcima. Reč je, naime, o pravilima o vansudskom rešavanju potrošačkih sporova (čl. 132–136) i pravilima o inspeksijskom nadzoru primene ZZP (čl. 147–150), s jedne, i o pravilima o sudskom postupku zabrane nepravilnih odredaba u potrošačkim ugovorima i zabrane nepoštenog poslovanja (čl. 137–146) i prekršajnim odredbama (čl. 150–151), s druge strane. Osim toga, drugim zakonima su uređeni još neki postupci za zaštitu potrošačkih prava i interesa i o njima će kasnije biti više reči.

U toku rada na Zakonu o zaštiti potrošača nadležno ministarstvo je imalo stručnu i tehničku podršku Evropske unije.²⁰ Ministarstvo je odbilo predlog da se novim zakonom ojačaju privatnopravni mehanizmi zaštite zakonom garantovanih prava potrošača: primera radi, da se osnuje poseban centar za

18 Na primer, Directive (EEC) 1993/13 on unfair terms in consumer contracts, OJ L 095, 21. april 1993, Directive (EC) 1997/7 on distance selling, OJ L 144, 4. jun 1997, Directive (EC) 2005/29 on unfair commercial practices, OJ L 149/22, 11. jun 2005. Vid. takođe čl. 24 nove Direktive o pravima potrošača (Consumer Rights Directive (EC) 2011/83, OJ L 304, 22. novembar 2011): „Member States shall lay down the rules on penalties applicable to infringements of the national provisions adopted pursuant to this Directive and shall take all measures necessary to ensure that they are implemented. The penalties provided for must be effective, proportionate and dissuasive.” Novom direktivom predviđene su samo kazne, ne i građanskopravni mehanizmi zaštite, što je kritikovano u pravnoj teoriji. Vid. Christoph Busch, Ronny Domröse, „From a Horizontal Instrument to a Common European Sales Law”, *Zeitschrift für Europäisches Unternehmens- und Verbraucherrecht (Journal of European Consumer and Market Law)*, 1/2012, 52. Više o novoj direktivi vid. Klaus Tonner, Kathleen Fangerow, „Directive 2011/83/EU on consumer rights: a new approach to European consumer law?”, *Zeitschrift für Europäisches Unternehmens- und Verbraucherrecht (Journal of European Consumer and Market Law)*, 2/2012, 67–80. Vid. još Regulation (EC) 2006/2004 on co-operation in the enforcement of consumer law, OJ L 364/1, 9. decembar 2004, koja se odnosi na prekogranično rešavanje potrošačkih sporova, ali i obavezuje države članice da odrede organ koji će biti nadležan za rešavanje potrošačkih sporova u vezi sa pravima koja potrošačima garantuje nacionalno pravo u skladu sa evropskim potrošačkim direktivama.

19 Vid. više Franziska Weber, *Towards an Optimal Mix of Public and Private Enforcement in Consumer Law*, Erasmus Universiteit, Rotterdam 2012, 53–72 (*Towards an Optimal Mix*).

20 *Public Administration Reform / European Integration / Consumer Protection*, projekat koji je finansirala EU u oblasti zaštite potrošača u Srbiji 2008–2010.

vansudsko rešavanje potrošačkih sporova, da se propišu posebna pravila postupka za vansudsko rešavanje potrošačkih sporova, da se posebno i detaljno uredi sudski postupak u potrošačkim sporovima i sudski postupak za zaštitu kolektivnih potrošačkih prava i interesa. Odbijeni predlog podrazumevao je paralelno ograničavanje ovlašćenja inspeksijskih organa.²¹ Ipak, neke segmente odbijenog predloga zakonopisac je uvažio pa je značajno smanjio do tada postojeća ovlašćenja tržišne i drugih inspekcija, istovremeno propuštajući da stvori jak institucionalni okvir za privatnopravnu zaštitu potrošačkih prava. Tako se dogodilo da zakon razvlasti inspekcije, a ne predvidi osnivanje posebnog centra za rešavanje potrošačkih sporova i ne propiše jasna i potpuna pravila o sudskim postupcima za zaštitu individualnih i kolektivnih prava i interesa potrošača.²²

2.1. Vansudsko rešavanje potrošačkih sporova

Vansudsko rešavanje potrošačkih sporova jedan je od osnovnih mehanizama zaštite zakonom garantovanih potrošačkih prava u Evropskoj uniji. Zakonsko uređenje takvog jednog postupka nalažu ili makar preporučuju mnogi propisi EU u oblasti zaštite potrošača.²³ Zemlje članice u tom pogledu uživaju priličnu slobodu izbora pa u Evropi postoji veliki broj različitih mehanizama vansudskog rešavanja sporova između trgovaca i potrošača.²⁴

Domaći zakonodavac je propisao mali broj pravila o vansudskom rešavanju sporova (čl. 132–136 ZZP). Potrošački spor je odredio kao spor koji proizlazi iz ugovornog odnosa potrošača i trgovca, iz čega su izuzeti sporovi u vezi sa smrću, telesnom povredom ili narušavanjem zdravlja, pružanjem zdravstvenih ili pravnih usluga ili prenosom prava na nepokretnostima. Ograničavanjem pojma potrošačkog spora na sporove iz ugovora, zakonodavac je iz njega isključio sporove u vezi s prouzrokovanjem štete van ugovornog odnosa. Vrednost potrošačkog spora zakonom je ograničena na milion dinara, a vansudsko rešavanje potrošačkih sporova označeno je kao hitno i poverljivo. Propisana je ravnopravnost strana u sporu i odgovornost za štetu one strane koja povredi tajnost postupka. To znači i mogućnost da potrošač odgovara za štetu koju je povredom tajnosti postupka vansudskog rešavanja potrošačkog spora prouzrokovao trgovcu. Predviđeno je da pokretanje i vođenje takvog postupka ne isključuje i ne utiče na ostvarivanje prava na sudsku zaštitu. Na kraju, propisana je shodna primena zakona kojima se uređuju arbitraža i medijacija.

21 Karanikić, Micklitz, Reich, „Explanatory Memorandum”, 196 i dalje.

22 Vid. detaljnije Karanikić Mirić, „Understanding the Enforcement Malfuction”, *passim*.

23 Vid. naročito Recommendation (EC) No. 257/1998, OJ L 115/31, Recommendation (EC) 310/ 2001, OJ L 109/56. Vid. takođe odluku u slučaju *Alassini*, C–317–320/08 *Rosalba Alassini et al. v. Telecom Italia* [2010] ECR I–2213, po kojoj država članica EU može od strana u potrošačkom sporu da zahteva da spor pokušaju da reše vansudski, pod uslovom da raspoloživi mehanizmi vansudskog rešavanja potrošačkih sporova zadovoljavaju određene kriterijume, kao što su nezavisnost, pravičnost, transparentnost, mogućnost da se postupak okonča u razumnom roku.

24 Karanikić, Micklitz, Reich, „Explanatory Memorandum”, 197.

2.2. Sudski postupak zabrane nepravinih odredaba u potrošačkim ugovorima i zabrane nepoštenog poslovanja

Zakon o zaštiti potrošača trebalo je da sadrži posebna pravila o postupku u potrošačkim sporovima i posebna pravila o postupku za zaštitu kolektivnih potrošačkih prava. Bez ulaženja u detalje, to potonje zapravo bi bila pravila o postupku zabrane nepravinih standardnih ugovornih odredaba u potrošačkim ugovorima i postupku zabrane nepoštenog poslovanja sa potrošačima kada te postupke pokreće organizacija za zaštitu potrošača koja je kao poseban oblik udruženja specijalno zakonom ovlašćena da zastupa i štiti kolektivna prava i interese potrošača.

Međutim, Zakon o zaštiti potrošača ne sadrži opšta pravila o posebnom sudskom postupku u potrošačkim sporovima. U njemu se potrošački spor definiše usko, kao spor između trgovca i potrošača u vezi s potrošačkim ugovorom, što isključuje primenu posebnih pravila postupka na postupke za naknadu štete koju potrošač pretrpi izvan ugovornog odnosa s trgovcem. Drugo, definicija potrošačkog spora iz Zakona o zaštiti potrošača tiče se vanskudskog rešavanja potrošačkih sporova, a posebnih pravila o sudskom postupku za rešavanje takvog spora u tom zakonu nema. U njemu su posebno uređeni jedino postupci za zabranu nepravinih ugovornih odredaba i nepoštenog poslovanja, i to bez obzira na to ko ih pokreće: potrošač ili potrošačka organizacija. Preciznije, pravila o postupcima zabrane nedvosmisleno se odnose na oba slučaja.

Međutim, slučaj kada potrošačka organizacija radi zaštite kolektivnih potrošačkih prava i interesa zaheva od suda da utvrdi da je po merilima propisanim Zakonom o zaštiti potrošača jedna odredba u opštim uslovima poslovanja određenog trgovca nepravilna i posledično apsolutno ništava, trebalo bi razlikovati od slučaja kada potrošač zahteva da se utvrdi nepravilnost i posledična ništavost jedne odredbe u konkretnom potrošačkom ugovoru. To je, uostalom, bila svrha čitavog poduhvata izdvajanja određenih udruženja za zaštitu potrošača, njihovog posebnog evidentiranja nakon što se proverila da li su ona u dovoljnoj meri profesionalno i tehnički osposobljena da štite kolektivne interese potrošača, davanja takvim udruženjima posebnog ovlašćenja da pokreću postupke pred sudom za zabranu nepravinih ugovornih odredaba ili nepoštenog poslovanja, ukoliko, da pred organima države i u postupcima za vanskudsko rešavanje sporova štite kolektivne interese potrošača. Ništavost standardne odredbe u potrošačkom ugovoru koja bi bila utvrđena u postupku za zaštitu kolektivnih potrošačkih prava odrazila bi se na sve potrošačke ugovore koje je određeni trgovac sklopio s potrošačima, a koji sadrže takvu odredbu. Pod standardnim ugovornim odredbama tu se misli na odredbe adhezionih potrošačkih ugovora, odnosno na odredbe opštih uslova poslovanja jednog trgovca koje predstavljaju sastavni deo svih potrošačkih ugovora koje taj trgovac zaključuje. Kada pravno zainteresovana strana zahteva poništaj nepravilne odredbe u nekom potrošačkom ugovoru, bez obzira na to da li je ona sama ujedno i strana u predmetnom ugovornom odnosu ili nije, ona to čini radi zaštite nekog svog individualnog pravom priznatog

interesa. Za razliku od toga, kada poništaj zahteva potrošačka organizacija, ona to čini zarad zaštite kolektivnog potrošačkog interesa, s krajnjim ciljem da se odluka doneta u tom postupku odrazi na sve pojedinačne potrošačke ugovore određenog trgovca koji sadrže takvu nepravičnu odredbu. Analogno tome, zabrana određenog vida nepoštenog poslovanja, koju sud izrekne u postupku za zaštitu kolektivnih prava i interesa potrošača, važila bi ne samo u postupanju određenog trgovca prema konkretnom potrošaču nego i u svim narednim postupanjima tog trgovca prema tom istom i drugim potrošačima. Potencijalni problemi u vezi s primenom takvih procesnih pravila umanjuju se određivanjem jednog posebno nadležnog suda za postupke za zabranu nepravičnih ugovornih odredaba ili nepoštenog poslovanja, propisivanjem dužnosti tog suda da objavljuje svoje odluke donete u postupcima za rešavanje potrošačkih sporova i na druge načine.²⁵

Da se vratimo korak unatrag i pogledamo postojeća pravila. Kada je reč o sudskom postupku za zaštitu subjektivnih prava koja su potrošačima posebno garantovana zakonom, Zakon o zaštiti potrošača sadrži posebna pravila o postupcima zabrane nepravičnih ugovornih odredaba u potrošačkim ugovorima, zabrane nepoštenog poslovanja, kao i o postupku za oduzimanje protivpravno stečene koristi (čl. 137–146 ZZP). Te postupke može da pokrene potrošač, a ako je došlo do povrede kolektivnih interesa potrošača, zahev za pokretanje tih postupaka mogu da podnesu udruženja i savezi udruženja za zaštitu potrošača koji su osnovani po zakonu kojim se uređuje osnivanje i pravni položaj udruženja i uz to posebno evidentirani kod ministarstva nadležnog za poslove zaštite potrošača. Vrednost spora ograničena je na petsto hiljada dinara. Zakonodavac dalje upućuje na zakon kojim se uređuje nadležnost sudova, propisuje shodnu primenu zakona kojim se uređuje parnični postupak i obavezuje ministarstvo nadležno za poslove zaštite potrošača (a ne sud) da objavljuje sudske odluke donete u ovim postupcima.

U postupku zabrane nepravičnih ugovornih odredaba sud može da oglašava ništavom svaku nepravičnu ugovornu odredbu u potrošačkom ugovoru, da naloži trgovcu da bez odlaganja obustavi ugovaranje nepravičnih ugovornih odredaba u poslovanju sa potrošačima, kao i da mu naloži da u sredstvima javnog informisanja o svom trošku objavi da mu je odlukom suda izrečena mera zabrane nepravičnih ugovornih odredaba u potrošačkim ugovorima. U postupku zabrane nepoštenog poslovanja sud može da utvrdi da je određeno poslovanje nepošteno po pravilima Zakona o zaštiti potrošača, da naloži trgovcu da bez odlaganja obustavi takvo poslovanje, da utvrdi obavezu

25 Više o sudskoj zaštiti kolektivnih potrošačkih prava i interesa vid. Hans-W. Micklitz, Jules Stuyck, Evelyn Terry, Lubos Tichý, „Collective Redress”, *Cases, Materials and Text on Consumer Law* (Hans-W. Micklitz, Jules Stuyck, Evelyn Terry eds.), Hart, Oxford 2010, 523–537, Astrid Stadler, „Group Actions as a Remedy to Enforce Consumer Interests”, u: Fabrizio Cafaggi, Hans-W. Micklitz (eds.), *New Frontiers of Consumer Protection: The Interplay Between Private and Public Enforcement*, Intersentia, Antwerp 2009, 305–328, Fabrizio Cafaggi, Hans-W. Micklitz, „Administrative and Judicial Enforcement in Consumer Protection: The Way Forward”, u: Caffagi, Micklitz (eds.), *New Frontiers of Consumer Protection: The Interplay Between Private and Public Enforcement*, 401–445, Weber, *Towards an Optimal Mix*, 61–66.

trgovca da o svom trošku ispravi deo oglasa čije se objavljivanje kvalifikuje kao nepošteno poslovanje, da naloži trgovcu da u sredstvima javnog informisanja o svom trošku objavi da mu je odlukom suda izrečena mera zabrane nepoštenog poslovanja. Potrošač, kao i udruženje ili savez udruženja dužni su da pre pokretanja nekog od ovih postupaka pozovu trgovca da spor reše vanskudskim putem. Sud može na zahtev potrošača odnosno udruženja ili saveza udruženja da donese privremenu meru kojom trgovcu nalaže da obustavi ugovaranje određenih odredaba ili određeni vid poslovanja do okončanja postupka. Ako trgovac protiv kojeg je doneta pravnosnažna sudska odluka u nekom od pomenutih postupaka ne postupi po njoj, svako lice koje ima za to opravdani interes može sudu da podnese zahtev za donošenje mere oduzimanja protivpravno stečene koristi. Ako u tom slučaju u predmetnim pojedinačnim slučajevima vrednost robe odnosno usluga iznosi manje od 2.000 dinara po potrošaču, sud će utvrditi obavezu trgovca da u korist budžeta Republike Srbije uplati novčani iznos u visini ukupne vrednosti robe odnosno usluga, a najviše do 5% od ukupnog godišnjeg prihoda trgovca, obračunatog u skladu s propisima koji uređuju zaštitu konkurencije.

Izložene odredbe nisu u dovoljnoj meri razumljive ni precizne, što je zakonodavac pokušao da otkloni propisivanjem detaljnijih pravila o postupku u potrošačkim sporovima u Zakonu o parničnom postupku (Glava 35 čl. 488–493 ZPP).¹ Osim toga, Zakon o parničnom postupku sadržavao je posebna pravila o postupku za zaštitu kolektivnih prava i interesa građana, što se odnosilo i na kolektivne interese potrošača. Međutim, pravila tog zakona koja su se odnosila na postupak za zaštitu kolektivnih prava i interesa (Glava 36 čl. 494–505) Ustavni sud Srbije je u maju 2013. proglasio neustavnim.²

Postupak u potrošačkim sporovima je u Zakonu o parničnom postupku bio jasno razdvojen od postupka za zaštitu kolektivnih prava i interesa – ne samo potrošačkih, nego i drugih. To razdvajanje je svakako jasniji i elegantniji pristup od rešenja u Zakonu o zaštiti potrošača, u kojem ne mogu da se razlikuju pravila o te dve vrste postupaka. Osim toga, Zakon o zaštiti potrošača zapravo ne sadrži *opšta* pravila o posebnom parničnom postupku u potrošačkim sporovima. U njemu se, kao što je rečeno, potrošački spor definiše samo za potrebe uređenja vanskudskog rešavanja takvih sporova, a kada je o sudskim postupcima reč, Zakon o zaštiti potrošača uređuje samo dva *posebna* posebna parnična postupka, to jest sadrži pravila o posebnim vrstama posebnih postupaka za rešavanje potrošačkih sporova. To je postupak za zabranu nepravilnih potrošačkih odredaba, postupak za zabranu nepoštenog poslovanja i nedovoljno jasno i precizno uređen postupak za oduzimanje protivpravno stečene koristi. Štaviše, nije očigledno da li zakonodavac prva dva navedena postupka tretira kao jedan ili kao različite postupke.

1 Zakon o parničnom postupku, *Službeni glasnik RS* br. 72/2011.

2 Odluka Ustavnog suda IUz–51/2012 od 23. maja 2013, „Službeni glasnik RS”, br. 49/2013 od 5. juna 2013. Na osnovu te odluke su, između ostalog, prestali su da važe čl. 494–505 Zakona o parničnom postupku. Kritički osvrt na tu odluku Ustavnog suda vid. Nikola Bodiroga, „Komentar odluke Ustavnog suda IUz–51/2012 o neustavnosti Glave 36 Zakona o parničnom postupku”, *Pravni instruktor*, 45/2013 od 13. juna 2013, *ParagrafLex* („Komentar odluke”).

Pravilima Zakona o parničnom postupku kojima se uređuje poseban postupak u potrošačkim sporovima (čl. 488–493) potrošački spor je određen kao spor iz ugovornog odnosa potrošača i trgovca. To znači da je zakonodavac ostao pri određenju potrošačkog spora iz čl. 132 st. 1 Zakona o zaštiti potrošača, iz kojeg proizlazi da se posebna procesna pravila ne primenjuju na postupak za naknadu štete od proizvoda s nedostatkom koja je pričinjena fizičkom licu – bez obzira na to što je Zakonom o zaštiti potrošača posebno uređen taj oblik objektivne odgovornosti (vid. čl. 59–65 ZZP). Posebna pravila o postupku u potrošačkim sporovima ne primenjuju se na sporove koji nastanu usled smrti, telesne povrede ili narušavanja zdravlja, pružanja zdravstvenih ili pravnih usluga i prenosa prava na nepokretnostima.³ Ako se zbog složenosti predmeta postupka ili predloženih dokaza potrošački spor ne može raspraviti po posebnim pravilima, sud će doneti rešenje, protiv kojeg nije dozvoljena žalba, da se postupak nastavi po pravilima opšteg parničnog postupka.⁴ U postupku o potrošačkim sporovima tužba se ne dostavlja na odgovor, tuženom se tužba dostavlja uz poziv na glavnu raspravu, pripremno ročište se ne zakazuje i ne održava, a ročište za glavnu raspravu zakazuje se i održava najkasnije u roku od 30 dana od dana prijema tužbe u sud.

Ako tužilac ne dođe na ročište za glavnu raspravu a uredno je pozvan, smatraće se da je povukao tužbu, a ako tuženi ne dođe na ročište za glavnu raspravu a uredno je pozvan, sud će održati ročište i odlučiti na osnovu utvrđenog činjeničnog stanja. Sve to mora da bude navedeno u pozivu za glavnu raspravu. Presuda o potrošačkom sporu objavljuje se odmah po zaključenju glavne rasprave. Prilikom objavljivanja presude sud će je kratko obrazložiti i poučiti stranku o uslovima pod kojima može da izjavi žalbu. Pisano izrađena presuda u obrazloženju sadrži utvrđeno činjenično stanje, navođenje dokaza na osnovu kojih je ono utvrđeno i propise na kojima je sud zasnovao presudu. U postupku o potrošačkim sporovima dozvoljena je posebna žalba samo protiv rešenja kojim se okončava postupak. Ostala rešenja protiv kojih je dozvoljena posebna žalba mogu da se pobijaju samo žalbom protiv odluke kojom se postupak okončava. Inače, ta rešenja se ne dostavljaju strankama, već se objavljuju na ročištu i unose u pisani sastav odluke. Odluka kojom se okončava parnica u postupku o potrošačkim sporovima može da se pobija samo zbog bitne povrede odredaba parničnog postupka iz čl. 374 st. 2 ZPP i zbog pogrešne primene materijalnog prava. Rok za žalbu protiv prvostepene odluke iznosi osam dana i računa se od dana objavljivanja odluka, a ako je odluka dostavljena stranci, onda od dana dostavljanja. Kada se presudom u postupku o potrošačkom sporu stranci nalaže izvršenje neke činidbe, rok za izvršenje te činidbe je osam dana. Ako je sud propustio da odluči o svim zahtevima o kojima mora da se odluči presudom, ili je propustio da odluči o delu zahteva, rok u kojem stranka može da predloži dopunu presude takođe iznosi osam dana.

3 To pravilo postoji i u Zakonu o zaštiti potrošača (čl. 132), ali je njegovo važenje ograničeno na vansudsko rešavanje potrošačkih sporova.

4 To rešenje je već kritikovano. Karanikić, Micklitz, Reich, „Explanatory Memorandum”, 199.

Pomenuto je da je važeći Zakon o parničnom postupku sadržavao pravila o posebnom postupku za zaštitu kolektivnih prava i interesa građana (čl. 494–500).⁵ Ta pravila prestala su da važe 5. juna 2013, kada je objavljena već navedena odluka Ustavnog suda (IUz 51/2012), kojom se utvrđuje da ona nisu u saglasnosti s Ustavom i potvrđenim međunarodnim ugovorom.

U svojoj dobro argumentovanoj odluci Ustavni sud je, između ostalog, konstatovao „da odredbama čl. 494–505 Zakona nije uređeno kada jedan građanskopravni spor ima karakter spora o kolektivnim pravima koji bi se rešavao po pravilima posebnog postupka propisanog u ovoj glavi, uz supsidijarnu primenu opštih pravila parničnog postupka. Nema ni upućujuće norme iz koje bi se utvrdilo na koje se sporove ove odredbe odnose, odnosno nije propisano koji se spor, u smislu ovih odredaba smatra sporom o kolektivnim pravima, niti je regulisan pojam kolektivnih prava i interesa”. Sud je ukazao na vlastitu praksu i praksu Evropskog suda za ljudska prava, prema kojoj „da bi se jedan opšti akt smatrao zakonom, ne samo formalno, nego i u sadržinskom smislu, taj zakon, odnosno njegove norme moraju biti u dovoljnoj meri precizne, jasne i predvidive tako da subjekti na koje se zakon odnosi mogu svoje ponašanje da usklade sa zakonom, kako ne bi zbog nejasnih i nepreciznih, ali i nedostatnih normi i podnormiranosti bili uskraćeni u ostvarivanju svojih zajemčenih prava ili pravnih interesa”. Ustavni sud je istakao da to što su odredbe čl. 494–505 ZPP nejasne i neprecizne objektivno ugrožava ostvarivanje prava na pravnu sigurnost i jednaku zaštitu prava pred sudovima. Za pojedine od tih odredaba sud je našao dodatne razloge nesaglasnosti s Ustavom, kojima se, s obzirom na ograničenja u pogledu obima ovoga rada, ne može posvetiti posebna pažnja.⁶

5 U ovom radu nema prostora za izlaganje pravila ZPP koja su prestala da važe. Ona se mogu naći u Službenom glasniku RS, br. 72/2011, u bazi propisa *ParagrafLex*, a precizno su izložena i u citiranoj odluci Ustavnog suda Srbije.

6 Ova odluka Ustavnog suda Srbije kritikovana je u domaćoj pravnoj teoriji: „Jedno udruženje građana korisnika finansijskih usluga podnelo je kolektivnu tužbu protiv tri banke i formulisalo tužbeni zahtev tako da se njime traži (u tekstu nedostaje šta, prim. M.K.M.): radi utvrđenja nedopuštenosti radnje, radi zabrane preduzimanja aktivnosti i radi naknade štete. Dakle, to udruženje je znalo da precizira tužbeni zahtev i nije mu se čl. 498 ZPP činio nejasnim, kako se čini Ustavnom sudu. Prvi osnovni sud oglasio se stvarno nenadležnim i spise ustupio Privrednom sudu u Beogradu (znači da su i sudovima jasne odredbe o nadležnosti u ovom postupku, čl. 497 ZPP). Tužilac je aktivnu legitimaciju zasnovao na (...) odredbama Zakona o zaštiti potrošača, što znači da je jasna i odredba čl. 495 ZPP. Na kraju, sam smisao takođe je jasan. Umesto da pojedinci podnose hiljade tužbi protiv banaka, kao aktivno legitimisano pojavljuje se udruženje, čime se zapravo poboljšava pravo na pristup sudu, jer pojedinačni tužbeni zahtevi mogu biti jako male vrednosti i troškovi postupka nesrazmerno visoki, pa se pojavljivanjem udruženja kao tužioca sa aktivnom legitimacijom omogućava hiljadama pojedinaca pravo na pristup sudu, a koji bi inače, zbog troškova postupka i vrednosti predmeta spora, bio ako ne onemogućen, a ono svakako otežan.” Bodiroga, „Komentar odluke” (reč je o elektronskom časopisu, ne može se dati podatak o paginaciji). Ne ulazeći na ovom mestu u dublju raspravu, mora se primetiti da to što je jedan postupak pokrenut po određenim procesnim pravilima ne otklanja sumnju o tome kada sve jedan građanskopravni spor ima karakter spora o kolektivnim pravima, ni o tome ko je sve aktivno legitimisan u postupku za rešavanje tog spora, pa ni o tome šta sve može da se podvede pod pojam kolektivnih

Inače, odredbe čl. 499–500 Zakona o parničnom postupku koje više ne važe bile su materijalnopravnog karaktera. To, naravno, nije razlog zbog kojeg je Ustavni sud našao da one nisu saglasne s Ustavom. Tim odredbama je, između ostalog, bilo predviđeno da trgovac može tužbom ili protivtužbom da zahteva od suda da utvrdi da on nije poslovao na način koji ugrožava kolektivne interese potrošača, da zabrani da potrošačka organizacija koja je iznosila takve tvrdnje istupa u tom smislu u javnosti, zatim da zahteva naknadu štete pričinjene neistinitim tvrdnjama te vrste i objavljivanje presude o trošku tuženog. Tom tužbom može kao tuženi da bude obuhvaćena ne samo potrošačka organizacija, nego i lice koje je ovlašćeno da je zastupa, članovi njenih organa, pa čak i lica koja su u njeno ime istupala u javnosti. Trgovac može da zahteva od suda da sva ta lica osudi na naknadu štete, čiju će visinu sud utvrditi prema slobodnoj oceni. Za to se kumulativno zahtevaju dva uslova: da je kao neosnovan odbijen tužbeni zahtev potrošačke organizacije prema trgovcu i da su vođenjem postupka po tužbi za zaštitu kolektivnih prava potrošača, a posebno praćenjem tog postupka u sredstvima javnog informisanja, teže povređeni ugled i poslovni interes trgovca.

Izložena pravila svedoče o tome da funkcija pravila o posebnom postupku zaštite kolektivnih (potrošačkih) prava i interesa nije bila do kraja jasna ni samom zakonodavcu.⁷ Naime, zakonodavac je odredbama procesnog zakona kojima se uređuje postupak za zaštitu kolektivnih prava – u društvu u kojem ideja zaštite kolektivnih prava tek treba da zaživi – predvideo takva pravila materijalnog i procesnog prava koja bi odvrtila svaku potrošačku organizaciju od same ideje da pokuša da pokrene postupak za zaštitu kolektivnih potrošačkih prava. Ta pravila bi organizaciju, njene članove, zastupnike, pa čak i one koji u njeno ime javno govore, izložila jednom posebnom, povećanom riziku imovinskopravne odgovornosti. Iz toga se zaključuje da je intencija zakonodavca zapravo bila da *trgovcima* ponudi jači stepen zaštite od onoga koji već imaju po opštim pravilima o odgovornosti za štetu, čak propisujući pravo trgovca na naknadu štete koja mu je pričinjena vođenjem parnice i izveštavanjem medija o njoj – pri čemu potrošačke organizacije nemaju kontrolu nad načinom na koji mediji izveštavaju o postupcima pred sudovima. Štaviše, zakonodavac je kao oblik štete bio priznao težu povredu

prava i interesa. Ako je zakonodavac nameravao da pravilima Glave 36 ZPP u srpsko pravo transponuje tri potrošačke direktive, kako stoji u navedenom komentaru odluke, nije trebalo da ostavi prostora za sumnju da pod kolektivnim pravima misli na kolektivna prava potrošača. Međutim, u samom komentaru dalje se tvrdi da su se pravila koja više ne važe odnosila i na postupak za zaštitu kolektivnih prava garantovanih Zakonom o zabrani diskriminacije („Službeni glasnik RS”, br. 22/2009). Ako je intencija zakonodavca bila da na jednom apstraktnom nivou uredi postupak za zaštitu svih kolektivnih prava, bez obzira na konkretan kolektivitet odnosno grupu koja bi bila njihov titular, onda je bilo neophodno da bliže odredi pojam kolektivnih prava.

7 Bodiropa ukazuje na nameru zakonodavca da odredbama Glave 36 ZPP, koje više ne važe, srpsko pravo uskladi sa zahtevima tri potrošačke direktive. To su već pominjane Directive (EEC) 1993/13 on unfair terms in consumer contracts i Directive (EC) 2005/29 on unfair commercial practices, kao i Directive (EC) 2009/22 on injunctions for the protection of consumers' interests, OJ L 110/30, 1. maj 2009. Vid. Bodiropa, „Komentar odluke”.

ugleda pravnog lica (nezavisno od imovinske štete koju to lice eventualno trpi) i povredu poslovnog interesa pravnog lica, što do tada u srpskom pravu nisu bili pravom priznati oblici štete.

Da sumiramo. Izložena pravila Zakona o parničnom postupku kojima se posebno uređuje parnični postupak u potrošačkim sporovima mogla bi se unaprediti proširivanjem zakonske definicije potrošačkog spora (vid. čl. 488 st. 1 ZPP) tako da on ne bude ograničen na sporove koji proizlaze iz ugovornog odnosa potrošača i trgovca, nego i na slučajeve kada trgovac odgovara po pravilima o vanugovornoj objektivnoj odgovornosti, za štetu koju fizičko lice pretrpi od stvari sa nedostatkom koju je on bio pustio u promet.⁸ Drugo, trebalo bi razmotriti pravilo Zakona o parničnom postupku po kojem sud donosi rešenje (protiv koga nije dozvoljena žalba) da se postupak nastavi po pravilima opšteg parničnog postupka, ako smatra da predmet ne može da se raspravi po posebnim pravilima o postupku u potrošačkim sporovima zbog složenosti tog predmeta ili predloženih dokaza (vid. čl. 488 st. 3 i 4 ZPP). To praktično znači da posebna pravila olakšavaju procesnu poziciju potrošača u predmetima koji su već po sebi manje složeni, dok kod naročite složenosti predmeta to olakšanje izostaje. Treba poći od svrhe ovih pravila, a to je efikasna građanskopravna sudska zaštita zakonom garantovanih subjektivnih prava potrošača. Ta posebna zaštita potrošačima je potrebna u predmetima koji su složeni. Pored navedenog, postoji potreba da se postupak vanskudskog rešavanja potrošačkih sporova posebno uredi. Postojeća pravila Zakona o zaštiti potrošača samo stvaraju iluziju posebnog uređenja. Ona se u osnovi svode na upućivanje na pravila drugih zakona koji na opštem nivou uređuju arbitražu i medijaciju. Na kraju, potrebno je da se na dovoljno jasan i precizan način uredi poseban postupak za zaštitu kolektivnih potrošačkih prava i interesa, bez ostavljanja ikakve sumnje u to pod kojim uslovima jedan građanskopravni spor ima karakter spora o kolektivnim potrošačkim pravima, ko je u tom sporu aktivno legitimisan, ko može da bude obuhvaćen tužbom i drugo. Odluka Ustavnog suda kojom je utvrđeno da pravila Zakona o parničnom postupku kojima se uređuje postupak za zaštitu kolektivnih prava i interesa građana nisu u saglasnosti s Ustavom baca novo svetlo i na odredbe Zakona o zaštiti potrošača, kojima je na elementarnom nivou propisana mogućnost da udruženja i savezi udruženja za zaštitu potrošača pokreću dva postupka za zaštitu kolektivnih potrošačkih prava i interesa.

2.3. Inspeksijski nadzor primene ZZP

Odredbama Zakona o zaštiti potrošača (čl. 147–150) predviđeno je da primenu tog zakona nadzire ministarstvo nadležno za poslove zaštite potrošača i čitav niz drugih sektorskih ministarstava. Reč je o ministarstvima nadležnim za poslove turizma, zdravlja, poljoprivrede, šumarstva, vodoprivrede,

8 Prema pravilima Zakona o zaštiti potrošača kojima se uređuje odgovornost proizvođača za štetu od stvari sa nedostatkom zaštitu uživa svako fizičko lice koje trpi štetu od stvari sa nedostatkom, a ne samo onaj ko je na osnovu potrošačkog ugovora pribavio neko pravo na toj stvari. U svojstvu oštećenika tako može da se nađe i član porodice potrošača, recimo, njegovo dete koje je upotrebom defektnog proizvoda koji je potrošač kupio od trgovca pretrpelo fizičku povredu i različite oblike pravom priznate štete usled te povrede.

energetike, saobraćaja, telekomunikacija, planiranja i građevinarstva, zaštite životne sredine i finansija. Nadzor primene ZZP obavljaju inspektori nadležni za vršenje inspekcijskog nadzora u svim navedenim oblastima. Kada je reč o pravima, obavezama i ovlašćenjima nadležnog inspektora, ZZP upućuje na zakone kojima se uređuje inspekcijski nadzor u odgovarajućoj oblasti. Zakonodavac je propisao da su pobrojana ministarstva dužna da sarađuju u vršenju nadzora, ali je propustio da propiše bilo kakve pravne posledice povrede te dužnosti. Nadležni inspektor koji utvrdi nedostatke u poslovanju trgovca donosi rešenje kojim određuje rok u kome je trgovac dužan da otkloni utvrđeni nedostatak. Ako trgovac ne postupi u skladu sa tim rešenjem, inspektor donosi rešenje o privremenoj zabrani prodaje robe odnosno pružanja usluga do otklanjanja nedostataka zbog kojih je mera izrečena. Žalba protiv ovih rešenja može da se izjavi nadležnom ministru u roku od osam dana, ali ona ne odlaže izvršenje. Nedostaci koje inspektor može da utvrdi u poslovanju trgovca nisu brojni (vid. čl. 148 ZZP). Taj broj je redukovano u odnosu na pređašnje propise, u skladu s idejom da bi zaštita potrošačkih prava u prvom redu trebalo da bude sudska. Inspektor može da utvrdi, primera radi, da trgovac ne ističe cene na propisan način, da zloupotrebljava reč garancija, povređuje zakonom propisanu dužnost obaveštavanja potrošača u predugovornoj fazi, neposredno se oglašava protivno zakonu, potrošačima šalje nenaručene pošiljke uz zahtev da ih potrošač plati.

Zakon o zaštiti potrošača sadrži klasična pravila o upravnom nadzoru poslovanja trgovaca i njihovoj prekršajnoj odgovornosti. Drugim rečima, zakonom je uređena vansudska, inspekcijska kontrola i nadzor postupanja trgovaca prema potrošačima i sudska zaštita zakonom garantovanih prava potrošača u prekršajnom postupku u slučaju da trgovac posluje na način koji je zakonom zabranjen. U toj konstrukciji, nadzire se trgovac i sankcioniše njegovo protivpravno postupanje. Međutim, postoji i drugi aspekt tržišnog nadzora, koji nije uređen pravilima Zakona o zaštiti potrošača. Reč je o nadzoru i kontroli *proizvoda*, a ne proizvođača – nadzoru, kontroli i praćenju robe koja se nalazi na tržištu, a ne subjekata koji njome trguju.

Nova koncepcija nadzora tržišta ili tržišnog nadzora (*market surveillance*), koja je prihvaćena u potrošačkom pravu EU i evropskih zemalja, ne može da se svede na inspekcijski nadzor i rad prekršajnih sudova. Naime, od 1985. godine Evropska zajednica je usvojila niz direktiva kojima su postavljeni minimalni tehnički standardi koje jedan proizvod mora da zadovolji da bi bio pušten u promet na zajedničkom tržištu, što proizvođač potvrđuje oznakom CE (*Conformité Européenne*). Međutim, tim direktivama nije posebno uređena situacija u kojoj supstandardni proizvod – onaj koji ne zadovoljava propisane kriterijume ili je čak opasan – ipak dospe na zajedničko tržište. Kada je reč o robi široke potrošnje, to jest o potrošačkim proizvodima, ta pravna prazina popunjena je Direktivom o opštoj bezbednosti proizvoda.⁹ Ona obavezuje države članice da osnuju tela nadležna da opozovu i sa tržišta povuku opasne

9 Directive (EEC) 1992/59 on general product safety, OJ L 228, umesto koje je od 2001. na snazi Directive (EC) 2001/95 on general product safety, OJ L 11.

proizvode. Sledeći korak je učinjen 2008. godine kada je uspostavljen zajednički regulatorni okvir za kontrolu i eliminisanje svih supstandardnih proizvoda – ne samo potrošačke robe – sa zajedničkog tržišta. Tada se prvi put u jednom pravnom instrumentu pominje pojam tržišnog nadzora ili nadzora nad tržištem¹⁰ u jednom novom smislu. Pod tržišnim nadzorom tu se misli na aktivnosti i mere koje preduzimaju organi javne vlasti, s ciljem da osiguraju da se na unutrašnjem tržištu nalaze samo proizvodi koji zadovoljavaju usaglašene evropske standarde i koji ne ugrožavaju zdravlje, bezbednost i druge aspekte javnog interesa. Nova regulatorna politika polazi od toga što veliki broj proizvoda koji su u prometu na zajedničkom tržištu nije proizveden u Evropskoj uniji. Zbog toga više nije dovoljno da se kontrolišu i nadziru proizvođači, nego je potrebna kontrola, praćenje i nadzor samog proizvoda, prvo kada on ulazi na zajedničko tržište, ali i nakon toga, kada je već u prometu.¹¹ Pravila pomenute Direktive o opštoj bezbednosti proizvoda transponovana su u srpsko pravo 2009. godine usvojanjem Zakona o opštoj bezbednosti proizvoda.¹² Tim zakonom je posebno uređen ovaj novi, obuhvatniji oblik tržišnog nadzora.

2.4. Prekršajna odgovornost

Zakonom o zaštiti potrošača pretežno se uređuju ugovorni odnosi trgovaca i potrošača, a spor iz takvog odnosa može da se rešava vansudski, primera radi, u postupku posredovanja ili medijacije, ili sudski, bilo u redovnom parničnom postupku, bilo u posebnom postupku u potrošačkim sporovima. Zakonom je propisan niz građanskopravnih sankcija za povredu zakonskih obaveza trgovca u predugovornoj fazi, tokom zaključenja ugovora i za vreme trajanja ugovornog odnosa. Primera radi, ako prilikom zaključenja potrošačkog ugovora trgovac ne postupi u skladu sa zakonskom obavezom da potrošaču pruži određena u zakonu pobrojana obaveštenja, potrošač može da zahteva poništenje ugovora u roku od godinu dana od zaključenja, i to nezavisno od toga da li je trgovac imao nameru da ga propuštanjem obaveštavanja navede na zaključenje. Isto tako, potrošač nije dužan da plati dodatne troškove transporta i isporuke robe ako ga o tim troškovima trgovac nije blagovremeno obavestio (vid. čl. 16 i 17 ZZP).

Međutim, osim imperativnih pravila kojima je uređen poseban zakonski režim potrošačkih ugovora, Zakon o zaštiti potrošača sadrži i pravila kojima se trgovcu zabranjuje ili naređuje da se na tržištu ponaša na određeni način. Primera radi, trgovac je dužan da cene robe ili usluga istakne na zakonom propi-

10 Regulation (EC) No. 765/2008 setting out the requirements for accreditation and market surveillance relating to the marketing of products, OJ L 218/30. U čl. 2: „Market surveillance’ shall mean the activities carried out and measures taken by public authorities to ensure that products comply with the requirements set out in the relevant Community harmonisation legislation and do not endanger health, safety or any other aspect of public interest protection.”

11 Karanikic, Micklitz, Reich, „Explanatory Memorandum”, 200–201.

12 Vid. čl. 17–21 Zakona o opštoj bezbednosti proizvoda, „Službeni glasnik RS”, br. 41/2009.

sani način, trgovcu su zabranjeni svi oni postupci koji se po zakonu kvalifikuju kao nepošteno (obmanjujuće ili nasrtljivo) poslovanje. Odgovornost trgovaca i odgovornih lica u pravnim licima koja se kvalifikuju kao trgovci za protivpravne radnje koje su Zakonom o zaštiti potrošača određene kao prekršaji (čl. 151–152 ZZP) utvrđuju sudovi po opštim pravilima prekršajnog postupka.¹³

Za prekršaj može da odgovara pravno lice ili fizičko lice koje se po pravilima ZZP kvalifikuje kao trgovac, kao i fizičko lice u svojstvu odgovornog lica u pravnom licu – ako se to pravno lice po istim pravilima kvalifikuje kao trgovac. U prekršajnom postupku sud može trgovcu da izrekne novčanu kaznu,¹⁴ a uz nju i zaštitnu meru privremene zabrane obavljanja određene delatnosti, odnosno zaštitnu meru privremene zabrane obavljanja određenih poslova ako za prekršaj odgovara odgovorno lice u pravnom licu. Prekršajno se odgovara za mnoga protivzakonita postupanja, kao što su različita propuštanja da se cene označe na zakonom propisani način, različiti oblici poslovanja koji se po zakonu kvalifikuju kao obmanjujući ili nasrtljivi, zatim za slanje nenaručenih pošiljki, zabranjene oblike neposrednog oglašavanja, zloupotrebu reči garancija, uskraćivanje potrošaču usluge od opšteg ekonomskog interesa, propuštanje trgovca koji pruža usluge od opšteg ekonomskog interesa da ustanovi besplatnu kontakt liniju za potrošače.

Međutim, Zakonom o zaštiti potrošača prekršajno su sankcionisana i neka ponašanja trgovaca kojima se ne vređaju ni individualna ni kolektivna *potrošačka* prava i interesi, kao što je prodaja, služenje ili poklanjanje alkoholnih pića odnosno duvanskih proizvoda maloletnicima. Kao prekršaj su određena i neka postupanja na koja evropski pravni sistemi tradicionalno odgovaraju sankcijama građanskopravnog karaktera. Primera radi, trgovac može prekršajno da odgovara za to što nema posebnog potpisa potrošača pored onih odredaba u potrošačkom ugovoru kojima se potrošaču garantuje pravo na jednostrani raskid ugovora, određuje trajanje tog prava i ugovara zabrana plaćanja unapred za vreme trajanja prava na raskid. Isto tako, trgovac može prekršajno da odgovara ako potrošaču učini nepotpunu ponudu za zaključenje nekog od zakonom uređenih ugovora u oblasti turizma.¹⁵

3. O MEHANIZMIMA ZAŠTITE POTROŠAČKIH PRAVA

Domaći zakonodavac stoji na ispravnom stanovištu da za efikasnu zaštitu zakonom garantovanih individualnih i kolektivnih prava i interesa potrošača nije dovoljan jedan mehanizam zaštite, jedan postupak u kojem bi se takva zaštita ostvarivala, već nekoliko njih. S time je saglasna pravna teori-

13 Vid. Zakon o prekršajima, „Službeni glasnik RS”, br. 101/2005, 116/2008 i 111/2009.

14 Kazna može da iznosi od 300 hiljada do 2 miliona dinara. Ako za prekršaj odgovara fizičko lice u svojstvu trgovca ili odgovornog lica u pravnom licu, izrečena kazna može da iznosi od 50 hiljada do 150 hiljada dinara. Ako je fizičko lice registrovano kao preduzetnik, zaprečena je kazna u iznosu od 50 hiljada do 500 hiljada dinara.

15 Vid. kritičku analizu prekršajnih odredaba ZZP u: Karanikić, Micklitz, Reich, „Explanatory Memorandum”, 201–205.

ja.¹⁶ Umesto jednog sredstva zaštite govori se o sistemu, kombinaciji mehanizama, koja treba da bude optimalan odgovor pravnog poretka na potrebu da se zaštite prava i interesi potrošača u jednom društvu, s obzirom na zatečene mehanizme zaštite kolektivnih i individualnih prava i interesa, obeležja konkretne pravne kulture i širi društveni kontekst, kao i na posvećenost cilju usklađivanja nacionalnih pravila s nekim nadnacionalnim režimom.

U tom smislu, Srbiji stoji na raspolaganju veći broj pravnih instrumenata, ali je složeno pitanje kako da se ta različita sredstva uklope u koherentan sistem zaštite potrošačkih prava i interesa. Da bi se na njega odgovorilo, potrebna je temeljna pravna i društvena analiza, a potom i politička volja da se postupi u skladu s njenim zaključcima. U teoriji je već rečeno da nije dovoljno priznati da je potrošačima potrebna posebna zaštita. Sva razvijenija društva napravila su taj prvi korak, a pravo pitanje je *na koji način* se u tim društvima potrošači posebno štite, to jest koji su to institucionalni mehanizmi zaštite koji potrošačima stoje na raspolaganju.^{17, 18}

Građanskopravna zaštita potrošačkih prava može da bude sudska ili vansudska. Vansudska zaštita može da se osloni na neki od već postojećih, zakonom uređenih postupaka vansudskog rešavanja sporova, kao što su posredovanje, to jest medijacija ili arbitraža, a postupak vansudskog rešavanja potrošačkih sporova može i posebno da se uredi. Domaći zakonodavac se samo naizgled opredelio za drugu opciju. Kao što je pokazano, pravila o vansudskom rešavanju potrošačkih sporova u važećem Zakonu o zaštiti potrošača sasvim su skromna i zapravo upućuju na primenu postojećih opštih pravila o medijaciji i arbitraži.

Kada je reč o sudskoj zaštiti, ona može da se odvija po opštim pravilima parničnog postupka. Međutim, vrednost potrošačkih sporova često je mala, pa potrošači izbegavaju ovaj oblik zaštite, nalazeći da je on skup i da je za

16 Vid. umesto svih Franziska Weber, „Assessing existing enforcement mechanisms in consumer law – the unavailability of an allrounder”, *Swedish Journal of European Law*, 3/2011, 536–554.

17 Samuel Issacharoff, Ian Samuel, „The Institutional Dimension of Consumer Protection”, u: Fabrizio Cafaggi, Hans-W. Micklitz (eds.), *New Frontiers of Consumer Protection: The Interplay Between Private and Public Enforcement*, Intersentia, Antwerp 2009, 48. Ti autori razvijaju tipologiju pravnih mehanizama zaštite potrošačkih prava i interesa razlikujući javnopravnu od privatnopravne i *ex ante* od *ex post* zaštite. *Ex ante* zaštita obuhvata upravnopravne i ugovorne mehanizme, dok u *ex post* zaštitu spadaju instrumenti krivičnog i odštetnog prava. *Ibid.*, 53.

18 Hans Miklic (Hans Micklitz) smatra da je poslednjih decenija u Evropi došlo do promene paradigme: pravo zaštite potrošača (*Consumer Protection Law*) transformisalo se u potrošačko pravo (*Consumer Law*). Cilj prvog talasa propisa o zaštiti potrošača bila je zaštita potrošača kao slabije strane u pravnom odnosu u koji stupa s trgovcem – potrošača koji nije u stanju da izađe na kraj s omasovljenim prometom, sve većom ponudom robe i usluga i rizicima koji za njega iz toga proizlaze. U novoj paradigmi centralna figura potrošačkog prava nije slab potrošač (*weak consumer*), nego prosečan potrošač (*average consumer*), a svrha pravila nije zaštita slabe strane, nego što lakše funkcionisanje zajedničkog tržišta. Vid. Hans-W. Micklitz, „The Expulsion of the Concept of Protection from the Consumer Law and the Return of Social Elements in the Civil Law: A Bitter-sweet Polemic”, *Journal of Consumer Policy*, 3/2012, 283–296.

njega potrebno angažovanje koje nije u srazmeri s povređenim pravom za koje se zahteva zaštita. To je, naravno, u prirodi situacije o kojoj govorimo: potrošačka roba je roba koja je masovno proizvodi, prodaje, koristi, odnosno troši, a isto važi za potrošačke usluge. Jedan trgovac posluje s velikim brojem potrošača, pravni promet je intenzivan, a vrednost pojedinačne transakcije relativno mala. Zbog toga su pravila opšteg građanskog postupka previše složena, a taj mehanizam zaštite spor za potrošački kontekst pa bi trebalo razmišljati barem u tri pravca.

Prvo, moguće je da se potrošački spor definiše kao poseban oblik građanskopravnog spora te da se za njega propišu posebna procesna pravila. Domaći zakonodavac je to učinio u Glavi 35 Zakona o parničnom postupku. Ta pravila bi trebalo ponovo razmotriti, na prvom mestu definiciju potrošačkog spora i ovlašćenja koje je dato sudu da odluči da ta pravila ne primeni ako proceni da iz složenosti predmeta postupka ili predloženih dokaza proizlazi da potrošački spor ne može po njima da se raspravi. Drugo, moguće je da se zahtevi individualnih potrošača prema istom trgovcu grupišu, to jest da se parnice protiv istog trgovca spoje ako se vode pred istim sudom i ako bi se time ubrzalo raspravljanje ili smanjili troškovi. Ta mogućnost je već predviđena Zakonom o parničnom postupku (vid. čl. 328). Treće, kada je postupanjem određenog trgovca u pravnom prometu povređen kolektivni interes potrošača, interes koji prevazilazi zbir njihovih pojedinačnih interesa, treba razmotriti mogućnost da taj kolektivni interes u parničnom postupku zastupa potrošačka organizacija, specijalizovana agencija ili čak asocijacija trgovaca – kada je reč o postupku za zabranu nepoštenog poslovanja.¹⁹ Domaći zakonodavac pokušao je da uredi poseban postupak za zaštitu kolektivnih prava i interesa, ali na nedovoljno jasan i precizan način, pa je Ustavni sud Srbije utvrdio da su pravila Glave 36 Zakona o parničnom postupku u suprotnosti s Ustavom.

U pravilima Zakona o zaštiti potrošača, kao što je rečeno, ne pravi se razlika između zaštite subjektivnog prava konkretnog potrošača i zaštite kolektivnih potrošačkih prava i zakonom priznatih interesa. Istina je da je Zakonom o zaštiti potrošača predviđena mogućnost da posebno evidentirane potrošačke organizacije zastupaju kolektivne potrošačke interese u posebnim postupcima za zabranu nepravičnih odredaba u potrošačkim ugovorima i nepoštenog (obmanjujućeg ili nasrtljivog) poslovanja sa potrošačima.²⁰

19 Sve te mogućnosti poznate su u pravima evropskih zemalja. Vid. više Weber, *Towards an Optimal Mix*, 63–65. Postupak u kojem neko telo zastupa kolektivne interese potrošača treba razlikovati od grupnih postupaka (*class actions*) koje među evropskim državama, inspirisana modelom Sjedinjenih Američkih Država, u potrošačkom kontekstu poznaje samo Švedska. *Ibidem*, 62–63. Poređenje parničnog postupka u kojem određene organizacije zastupaju kolektivna prava i interese potrošača s institutom prava Sjedinjenih Američkih Država koji je i šire poznat pod nazivom *class action*, vid. Jules Stuyck, „Public and Private Enforcement in Consumer Protection: General Comparison EU – USA”, u: Fabrizio Cafaggi, Hans-W. Micklitz (eds.), *New Frontiers of Consumer Protection: The Interplay Between Private and Public Enforcement*, Intersentia, Antwerp 2009, 80–81.

20 Ostavljamo po strani kompleksno pitanje finansiranja takvih organizacija i samo skrećemo pažnju na to što je odredbom čl. 151 st. 1 tač 50 ZZP propisana prekršajna odgovornost potrošačke organizacije koja prima bespovratna sredstva od trgovaca ili udruženja trgovaca

Međutim, ta pravila se još uvek ne primenjuju i, u svetlu pomenute odluke, slobodno se može postaviti pitanje kako bi o njihovoj jasnoći i preciznosti rezonovao Ustavni sud. Primera radi, materijalnoppravne odredbe Zakona o zaštiti potrošača propisuju apsolutnu ništavost nepravičnih odredaba u potrošačkim ugovorima, bez obzira na to da li je potrošač o jednoj odredbi posebno pregovarao da trgovcem ili je ta odredba standardna, to jest deo opštih uslova pod kojima trgovac posluje i koji su sastavni deo svakog potrošačkog ugovora koji on zaključi (vid. 44–48 ZZP). U tom smislu zaštita koju potrošaču garantuje domaći zakon jača je od one koja je predviđena Direktivom o nepravičnim odredbama u potrošačkim ugovorima.²¹ Razlika između standardnih ugovornih odredaba i posebnih pogodbi ne pravi se ni u procesnom delu Zakona o zaštiti potrošača. Klasično shvatanje je da samo ako je nepravična odredba standardna, to jest ako takvu odredbu trgovac redovno ugovara sa potrošačima, onda postoji kolektivni potrošački interes da se njena nepravičnost utvrđuje *in abstracto*. Ako sud u postupku za zaštitu kolektivnih prava potrošača utvrdi da je standardna odredba potrošačkih ugovora jednog trgovca nepravična, naložiće trgovcu da prestane sa njenim ugovaranjem. U toj konstrukciji neophodno je da se zakonom posebno uredi dejstvo takve odluke suda na posebne postupke u individualnim potrošačkim sporovima.

Međutim, domaći zakonodavac je propisao da su u postupku za zabranu nepravičnih ugovornih odredaba procesno legitimisani i individualni potrošač i potrošačka organizacija ovlašćena da zastupa kolektivne interese potrošača i da svako od tih lica može u svojstvu tužioca da zahteva od suda (1) da utvrdi ništavost nepravične ugovorne odredbe u konkretnom potrošačkom ugovoru i (2) da naloži trgovcu da bez odlaganja obustavi ugovaranje nepravičnih ugovornih odredaba u poslovanju sa potrošačima. Sve što je rečeno važi i za standardne odredbe i za posebne pogodbe u potrošačkim ugovorima. Drugim rečima, posebno evidentirana potrošačka organizacija može da zahteva od suda ne samo da trgovcu naloži da obustavi ugovaranje određene standardne odredbe, nego i da utvrdi ništavost nepravične standardne odredbe ili individualne pogodbe sa kojom su se neki potrošači već saglasili. I obratno, po tom širokom pravilu potrošač može da zahteva ne samo da sud utvrdi ništavost standardne odredbe ili posebne pogodbe u ugovoru koji je sam zaključio sa određenim trgovcem, nego i da sud tom trgovcu naloži da obustavi ugovaranje iste odredbe sa drugim potrošačima. Upravo za takva rešenja zalažu se pojedini pravni pisci, koji ukazuju na to da potrošačke direktive ne zabranjuju povezivanje postupaka za zaštitu individualnih i kolektivnih prava potrošača i smatraju da je to povezivanje poželjno jer doprinosi efikasnosti sudske zaštite zakonom garantovanih prava potrošača.²² Međutim, to

osim kao protivnakanadu za izvršene usluge (usluge obučavanja i tome slično). Odredbama čl. 131 ZZP propisano je da se posebno evidentirane potrošačke organizacije mogu finansirati iz budžeta republike, autonomne pokrajine i jedinica lokalne samouprave.

21 Vid. više Marija Karanić Mirić, „Nepravične odredbe u potrošačkim ugovorima”, u: Stevan Lilić (ur.), *Zbornik radova Pravni kapacitet Srbije za evropske integracije* 4, Pravni fakultet, Beograd 2009, 132–134.

22 Vid. umesto svih Hans-W. Micklitz, „Reforming European Unfair Terms Legislation in Consumer Contracts,” *European Review of Contract Law*, 4/2010, 350–359.

što je domaći zakonodavac jednim pravilom o aktivnoj procesnoj legitimaciji povezoao postupke za zaštitu individualnih i kolektivnih potrošačkih prava ne može da bude dovoljno. Neophodno je da se zakonom na jasan i precizan način uredi sve procesnopravne posledice tog povezivanja.

Kada je reč o javnopravnoj zaštiti zakonom garantovanih prava potrošača, na raspolaganju stoje pravila o sudskim i vansudskim postupcima.²³ Pod sudskim postupcima misli se na krivični postupak, upravni spor i prekršajni postupak. U domaćem krivičnom zakonodavstvu postoji jedno krivično delo za koje potrošači mogu da imaju svojstvo oštećenika. To je zloupotreba monopolističkog položaja.^{24, 25} Odgovorno lice u subjektu privrednog poslovanja može krivično da odgovara ako zloupotrebom monopolističkog odnosno dominantnog položaja ili zaključenjem monopolističkog sporazuma izazove poremećaj na tržištu ili dovede taj subjekt u povlašćen položaj u odnosu na druge subjekte i na taj način prouzrokuje štetu potrošačima. Osim toga, u meri u kojoj je parnični sud vezan odlukama krivičnog suda, odluke donete u krivičnom postupku protiv trgovaca mogu da budu od značaja za ostvarivanje zaštite zakonom garantovanih prava potrošača u postupku pred parničnim sudovima. Jedan oblik javnopravne zaštite potrošačkih prava i interesa sastoji se u mogućnosti vođenja spora o zakonitosti konačnog upravnog akta. Primera radi, upravni spor može da pokrene udruženje ili savez udruženja za zaštitu potrošača kome je konačno odbijena prijava za upis u posebnu evidenciju ministarstva nadležnog za poslove zaštite potrošača. Taj oblik sudske zaštite naročito je važan kada se zna da samo posebno evidentirana udruženja i savezi po zakonu imaju ovlašćenje da zastupaju kolektivne interese potrošača u savetodavnim telima u oblasti zaštite potrošača, zatim u postupcima sudskog i vansudskog rešavanja potrošačkih sporova, kao i u postupcima pred drugim državnim organima. Na kraju, u javnopravnu sudsku zaštitu potrošačkih prava i pravom priznatih interesa treba ubrojati mogućnost da trgovac prekršajno odgovara za zakonom zabranjena postupanja u poslovanju sa potrošačima.

Mogućnost vansudske javnopravne zaštite potrošačkih prava i interesa obuhvata, na prvom mestu, upravni nadzor primene zakona kojima su potrošačima garantovana određena prava. Kada je reč o domaćem pravu, tu spada

23 Pojedini autori smatraju da su potrošači manje motivisani da nadležnim organima prijave protivpravno postupanje trgovca, ako u postupku pred tim organima ne mogu da ostvare neko sopstveno pravo, recimo, pravo na naknadu štete. Vid. Weber, „Assessing existing enforcement mechanisms in consumer law – the unavailability of an allrounder”, 558.

24 „Odgovorno lice u preduzeću ili u drugom subjektu privrednog poslovanja koje ima svojstvo pravnog lica ili preduzetnik, koji zloupotrebom monopolističkog ili dominantnog položaja na tržištu ili zaključivanjem monopolističkog sporazuma izazove poremećaj na tržištu ili taj subjekt dovede u povlašćen položaj u odnosu na druge, tako da ostvari imovinsku korist za taj subjekt ili za drugi subjekt ili nanese štetu drugim subjektima privrednog poslovanja, potrošačima ili korisnicima usluga, kazniće se zatvorom od šest meseci do pet godina i novčanom kaznom.” Čl. 232 Krivičnog zakonika, „Službeni glasnik RS”, br. 85/2005, 88/2005 – ispr., 107/2005 – ispr., 72/2009, 111/2009 i 121/2012.

25 Francuska ima dugu tradiciju krivičnopravne zaštite potrošačkih prava i interesa. Vid. Micklitz, Stuyck, Terryn, Tichý, „Collective Redress”, 537.

nadzor koji različita ministarstva, ali i Narodna banka Srbije i druge institucije vrše nad primenom čitavog niza propisa koji su od značaja za položaj potrošača. To nije samo okvirni zakon kojim se na načelnom nivou uređuje pravna pozicija potrošača, nego i posebni zakoni kojima se potrošačima garantuju prava u oblasti pružanja finansijskih usluga, turizma, energetike i tako dalje. Upravni nadzor obuhvata, između ostalog, inspekcijski nadzor nad poslovanjem trgovaca, koji sprovodi inspekcija ministarstva nadležnog za poslove zaštite potrošača, ali i inspekcijski organi čitavog niza drugih, sektorskih ministarstava i Narodne banke Srbije. Osim inspekcijskog nadzora, u vansudsku zaštitu potrošačkih prava i interesa treba uvrstiti postupke za praćenje, kontrolu i nadzor proizvoda na domaćem tržištu i blagovremeno uklanjanje sa tržišta onih proizvoda koji ne zadovoljavaju propisane standarde ili na bilo koji način ugrožavaju zdravlje i bezbednost ljudi. Temelji ovoga segmenta sveobuhvatne zaštite prava i interesa potrošača u Srbiji postavljeni su Zakonom o opštoj bezbednosti proizvoda. Uz sve navedeno, postoje različiti oblici trgovačkog samouređenja ili samoregulacije. Tu se misli na pravila kojima se pripadnici jedne profesije ili privredne delatnosti samoobavezuju odnosno postavljaju pravila vlastitog ponašanja u profesionalnom, stručnom, poslovnom kontekstu.²⁶ U institucionalnom smislu ta pravila donose udruženja ili savezi udruženja trgovaca, pripadnika određene profesije, odnosno nosilaca određene privredne delatnosti. Na kraju, kada se u obzir uzme učešće Srbije u procesima evropskih integracija, treba pomenuti i građansko-pravnu odgovornost države za štetu koju pričinu potrošačima propuštajući da u nacionalno pravo blagovremeno i na ispravan način transponuje pravila potrošačkih direktiva. Taj princip ustanovljen je u slučaju *Dillenkofer* koji je raspravljen pred Evropskim sudom pravde.^{27, 28}

4. ZAVRŠNE NAPOMENE

Poslednjih jedanaest godina u Srbiji su se, jedan za drugim, smenjivala tri okvirna zakona kojima se uređuje oblast zaštite potrošača (2002, 2005. i 2010), a bilo je i više zakonodavnih pokušaja da se rešenja propisana tim

26 Vid. više Ewoud H. Hondius, „Self-Regulation in Consumer Matters on a European Level”, u: Fabrizio Cafaggi (ed.), *Reframing Self-regulation in European Private Law*, Kluwer Law International, The Hague 2006, 239–247.

27 *Dillenkofer v. Bundesrepublik Deutschland*, ECJ Joined cases C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 and C-190/94, [1996] ECR I-4845 (odgovornost za štetu države koja je propustila da u skladu sa Direktivom 90/314/EEC o paket aranžmanima obaveže turističke operatore da putnicima pruže dokaz o sredstvu kojim je obezbeđena obaveza tih operatera da u slučaju vlastite insolventnosti vrate novac koji su primili od putnika i da vrate putnike u zemlju iz koje su krenuli na putovanje).

28 Ipak, treba ukazati na granice tog principa. U tom cilju vid. presudu *Peter Paul ea v. Bundesrepublik Deutschland*, ECJ C-222/02, [2002] ECR I-09425, po kojoj država ne odgovara za štetu koju trpi potrošač zbog navodnog propusta u radu državnih institucija koje su bile dužne da nadziru poslovanje banaka. Pojedine potrošačke direktive, odnosno pojedina pravila u potrošačkim direktivama kojima se štite kolektivna prava i interesi potrošača, ne garantuju nikakva individualna prava potrošačima.

zakonima unaprede, usklade sa evropskim standardima zaštite potrošača i učine efikasnijim. Za sve to vreme donošen je niz sektorskih zakona koji su sadržavali, a neki još uvek sadrže pravila koja uređuju odnose potrošača i trgovaca. Takvi su zakoni u oblastima turizma, energetike, trgovine, finansijskih usluga i tako dalje. Dinamičnost ove oblasti prava u Srbiji nije posledica intenzivnih, učestalih promena u onome aspektu društvenog života na koji se predmetna pravila odnose, koliko je to posledica procesa pisanja i usvajanja zakona, koji se odvija po principu pokušaja, greške i nedovoljno promišljenog pokušaja da se greška ispravi. Zato se činilo da je od analize aktuelnih nacрта izmena i dopuna zakona, koji se ipak kreću u zadatim okvirima teksta koji pretenduju da unaprede, bilo celishodnije podsetiti na mogućnosti koje u ovoj oblasti postoje i ukazati na to da je Srbiji neophodno ono što se u literaturi naziva *optimalnom kombinacijom* mehanizama zaštite potrošačkih individualnih i kolektivnih prava i zakonom zaštićenih interesa.²⁹ Kada se u ovom članku govori o optimalnoj kombinaciji, misli se na kombinaciju različitih sredstava zaštite koja će u najboljoj meri kumulativno ostvariti tri cilja: da raspoloživa sredstva zaštite budu efikasna, da odgovor pravnog sistema na protivpravno postupanje trgovaca bude srazmeran i da taj odgovor deluje preventivno, to jest da on u opštem smislu u dovoljnoj meri odvraća trgovce od protivpravnih postupanja kojima se povređuju prava i zakonom zaštićeni interesi potrošača. Ta kombinacija ne može da bude proizvod inercije, niti pitanje ukusa i trenutnih preferenci, nego plod jedne opsežnije analize, kojoj mora da prethodi ozbiljna politička volja da se u oblasti zaštite potrošača u Srbiji napravi korak napred. Dokaz postojanja takve volje bila bi u ovom trenutku nedostajuća horizontalna saradnja između učesnika u zakonodavnom procesu i procesu kreiranja politike zaštite potrošača.

Primera radi, važeći Zakon o zaštiti potrošača usvojen je u oktobru 2010. Već u septembru 2011. na snagu je stupio novi Zakon o parničnom postupku, koji, kao što je rečeno, posebno uređuje postupak u potrošačkim sporovima, a zakonodavna namera je bila i da se njime uredi poseban postupak za zaštitu kolektivnih prava i interesa građana. Ta namera za sada nije ostvarena pošto je Ustavni sud utvrdio da pravila o potonjem posebnom parničnom postupku nisu u skladu s Ustavom. Javne rasprave o ova dva zakona vremenski su se delimično poklopile. Međutim, nikakve saradnje među radnim grupama za izradu jednog i drugog zakona nije bilo. Čak tvrdnja da nedostatak saradnje potiče od činjenice što su za izradu dva nacrti bila nadležna dva različita ministarstva – ondašnje Ministarstvo trgovine i usluga i Ministarstvo pravde – ne stoji, jer je isti nedostatak kooperacije postojao u pogledu usvajanja važećih Zakona o zaštiti potrošača i Zakona o trgovini.³⁰ Rad na ta dva zakona takođe se vremenski poklapao, a za izradu oba nacrti bilo je nadležno isto

29 Upor. Weber, *Towards an Optimal Mix*, passim. Nije dovoljno da se kaže da je ova studija, preciznije, doktorska disertacija, Franciske Veber (Franziska Weber) komparativna analiza različitih mehanizama zaštite potrošačkih prava, nego se mora naglasiti da je to pre svega jedna ekonomska analiza različitih opcija. Njen cilj je pronalaženje načina da se uspostavi jedan ekonomski efikasan sistem zaštite potrošača.

30 Zakon o trgovini – ZT, *Službeni glasnik RS* br. 53/2010 i 10/2013.

ministarstvo – Ministarstvo trgovine i usluga. Tako, samo primera radi, oba zakona uređuju dužnost trgovca da na određeni način istakne cene. Dva skupa pravila o isticanju cena sadržinski se razlikuju,³¹ a pošto Zakon o trgovini i Zakon o zaštiti potrošača nisu u odnosu opšteg i posebnog, ostaje otvoreno pitanje kakav je njihov međusobni odnos.

Da zaključimo. Umesto nekoordinisanih izmena i dopuna pravila po kojima se danas u sudskim i vansudskim postupcima štite zakonom garantovana individualna i kolektivna prava potrošača, čini se da je Srbiji potrebna jedna optimizovana kombinacija različitih mehanizama zaštite o kojima bi se unapred razmišljalo kao o jedinstvenom sistemu.

*Doc. dr Marija Karanikić Mirić**

ENFORCEMENT OF CONSUMER PROTECTION LAWS

Summary

For the last ten years Serbia has been characterized by an intensive legislative activity in the field of consumer protection. This is not a result of demanding social changes, but of the process of lawmaking, which takes place in a series of trials, errors, and insufficiently deliberated attempts to rectify the errors. The main cause of ineffectiveness of consumer protection are not the provisions of the Consumer Protection Act regarding contents of the consumer rights, but the scarcity of its enforcement provisions and the deficiencies of the existing ones. There are many different mechanisms of enforcing consumer rights in the laws of European countries. They include private and public enforcement, enforcement through the court system or out of it, and they provide for ex ante or ex post protection of either individual or collective consumer rights and legally protected interests. In addition, there is a possibility of self-regulation of the traders' behavior, within their chambers, unions and associations. What Serbia needs is an optimal mix of different enforcement mechanisms, that should be thought of as a coherent system of enforcement from the very beginning, that is, from the first stages of the process of lawmaking.

Key words: *Individual and collective consumer rights. Public enforcement. Private enforcement. Enforcement through the court system. Enforcement outside the court system.*

31 Upor. čl. 41 ZT i čl. 6–14 ZZP.

* Marija Karanikić Mirić, LL.M, PhD. Assistant professor Faculty of Law University of Belgrade. This article is the result of research within the project *Perspectives of Implementation of European Standards in the Serbian Legal System* (179059), supported by the Ministry of Education, Science and Technological development.

PRISTUP VRHOVNOM KASACIONOM SUDU U GRAĐANSKIM STVARIMA – ODLUKA USTAVNOG SUDA I EVROPSKI STANDARDI

Apstrakt

Revizija kao vanredni pravni lek u našem parničnom postupku oduvek je zaokupljala naročitu pažnju stručne javnosti. Reč je o pravnom leku čiji je cilj ujednačavanje sudske prakse, jedinstvena primena prava i davanje novog tumačenja prava. Od Zakona o parničnom postupku iz 1956. godine (ZPP 1956) pa do danas njeno regulisanje je trpelo značajne izmene. Prema odredbama ZPP 1956, to je bio redovni pravni lek što je imalo za posledicu postupak u tri stepena. Pedeset pet godina kasnije važeći ZPP iz 2011. godine reviziju uređuje kao vanredni pravni lek, što je praćeno dosta visokim revizijskim cenzusom, ograničenjem postulacione sposobnosti i suženim krugom revizijskih razloga. Kako je pravo na izjavljivanje revizije povezano sa pravom na pristup Vrhovnom kasacionom sudu, to se pred Ustavni sud postavilo pitanje da li se podizanjem revizijskog cenzusa ograničava pravo na pristup najvišem sudu u zemlji. U radu analiziramo pravo na pristup Vrhovnom kasacionom sudu iz ugla odluke Ustavnog suda, odluka Evropskog suda za ljudska prava i preporuka Saveta Evrope.

Ključne reči: Revizija. Cenzus. Pristup Vrhovnom kasacionom sudu. Ustavni sud. Evropski sud za ljudska prava.

1. Uvod

Zakon o izmenama i dopunama Zakona o parničnom postupku („Službeni glasnik RS” broj 111/09, u daljem tekstu: ZID ZPP 2009) ostaće zapamćen po po dramatičnim posledicama po neke institute parničnog postupka. ZID ZPP 2009 donet je kako bi se ZPP iz 2004. godine uskladio sa zakonima kojima se uređuje sudska organizacija, kao i sa situacijom nastalom posle opšteg izbora sudija obavljenog krajem 2009. godine. Tako je bar glasilo zvanično obrazloženje.

Dve su značajne novine koje je doneo ovaj zakonski tekst: radikalno pozdizanje revizijskog cenzusa na 100.000 evra i propisivanje dejstva ZID ZPP 2009 na sve postupke koji su započeti pre stupanja na snagu tih izmena i

* Dr Nikola Bodiřoga, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije* (179059), koji podržava Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

dopuna. Članom 55. stav 1 i 2. ZID ZPP 2009 bilo je određeno da će parnični postupci započeti pre stupanja na snagu ovog zakona biti okončani prema odredbama ovog zakona, a da će se o revizijama izjavljenim pre stupanja na snagu ovog zakona odlučivati po pravilima parničnog postupka koja su važila do dana stupanja na snagu ovog zakona. Obe navedene odredbe su odmah stavljene pod lupu Ustavnog suda.

2. Ustavnost revizijskog cenzusa

Najpre da se pozabavimo cenzusom za reviziju. To pitanje je značajno pre svega zato što, iako je ZID ZPP 2009 u međuvremenu prestao da važi, novi ZPP („Službeni glasnik RS”, br. 72/11) opredelio se za zadržavanje tako visokog cenzusa. U Radnoj grupi za izradu ovog zakona većinsko mišljenje je bilo u prilog opstanka tako visokog cenzusa, a u sličnom tonu se vodila i javna rasprava održana 14. jula 2011. godine. Dakle, iako su odredbe ZID ZPP 2009 u međuvremenu prestale da važe, revizijski cenzus od 100.000 evra je opstao i u novom ZPP-u. Samim tim, odluka o (ne)ustavnosti revizijskog cenzusa reflektovala bi se i na novi ZPP.

Pre izjašnjavanja o ustavnosti revizijskog cenzusa vratićemo se na kratko u istoriju da bismo definisali mesto revizije u sistemu građanskog procesnog prava. Revizija je po ZPP 1956 bila redovan pravni lek, ali je u svim kasnijim zakonima (1976, 2004) postala vanredan pravni lek, pri čemu se imovinski cenzus za njegovo izjavljivanje s godinama povećavao. Član 394. ZPP 2004, koji se odnosi na izjavljivanje revizije, izmenjen je 2009. godine, pa tako revizija nije dozvoljena o imovinskopravnim sporovima kada se tužbeni zahtev odnosi na utvrđenje prava svojine na nepokretnostima, potraživanje u novcu, predaju stvari ili izvršenje neke druge činidbe, ako vrednost predmeta spora pobijanog dela ne prelazi dinarsku protivrednost 100.000 evra prema srednjem kursu Narodne banke Srbije na dan podnošenja tužbe. Ono što se pokazalo kao trend jeste da se revizija po cenzusu (tzv. opšta revizija) činila sve nedostupnijom. Ako je i bila namera da se rastereti Vrhovni kasacioni sud, način na koji je to izvedeno je sasvim neprimeren. Prvobitno je u Nacrtu ZPP-a bilo predviđeno da revizija bude redovan pravni lek koji bi značio postojanje trostepenog postupka. Očigledno je da u atmosferi napada na pravosuđe zbog sporosti u radu, za tako nešto nije bilo smelosti. Samo uvođenje redovnog pravnog leka usmerenog na sud trećeg stepena bilo je poželjno i uzimajući u obzir standarde Saveta Evrope.³⁴

34 Preporuka br. R (95) 5 Komiteta ministara SE zemljama članicama o uvođenju i una-pređivanju žalbenih postupaka u građanskim i privrednim predmetima. Glava IV nosi naslov „Uloga i delovanje suda trećeg stepena”. U članu 7. se govori o potrebi da se odgovarajuće odredbe ove preporuke primene i na „trećestepeni sud”, tamo gde postoji takav sud, nadležan za kontrolu drugostepenog suda. Pod sudom trećeg stepena ne podrazumeva se Ustavni sud ili njemu sličan sud. Žalba trećoj sudskoj instanci treba da se koristi u slučajevima koji posebno zaslužuju i treće sudsko preispitivanje, na primer, predmeti u kojima bi se postiglo novo tumačenje prava ili koji doprinose ujednačenom tumačenju prava, ili razmatranju pravnih pitanja od opšteg interesa. Žalilac treba da bude obave-

Na ovom mestu neophodno je napomenuti da, još od usvajanja ZPP 2004, revizija po cenzusu nije jedina revizija koja je postojala u našem parničnom zakonodavstvu. Članom 395. ZPP 2004, uvedena je tzv. revizija po dopuštenju. Naime, revizija je bila izuzetno dozvoljena i protiv drugostepene presude koja se ne bi mogla pobijati po članu 394 (a to znači: kada nije ispunjen cenzus za reviziju), kada po oceni apelacionog suda o dopuštenosti ove revizije treba razmotriti pravna pitanja od opšteg interesa, ujednačiti sudsku praksu ili kada je potrebno novo tumačenje prava. Reviziju po dopuštenju je u nešto drugačijem obliku zadržao i ZID ZPP 2009, ali i ZPP 2011. Član 404. ZPP 2011 glasi: „Revizija je izuzetno dozvoljena zbog pogrešne primene materijalnog prava i protiv drugostepene presude koja ne bi mogla da se pobija revizijom (tj. nije ispunjen cenzus od 100.000 evra), ako je po oceni apelacionog suda, odnosno Vrhovnog kasacionog suda potrebno da se razmotre pravna pitanja od opšteg interesa ili pravna pitanja u interesu ravnopravnosti građana, radi ujednačavanja sudske prakse, kao i ako je potrebno novo tumačenje prava (posebna revizija).” Osvrnimo se i na član 403. stav 2 ZPP 2011: „Revizija je uvek dozvoljena kada je to posebnim zakonom propisano.” Kada se kaže „posebnim zakonom”, imaju se u vidu ne samo materijalni zakoni koji dozvoljavaju reviziju uvek, tj. nezavisno od vrednosti predmeta spora (npr. Porodični zakon, Zakon o zabrani diskriminacije, Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu), već to mogu biti i posebne odredbe ZPP-a, na primer, „Postupak u parnicama iz radnih odnosa”, član 441. ZPP 2011: „Revizija je dozvoljena u parnicama o sporovima o zasnivanju, postojanju i prestanku radnog odnosa”.

Sve to upućuje na zaključak da revizija po cenzusu, tzv. opšta revizija, nije jedina revizija u našem parničnom postupku, već postoje i revizija po dopuštenju, tzv. posebna revizija (nezavisno od vrednosti predmeta spora), kao i revizija po posebnom zakonu.

Kada je reč o pravu na pristup Vrhovnom kasacionom sudu (dalje: VKS), on se obezbeđuje putem revizije po cenzusu, putem posebne revizije, putem revizije koja je dozvoljena po posebnom zakonu, ali i putem postupka za rešavanje spornog pravnog pitanja (glava XIV ZPP, čl. 180–185).

Sušтина argumentacije podnosioca inicijative za ocenu ustavnosti revizijskog cenzusa svodi se na to da se podizanjem cenzusa na 100.000 evra onemogućuje pravo na pristup VKS, odnosno da se VKS onemogućava u ostvarivanju svoje ustavne uloge, tj. ujednačavanja sudske prakse, jednoobrazne primene prava itd. Pritom, podnosioci inicijative su se pozivali i na odluku Ustavnog suda Hrvatske kojom je utvrđen kao neustavan revizijski cenzus manji od 100.000 evra, jer je time Vrhovni sud Hrvatske onemogućen u vršenju svoje ustavom utvrđene funkcije.

zan da predstavi svoje razloge u prilog tome. Države koje ne poznaju sistem odobrenja žalbe trećestepenom sudu ili koje ne omogućavaju trećestepenom sudu da delimično odbije žalbu, treba da razmotre usvajanje takvih sistema da ograniče broj predmeta koji zaslužuju ispitivanje tri sudske instance. Zakonom se mogu propisati posebni osnovi za ograničenje delatnosti trećestepenog suda samo na određene aspekte predmeta. Jasno je da bi revizija kao redovan pravni lek koja bi se pod opisanim uslovima mogla izjavljivati udovoljila zahtevima iz ove preporuke.

U Srbiji međutim, stvari stoje nešto drugačije. VKS je najviši sud u Republici Srbiji (član 143. stav 4. Ustava Srbije). Sedište VKS je u Beogradu (član 143. stav 5. Ustava Srbije). To su jedine dve odredbe koje je o VKS sadrži Ustav Srbije. Ustav Srbije ne sadrži norme koje bi definisale ulogu VKS, već je to prepušteno zakonodavcu.

Vrhovni kasacioni sud odlučuje o vanrednim pravnim sredstvima izjavljenim na odluke sudova Republike Srbije i drugim stvarima određenim zakonom (član 30. stav 1 Zakona o uređenju sudova). On odlučuje o sukobu nadležnosti između sudova, ako za odlučivanje nije nadležan neki drugi sud, kao i o prenošenju nadležnosti sudova radi lakšeg vođenja postupka ili drugih važnih razloga (član 30. stav 2. Zakona o uređenju sudova). Vrhovni kasacioni sud utvrđuje načelne pravne stavove radi jedinstvene sudke primene prava; razmatra primenu zakona i drugih propisa i rad sudova; imenuje sudije Ustavnog suda, daje mišljenje o kandidatu za predsednika VKS i vrši druge nadležnosti određene zakonom.

Iz navedenog sledi da se ne može prihvatiti argumentacija da je podizanjem cenzusa na 100.000 evra VKS onemogućen u vršenju ustavom definisane funkcije, jer takvu funkciju VKS i nema. Njegovi poslovi se određuju zakonima. To jasno kaže i Ustavni sud u obrazloženju svoje odluke.

Kada je reč o pravu na pristup VKS, pođimo opet od ustavnih odredaba. Svako ima pravo na žalbu ili drugo pravno sredstvo protiv odluke kojom se odlučuje o njegovom pravu, obavezi ili na zakonu zasnovanom interesu (član 36. stav 2. Ustava Srbije). Ustav Srbije sadrži obavezu zakonodavcu da omogućiti instancionu kontrolu, tj. minimum dvostepen postupak, ali ne i postupak po vanrednim pravnim lekovima.

Navedimo i neke stavove Evropskog suda za ljudska prava (u daljem tekstu: ESLJP). Član 6(1) Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu: EKLJP) ne primorava državu članicu da uspostavi apelacione ili kasacione sudove. Ako ih ipak uspostavi, onda se moraju poštovati garantije iz člana 6(1) EKLJP, odnosno tom sudu se mora omogućiti da odlučuje o sporu koji se tiče utvrđivanja subjektivnih građanskih prava i dužnosti.³⁵ Uslovi za obraćanje sudu najvišeg stepena, tj. za podnošenje revizije (*appeal on the point of law*) moraju biti stroži od onih koji se traže za podnošenje žalbe.³⁶ Ako bi ESLJP smatrao da revizija treba da bude dostupna pod istim uslovima kao i žalba, on bi je time pretvorio u redovni pravni lek, a time bi već ušao u suverene nadležnosti zakonodavne vlasti. Odbacivanjem izjavljene revizije zbog toga što nije ispunjen imovinski cenzus pobijanog dela drugostepene presude, Vrhovni sud Srbije je ograničio pravo na pristup sudu u skladu sa legitimnim ciljem i merom koja je proporcionalna za ostvarenje tog cilja.³⁷

Iz toga sledi da je ograničenjem prava na pristup sudu propisivanjem cenzusa, zakonodavac ograničio pravo pristup sudu u skladu sa legitimnim

35 Dobrić protiv Srbije, presuda ESLJP (§ 51) od 21. juna 2011. godine

36 EM Linija DOO protiv Hrvatske (SB2), presuda ESLJP od 22. novembra 2007. godine

37 Dobrić protiv Srbije, presuda ESLJP (§54) od 21. juna 2011. godine

ciljem i na proporcionalan način. Cilj je jasan, VKS se ne sme pretvoriti u prvostepeni sud jer se bavi prvenstveno pravnim pitanjima, a i revizija kao vanredni pravni lek je prvenstveno usmerena na ujednačavanje primene prava, odnosno davanje novog tumačenja prava kada je to potrebno. Uslovi za izjavljivanje vanrednog pravnog leka moraju biti stroži od onih koji se traže za izjavljivanje redovnog pravnog leka jer je pravnosnažnost u interesu pravne sigurnosti. Pravnosnažna presuda koja sadrži odluku o potraživanju tužioca čini sastavni deo njegove imovine u smislu člana 1. Protokola 1 uz EKLJP.

Na kraju, pravo na pristup VKS može se ostvariti jedino na način koji je u skladu sa njegovim nadležnostima, a taj pristup se ostvaruje putem instituta posebne revizije, revizije po posebnom zakonu, kao i putem postupka za rešavanje spornog pravnog pitanja.

Postupak za rešavanje spornog pravnog pitanja bi trebalo češće koristiti, pre svega kao instrument ujednečanog postupanja sudova. Nekoliko puta je ESLJP u presudama protiv Srbije ukazao na to da je protivrečna sudska praksa u predmetima zajedničkih činjeničnih i pravnih karakteristika (koja je dolazila iz Okružnog suda u Beogradu, ali i iz nekadašnjeg Vrhovnog suda Srbije) povreda pravne sigurnosti, a time prava na pravično suđenje iz člana 6. EKLJP. To ukazuje na nužnost ovog instrumenta, naravno pod uslovom da se pravilno koristi. Određene razlike u tumačenju pravnih normi mogu biti prihvatljive i svojstvene sudskom sistemu kakav postoji u Srbiji, a koji podrazumeva postojanje mreže prvostepenih i drugostepenih sudova koji postupaju na određenim područjima. Međutim, problematično je da suprotstavljene odluke u predmetima istovrsnih činjeničnih i pravnih obeležja dolaze iz istog suda, a svode se na različito presuđivanje prema pojedincima koji se nalaze u identičnim situacijama. To je stvorilo stanje nesigurnosti i narušilo poverenje javnosti u sudski sistem, a to poverenje je neophodno za ostvarivanje vladavine prava. (*All this created a state of continued uncertainty, which in turn must have reduced the public's confidence in the judiciary, such confidence, clearly, being one of the essential components of a State-based on the rule of law.*) Primećuje se da tadašnji Vrhovni sud Srbije nije iskoristio svoja ovlašćenja i stvorio konzistentnu sudsku praksu, odnosno ujednačio je sudsku praksu nakon određenog trenutka, ali ne način predviđen u članu 40. tada važećeg Zakona o uređenju sudova. Ne može se tvrditi da je, nezavisno od toga što slučajeve pojedinih podnosilaca predstavke nije razmatrao Vrhovni sud Srbije u trećem stepenu, o njihovim tužbenim zahtevima rešeno u skladu sa sudskom praksom formiranom u tom sudu. Zato ESLJP zaključuje da je nedoslednost sudske prakse, čemu je doprineo i VSS, lišila podnosioce predstavki prava na fer i pravičan postupak pred tadašnjim Okružnim sudom u Beogradu.³⁸ Na sudu najvišeg stepena je da konflikte u sudskoj praksi rešava na institucionalan način.³⁹ Jedan od instrumenata je svakako i postupak za rešavanje spornog pravnog pitanja.

Vrhovni kasacioni sud dolazi u situaciju da ujednači sudsku praksu putem tri instituta: posebne revizije, revizije po posebnom zakonu i putem po-

38 Rakić protiv Srbije, presuda ESLJP (§44) od 5. oktobra 2010. godine

39 Vinčić protiv Srbije, presuda ESLJP (§56) od 1. decembra 2009. godine

stupka za rešavanje spornog pravnog pitanja. Da li VKS koristi svoja ovlašćenja u dovoljnoj meri ili ne (čime se, videli smo, bavio i ESLJP u citiranim presudama), sasvim je drugo pitanje. Sve ove argumente je svakako imao u vidu i Ustavni sud kada je ocenio da podizanjem revizijskog cenzusa nije prekršen Ustav.

3. Vremensko dejstvo procesnog zakona

ZID ZPP 2009 će biti upamćen i po svojim prelaznim i završnim odredbama. Svi raniji, ali i kasniji zakoni o parničnom postupku propisivali su u svojim prelaznim i završnim odredbama da će se njihove odredbe primenjivati samo na parnične postupke pokrenute po njihovom stupanju na snagu. Članom 55. stav 1 i 2. ZID ZPP 2009 bilo je određeno da će parnični postupci započeti pre stupanja na snagu ovog zakona biti okončani po odredbama ovog zakona, a da će se o revizijama izjavljenim pre stupanja na snagu ovog zakona odlučivati po pravilima parničnog postupka koja su važila do dana stupanja na snagu ovog zakona.

Dužni smo jedno razjašnjenje. Propisivanje dejstva novog procesnog zakona na parnične postupke (odredba 55. stav 1. ZID ZPP 2009) koji su u toku nije retroaktivno dejstvo zakona, već tzv. trenutno dejstvo zakona, koje samo po sebi nije protivustavno, niti se pak kao u slučaju retroaktivnosti zahteva da se utvrdi opšti interes za retroaktivno dejstvo pojedinih procesnih odredbi. Trenutno dejstvo procesnih zakona jeste retkost kada su u pitanju naši zakoni o parničnom postupku, ali su pojedini zakoni o izvršnom postupku, npr. ZIP 2000, kao i važeći Zakon o izvršenju i obezbeđenju („Službeni glasnik Republike Srbije”, broj 31/11) u prelaznim i završnim odredbama propisivali trenutno dejstvo zakona na postupke koji su započeti pre njihovog stupanja na snagu.

Ovde naročito treba voditi računa o tome da li se novim procesnim zakonom daje više prava strankama ili ne. Ako se novim procesnim zakonom daje više prava strankama, na primer, ako se predviđaju novi pravni lekovi, onda je trenutno dejstvo novog procesnog zakona svakako i u njihovom interesu. S druge strane, ako novi procesni zakon pooštrava uslove za izjavljivanje pravnih lekova ili pak ukida pojedine pravne lekove, odnosno, generalno uzev, sužava prava stranaka, onda postoji potreba za naročitim oprezom.

U ZID ZPP 2009 znatno su pooštreni uslovi za izjavljivanje revizije podizanjem cenzusa na 100.000 evra. Videli smo da samo podizanje cenzusa ne može biti ocenjeno kao protivustavno i tu se priklanjamo argumentaciji koja je izneta u obrazloženju odluke Ustavnog suda. Međutim, sporna je odredba člana 55. stav 2. ZID ZPP da će se o revizijama izjavljenim pre stupanja na snagu ZID ZPP 2009 odlučivati prema ranijim propisima, što *argumentum a contrario* znači da će se o revizijama izjavljenim posle stupanja na snagu ZID ZPP 2009 odlučivati po njegovim pravilima. Pred Ustavni sud se postavilo pitanje da li su time stranke izgubile pravo na izjavljivanje revizije, iako su ga stekle pre stupanja na snagu ZID ZPP 2009.

Osnovno pitanje koje se postavlja s tim u vezi jeste kada se stiče pravo na reviziju. Podnosioci inicijative su naveli da su oni samim trenutkom pod-

nošenja tužbe i navođenjem vrednosti predmeta spora koja je po tadašnjim propisima bila iznad revizijskog cenzusa stekli pravo na reviziju. Tačno je da u tužbi mora da bude označena i vrednost predmeta spora kada od te vrednosti, između ostalog, zavisi i pravo na izjavljivanje revizije (član 192. stav 3. ZPP). Međutim, da li će stranka imati pravo na izjavljivanje revizije ne zavisi od vrednosti predmeta spora koja je označena u tužbi. Analizirajmo odredbu člana 403. stav 3. ZPP. „Revizija nije dozvoljena u imovinskopравnim sporovima kada se tužbeni zahtev odnosi na utvrđenje prava svojine na nepokretnosima ili potraživanje u novcu, na predaju stvari ili izvršenje neke druge činidbe, **ako vrednost predmeta spora pobijenog dela (misli se na pobijeni deo drugostepene presude** – primedba N. B.) ne prelazi dinarsku protivvrednost 100.000 evra po srednjem kursu NBS na dan podnošenja tužbe.

Iz ove formulacije jasno sledi da se dozvoljenost revizije procenjuje prema vrednosti predmeta spora pobijanog dela drugostepene presude, a ne prema vrednosti predmeta spora koju je stranka označila u tužbi. Da li će stranka imati pravo na reviziju ili ne, znaće tek u trenutku donošenja drugostepene presude. Tek iz izreke drugostepene presude stranka će videti da li je njen zahtev usvojen ili odbijen, i u kom opsegu, pa kada vidi kojim delom drugostepene presude je nezadovoljna i koji namerava da pobija, potrebno je da vrednost tog dela drugostepene presude prelazi 100.000 evra. Zaključak je jasan i potpuno u skladu i sa shvatanjima pravne teorije: pravo na reviziju se stiče u trenutku donošenja drugostepene presude, odnosno pravo na pravni lek uopšte stiče se u trenutku donošenja odluke koja se pobija.⁴⁰

To znači da je odredba člana 55. stav 2. ZID ZPP 2009 protivustavna u onom svom delu u kojem je stranke koje su stekle pravo na reviziju pre stupanja na snagu ZID ZPP 2009 lišila prava na izjavljivanje revizije. Sve stranke koje su stekle pravo na reviziju pre stupanja na snagu ZID ZPP 2009 nisu smele biti lišene prava na izjavljivanje revizije, a to su sve one stranke koje je drugostepena presuda doneta pre stupanja na snagu ZID ZPP 2009, pri čemu je trenutak izjavljivanja revizije, na koji se zakonodavac poziva, irelevantan. U suprotnom, posledica je da stranka u odnosu na koju je drugostepena presuda doneta pre stupanja na snagu ZID ZPP 2009, a koja je reviziju izjavila nakon njegovog stupanja na snagu (na primer, zato što joj je drugostepena presuda kasnije dostavljena) bude nejednako tretirana u odnosu na stranku u odnosu na koju je drugostepena presuda takođe doneta pre stupanja na snagu ZID ZPP 2009, ali koja je reviziju izjavila pre njegovog stupanja na snagu (na primer, zbog toga što joj je drugostepena presuda ranije dostavljena). Jer, u prvom slučaju, revizija stranke u odnosu na koju je drugostepena presuda doneta pre stupanja na snagu ZID ZPP 2009, a gde vrednost predmeta spora pobijanog dela drugostepene presude prelazi revizijski cenzus po ranijim propisima, ali je manja od 100.000 evra, biće odbačena kao nedozvoljena i time stranka usled dejstva člana 55. stav 2. ZID ZPP 2009 gubi pravo na reviziju iako ga je stekla prema ranijim propisima, u vreme čijeg važenja je drugostepena presuda i doneta. Zaključak je jasan, to je protivustavno liša-

40 Vidi B. Poznić, *Građansko procesno pravo*, Beograd 1999, str. 41–42.

vanje stranke stečenog prava na pravni lek, što je svojom odlukom potvrdio i Ustavni sud.

4. Zaključak

Odluka Ustavnog suda IUZ-2-2010-1 višestruko je značajna. Prvo, njo-me je Ustavni sud jasnim argumentima ukazao na ulogu VKS u našem parničnom postupku. Pravo na pristup VKS prvi put je definisano u skladu sa njegovim nadležnostima i time je konačno rečeno da se pravo na pristup prvostepenom sudu i drugostepenom sudu ne može u istom obimu protegnuti i na VKS. Ustavni sud je ukazao na ulogu VKS u ujednačavanju sudske prakse i identifikovao institute parničnog postupka kojima se takva uloga VKS ostvaruje. Dalje je ukazano na potrebu razlikovanja uslova za izjavljivanje između redovnih i vanrednih pravnih lekova jer se vanrednim pravnim lekovima dovode u pitanje pravnosnažne odluke. Na samom kraju, Ustavni sud je jasno stao na stanovište u pogledu prava na izjavljivanje pravnog leka koje se stiče trenutkom donošenja odluke koja se napada, čime su razvejane brojne nedoumice u teoriji i u praksi.

*Doc. dr Nikola Bodiropa**

ACCESS TO SUPREME COURT OF CASSATION IN CIVIL MATTERS – CONSTITUTIONAL COURT DECISION AND EUROPEAN STANDARDS

Summary

The main focus of this paper is the right to access to Supreme Court of Cassation in civil matters. This right is closely connected with admissibility of appeal on points of law against final judgments. Serbian 2011 Civil Procedure Code has radically raised threshold for lodging appeal on points of law. It is inadmissible if the value of the subject of litigation in regard to the challenged part of a final judgement does not exceed 100.000 euros. Several initiatives have been filed before the Constitutional Court arguing that high threshold for appeal on points of law has limited access to Supreme Court of Cassation. We have analyzed this issue from the standpoint of decisions of Constitutional Court and European Court for Human Rights.

Key words: *Appeal on points of law. Statutory threshold. Access to Supreme Court of Cassation. Constitutional Court. European Court for Human Rights.*

* Nikola Bodiropa, PhD. Assistant professor Faculty of Law University of Belgrade. This article is the result of research within the project *Perspectives of Implementation of European Standards in the Serbian Legal System* (179059), supported by the Ministry of Education, Science and Technological development.

PRAVO NA PRIVATNOST I UPOTREBA MERA ELEKTRONSKOG NADZORA INFORMACIONIH SISTEMA

Apstrakt

U junu 2013. godine Evropski sud za ljudska prava doneo je presudu u vezi sa pravom na pristup informacijama o upotrebi mera elektronskog nadzora informacionih sistema u slučaju protiv Srbije. U stručnoj javnosti su tim povodom otvorena brojna pitanja: koji su uslovi za prikupljanje i obradu podataka o ličnosti; na koji način se informacije mogu zadržati i ko ima pravo na pristup zadržanim informacijama; ko i pod kojim uslovima ima pravo da vrši elektronski nadzor informacionih sistema; kakav je odnos između prikupljanja podataka i informacije o prikupljenim podacima; pod kojim uslovima se može pristupiti informacijama o ostvarenoj komunikaciji. U radu se analizira geneza postojećih zakonskih rešenja i ukazuje na Odluku Ustavnog suda Srbije o utvrđivanju nesaglasnosti Zakona o zaštiti podataka o ličnosti sa Ustavom (IY3–41/2010 od 30. maja 2012. godine), Odluku Ustavnog suda Srbije o utvrđivanju nesaglasnosti Zakona o Vojnobezbednosnoj agenciji i Vojnoobaveštajnoj agenciji sa Ustavom (IY3–1218/2010, od 19. aprila 2012. godine), Odluku Ustavnog suda Srbije o utvrđivanju nesaglasnosti Zakona o elektronskim komunikacijama sa Ustavom (IY3–1245/2010, od 8. jula 2013. godine).

Ključne reči: Presretanje elektronskih komunikacija. Pravni osnov za obradu podataka o ličnosti. Praksa Ustavnog suda Srbije. Član 8 EKLJP.

1. Uvod

Svaki podatak koji se odnosi na fizičko lice i koji to lice određuje ili čini odredivim jeste podatak o ličnosti.¹ Zaštita podataka o ličnosti zagarantovana je i Ustavom.² Upotreba podataka o ličnosti osim u svrhu za koju su prikupljeni nije dozvoljena. Izuzetno, podaci o ličnosti se mogu koristiti i izvan

* Dr Mirjana Drenovak Ivanović, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije* (179059), koji podržava Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

1 Na ovaj način je podatak o ličnosti određen u Zakonu o zaštiti podataka o ličnosti. U uporednoj teoriji ne nailazimo na jedinstven stav o pojmu podataka o ličnosti. Vid. Maritxell Fernández-Barrera, Giovanni Sartor, „System vs. Computational Ontologies”, Giovanni Sartor et al. (ur.), *Approaches to Legal Ontologies: Theories, Domains, Methodologies*, Springer, 2010, str. 18–20. i Stephen Kabera Karanja, *Transparency and Proportionality in the Schengen Information System and Border Control Co-Operation*, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, 140–141.

2 *Ustav Republike Srbije*, „Službeni glasnik RS”, br. 98/06, čl. 42.

svrhe za koju su prikupljeni ako je to neophodno za vođenje krivičnog postupka ili zaštitu nacionalne bezbednosti. Kako bi se zaštitili podaci o ličnosti i pravo na privatnost lica na koje se podaci odnose, prikupljanje, držanje, obrada i korišćenje podataka o ličnosti uređuju se posebnim zakonom.

Zaštita podataka o ličnosti je na teritoriji Srbije prvi put normirana donošenjem Zakona o potvrđivanju Konvencije o automatskoj obradi ličnih podataka.³ Nakon toga, usvojen je i Zakon o zaštiti podataka o ličnosti.⁴ Tokom 2008. godine donet je Zakon o zaštiti podataka o ličnosti (dalje: ZZPL) koji sadrži nove standarde zaštite prava na privatnost.⁵ Tim zakonom, poverenik za informacije od javnog značaja je dobio posebnu ulogu u zaštiti podataka o ličnosti, čime je postao i poverenik za zaštitu podataka o ličnosti.

Podaci o ličnosti se, po pravilu, prikupljaju i obrađuju samo uz pristanak lica na koje se odnose. Pojava savremenih bezbednosnih pretnji poput terorizma, organizovanog kriminala, korupcije i novih oblika ugrožavanja nacionalne bezbednosti dovode do potrebe proširenja upotrebe podataka o ličnosti. Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda u članu 8 utvrđuje da svako ima pravo na poštovanje svog privatnog i porodičnog doma i prepiske. Međutim, javne vlasti se mogu umešati u vršenje tog prava ako je to „u skladu sa zakonom i neophodno u demokratskom društvu u interesu nacionalne bezbednosti, javne bezbednosti ili ekonomske dobrobiti zemlje, radi sprečavanja nereda i kriminala, zaštite zdravlja ili morala, ili radi zaštite prava i sloboda drugih”.⁶ Jedan od načina pristupa podacima o ličnosti jeste i pristup zadržanim podacima. Kako se normiranjem pristupa zadržanim podacima ne bi izašlo iz okvira prava na poštovanje privatnog i porodičnog doma i prepiske, svaki novi instrument koji omogućava takve aktivnosti mora da bude usklađen sa Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.⁷

U radu se ukazuje na genezu pozitivnog zakonskog okvira kojim je uređeno pravo na pristup podacima o ličnosti. U radu se, dalje, pronalaze odgovori na pitanja koji su uslovi za prikupljanje i obradu podataka o ličnosti; na koji način se informacije mogu zadržati i ko ima pravo na pristup zadržanim informacijama; ko i pod kojim uslovima ima pravo da vrši elektronski nadzor informacionih sistema; pod kojim uslovima se može pristupiti informacijama o ostvarenoj komunikaciji. U radu se analiziraju postojeća zakonska rešenja i ukazuje na ulogu prakse Ustavnog suda Srbije u njihovoj transformaciji.

3 *Zakon o potvrđivanju Konvencije o automatskoj obradi ličnih podataka*, „Službeni list SRJ”, br. Međunarodni ugovori, 1/92.

4 *Zakona o zaštiti podataka o ličnosti*, „Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori”, br. 24/98 i 26/98.

5 *Zakon o zaštiti podataka o ličnosti*, „Službeni glasnik RS”, br. 97/2008, 104/2009, 68/2012 – Odluka Ustavnog suda.

6 *Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda*, „Službeni list Srbije i Crne Gore – Međunarodni ugovori”, br. 9/03, čl. 8 st. 2.

7 Vid. *Directive 2004/24/EC of the European Parliament and the Council on the retention of data generated or processed in connection with the provision of publicly available electronic communications services or of public communications networks*, OJ [2006] L 105/54, Preambula recital 9.

2. Pojam zadržanih informacija

Radi sprovođenja neophodnih mera u borbi protiv terorizma, Evropski savet je u Deklaraciji o borbi protiv terorizma ukazao na potrebu utvrđivanja pravila o zadržavanju podataka o komunikacijskom saobraćaju od pružalaca usluga.⁸ Definisanje pojma zadržanih podataka i pravila za zadržavanje i korišćenje tako prikupljenih podataka vode uspostavljanju garancija za poštovanje ljudskih prava, osnovnih sloboda i vladavine prava. Da bi se uspostavila zajednička pravila za zadržavanje podataka na evropskom nivou, 2006. godine doneta je Direktiva 2006/24/EZ Evropskog parlamenta i Saveća o zadržavanju generisanih ili obrađenih podataka u vezi sa odredbom u javnosti raspoloživih elektronskih komunikacionih servisa ili javne komunikacione mreže.⁹ Direktivom normirana pravila odnose se na prikupljanje i obradu podataka u vezi sa komunikacijom, a ne na podatke koji predstavljaju sadržaj saopštene informacije. U skladu sa tim, pružaoci javno dostupnih usluga elektronskih komunikacija i javnih komunikacionih mreža imaju obavezu da zadrže određene kategorije podataka koji su nastali ili su obrađeni sa njihove strane. Prvoj kategoriji pripadaju podaci neophodni za praćenje i identifikaciju izvora neke komunikacije. Reč je o podacima koji su nastali u vezi sa korišćenjem usluga fiksne ili mobilne telefonije (pozivni telefonski broj ili ime i adresa korisnika) i podacima nastalim pristupom internetu, korišćenjem e-pošte ili internet telefonije. Drugoj kategoriji pripadaju podaci neophodni za identifikaciju odredišta neke komunikacije. Reč je o podacima o pozvanim brojevima, prosleđenim pozivima ili podacima koji omogućavaju identifikaciju lica kojima je e-pošta upućena. Trećoj kategoriji pripadaju podaci na osnovu kojih se mogu identifikovati datum, vreme i trajanje neke komunikacije, a četvrtoj podaci na osnovu kojih se može identifikovati vrsta komunikacije. Pružaoci javno dostupnih usluga elektronskih komunikacija i javnih komunikacionih mreža imaju obavezu da zadrže podatke o korisničkoj opremi za komunikaciju, kao i podatke neophodne za identifikaciju lokacije opreme mobilne komunikacije.¹⁰

U našem pravu, mogućnost zadržavanja podataka uređena je Zakonom o elektronskim komunikacijama.¹¹ Operator javnih komunikacionih mreža ili operator javno dostupnih elektronskih komunikacionih usluga ima obavezu da, od trenutka kada podaci o saobraćaju više nisu neophodni za prenos komunikacije, te podatke obriše ili izmeni informacije koje omogućavaju identifikaciju lica na koja se podaci o saobraćaju odnose. Međutim, zakon određuje i izuzetak koji se odnosi na obavezu zadržavanja podataka koji se primenjuje samo u zakonom propisanim okvirima.¹²

8 *Declaration on Combating Terrorism*, OJ [2005] C 14.

9 *Directive 2004/24/EC of the European Parliament and the Council on the retention of data generated or processed in connection with the provision of publicly available electronic communications services or of public communications networks*, OJ [2006] L 105/54.

10 *Direktiva 2004/24/EC*, član 5.

11 *Zakon o elektronskim komunikacijama*, „Službeni glasnik RS”, br. 44/10 i 60/13 – Odluka Ustavnog suda.

12 *Ibid.*, čl. 122 st. 1.

3. Subjekti ovlašćeni na vršenje elektronskog nadzora informacionih sistema

U obavljanju dužnosti, Vojnobezbednosna agencija (VBA) ovlašćena je da prikuplja podatke od fizičkih lica. Zakonom o Vojnobezbednosnoj agenciji i Vojnoobaveštajnoj agenciji (dalje: Zakon o VBA) uređeno je da se prikupljanje podataka može izvršiti samo uz prethodni pristanak lica na koje se podaci odnose.¹³ Ako se podaci ne mogu prikupiti od fizičkih lica, uz njihov prethodni pristanak, ili ako prikupljanje informacija „prouzrokuje nesrazmeran rizik po život i zdravlje ljudi i imovinu”, VBA može primeniti posebne postupke i mere tajnog prikupljanja podataka.¹⁴

Jedan od postupaka tajnog prikupljanja podataka obuhvata „tajni elektronski nadzor telekomunikacija i informacionih sistema radi prikupljanja zadržanih podataka o telekomunikacionom saobraćaju, bez uvida u njihov sadržaj”.¹⁵ Posebni postupci i mere prikupljanja podataka primenjuju se „prevashodno u preventivne svrhe, odnosno sa ciljem da se preduprede pretnje koje su usmerene prema Ministarstvu odbrane i Vojsci Srbije”.¹⁶ Time se otvara pitanje ko je nadležan za donošenje odluke o sprovođenju ove posedne mere.

Prema Zakonu o VBA iz 2009. godine, tajni elektronski nadzor telekomunikacija i informacionih sistema preduzima se na osnovu naloga direktora VBA ili lica koje on ovlasti, a o izdatim nalazima se vodi evidencija.¹⁷ Tajnim elektronskim nadzorom mogu se prikupiti informacije o korisnicima usluga operatora, obavljenoj komunikaciji, lokaciji sa koje se obavlja komunikacija, ali i „drugi podaci od značaja za rezultate primene posebnih postupaka i mera”.¹⁸ Tim povodom, otvoreno je pitanje da li VBA ima pravo da od telekomunikacionih operatera zahteva pristup zadržanim podacima, bez odluke suda, imajući u vidu da se time odstupa od Ustavom normirane nepovredivosti tajnosti pisama i drugih sredstava komuniciranja. Ustavni sud je u postupku po zajedničkom Predlogu zaštitnika građana i poverenika za informacije od javnog značaja o utvrđivanju saglasnosti Zakona o VBA sa Ustavom doneo Odluku u kojoj se, između ostalog, navodi:

„Ustavni sud je, polazeći od odredaba člana 41. stav 2. Ustava koje propisuju da je odstupanje od nepovredivosti tajnosti pisama i drugih sredstava komuniciranja moguće samo na osnovu odluke suda, utvrdio da je jedino sud nadležan da, ako je to neophodno radi vođenja krivičnog postupka ili zaštite bezbednosti Republike Srbije, na određeno vreme i na način predviđen zakonom, odredi (dozvoli) odstupanje od

13 *Zakon o Vojnobezbednosnoj agenciji i Vojnoobaveštajnoj agenciji*, „Službeni glasnik RS”, br. 88/09, 55/12 – odluka Ustavnog suda i 17/13, čl. 8 st. 1.

14 *Ibid.*, čl. 10 i čl. 11.

15 *Ibid.*, čl. 12 st. 1 tač. 5.

16 *Ibid.*, čl. 11 st. 2.

17 *Ibid.*, čl. 13.

18 *Ibid.*, čl. 16 st. 2.

Ustavom zajemčene nepovredivosti tajnosti pisama i drugih sredstava komuniciranja. Kako iz osporene odredbe člana 13. stav 1. Zakona o Vojnobezbednosnoj agenciji i Vojnoobaveštajnoj agenciji, kojom je propisano da se posebni postupci i mere tajnog prikupljanja podataka iz člana 12. tačka 6) Zakona (tajni elektronski nadzor telekomunikacija i informacionih sistema radi prikupljanja podataka o telekomunikacionom saobraćaju i lokaciji korisnika, bez uvida u njihov sadržaj) preduzimaju samo na osnovu naloga direktora Vojnobezbednosne agencije ili lica koje on ovlasti, to očigledno sledi da je osporenim zakonskim odredbama dozvoljeno odstupanje od zajemčene nepovredivosti tajnosti sredstava komuniciranja i bez odluke suda. Iz navedenog, po oceni Suda, proizlazi da propisane mere tajnog elektronskog nadzora telekomunikacija i informacionih sistema radi prikupljanja podataka o telekomunikacionom saobraćaju i lokaciji korisnika, čak i bez uvida u njihov sadržaj, narušavaju nepovredivost prava na privatnost prepiske, odnosno tajnosti sredstava komuniciranja korisnika komunikacionih mreža, s obzirom na to da nadležne službe bezbednosti te mere mogu vršiti bez prethodno pribavljene odluke suda, koja upravo treba da predstavlja oblik kontrole i neophodnu branu svakoj mogućoj zloupotrebi ovlašćenja od strane upravnih vlasti, zbog čega osporena odredba Zakona nije u saglasnosti sa Ustavom. (...) Ustavni sud nalazi da Vojnobezbednosna agencija, kao organ uprave, bez odgovarajuće odluke suda, nema sopstveno pravo na dobijanje informacija od telekomunikacionih operatora o korisnicima njihovih usluga o obavljenoj komunikaciji, lokaciji sa koje se obavlja i drugih podataka od značaja za rezultate primene posebnih postupaka i mera, jer i ti podaci predstavljaju integralni element zaštićene tajnosti komunikacije putem telefona, pa je, polazeći od navedenog, Ustavni sud ocenio da ni osporena odredba člana 16. stav 2. Zakona nije u saglasnosti sa članom 41. stav 2. Ustava.”¹⁹

Nakon donošenja Odluke Ustavnog suda Srbije, donet je novi Zakon o VBA čija su rešenja usklađena sa Odlukom. Kako je reč o merama koje VBA treba da omoguće preduzimanje aktivnosti kojima se sprečava izvršenje opasnog delovanja terorista i ekstremista, ali kojima se u velikoj meri ograničava pravo na privatnost, njihovo preduzimanje je moguće samo na osnovu obrazložene odluke suda. Nadležnost je poverena višem sudu u sedištu apelacionog suda područja na kome se planira primena posebnih mera. Sudije koje će doneti odluku određuje predsednik višeg suda. O primeni posebnih mera sud odlučuje po hitnom postupku, tj. „bez odlaganja, a najkasnije u roku od osam sati”.²⁰ Ako je neophodno hitno preduzimanje mera tajnog elektronskog nadzora telekomunikacija i informacionog sistema, direktor VBA može da naloži početak primene ovog postupka uz prethodnu saglasnost sudije,

19 Odluka Ustavnog suda Srbije, IY3–1218/2010 od 19. aprila 2012. godine. Vid. i Odluku Ustavnog suda Srbije, IY3–1245/2010, od 8. jula 2013. godine.

20 Zakon o VBA, čl. 13a st. 5.

koji je nadležan za donošenje odluke o primeni posebnih mera u redovnom postupku. O nastavku primene mere, sudija odlučuje u roku od 24 sata od početka primene.²¹

Tajni elektronski nadzor telekomunikacija i informacionih sistema, kao posebna mera, može se vršiti dok postoje razlozi za njeno sprovođenje, a najduže šest meseci. Međutim, sudija, čija se nadležnost utvrđuje kao pri donošenju odluke o primeni posebnih mera, može da produži njihovu primenu za još šest meseci. Kako je reč o posebnim merama, o produženju njihovog preduzimanja odlučuje Veće koje čini više sudija, uz preispitivanje rezultata do kojih se došlo primenom mera i opravdanosti produženja, čime se na bolji način izražava realizacija Ustavom garantovanog prava na zaštitu podataka o ličnosti i prava na tajnost pisama i drugih sredstava komunikacije.

Informacije sadržane u predlogu i odluci za sprovođenje tajnog elektronskog nadzora telekomunikacija i informacionih sistema, kao i informacije koje su službena lica saznala u postupku preduzimanja ovih mera predstavljaju tajnu. Pitanje koje se dalje otvara jeste na koji način je obezbeđena tajnost podataka po završetku sprovođenja posebnih mera. Prema ZZPL, prikupljeni podaci se moraju adekvatno zaštititi od zloupotreba i neovlašćenog pristupa.²² Ipak, u Zakonu o VBA je normirano da na predlog VBA, po pribavljenom mišljenju Saveta za nacionalnu bezbednost, ministar odbrane uređuje način zaštite, rukovanja i rokove čuvanja zbirke podataka.²³ To dalje znači da se podaci prikupljeni u preventivne svrhe mogu čuvati i nakon prestanka potrebe koja je uslovlila njihovo prikupljanje. Da bi se obezbedila bolja zaštita prikupljenih podataka, po prestanku potrebe za primenom posebnih mera, Zakonom o VBA bi trebalo da se postupanje sa tim podacima normira na drugačiji način u odnosu na postupanje sa ostalim podacima. Treba primeniti jasno pravilo poput onoga kojim se utvrđuje obaveza komisijskog uništavanja prikupljenih podataka uz dostavljanje sudu zapisnika o tome u slučaju ako nadležni sudija ne odobri primenu posebnih postupaka.²⁴ Ako odluku o primeni posebnih mera tajnog elektronskog nadzora telekomunikacija i informacionih sistema donosi sud, onda je i određivanje rokova u kojima će se tako prikupljene informacije čuvati pitanje o kojem sud treba da odluči. Postupak se može urediti tako da, po završenom sprovođenju posebnih mera, nadležni organ VBA dostavlja sudu, koji je doneo odluku o sprovođenju posebnih mera, zapisnik o završetku primene određenih mera, uz predlog o načinu na koji će se čuvati informacije prikupljene u preventivne svrhe i o rokovima. Uvođenje pravila da sud odlučuje o donošenju odluke a da nadležni organ VBA odlučuju o tome da li će se tajno prikupljene informacije čuvati i po prestanku potrebe za sprovođenje posebne mere, na koji način i u kojem roku, otvara mogućnost za nejednako postupanje koje može dovesti do povrede Ustavom garantovanih prava.

21 *Ibid.*, čl. 15.

22 ZZPL, čl. 47.

23 Zakon o VBA, čl. 32.

24 *Ibid.*, čl. 15 st. 3.

4. Normiranje postupka prikupljanja, držanja, obrade i korišćenja podataka

U skladu sa Ustavom, podaci o ličnosti se mogu upotrebiti „samo u svrhu za koju su prikupljeni, u skladu sa zakonom, osim za potrebe vođenja krivičnog postupka ili zaštite bezbednosti Republike Srbije, na način predviđen zakonom”.²⁵ U ZZPL-u je kao nedozvoljena obrada podataka kvalifikovana ona za koju fizičko lice nije dalo pristanak ili koja se vrši bez zakonskog ovlašćenja.²⁶ Analiza Ustava Srbije (član 42) i ZZPL (član 8, član 12 i član 13) pokazuje da rukovalac informacijama može da prikuplja i obrađuje informacije o ličnosti za čije je prikupljanje ovlašćen zakonom ili one podatke za čije je prikupljanje i obradu dobio saglasnost lica na koje se odnose. Pri tome, rukovalac informacijama može da prikuplja informacije u zakonom propisanu svrhu ili u svrhu koja je određena dobijenim pristankom. Podaci o ličnosti se, izuzetno, mogu prikupljati „da bi se ostvarili ili zaštitili važni interesi lica, a posebno život, zdravlje i fizički integritet, u svrhu izvršenja obaveza određenih zakonom, aktom donetim u skladu sa zakonom; (...) u drugim slučajevima određenim zakonom radi ostvarenja pretežnog opravdanog interesa lica, rukovaoca ili korisnika podataka”.²⁷

U skladu sa ZZPL-om iz 2009. godine, organ vlasti je imao mogućnost da podatke obrađuje bez pristanka lica ako je to neophodno radi obavljanja zakonom ili drugim propisom određenih nadležnosti.²⁸ Osim toga, normirano je da se podaci o ličnosti mogu prikupljati od lica na koja se odnose, organa uprave koji su ovlašćeni za njihovo prikupljanje, kao i drugih lica „ako je to propisano zakonom ili drugim propisom donetim u skladu sa zakonom”.²⁹ Ta rešenja su otvorila sledeća pitanja: da li osnov za obradu podataka o ličnosti može da bude samo zakon ili i akt niže pravne snage? Da li treba podrazumevati da akt niže pravne snage koji propisuje obradu podataka o ličnosti bez pristanka lica na koje se odnosi mora da bude u skladu sa ZZPL-om? Da li se aktom niže pravne snage može odrediti nadležnost za obavljanje poslova koje se odnosi i na obradu podataka bez pristanka lica od strane organa vlasti?

Ustavni sud Srbije je, na predlog poverenika za informacije od javnog značaja i zaštitu podataka o ličnosti za ocenu ustavnosti odredaba ZZPL-a iz 2009. godine, doneo odluku u kojoj se, između ostalog, navodi:

„Kako se Zakonom o zaštiti podataka o ličnosti daje mogućnost obrade podataka o ličnosti bez pristanka lica i u slučajevima određenim ovim zakonom ili drugim propisom donetim u skladu sa ovim zakonom, da organ vlasti obrađuje podatke bez pristanka lica, ako je obrada neophodna radi obavljanja poslova iz njegove nadležnosti određenih

25 Ustav Republike Srbije, čl. 42 st. 3.

26 ZZPL, čl. 8 st. 1 tač. 1.

27 Ibid., čl. 12.

28 Zakon o zaštiti podataka o ličnosti, „Službeni glasnik RS”, br. 97/2008, 104/2009, član 13.

29 Ibid., čl. 14 st. 2 tač. 2

zakonom ili drugim propisom, kao i da se podaci mogu prikupljati i od drugog lica ako je to propisano zakonom ili drugim propisom donetim u skladu sa zakonom, to po oceni Suda, sledi da članovi Zakona u delu 'ili drugim propisom', odnosno 'ili drugim propisom donetim u skladu sa zakonom' nisu u saglasnosti sa članom 42. stav 2. i 3. Ustava, s obzirom na to da se tim odredbama Zakona predviđa da osnov za obradu podataka o ličnosti može, pored zakona, biti i akt niže pravne snage, odnosno podzakonski akt. (...) Ustavni sud je povodom odredbe člana 13. Zakona imao u vidu činjenicu da se reči 'ili drugim propisom' odnose na nadležnosti organa vlasti, te da pojedini poslovi iz nadležnosti tih organa mogu biti određeni ne samo zakonom već i drugim propisom (pre svega statutom i drugim opštim aktom autonomne pokrajine ili jedinice lokalne samouprave), ali, po oceni Suda, jedino je na osnovu zakona a ne na osnovu 'drugog propisa' moguće da organ vlasti, ako je to neophodno radi obavljanja poslova iz njegove nadležnosti, određene zakonom, obrađuje podatke bez pristanka lica."³⁰

5. Pravo na obradu podataka prema Zakonu o elektronskim komunikacijama i Zakonu o telekomunikacijama

Moguća odstupanja od prikupljanja podataka o komunikaciji bez pristanka korisnika, normirana su i Zakonom o elektronskim komunikacijama. U slučaju kada je presretanje elektronske komunikacije neophodno radi vođenja krivičnog postupka ili zaštite nacionalne bezbednosti, operator je dužan da nadležnim organima omogući zakonito presretanje.³¹ Operator ima obavezu da o svom trošku omogući tehničku opremu za presretanje elektronske komunikacije. U tom cilju, operator ima obavezu da podatke koji nastaju tokom obavljanja redovnih aktivnosti čuva 12 meseci, od dana obavljene komunikacije, u obliku koji omogućava brz pristup i dostavljanje.³² Zadržani podaci se čuvaju od slučajnog ili nedopuštenog uništenja i neovlašćenog pristupa kao i ostali podaci o ličnosti.

Privatnost i bezbednost podataka uređene su i Zakonom o telekomunikacijama u skladu sa kojim je ustanovljena obaveza očuvanja bezbednosti i poverljivosti podataka nastalih u procesu redovne komunikacije, čiji je nosilac javni telekomunikacioni operator.³³ Operator ima pravo da čuva i obrađuje podatke o saobraćaju koji se odnose na tačno određene korisnike samo u obimu koji je neophodan za formiranje računa za naplatu u sluga, a takvi se podaci mogu čuvati samo do isteka roka u kome se potraživanje za obavljene

30 Odluke Ustavnog suda Srbije, IY3 –41/2010 od 30. maja 2012. godine.

31 Zakon o elektronskim komunikacijama, čl. 127.

32 Ibid., čl. 128.

33 Zakon o telekomunikacijama, „Službeni glasnik RS”, br. 44/03, 36/06, 50/09 – odluka Ustavnog suda i 44/10, čl. 54.

usluge može od korisnika naplatiti ili osporiti. U Zakonu o telekomunikacijama iz 2009. godine normirana je zabrana sprovođenja aktivnosti kojima se narušava privatnost i poverljivost poruka koje se prenose telekomunikacionim mrežama. Istim Zakonom, normiran je i izuzetak koji se odnosi na mogućnost sprovođenja aktivnosti i korišćenja uređaja, uprkos mogućnosti da se time ugrozi privatnost podataka „ako se ove aktivnosti vrše u skladu sa zakonom ili sudskim nalogom izdatim u skladu sa zakonom”.³⁴ U postupku ocene ustavnosti takvog rešenja Ustavni sud Srbije je izneo sledeće:

„Prema odredbama člana 20. stav 1. i člana 41. stav 2. Ustava, samo je sud nadležan da, ako je to neophodno radi vođenja krivičnog postupka ili zaštite bezbednosti Republike, na određeno vreme i na način predviđen zakonom odredi, odnosno dozvoli odstupanje od Ustavom zajemčene nepovredivosti tajnosti pisama i drugih sredstava komuniciranja. Kako je osporenim odredbom člana 55. stav 1. navedenog zakona bila propisana dozvoljenost odstupanja od zabrane aktivnosti ili korišćenja uređaja kojima se ugrožava ili narušava poverljivost poruka koje se prenose telekomunikacionim mrežama, ne samo kada se vrše u skladu sa sudskom odlukom, već i bez posebnog naloga suda, kada je takva mogućnost propisana tim ili drugim zakonom, Ustavni sud je ocenio da se aktivnosti ili korišćenje uređaja kojima se ugrožava ili narušava privatnost i poverljivost poruka ne mogu vršiti bez odluke suda, te da stoga osporena odredba, u delu koji glasi: 'zakonom ili', nije u saglasnosti sa Ustavom.”³⁵

6. Zaključak

Na osnovu prethodne analize i odgovora na postavljena pitanja možemo izvesti nekoliko zaključaka. Osnov zaštite podataka o ličnosti postavljen je Ustavom koji normira da je zagarantovana zaštita podataka o ličnosti i da se prikupljanje i postupanje sa tim podacima uređuju posebnim zakonom. Ustavom se, takođe, utvrđuje da upotreba podataka o ličnosti izvan svrhe za koju su prikupljeni nije dozvoljena, uz izuzetak koji postoji kada je upotreba podataka neophodna za vođenje krivičnog postupka ili zaštitu nacionalne bezbednosti. U skladu sa Zakonom o zaštiti podataka o ličnosti, pravo da koristi prikupljene podatke ima organ vlasti, fizičko ili pravno lice koje je na to zakonom ovlašćeno ili koje je za postupanje u vezi sa podacima o ličnosti dobilo pristanak lica na koje se podaci odnose. To znači da pravni osnov za prikupljanje i obradu podataka o ličnosti predstavlja ili saglasnost lica na koja se odnose ili zakonsko ovlašćenje.

Pristup podacima o komunikaciji između lica, kao vrsta podatka o ličnosti, uređen je i Zakonom o elektronskim komunikacijama i Zakonom o telekomunikacijama. Pre donošenja analiziranih Odluka Ustavnog suda ti

34 *Zakon o telekomunikacijama*, „Službeni glasnik RS”, br. 44/03 i 36/06, čl. 55 st.1.

35 *Odluka Ustavnog suda Srbije*, IY3 –149/2008 od 28. maja 2009. godine.

zakoni, kao i Zakon o zaštiti podataka o ličnosti iz 2009. godine, normirali su mogućnost pristupa podacima o ličnosti bez pristanka lica na koje se odnose, na osnovu zakona, ali i podzakonskog akta. Ustavni sud je u obrazloženju Odluke o utvrđivanju nesaglasnosti Zakona o zaštiti podataka o ličnosti sa Ustavom (IY3–41/2010 od 30. maja 2012. godine), Odluke o utvrđivanju nesaglasnosti Zakona o Vojnobezbednosnoj agenciji i Vojnoobaveštajnoj agenciji sa Ustavom (IY3–1218/2010, od 19. aprila 2012. godine) i Odluke o utvrđivanju nesaglasnosti Zakona o elektronskim komunikacijama sa Ustavom (IY3–1245/2010, od 8. jula 2013. godine), ukazao na važnost Ustavom garantovane zaštite podataka o ličnosti i tajnosti pisama i drugih sredstava komunikacije. Potreba zaštite Ustavom garantovanih vrednosti nalaže primenu izuzetaka koji mogu da budu normirani isključivo zakonom, a ne i aktom niže pravne snage. Imajući u vidu značaj odluka Ustavnog suda na izmene zakona koji uređuju pitanje zaštite podataka o ličnosti i poverljivosti komunikacije, zaključujemo da su poverenik za informacije od javnog značaja i zaštitu podataka o ličnosti, zaštitnik građana i praksa Ustavnog suda Srbije imali ključnu ulogu u razvoju zaštite podataka o ličnosti.

Dodatna pravna zaštita može se postići izmenama rešenja Zakona o Vojnobezbednosnoj agenciji i Vojnoobaveštajnoj agenciji koja se odnose na mogućnost čuvanja prikupljenih podataka i po prestanku potrebe za primenom posebnih mera. U skladu sa važećim rešenjima, o rokovima čuvanja podataka odlučuje nadležni organ VBA. Ako odluku o primeni posebnih mera tajnog elektronskog nadzora telekomunikacija i informacionih sistema donosi sud, onda je i određivanje rokova u kojima će se tako prikupljene informacije čuvati pitanje o kojem treba da odluči sud. Prema tome, novim zakonskim rešenjima trebalo bi definisati ulogu suda u donošenju odluke o načinu i rokovima za čuvanje prikupljenih podataka.

*Doc. dr. Mirjana Drenovak Ivanović**

THE RIGHT TO PRIVACY AND LAWFUL INTERCEPTION OF ELECTRONIC COMMUNICATIONS

Summary

The European Court of Human Rights has recently delivered a judgement in the case of the right to access public information related to interception of electronic communications concerning the implementation of Article 10 of the Convention in Serbia. This judgement has opened a number of questions: under

* Mirjana Drenovak Ivanović, PhD. Assistant professor Faculty of Law University of Belgrade. This article is the result of research within the project *Perspectives of Implementation of European Standards in the Serbian Legal System* (179059), supported by the Ministry of Education, Science and Technological development.

what conditions the personal data may be processing and collected; under what conditions interception of electronic communications is lawful; who has the authority to access to those information; who has the authority to demand the interception on electronic communications; what relation does it exist between the data collection and the information on it? The paper analyzes development of legal framework concerning the right to privacy and interception of electronics communications and points out the Decision of Serbian Constitutional Court on the Proposal to review the constitutionality of provisions of the Law on data protection (IY3-41/2010, from May 30, 2012.), the Decision of Serbian Constitutional Court on the Proposal to review the constitutionality of provisions of the Law on Military Security Agency and Military Intelligence Agency (IY3-1218/2010, from April 19, 2012), and the Decision of Serbian Constitutional Court on the Proposal to review the constitutionality of provisions of the Law on electronic communications (IY3-1245/2010, from July 8, 2013).

Key words: *Interception of electronic communications. The legal grounds for data processing. Case law of the Serbian Constitution Court. Article 8 of the ECHR.*

МОДЕЛИ МУЛТИЛАТЕРАЛНОГ УГОВОРНОГ РЕГУЛИСАЊА ОДГОВОРНОСТИ ЗА ЕКОЛОШКУ ШТЕТУ И ЊИХОВ УТИЦАЈ НА РЕЖИМ УСВОЈЕН У ПРАВУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Апстракт

Када је Европска унија крајем прошлог века почела да изради својствена правила о еколошкој одговорности, имала је пред собом већ постојећа решења садржана у мултилатералним међународним уговорима, као и могућности да анализира њихову ефикасност, добре и лоше стране, све са циљем да се евалуационо одреди за неко од њих. Из одредаба близу три стотине међународних конвенција асистирована су четири основна модела регулације материје одговорности за штету причињену живојној околини, али су идентификоване и извесне погрешке у оквиру истог модела. Рад представља покушај да се модели мултилатералног уговорног регулације штете одговорности за еколошку штету доведу у везу са Директивом 2004/35/ЕЗ о еколошкој одговорности. Из уједињеног приказа појединих решења усвојених Директивом и решења из међународних уговора о грађанској одговорности, може се извести закључак да је Директива најближа моделу усвојеном у уговорима уско специјализованим за штету одговорности. Ипак, ради анализе утицаја који је овај модел, тачније два његова облика (секторски и општи), имао на право Европске уније, акценат је стављен на елементе у погледу којих се усвојена решења разликују, конкретно на појам еколошке штете, врсту високоризичних активности и улогу државе. Крајњи закључак се своди на то да Директива комбинује две варијанте модела који одговара мултилатералним уговорима специјализованим за штету одговорности. По својим карактеристикама, она је ближа и неретко је инспирисана одредбама Лијано конвенције о грађанској одговорности за штету насталу високоризичним активностима од 1993. године. Ипак, поједини секторски оријентисани уговори у материји одговорности добили су можда и значајније место у Директиви јер је самом Директивом предвиђена примена тих уговора у случају да еколошка штета настала активностима које они регулишу.

Кључне речи: Директива 2004/35/ЕЗ о одговорности за еколошку штету. Мултилатерални еколошки уговори. Еколошка штета. Високоризичне активности.

* Др Бојана Чучковић, асистент Правног факултета Универзитета у Београду. Рад је резултат истраживања у оквиру пројекта Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије (179059), који подржава Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

Увод

Истраживање је обухватило близу три стотине вишестраних међународних уговора које су током последњих сто година државе закључиле са циљем заштите животне околине од загађења.¹ Предмет анализе биле су одредбе које ти уговори евентуално садрже у погледу одговорности за проузроковану штету. Употребљена је реч „евентуално” зато што значајан број уговора уопште не регулише питање еколошке одговорности. Анализа је указала на постојање извесних модела који се, чешће или ређе, усвајају у решењима садржаним у међународним уговорима. Разматрање основних карактеристика различитих модела довело је до кристалисања њихових добрих али и лоших страна. То је послужило као основа за анализу модела еколошке одговорности који је усвојен у праву Европске уније, тачније за режим успостављен Директивом 2004/35/ЕЗ о одговорности за еколошку штету од 21. априла 2004. године.² Одредбе садржане у Директиви упућују на вишеслојан однос између прописа Европске уније у тој области и међународних уговора. Тај однос се огледа у преузимању већ готових решења из појединих мултилатералних еколошких уговора, али и у уступању предности у примени одређених међународних уговора који за предмет регулисања имају одговорност за поједине врсте еколошке штете.

1. Подела мултилатералних еколошких уговора зависно од односа према питању одговорности

Колико је питање одговорности према обавезама које су државе преузеле у сфери заштите животне околине значајно али и специфично, јасно произлази из одредаба појединих међународних уговора.³ Иако није обичај да се у међународне уговоре уноси одредба којом ће се регулисати питање одговорности, јер се у случају повреде примењују секундарна правила о одговорности и накнади штете, уговори у еколошкој сфери се у значајном броју одликују таквом одредбом. Тачније, ако се као критеријум разврставања међународних уговора са еколошком ди-

1 Регистар међународних уговора и других споразума у области животне околине, званичан документ сачињен од Програма Уједињених нација за животну средину (*United Nations Environment Programme – UNEP*). Register of International Treaties and Other Agreements in the Field of the Environment, prepared by Division of Policy Development and Law, Environmental Law Branch, United Nations Environment Programme, Nairobi, 30. децембар 2005, UNEP/Env.Law/2005/3.

2 Directive 2004/35/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on environmental liability with regard to the prevention and remedying of environmental damage, *Official Journal of the European Union*, L 143, 30. април 2004, стр 56.

3 О ограничењима у домаћају уговора који се дотичу питања одговорности за штету насталу високоризичним активностима в. Kuwabara, S., „International Responsibility for Manmade Disasters”, *Am. Soc’y Int’l L. Proc.*, vol. 81, 1987, стр. 323–324.

мензијом узме њихов однос према питању одговорности, могуће их је класификовати у неколико категорија.⁴

1.1. Уговори који не садрже одредбу о одговорности

Најбројнију групу и даље чине уговори који уопште не садрже одредбу о одговорности. Тој групи највећим делом припадају уговори који су усвајани у раним фазама развоја међународног еколошког уговорног права, али и у каснијим фазама, па и уговори који се усвајају данас. Заправо све до шездесетих година прошлог века, када се почело са праксом усвајања уговора који се уско баве питањем одговорности за конкретне врсте штете или пак праксом уношења посебне одредбе којом се третира питање одговорности, уговори су о томе ћутали. Чини се, међутим, да су разлози за ћутање били различити на почетку међународне нормативне активности у еколошкој сфери у односу на разлоге којима се државе данас опредељују за овакво решење.

С тим у вези, уговоре који не садрже одредбу о одговорности могуће је поделити у две групе. Прву чине уговори којима се питање одговорности не регулише из простог разлога што се подразумева да би, у случају повреде обавезе утврђене уговором на снази, дошло до примене секундарних правила међународног права о одговорности за противправни акт. Тој групи махом припадају уговори који су утирали темеље међународног еколошког права у смислу временског критеријума.⁵ Другу групу чине уговори у којима је одредба о одговорности намерно изостављена услед оквирног карактера норми које су у њима садржане и свести држава преговарача да тај оквирни карактер никако не иде наруку примени правила о одговорности за противправни акт. Овој групи припада немали број уговора који регулишу значајне области заштите животне околине попут Оквирне конвенције Уједињених

4 Поједностављену класификацију уговора у области заштите животне средине када се као критеријум узме питање одговорности даје и Бруне: Brunnée, J., „The Responsibility of State for Environmental Harm in Multinational Context – Problems and Trends”, *Les Cahiers de Droit*, vol. 34, 1993, стр. 839. Ипак, узимајући у обзир промене које су се одиграле у међународном еколошком праву у последње две деценије, та класификација се показује као непотпуна.

5 Реч је о уговорима који су усвајани од двадесетих до шездесетих година прошлог века попут Конвенције о употреби белог олова у сликању усвојене у Женеви 1921. године, Конвенције о очувању фауне и флоре у њиховом природном стању усвојене у Лондону 1933. године, Конвенције о заштити природе и дивљих врста у западној хемисфери усвојене у Вашингтону 1940. године, Међународне конвенције о регулисању лова на китове усвојене такође у Вашингтону 1946. године, Међународне конвенције о заштити птица усвојене у Паризу 1950. године, Конвенције о очувању фока на северном Пацифику усвојене у Вашингтону 1957. године, Међународне конвенције о заштити морске средине од загађења нафтом усвојене у Лондону 1954. године итд. Изузетак је Конвенција о међународној заштити биљака усвојена у Риму 1951. године која у свом првом члану изричито предвиђа да ће свака уговорна страна преузети одговорност за извршење свих обавеза предвиђених Конвенцијом.

нација о климатским променама из 1992. године и Бечке конвенције о заштити озонског омотача из 1985. године. Посебну категорију у тој групи чине уговори који, мада не садрже одредбу о одговорности антиципирајући нереалност њене примене, предвиђају алтернативни механизам. Тај механизам се обично састоји у институционализовању надзора над применом међународног уговора у питању, тако што се оснива орган коме се поверавају извесне надлежности у случају да се нека од држава уговорница не придржава обавеза које је уговором преузела.⁶ Могуће је чак приметити да је техника такозваног *compliance*-а однела превагу над осталим модалитетима реаговања на повреду обавеза преузетих међународним уговорима у еколошкој сфери. Од педесет два уговора који су усвојени у тој области од 1997. године, одредба о институционализацији надзора над применом одредаба уговора унета је у њих осамнаест.⁷

6 Као пример може послужити члан 18 Кјото протокола из 1997. године уз Оквирну конвенцију Уједињених нација о климатским променама из 1992. године, члан 15 Архуске конвенције о приступу информацији, јавном учешћу у одлучивању и приступу правосуђу у еколошким стварима из 1998. године, члан 17 Конвенције о процедури претходне сагласности у вези са извесним опасним хемикалијама и пестицидима у међународној трговини из 1998. године, члан 11 Протокола о истрајним органским загађивачима из 1998. године уз Конвенцију о далекосежном прекограничном загађењу ваздуха из 1979. године, као и многи други међународни уговори закључени током последњих петнаестак година.

7 Члан 18 Кјото протокола од 1997. године уз Оквирну конвенцију Уједињених нација о климатским променама из 1992. године, члан 15 Архуске конвенције о приступу информацији, јавном учешћу у одлучивању и приступу правосуђу у еколошким стварима из 1998. године, члан 17 Конвенције о процедури претходне сагласности у вези са извесним опасним хемикалијама и пестицидима у међународној трговини из 1998. године, члан 11 Протокола о истрајним органским загађивачима из 1998. године уз Конвенцију о далекосежном прекограничном загађењу ваздуха из 1979. године, члан 12 Протокола о очувању дивљих врста и примени права у Северноафричкој развојној заједници, Мапуто, 1999, члан 9 Протокола о сузбијању ацидификације и еутрофикације из 1999. године уз Конвенцију о далекосежном прекограничном загађењу ваздуха из 1979. године, члан 34 Картагена протокола о биолошкој безбедности уз Конвенцију о биолошкој разноврсности (2000), члан 10 Ревидираног протокола о заједничким водним токовима у Северноафричкој развојној заједници из 2000. године, члан 25 Конвенције о очувању и управљању високо миграторних врста риба у западном и централном Пацифику из 2000. године, члан 16 Конвенције о очувању и управљању рибним фондом у југоисточном Атлантику из 2001. године, члан 17 Стокхолмске конвенције о истрајним органским загађивачима из 2001. године, члан 1 Међународне конвенције о контроли штетних *anti-fouling* система на бродовима из 2001. године, члан 17 Конвенције о заштити подводне културне баштине из 2001. године, члан 21 Међународног уговора о билимним генетским ресурсима за исхрану и пољопривреду из 2001. године, члан 19 Оквирне конвенције о контроли дувана из 2003. године, члан 11 Протокола о експлозивним остацима рата уз Конвенцију о забранама и ограничењима у употреби извесних конвенционалних врста наоружања за које се сматра да могу бити изузетно штетни из 2003. године, члан 14 Протокола о стратешкој еколошкој процени уз Конвенцију о процени утицаја на животну средину у прекограничном контексту из 2003. године, члан 22 Протокола о регистру загађујућег отпада и трансфера из 2003. године.

1.2. Уговори који реулисање штетања одговорности одлажу за нека каснија времена

Другу групу чине уговори у које је унета одредба о обавези држава уговорница да развију, у каснијој фази, режим одговорности. Такав приступ одговорности за штету нанету животној околини представља карактеристику уговора чији је циљ заштита морске средине од различитих видова загађења, где се, како у универзалним, тако и у уговорима регионалног карактера, преписује готово идентична одредба о потреби ангажовања на изради и развијању правила и процедура за установљење одговорности.

Ипак, и овде је могуће направити разлику између три врсте решења.

Једним, које је употребљено у првом уговору који је садржао одредбу овог типа – Конвенцији о спречавању загађења морске средине бацањем отпада и других материја из 1972. године, изричито се позива на правила општег међународног права о одговорности (*responsibility*) државе за штету причињену животној околини других држава, а која треба да послужи као основа приликом развијања процедура за процену одговорности (*liability*) и решавање спорова у вези са бацањем отпада.⁸ Решењу усвојеном Конвенцијом може се замерити недостатак прецизности будући да није сасвим јасно на која начела међународног права о одговорности држава се мисли и, што је још дискутабилније, да ли уопште постоје начела међународног права о одговорности државе за специфичан случај еколошке штете. Одредба члана X као да сугерише да међународно право располаже неким посебним правилима о одговорности државе која за поље примене имају случајеве штете причињене животној средини. Тај недостатак би се могао приписати пионирском карактеру овог решења да оно није поновљено у члану 15 Протокола из 1996. године уз Конвенцију из 1972. године. Ипак, уговори који садрже слично решење, а који су закључени у годинама које су уследиле, позивају се само на правила међународног права о одговорности државе за противправни акт која схватају као базу за развијање процедура и правила о накнади штете, у вези са којом пак постоји потреба да се у обзир узму специфичности еколошке штете.⁹ Најбројнији у тој групи су свакако уговори који за базу развијања правила о одговорности и накнади штете узимају само међународно право са којим правила о одговорности морају бити усклађена. Такво је решење усвојено у одредби члана 14 Конвенције о заштити и унапређењу морске средине у широј

8 Одредбом члана X Конвенције о спречавању загађења морске средине бацањем отпада и других материја из 1972. године предвиђено је: „У складу са начелима међународног права о одговорности (*responsibility*) држава за штету причињену животној околини других држава или било којој другој области бацањем отпада и других материја било које врсте, уговорне стране преузимају обавезу да развију процедуре за процену одговорности (*liability*) и решавање спорова у вези са бацањем.”

9 Члан 29 Оквирне конвенције о заштити морске средине Каспијског мора из 2003. године.

карипској регији из 1983. године. Предвиђа се сарадња држава са циљем „усвајања одговарајућих правила и поступака, који су у сагласности са међународним правом, у области одговорности и накнаде штете која настаје загађивањем”.¹⁰

Друга врста решења уводи обавезу држава уговорница да развијају како правила о одговорности државе за противправни акт, тако и правила и процедуре за накнаду причињене штете. Као пример може да послужи одредба члана 17 Конвенције о заштити морске средине у области Балтичког мора из 1974. године, која је и насловљена „Одговорност за штету” (*Responsibility for damage*).¹¹ Том одредбом је предвиђено да се уговорне стране обавезују да, што је могуће пре, заједно развију и прихвате правила која се тичу одговорности за штету која настаје радњама или пропуштањима која су у супротности са Конвенцијом, укључујући, између осталог, границе одговорности (*liability*), критеријуме и процедуре за њено утврђивање и одговарајућа правна средства. Карактеристика овог решења огледа се у томе што се правила међународног права о одговорности држава за противправни акт не узимају као нешто што је већ регулисано обичајним међународним правом, већ државе уговорнице треба да развију и та правила и правила која се тичу накнаде конкретне штете.¹²

Треће решење се састоји у инсистирању на потреби развијања правила о одговорности (*liability*) и накнади штете, а да се притом она не

10 Готово идентичну одредбу садржи члан 15 Конвенције о заштити, управљању и унапређењу морске и обалне средине источноафричке регије из 1985. године, члан 20 Конвенције о заштити природних ресурса и животне околине у регији јужног Пацифика из 1986. године, члан 12 Конвенције о забрани увоза опасног и радиоактивног отпада и контроли прекограничног кретања и управљања опасним отпадима у регији јужног Пацифика из 1995. године.

11 О чисто декларативном карактеру ове одредбе сведочи чињеница да Конвенција о заштити морске средине у области Балтичког мора из 1992. године садржи у члану 25 одредбу која је идентична одредби из члана 17 Конвенције из 1974. године. Делује невероватно да током осамнаест година, колико је протекло између усвајања два уговора о заштити Балтичког мора, није било помака у регулисању тако значајног питања какво је питање одговорности.

12 Слично решење усвајају Конвенција о прекограничним ефектима индустријских инцидентата из 1992. године (члан 13) и Конвенција о заштити и употреби прекограничних водних токова и међународних језера из 1992. године (члан 7). Поједини уговори регионалног карактера у области заштите морске средине садрже следећу одредбу: „Уговорне стране се обавезују да сарађују са циљем формулисања и усвајања одговарајућих правила и поступака за утврђивање: а) грађанске одговорности и накнаде штете која настаје загађењем морске средине, имајући у виду применљива међународна правила и процедуре које се односе на та питања; б) одговорност и накнаду за штету која настаје кршењем обавеза предвиђених овом Конвенцијом и њеним протоколима.” Реч је о Кувајтској регионалној конвенцији о сарадњи у заштити морске средине од загађења из 1978. године (члан XIII) и Регионалној конвенцији о очувању Црвеног мора и Аденошког залива из 1982. године (члан XIII). Иако Конвенције у ставу б користе израз *liability*, више је него јасно да су државе уговорнице заправо на уму имале одговорност за противправни акт, тј. одговорност за повреду обавеза утврђених Конвенцијама.

доведе у везу са правилима о одговорности државе за противправни акт. Тичу се, практично, одговорности која се у међународним уговорима обично квалификује као грађанска одговорност, а која подразумева накнадно уговарање режима којима се одговорност каналише на субјекта који предузима високоризичну активност, тачније обавеза накнаде штете намеће се оператеру активности која је изазвала штету.¹³

1.3. Уговори којима се потврђује примена правила о одговорности државе за противправни акт

Трећу групу уговора карактерише јасна одредба о одговорности државе, којом се, у начелу, констатује њено постојање и потврђује примена општих правила међународног права о одговорности државе.¹⁴ Овакво решење унето је у Конвенцију о праву мора из 1982. године, те може да изненади околност да практично најважнији међународни уговор у области права мора, који се притом врло експлицитно бави и појединим аспектима заштите морске средине, није успео да изврши јачи утицај на бројне друге уговоре који су закључени у тој области. Конвенција се у неколико чланова дотиче питања одговорности.¹⁵ Централно место у том смислу заузима члан 235 Конвенције, у којем се јасно наводи да су државе одговорне за извршење њихових међународних обавеза које се тичу заштите и очувања морске средине. Оне ће одговарати у складу са међународним правом. Нешто је детаљнија одредба члана 139, која се односи на активности које се предузимају у Зони. Првим ставом тог члана предвиђа се обавеза држава да се старају да се активности које се предузимају у Зони, било да их обављају државе чланице, државна предузећа или физичка и правна лица која поседују држављанство држава уговорница или их оне ефективно контролишу, врше у складу са правилима Конвенције. Другим ставом се изричито предвиђа да штета

13 Члан 12 Конвенције о заштити Медитеранског мора од загађења из 1976. године, члан 11 Конвенције о заштити морске средине и обалног подручја југоисточног Пацифика из 1981. године, члан XIII Протокола уз Кувајтску регионалну конвенцију о заштити морске средине од загађења из копнених извора из 1990. године, члан 16 Протокола о заштити животне околине из 1991. године уз Уговор о Антарктику из 1959. године, члан 12 Бамако конвенције о забрани увоза у Африку и контроли прекограничног кретања и управљања опасним отпадом у Африци из 1991. године, члан 14 Конвенције о биолошкој разноврсности из 1992. године, члан 27 Протокола о заштити Медитеранског мора од загађења које настаје истраживањем и употребом епиконтиненталног појаса и морског дна и подморја из 1994. године, члан 12 Амандмана на Конвенцију о заштити Медитеранског мора од загађења из 1995. године, члан 14 Протокола о спречавању загађења Медитеранског мора прекограничним кретањем опасних отпада и њиховим одлагањем из 1996. године, члан 27 Картагена протокола о биолошкој безбедности уз Конвенцију о биолошкој разноврсности из 2000. године.

14 Росас, међутим, сматра да је та одредба „веома општа и апстрактна”, због чега критикује однос који Конвенција о праву мора да заузима према питању одговорности. Rosas, A., „Issues of State Liability for Transboundary Environmental Damage”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 60, 1991, стр. 32.

15 Чланови 31, 139, 235, 236 и 304 Конвенције о праву мора из 1982. године.

настала пропустом државе уговорнице да изврши своје обавезе повлачи њену одговорност. Осим тога, држава неће одговарати за штету која настане услед пропуста субјекта који је она спонзорисала у складу са чланом 153 (2, б) уколико је сама уговорница предузела све неопходне мере да обезбеди ефективну примену члана 153 (4) и члана 4 (4) Анекса III. У одредбама чланова 139 и 235 само се износи нешто што представља опште место у правилима међународног права о одговорности државе. Њима се „инкорпорирају постојећа правила о одговорности државе у правила Конвенције и не стварају нова правила о одговорности за штету причињену морској средини”.¹⁶ Добра страна таквог решења огледа се у томе што одговорност за еколошку штету везује са правилима која су солидно утемељена у међународном праву и која би само у пракси требало применити на случајеве у којима еколошка штета настаје као последица противправног акта. Ипак, чињеница да су такве одредбе унете у Конвенцију о праву мора из 1982. године само додатно показује са којом тежином правила о одговорности државе за противправни акт продиру у ткиво међународног права заштите животне околине. Томе у прилог иде и изузетно мали број међународних уговора који се опредељују за слично решење. Једну варијанту овог решења усваја Споразум о сарадњи са циљем одрживог развоја басена реке Меконг из 1995. године. У члану 8 Споразума предвиђа се да у случајевима „где штетни ефекти изазову значајну штету једној или више обалних држава услед употребе и/или испуштања у воду реке Меконг од стране било које обалне државе, уговорнице ће установити све релевантне факторе, износ штете и одговорност за штету у складу са принципима међународног права о одговорности државе”. Споразум искључиво користи термин *responsibility* и ослања се на правила међународног права о одговорности државе за противправни акт у случају да штета настане услед радњи или пропуштања неке од уговорних страна, без намере да се припомогне посебним правилима о накнади штете (*liability*), што је иначе уобичајена појава у међународним уговорима у тој области. Трећи уговор који потврђује примену правила општег међународног права о одговорности државе у случајевима штете нанете животној средини јесте Споразум о имплементацији одредаба Конвенције Уједињених нација о праву мора из 1982. године у вези са очувањем и управљањем раздвојеним рибљим стоковима и високомиграторним рибљим стоковима из 1995. године. Чланом 35 овог Споразума једноставно се предвиђа да ће државе уговорнице бити одговорне у складу са међународним правом за штету или губитак који им се може приписати у вези са Споразумом. Како је реч о споразуму који прати Конвенцију о праву мора из 1982. године, решење које је њиме усвојено не изненађује већ се логички уклапа у курс који је заузела Конвенција. С друге стране, Споразум који се тиче заштите реке Меконг из 1995. године представља усамљени случај оваквог решења у уговорима о очувању речне и морске средине реги-

16 Sands, P., *Principles of International Environmental Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2007, стр. 900.

оналног карактера. Најдаље је у том смислу отишао Уговор о принципима којима се воде активности држава приликом истраживања и употребе космичког пространства укључујући Месец и друга небеска тела из 1967. године, који у члану VI јасно успоставља одговорност држава уговорница за националне активности у космосу, без обзира на то да ли активност врше владине или невладине агенције. Решење се може приписати специфичном карактеру активности у космосу које се, бар још увек, одвијају под ефективним надзором саме државе,¹⁷ што фактички представља довољну везу за установљење њене одговорности. Податак да свега четири од две стотине седамдесет два уговора који се налазе у регистру Програма Уједињених нација за животну средину потврђују примену правила општег међународног права о одговорности треба схватити поражавајућим. То је свесно удаљавање еколошке штете од правила о одговорности државе за противправни акт чак и у случајевима у којима штета по животну околину неспорно представља последицу повреде важеће међународне уговорне обавезе.

1.4. Уговори уско специјализовани за ишћење одговорности

Четврту групу међународних уговора чине они уговори који су у целини посвећени правилима о одговорности. Реч је о одговорности субјеката приватног права коју, на међународном нивоу, уговарају државе. У том смислу, држава може одговарати и по правилима о одговорности за противправни акт уколико, примера ради, у своје унутрашње законодавство не унесе одговарајуће одредбе којима би га ускладила са обавезама преузетим међународним уговором. Ипак, основна сврха усвајања уговора из те групе огледа се у успостављању одговорности такозваних оператера, тј. субјеката који предузимају високоризичну активност.

Осамнаест уговора који би се могли сврстати у ову групу могуће је поделити у две подгрупе, у вези са другом основном категоријом уговора о којој је било речи, односно уговорима који садрже одредбу са обавезом развијања правила о одговорности.

Прву подгрупу чине уговори који заиста представљају испуњење такве уговорне обавезе. Они указују на закључак да државе такву одредбу нису схватиле као пуко слово на папиру, већ су уложиле одређене напоре да одредба добије своју реализацију. Такав је Базелски протокол о одговорности и накнади штете настале услед прекограничног кретања опасног отпада од 1999. године која представља поступање држава уговорница у складу са чланом 12 Базелске конвенције о контроли прекограничног кретања опасног отпада и његовог одлагања усвојене читаву деценију раније. Слична је ситуација са Анексом VI уз Протокол о заштити животне средине који се тиче Уговора о Антарктику. Преамбула Анекса о одговорности изричито се позива на члан 16 Протокола који предвиђа да ће државе уговорнице радити на развијању правила о

17 Сам Уговор из 1967. године, у члану VI, захтева сагласност надлежног органа државе у случају да активност предузима агенција изван државне структуре.

одговорности за штету која буде причињена животној средини Антарктика. Последњи у низу међународних уговора о одговорности за штету усвојен је 2003. године. Протокол о грађанској одговорности и накнади штете проузроковане прекограничним ефектима индустријских инцидената који се манифестују на прекограничним водама усвојен је уз две конвенције од 1992. године – уз Конвенцију о заштити и употреби прекограничних водних токова и међународних језера и уз Конвенцију о прекограничним ефектима индустријских инцидената. Протокол представља поступање држава уговорница у складу са чланом 7 прве, односно чланом 13 друге поменуте конвенције.

Другу, далеко бројнију подгрупу чине уговори који су усвојени са намером да регулишу питање одговорности за насталу штету, а који притом не представљају поступање по некој раније утврђеној обавези.

Први уговори који су се уско специјализовали за питање одговорности и накнаду штете управо припадају наведеној подгрупи.¹⁸ Таква пракса настаје већ почетком шездесетих година прошлог века са конвенцијама усвојеним у области одговорности за нуклеарну штету – Париским конвенцијом о одговорности треће стране у области нуклеарне енергије из 1960. године и Бечком конвенцијом о грађанској одговорности за нуклеарну штету из 1963. године. Међутим, регулисање одговорности за нуклеарну штету није се зауставило усвајањем та два уговора. Нуклеарна катастрофа у Чернобилу открила је недостатке постојећих уговорних режима и убрзала предузимање конкретних корака са циљем њиховог даљег јачања. Године 1988. усвојен је Заједнички протокол уз Париску и Бечку конвенцију којом су оне повезане тако да је поље њихове примене проширено. Осим тога, 1997. године усвојени су Протокол уз Бечку конвенцију и Конвенција о додатној накнади за нуклеарну штету. Измене уведене Протоколом од 1997. године указују на промену у приступу правилима о одговорности јер се ишло ка ширем опсегу заштите од нуклеарне штете. Протокол проширује поље примене Конвенције протежући одговорност на економске губитке, трошкове мера санације нарушене животне средине, као и превентивне мере.¹⁹ Осим тога, дефиниција нуклеарног инцидента је проширена тако да обухвата инцидент који ствара озбиљну и непосредну претњу од изазивања нуклеарне штете, али само у вези са превентивним мерама.²⁰ Такође, Протоколом је предвиђено да ће се Конвенција примењивати на нуклеарну штету ма где да она настане.²¹

18 За карактеристике, предности и мане режима одговорности код нуклеарне штете в. Galizzi, P., „Questions of Jurisdiction in the Event of a Nuclear Accident in a Member State of the European Union”, *Journal of Environmental Law*, Vol. 8, No. 1, стр. 75–76; Sands, P., *op. cit.*, стр. 906–911.

19 Члан 2 (2) Протокола од 1997. године уз Бечку конвенцију о грађанској одговорности за нуклеарну штету.

20 Чланови 2 (3) и 2 (4, н) Протокола од 1997. године уз Бечку конвенцију о грађанској одговорности за нуклеарну штету.

21 Члан 3 Протокола од 1997. године уз Бечку конвенцију о грађанској одговорности за нуклеарну штету.

Пракса усвајања посебних уговора који уређују питање одговорности настављена је и у погледу одговорности за штету насталу загађењем нафтом.²² Већ 1969. године усвојена је Међународна конвенција о грађанској одговорности за штету насталу загађењем нафтом, након чега је уследило неколико додатних споразума са намером да се првобитни текст Конвенције унапреди.²³ Од значаја је и Међународна конвенција о установљењу међународног фонда за накнаду штете настале загађењем нафтом која је усвојена у Бриселу 1971. године. Конвенција утире пут додатним механизмима за надокнаду штете настале загађивањем нафтом који су се указали као нужност у сличним ситуацијама услед инхерентних карактеристика те врсте штете које се огледају у њеној непредвидљивости, немогућности процене тачног износа штете и енормним износима које у пракси обично поприма. Тежња да се међународним уговором регулише што више ситуација у којима штету може да проузрокуј загађење нафтом манифестовала се и у Конвенцији о грађанској одговорности за штету насталу загађењем нафтом услед истраживања и искоришћавања минералних богатстава морског дна из 1977. године,²⁴ као и Међународну конвенцију о грађанској одговорности за штете проузроковане загађењем погонском нафтом из 2001. године²⁵.

Осим у материји нуклеарне штете и загађења нафтом, пракса усвајања међународних уговора о одговорности практикује се и у вези са транспортом опасних материја. Конвенција о грађанској одговорности у области транспорта нуклеарног материјала морем усвојена је 1971. године, а 1989. године усвојен је сличан уговор за штету проузроковану транспортом опасне робе друмом, железницом или бродовима унутрашње пловидбе.²⁶ Одговорност за штету насталу транспортом опасних материја морем уређена је Међународном конвенцијом о одговорности и накнади штете у вези са транспортом опасних и штетних супстанци морем од 1996. године.

Преглед уговора о одговорности за штету насталу активностима којима је својствен извештајан степен ризика упућује на неколико закључака.

22 Детаљно о том режиму: Sands, P., *op. cit.*, стр. 913; Healy, N., „The International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage”, *Journal of Maritime Law & Commerce*, 1969–1970, Vol. 1, стр. 317; Mason, M., „Civil Liability for Oil Pollution Damage: Examining the Evolving Scope for Environmental Compensation in the International Regime”, *Marine Policy*, Vol. 27, No. 1, јануар 2003, стр. 1–12.

23 Протокол из 1976. године и Протокол из 1992. године уз Међународну конвенцију о грађанској одговорности за штету насталу загађењем нафтом.

24 Sands, P., *op. cit.*, стр. 923; Dubais, B., „Compensation for Oil Pollution Damage Resulting from Exploration and Exploitation of Hydrocarbons in the Seabed”, *Journal of Maritime Law & Commerce*, 1974–1975, Vol. 6, стр. 549.

25 Sands, P., *op. cit.*, стр. 922; Wu, C., „Liability and Compensation for Bunker Pollution”, *Journal of Maritime Law & Commerce*, Vol. 33, No. 5, октобар 2002, стр. 553.

26 Конвенција о грађанској одговорности за штету проузроковану транспортом опасне робе друмом, железницом или бродовима унутрашње пловидбе усвојена у Женеви 1989. године.

Као прво, приметан је мали број уговора о одговорности у односу на иначе велики број уговора у области заштите животне околине.

Као друго, очигледна је несразмера између уговора који представљају разраду норме о обавези развијања правила о одговорности садржане у раније закљученом уговору у поређењу са уговорима који су настали независно од било које раније преузете обавезе, из простог разлога што су уговорнице препознале потребу да се установе посебна правила о одговорности и накнади за штету која настане вршењем одређене активности. Пракса игнорисања одредбе о обавези развијања правила о одговорности кандидује питање оправданости оваквог решења у будућим уговорима у еколошкој материји, поготово ако се у обзир узме учесталост такве одредбе у постојећим међународним уговорима и реткост накнадног поступања у складу са њом. Та несразмера указује на „политичке и друге тешкоће које су присутне код унапређења еколошке заштите путем шема одговорности и накнаде штете”.²⁷

Треће, диспропорција постоји и у погледу конкретне области еколошке заштите у вези са којом се развијају посебни режими одговорности и накнаде штете, и то у двоструком смислу. На једној страни, постоји несклад између уговора који регулишу општи режим одговорности за еколошку штету и уговора који су специјализовани за поједине врсте високоризичних активности. Једини општи режим одговорности за еколошку штету установљен је Лугано конвенцијом о грађанској одговорности за штету насталу активностима опасним по животну околину из 1993. године. Међутим, минимални су изгледи да та Конвенција икада ступи на снагу, о чему говори статус достављених инструмената о ратификацији.²⁸ На другој страни, несклад постоји и у вези са конкретним предметом регулисања постојећих уговора. Они су карактеристични само за поједине врсте активности које у себи носе ризик од настанка штете, и то нуклеарне активности, загађење морске средине нафтом и транспорт опасних материја.

Четврти закључак који произлази из анализе постојећих уговорних режима специјализованих за правила о одговорности и за накнаду штете тиче се изразите подударности усвојених решења без обзира на конкретно поље примене. Готово да се може говорити о шематском регулисању појединих питања са занемарљивим одступањима која представљају прилагођавање датог решења околностима у вези са одређеном врстом штетне активности. Реч је о следећим карактеристикама: 1) прецизно дефинисање активности односно материја на које се уговор примењује; 2) одређивање појма штете и њених конкретних манифестација; 3) каналисање одговорности на тачно одређеног субјекта (оператер нуклеарног постројења, власник брода...); 4) прецизирање врсте одговорности (одговорност је често апсолутног карактера); 5) ограничење

²⁷ Rosas, A., *op. cit.*, стр. 34.

²⁸ Од девет држава преговарача које су потписале Конвенцију, ниједна је није ратификовала (стање на дан 4. септембар 2013. године).

одговорности у погледу износа штете и временског периода у којем се може одговарати; 6) предвиђање основа за искључење одговорности; 7) поседовање обавезног осигурања као предуслова за вршење високоризичне активности; 8) регулација питања надлежности судских органа за случај да штета настане; 9) регулација питања извршења пресуда донетих од судских органа једне државе на територијама осталих држава уговорница; 10) примена уговорних одредаба почива на начелу недискриминације у погледу држављанства, пребивалишта или боравишта.²⁹

Ипак, и у томе се састоји најзначајнија разлика између уговора специјализованих за одговорност и накнаду штете, улога државе се може значајно разликовати. У пракси постоје четири решења. Прво, са најизраженијом улогом државе јесте уједно и најређе решење будући да је усвојено у само једном међународном уговору о одговорности. Реч је о Конвенцији о међународној одговорности за штету узроковану космичким објектима из 1971. године. Конвенција изричито и јасно предвиђа одговорност државе лансирања повлачећи, међутим, разлику између две ситуације – случаја када је штета проузрокована на површини земље или ваздухоплову у лету и случаја када је штета причињена на другом месту.³⁰ Друго решење такође предвиђа одговорност државе, али овог пута само у виду резидуалне одговорности. Ни то решење се не може похвалити јачом заступљеношћу у уговорној пракси. Примењује се на активности у вези са минералним богатствима на Антарктику. Чланом 8 Конвенције од 1988. године³¹ установљена је апсолутна одговорност оператора активности у вези са минералним богатствима на Антарктику, изричито га чинећи одговорним за „штету проузроковану животној околини Антарктика или зависним или повезаним екосистемима” која настаје услед његових активности са минералним богатствима.³² У наредном ставу овог члана пак предвиђа се да „штета из става 2 која не би настала или се наставила да је држава која спонзорише активност извршила своје обавезе из Конвенције које се тичу њеног оператора ће, у складу са међународним правом, повући одговорност државе. Ова одговорност биће ограничена на онај проценат одговорности који не сноси оператор”.³³ Треће решење подразумева само одређену обавезу државе уговорнице, али не и њену одговорност. Обавеза може бити различита од уговора до уговора. Нешто је строжа у уговорима који предвиђају

29 О томе више у: Hanqin, X., *Transboundary Damage in International Law*, Cambridge University Press, 2009, стр. 36; Sands, P., *op. cit.*, стр. 905. За прецизније карактеристике режима у области нуклеарне штете в. Pelzer, N., „Concepts of Nuclear Liability Revisited: A Post-Chernobyl Assessment of the Paris and the Vienna Conventions”, у: Cameron, P., (ed.), *Nuclear Energy Law after Chernobyl*, Graham and Trotman, London 1988, стр. 97–100.

30 Члан II и члан III Конвенције.

31 Конвенција о регулацији активности у вези са минералним ресурсима на Антарктику усвојена у Велингтону 1988. године.

32 Став 2, члан 8 Конвенције о регулацији активности у вези са минералним ресурсима на Антарктику из 1988. године

33 Став 3, члан 8 Конвенције из 1988. године.

резидуалну обавезу државе да плати износ накнаде штете. Решење се користи у уговорима у вези са нуклеарним бродовима и нуклеарном штетом. Примера ради, Бечка конвенција о грађанској одговорности за нуклеарну штету из 1963. године установљава апсолутну одговорност оператора нуклеарног постројења. Ипак, у члану VII предвиђа се обавеза оператора да буде осигуран или да поседује другу врсту финансијског обезбеђења за нуклеарну штету. У истом члану наводи се обавеза државе у којој се налази постројење да осигура плаћање накнаде штете за коју је установљена одговорност оператора тиме што ће обезбедити неопходна средства до износа који осигурање или друга врста финансијског обезбеђења нису у стању да покрију, али не преко максималног износа накнаде одређеног чланом V Конвенције.³⁴ Област одговорности за нуклеарну штету познаје и блажи облик те обавезе, тачније обавезу државе да надокнади део износа штете из својих јавних фондова³⁵ али и обавезу државе уговорнице да уплаћује доприносе у фонд међународног карактера за надокнаду штете.³⁶ Далеко најчешће решење састоји се у установљењу „грађанске” (*civil*) одговорности субјеката унутрашњег права који предузимају одређену активност, без конкретне улоге за државу. То, међутим, не значи да држава не би могла да буде одговорна у складу са одредбама тих уговора уколико се сама нађе у улози оператора. То јасно произлази из одредаба уговора који усвајају то решење ако се читају као целина. Наиме, пример добро формулисаног решења представља Конвенција о грађанској одговорности за штету проузроковану загађењем нафтом која настаје истраживањем и искоришћавањем минералних богатстава морског дна од 1977. године. У члану 3 Конвенција каналише одговорност на оператора постројења које служи за истраживање и искоришћавање минералних богатстава морског дна. Под оператором члан 1(3) подразумева особу, било да поседује дозволу или не, коју је у сврхе Конвенције држава која има контролу одредила као оператора или, у одсуству тог одређења, особа која има општу контролу над активностима које се предузимају на постројењу. Када се ова одредба доведе у везу са ставом 5 истог члана, јасно је да се и сама држава може наћи у улози оператора и тада би одговарала за причињену штету у складу са правилима Конвенције. Став 5 под „особом” сматра „било ког појединца или партнерство или било који орган јавног или приватног карактера, укључујући државу или било који њен конститутивни део”.³⁷ Готово идентично решење усваја и Конвенција о грађанској одго-

34 Члан VII Бечке конвенције о грађанској одговорности за нуклеарну штету из 1963. године.

35 Став 2, члан 3 Додатне конвенције уз Париску конвенцију о одговорности треће стране у области нуклеарне енергије (Брисел, 1963. године).

36 Међународна конвенција о установљењу међународног фонда за надоканду штете узроковане загађењем нафтом из 1971. године. Конвенција представља допуну Међународне конвенције о грађанској одговорности за штету насталу загађењем нафтом из 1969. године.

37 Став 5 члана 1 Конвенције о грађанској одговорности за штету проузроковану загађењем нафтом која настаје истраживањем и искоришћавањем минералних богатстава морског дна из 1977. године, усвојена у Лондону.

ворности за штету узроковану приликом преношења опасне робе друмом, железницом или бродовима за унутрашњу пловидбу од 1989. године, с тим што се чланом 5 Конвенције одговорност каналише на „особу” која преноси опасну робу. Дефиниција „особе” идентична је претходно поменутом одређењу овог појма и укључује државу.³⁸ Предност оваквог решења огледа се у томе што уговори којима је предвиђена могућност да држава сноси одговорност за штету у својству оператера одређене активности обично садрже одредбу која онемогућава да се држава у том случају позове на имунитет у поступцима пред надлежним судским органом у унутрашњем праву.³⁹

Установљење одговорности државе у режимима попут управо наведених, иако је у суштини реч о обавези накнаде причињене штете, могу водити и одговорности државе за противправни акт. У случају да држава не имплементира у своје унутрашње законодавство режим грађанске одговорности установљен међународним уговором чија је страна уговорница, као и у случају да не изврши различите видове обавеза у вези са накнадом штете које може имати, она може бити одговорна према општим правилима међународног права о одговорности државе за кршење међународне обавезе. Произлази да установљење резидуалне одговорности државе у режиму грађанске одговорности за штету причињену појединим активностима може, бар теоријски, довести до ширења поља примене правила о одговорности државе за противправни акт. А, како примећује Росас, „крајња одговорност државе за противправни акт према правилима међународног јавног права била би у том случају заснована на резидуалној грађанској одговорности државе која је обично објективног карактера, тј. независна од питања кривице”.⁴⁰

Из свега до сада изложеног може се извести закључак да је степен спремности држава да прихвате одговорност у међународним уговорима еколошког карактера одређен циљевима који су се желели постићи применом конкретних режима. Тако детаљан међународни режим одговорности којим се она каналише на државу, а који је својствен само сфери космичких активности, треба приписати специфичном политичком распореду снага у тренутку усвајања текста уговора из 1971. године. Не може се очекивати да он постане узор за друге уговорне режиме о одговорности за еколошку штету, и то не само за општи режим одговорности

38 Став 7 члан 1 Конвенције о грађанској одговорности за штету узроковану приликом преношења опасне робе друмом, железницом или бродовима за унутрашњу пловидбу из 1989. године усвојена у Женеви. Исто решење фигурира у члану I (2) Конвенције о грађанској одговорности за штету насталу загађењем нафтом од 1969. године која каналише одговорност на власника брода.

39 Члан 13 (е) Конвенције о одговорности треће стране у области нуклеарне енергије из 1960. године, члан X (3) Бриселске конвенције о одговорности оператера нуклеарног брода из 1962. године, члан XIV Бечке конвенције о грађанској одговорности за нуклеарну штету из 1963. године, члан 14 (1) Међународне конвенције о установљењу међународног фонда за накнаду штете настале загађењем нафтом из 1971. године.

40 Rosas, A., *op. cit.*, стр. 39.

већ и за одговорност за еколошку штету узроковану појединим врстама активности. У прилог његовој атипичности иде и чињеница да за четрдесет година од његовог усвајања ниједан уговорни режим међународног карактера није предмет свог регулисања устројио на такав начин.

За разлику од космичких активности, различити режими који оперишу у сфери нуклеарне штете вођени су потребом да се расподеле економске последице штете причињене нуклеарним активностима. Разлоге еколошке природе надмашила је потреба да се омогући функционисање индустрије која у себи носи екстремно висок степен ризика, што се манифестује у бројним ограничењима одговорности у случају да се приликом вршења нуклеарних активности догоди штета, као и у спремности држава уговорница да на различите начине учествују у накнади штете.

За разлику од два управо наведена модела, режим одговорности за штету насталу загађењем нафтом могао би да послужи као модел за будућа правила о одговорности за прекограничну еколошку штету.⁴¹ Тим пре што се његов крајњи циљ ипак огледа у потреби да се побољша положај оних субјеката којима је штета причињена, уз све конкретније признавање штете причињене животној средини као таквој. Добра страна овог решења лежи у томе што терет накнаде штете сноси субјект који предузима активност која је до штете довела, било да је реч о субјекту унутрашњег права или држави, као и у околности да држава, преко сопствених обавеза у вези са надзором над обављањем тих активности, издавањем дозвола или на други начин, може одговарати за пропусте у извршењу обавеза по међународном уговору а према општим правилима о одговорности за противправни акт.

Предности режима одговорности за штету насталу загађењем нафтом навеле су поједине ауторе да га сматрају базом за будуће режиме одговорности за еколошку штету. Сендс (*Sands*) чак говори о „другој генерацији правила о грађанској одговорности” која ће имати нимало једноставан задатак да надограде и унапреде постојећа правила.⁴² Будући да једини општи режим одговорности за штету причињену животној средини, тзв. Лугано конвенција из 1993. године, има слабе изгледе да икада постане део позитивног међународног права, на универзалном плану ће се по свој прилици наставити тенденција регулисања питања одговорности за конкретне врсте активности и са ограниченим просторним домаћајем. За разлику од тога, право Европске уније у материји одговорности за еколошку штету ближе је општем режиму одговорности мада не преузима у целини решења предвиђена Лугано конвенцијом. Иако највише сличности има са моделом садржаним у уговорима који су уско специјализовани за питање одговорности, намеће се утисак да је то решење не само боље већ и ефикасније од решења садржаних у мултилатералним међународним уговорима.

41 Gehring, T., Jachtenfuchs, M., „Liability for Transboundary Environmental Damage: Towards a General Liability Regime ?”, *EJIL*, 1993, стр. 103.

42 Sands, P., *op. cit.*, стр. 938.

2. Директива 2004/35/ЕЗ о одговорности за еколошку штету

И државе чланице Европске уније и Унија као посебан субјект често су уговорнице мултилатералних међународних уговора у еколошкој сфери.⁴³ Међутим, свесна чињеница да међународни уговори не представљају довољно ефикасно средство за решавање проблема у вези са еколошком штетом, Европска унија је изградила сопствена правила о одговорности за загађење.

Директива Европске уније о одговорности за еколошку штету усвојена је 2004. године, у тренутку када су сви потенцијални модели регулација те материје угледали светлост дана и увелико били примењивани. Тај временски моменат је омогућио творцима Директиве да сагледају све расположиве моделе и одаберу онај који је најефикаснији и који највише одговара спровођењу еколошке политике Европске уније.

Када је 9. фебруара 2000. године Европска комисија усвојила документ у коме су размотрене различите варијанте обликовања режима еколошке одговорности,⁴⁴ као први у низу модела нашао се режим установљен Лугано конвенцијом о грађанској одговорности за штету узроковану опасним активностима. То решење не само да би било најједноставније, јер би био употребљен „готов производ”, већ би „приступање Уније Конвенцији имало ту предност што би било у складу са принципом супсидијарности на међународном нивоу (нове прописе Уније не треба доносити уколико се дато питање може регулисати приступањем Уније постојећем међународном уговору)”.⁴⁵ Осим тога, истакнут је опсежан предмет регулација Лугано конвенције будући да су њом обухваћене све врсте штете које настану као резултат опасних активности, али и чињеница да Конвенција различите категорије опасних активности третира на исти начин, усвајајући општи а не секторски приступ. Ипак, исте карактеристике Лугано конвенције могле би се схватити и као њени озбиљни недостаци ако се сагледају из другог угла. У документу се истиче да режими еколошке одговорности предвиђени унутрашњим правом већине држава чланица Уније заостају за режимом Конвенције из Лугана, нарочито у погледу појма еколошке штете, али и онога што се схвата под опасном активношћу. Ширина приступа усвојеног Конвенцијом сматрана је сувише неодређеном и непрецизном, те самим тим оставља значајан простор за правну несигурност.

Секторски приступ регулацији еколошке одговорности који преовлађује у мултилатералним међународним уговорима, разматран је и

43 Као пример може да послужи Оквирна конвенција Уједињених нација о климатским променама и Кјото протокол који је закључен уз њу.

44 White Paper on Environmental Liability, COM(2000) 66 final, 9. фебруар 2000, текст документа доступан је на адреси http://europa.eu.int/comm/environment/liability/el_full.pdf.

45 *Ibid.*, стр. 25.

за потребе регулисања овог питања на нивоу Уније. Европски парламент је у неколико наврата захтевао од Комисије да у постојеће директиве из области биотехнологије унесе одредбе о одговорности.⁴⁶ Ипак, приступ који би се огледао у искрајању режима одговорности према потребама конкретне високоризичне активности не би био у стању да обезбеди један усклађен систем, систем који би осигурао једнаку примену принципа загађивач плаћа, принципа превенције и принципа предострожности на активности којима је својствен висок степен ризика од настанка штете по животну околину.

Као најбоље, са становишта ефикасности и потреба права Европске уније, препоручено је решење које се састоји у усвајању директиве којом би се регулисала одговорност за еколошку штету.⁴⁷ У редовима који следе биће дат упоредни приказ појединих решења усвојених Директивом и решења из међународних уговора о грађанској одговорности, са циљем анализе утицаја који су модели мултилатералног регулисања еколошке одговорности имали на право Европске уније. Ако се пође од основних карактеристика тих уговора, које су изнете у делу рада у којем се анализирају међународни уговори ускоспецијализовани за питање одговорности, намеће се закључак да режим установљен Директивом одговара шематском регулисању појединих питања уз одступања која представљају прилагођавање датог решења околностима у вези са одређеном врстом штетне активности.⁴⁸ Акценат ће стога бити стављен на елементе у погледу којих се усвојена решења разилазе, конкретно на појам еколошке штете, врсту високоризичних активности, улогу државе, обавезу финансијског обезбеђења али и овлашћења правних и физичких лица да покрену одређене поступке у вези са штетом причињеном животној средини.

Директива дефинише штету као „мерљиве негативне промене у природним ресурсима или мерљива оштећења функције природних ресурса који могу да се догоде директно или индиректно”.⁴⁹ Ту дефиницију треба довести у везу са начином на који Директива одређује појам еколошке штете. Под еколошком штетом она подразумева штету нанету

46 *Ibid.*, стр. 26.

47 В. више: Civil liability resulting from transfrontier environmental damage: a case for the Hague Conference?, Hague Conference on Private International Law, Note drawn up by Christophe Bernasconi Secretary at the Permanent Bureau, http://www.hcch.net/upload/wop/gen_pd8e.pdf.

48 Примера ради, загађивач се идентификује уз помоћ претпоставке којом се одговорност каналише на субјекта који активност предузима. Дефинише се појам штете, али и активност која се сматра високоризичном. Одговорност се ограничава у погледу износа штете и временског периода у коме може се одговарати. Предвиђају се основи за искључење одговорности, али и регулише питање надлежности судских органа за случај да штета настане. За остале заједничке карактеристике в. више: Kiss, A., Shelton, D., *Guide to International Environmental Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston 2007, стр. 145.

49 Члан 2, став 2 Директиве 2004/35/ЕЗ.

заштићеним врстама и природним стаништима, водама и земљишту.⁵⁰ Већ на овом месту треба приметити разлике у дефинисању еколошке штете у Директиви у односу на мултилатералне међународне уговоре. У тренутку када су настајале одредбе међународних конвенција о одговорности за поједине врсте опасних активности, намера њихових твораца и није била да се оне односе на штету нанету животној средини *per se*. Првобитно се под штетом подразумевала штета нанета људима, њиховој имовини,⁵¹ економски губици до којих је дошло у вези са штетом, али су касније њоме обухваћени и трошкови мера успостављања нарушене животне средине, осим уколико је оно незнатно, губитак прихода који су последица економске димензије употребе животне средине и трошкови превентивних мера.⁵² Напредак у дефинисању еколошке штете представља Лугано конвенција о грађанској одговорности за штету узроковану активностима опасним по животну околину из 1993. године. У члану 2(7) Конвенције под штетом се подразумева губитак живота, штета нанета људима и имовини, али и штета нанета животној средини под условом да није реч о штети нанетој људима и имовини, с тим што се накнада штете причињене животној средини ограничава на трошкове мера које су предузете или треба да буду предузете како би се та штета отклонила. Јединственост решења усвојеног Лугано конвенцијом огледа се и у томе што саставни део Конвенције чини дефиниција животне средине. Под животном средином Конвенција подразумева

50 Члан 2, став 1 Директиве. Појмове садржане у дефиницији еколошке штете Директива даље одређује ослањајући се на релевантне прописе који су на снази у Европској унији, попут Директиве 79/409/ЕЕЗ која се тиче заштићених врста и Директиве 2000/60/ЕЗ о водама.

51 У члану 3(а) Париске конвенције под појам нуклеарне штете подводи се штета нанета животу људи или њиховој имовини, док се у члану I (1, к) Бечке конвенције томе додаје и штета нанета људима уопште, а не само њиховом животу. В. више Galizzi, P., „Questions of Jurisdiction in the Event of a Nuclear Accident in a Member State of the European Union”, *Journal of Environmental Law*, Vol. 8, No. 1, стр. 75–76. Слично решење је усвојено и у Конвенцији о међународној одговорности за штету изазвану космичким објектима из 1972. године, у чијем се члану I(а) штета одређује као губитак живота, штета нанета људима или њиховом здрављу, губитак или штета нанета имовини држава или лица, физичких или правних, као и имовини међународних организација.

52 Протокол уз Бечку конвенцију из 1997. године, Протокол из 2004. године уз Париску конвенцију. Конвенција о грађанској одговорности за штету изазвану загађењем нафтом из 1969. године обухвата само губитак или штету нанету изван брода, укључујући трошкове превентивних мера. Протокол из 1992. године уз ову Конвенцију проширује појам штете и под њом подразумева губитак или штету нанету изван брода загађењем које настаје услед изливања нафте са брода, под условом да накнада за нарушену животну средину, осим изгубљене добити настале нарушавањем, буде ограничена на трошкове мера које су предузете или треба да буду предузете. Године 1996. усвојена је Међународна конвенција о одговорности и накнади штете у вези са преносом опасних и штетних материја морем. Конвенција дефинише штету као губитак живота или штету нанету људима, губитак или штету причињену имовини изван брода, губитак или штету изазвану загађењем животне средине и трошкове превентивних мера.

природне ресурсе попут ваздуха, воде, земље, флоре и фауне као и њихову међусобну интеракцију, имовину која чини саставни део културне баштине и карактеристичан изглед животне средине. Када се решење утврђено Директивом упоређи са решењима предвиђеним међународним конвенцијама, долази се до следећих закључака. Директива, попут Лугано конвенције, усваја екоцентричан приступ у дефинисању еколошке штете, али га истовремено ограничава на конкретне аспекте животне околине – заштићене врсте, природна станишта, воде и земљиште. За разлику од тога, Лугано конвенција овде сврстава све природне ресурсе, не само воду и земљиште, флору и фауну – дакле и врсте које нису заштићене, па чак и имовину која чини саставни део културне баштине и карактеристичан изглед животне средине, док секторски оријентисани међународни уговори то питање уопште не третирају. Екоцентричност приступа поново долази до изражаја у Директиви и када је у питању одређење појма штете. Директива се заснива на негативним променама у природним ресурсима или мерљивим оштећењима функције природних ресурса, дакле у потпуности се бави штетом по животну околину. С друге стране, мултилатерални уговори који се баве питањем одговорности усвајају или искључиво антропоцентричан приступ или га пак комбинују са појединим елементима екоцентричног приступа, ограничавајући се притом на трошкове санирања нарушене животне средине.

Разлике у дефинисању еколошке штете, које су посебно видљиве када се Директива упоређи са секторски оријентисаним међународним уговорима, значајне су и у контексту примене одредбе члана IV Директиве којим су предвиђене ситуације у којима се одредбе Директиве не примењују.⁵³ Наиме, одређене врсте штете, које су већ регулисане међународним конвенцијама о грађанској одговорности, искључене су из Директиве 2004/35/EЗ у складу са чланом IV, као и Анексом IV и Анексом V. Директива се самим тим не примењује на случајеве еколошке штете која настане нуклеарним активностима и ово искључење је апсолутног карактера. Када је у питању загађење нафтом или штета која настаје транспортом опасних материја, примена Директиве се искључује уколико је дата Конвенција на снази у држави чланици.⁵⁴ Из одредбе члана IV Директиве произлази да је њен режим комплементаран са режимима установљеним мултилатералним уговорима који су специјализовани за питање одговорности у појединим областима. Ипак, ограничен број држава које су изразиле пристанак да њима буду обавезане навео је писце Директиве да примену мултилатералних међународних уговора у материји еколошке одговорности услове тиме да је Конвенција на сна-

53 О осталим изузецима од примене Директиве в. више: Матијашевић Ј., Алавук М., „Одговорност држава чланица Европске уније у области заштите животне средине”, *Право – теорија и пракса*, година XXVIII, број 10–12, октобар-децембар 2011, стр. 46.

54 Descamps, H., Slabbinck, R., Bocken, H., *International Documents on Environmental Liability*, Springer, 2008, стр. v.

зи у датој држави чланици. Усвојено решење је подложно критици јер суштински представља повратак са напредног екоцентричног приступа дефинисању штете на традиционални приступ који животну средину своди превасходно на користи које од ње има човек.⁵⁵

Када је у питању врста високоризичних активности, решење усвојено Директивом се налази на пола пута између секторског и општег приступа. Може се рећи да представља секторски приступ заоденут у рухо јединственог акта. Наиме, Директива повлачи разлику између две ситуације, а за сваку важи посебан режим одговорности. Први режим се тиче опасних или потенцијално опасних активности које су садржане у Анексу III уз Директиву. Овде улазе пољопривредне или индустријске активности за чије извођење је неопходна дозвола, активности којима се у воду или ваздух испуштају тешки метали, постројења која производе опасне хемијске супстанце, управљање отпадом и активности у вези са генетски модификованим организмима. У случају да штета настане као резултат наведених активности, оператер ће бити одговоран чак и уколико не постоји његова кривица.⁵⁶ Други режим одговорности примењује се на редовне активности које нису садржане у Анексу III, али само у случају да штета настане или да постоји непосредна претња од настанка штете врстама или природним стаништима која су заштићена прописима Уније. Оператер ће сносити одговорност за те активности само ако се може установити његова кривица или пак груба непажња.⁵⁷ Повлачење разлике између опасних и редовних активности, иако оне подразумевају различите врсте одговорности, представља новину у регулацији одговорности за еколошку штету. Лугано конвенција, примера ради, користи општи термин „опасне активности” али, осим што тај појам дефинише у члану 2, пружајући примере различитих активности које се могу подвести под овај појам, не прави разлику између појединих врста опасних активности са становишта режима одговорности. С друге стране, мултилатерални уговори којима се регулише питање одговорности за еколошку штету проузроковану конкретним врстама опасних активности, у самој својој бити имају претпоставку да је реч о такозваним опасним или високоризичним активностима.

У делу рада који приказује мултилатералне међународне уговоре ускеспецијализоване за еколошку одговорност, анализирано је и питање субјекта који сноси одговорност. У складу са принципом ‘загађивач плаћа’, одговорност се каналише на субјекта који предузима опасну активност. С тим у вези, постојећа решења су класификована према критеријуму улоге државе у режиму одговорности. Одговорност државе у правом смислу речи предвиђа незнатан број уговора, ретко се ради о

55 За критику решења којим Директива упућује на примену одређених међународних уговора в. Winter, G., Jans, J. H., Macrory, R., Kramer, L., „Weighing up the EC Environmental Liability Directive”, *Journal of Environmental Law*, Vol. 20/2, 2008, стр. 173.

56 Члан III, 1(a) Директиве.

57 Члан III, 1(б) Директиве.

одговорности правног лица уз резидуалну одговорност државе, а најчешће је установљена одговорност субјекта унутрашњег права без помињања државе као субјекта који би могао да буде одговоран или пак да на било који начин учествује у санирању штетних последица. И у том погледу се Директива 2004/35/ЕЗ разликује од режима успостављених међународним уговорима. Наиме, Директивом је предвиђена обавеза надлежног државног органа да, било у случају да је штета настала или да се ради о ситуацији у којој постоји непосредна претња од њеног настанка, захтева од оператера да предузме све неопходне мере за отклањање штете, односно њено спречавање, или пак да сам предузме такве мере, а да трошкове накнадно надокнади од субјекта који је активност предузео. Тако конципирано решење је одлично јер држави даје активну улогу у предузимању мера превенције или санације, притом не успостављајући у исто време и њену одговорност. Одговорност и даље сноси субјект који је активност предузео, али се и држави поверава веома важна обавеза, чиме се наглашава да је крајњи циљ Директиве заштита околине од загађења а не проста накнада штете.

Када је у питању обавеза финансијског обезбеђења, Директива не обавезује оператере да поседују обавезно осигурање.⁵⁸ Та обавеза је, међутим, правило у режимима одговорности за штету узроковану опасним активностима које установљавају међународни уговори, и то како у уговорима са секторским приступом, тако и у Лугано конвенцији. Директива само намеће обавезу државама чланицама да подстичу оператере да користе такве механизме, као и да развијају услуге осигурања у областима које подразумевају вршење опасних активности.⁵⁹

Коначно, у погледу овлашћења правних и физичких лица да покрену одређене поступке у вези са штетом причињеном животној средини, Директива усваја решење инспирисано главом III Лугано Конвенције, мада одлази и корак даље. Директивом су овлашћена физичка и правна лица која су погођена еколошком штетом, али и организације које се баве заштитом животне околине, да од надлежних органа захтевају да предузму одговарајуће мере. Они могу покренути поступак пред судом или телом *ad hoc* карактера како би се испитала законитост одлука или радњи надлежног органа, или пак њиховог пропуста.⁶⁰ С обзиром на околност да су мултилатерални међународни уговори који се баве одговорношћу за еколошку штету закључени углавном пре усвајања Архуске конвенције 1998. године, тј. њеног ступања на снагу 2001. године, оне не садрже одредбу о праву физичких и правних лица на приступ информацијама од значаја за заштиту околине, или пак праву на покре-

58 Детаљније о разлозима због којих Директива усваја управо овакво решење код Радојевић, Д., „Нова Директива Европске уније о одговорности у области заштите животне средине”, *Међународни проблеми*, 2005, бр. 1–2, стр. 189–191.

59 Члан 14 Директиве.

60 Члан 13 Директиве.

тање одговарајућих поступака. Директива 2004/35/ЕЗ представља пак имплементацију одредаба Архуске конвенције у право Европске уније будући да је сама Унија уговорница Конвенције о приступу информацијама, јавном учешћу у одлучивању и приступу правди у еколошким стварима.

3. Закључак

Директива 2004/35/ЕЗ има извесне сличности са режимима еколошке одговорности који су успостављени мултилатералним међународним уговорима, али и значајне разлике. Сличност се огледа у томе што режим предвиђен Директивом у начелу одговара последњем моделу који усвајају мултилатерални међународни уговори – моделу уског специјализовања за питање одговорности. Међутим, на регионалном европском нивоу успела је да заживи варијанта овог модела која по свој прилици неће никада заживети на нивоу општег међународног права. Уместо секторског приступа регулацији одговорности који се огледа у креирању правила о одговорности за еколошку штету зависно од врсте високоризичне активности, Директива усваја општи приступ чиме су у једном документу садржана правила о одговорности независно од врсте високоризичне активности. Међутим, то не значи да је режим установљен Директивом потпуно идентичан режиму предвиђеном Лугано конвенцијом. Разлике су вишеструке и огледају се, како је у раду анализирано, у појму штете, врсти опасне активности, улози која се поверава држави, обавези осигурања и овлашћењу за покретање одговарајућих поступака. Може се закључити да Директива комбинује две варијанте модела који одговара мултилатералним уговорима специјализованим за питање одговорности. По својој суштини режим успостављен Директивом је општег карактера и по томе је ближи Лугано конвенцији о грађанској одговорности за штету насталу високоризичним активностима. Ипак, режими одговорности који су установљени мултилатералним међународним уговорима за одређене врсте активности, такозвани секторски оријентисани режими, добили су у Директиви можда и значајније место од Лугано конвенције. Њихове одредбе, а не одредбе Директиве, биће примењиване у свакој ситуацији када штета по животну околину настане активностима које су регулисане мултилатералним конвенцијама наведеним у Анексу IV и Анексу V уз Директиву.

Asst. Bojana Čučković*

MODELS OF REGULATING ENVIRONMENTAL LIABILITY BY MULTILATERAL TREATIES AND THEIR IMPACT ON THE REGIME ADOPTED IN THE EUROPEAN UNION LAW

Summary

When the European Union started to develop its own rules on environmental liability at the end of the last century, it had at its disposal certain ready-made solutions contained in multilateral international treaties, as well as a possibility to analyze their effectiveness for the purpose of potentially opting for some among them. Four different models of treating environmental liability were abstracted from the provisions of nearly three hundred international conventions. Certain sub-groups of treaties were also identified within each specific model. This article explores the link between the models of treating environmental liability by multilateral treaties and the solution adopted by Directive 2004/35/EC on environmental liability. The comparative analysis of certain solutions adopted in the Directive and the ones stipulated in international treaties on civil liability for environmental damage, provides for a conclusion that the Directive is closest to the model adopted in treaties specialized for the issue of liability. However, in order to analyze the impact that this model, namely its two forms (general and sectoral), had on the European Union law, the focus was placed on certain elements in terms of which the adopted solutions differ, in particular the concept of environmental damage, the type of high-risk activity and the role of the State. The author comes to a conclusion that the regime established by the Directive combines two versions of the model adopted in multilateral treaties that specialize in the issue of liability. Regarding its characteristics it seems to have been inspired by the 1993 Lugano Convention on Civil Liability for Damage Caused by Dangerous Activities. However, certain sector-oriented liability treaties were given perhaps even more important place in the Directive since the Directive envisages the application of these treaties in cases of environmental damage resulting from activities that they regulate.

Key words: *Directive 2004/35/EC on liability for environmental damage. Multilateral environmental treaties. Environmental damage. Dangerous activities.*

* Bojana Čučković, PhD. Assistant, Faculty of Law University of Belgrade. This article is the result of research within the project *Perspectives of Implementation of European Standards in the Serbian Legal System* (179059), supported by the Ministry of Education, Science and Technological development.

PRESUDE EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA PROTIV SRBIJE U OBLASTI VRŠENJA RODITELJSKOG PRAVA I ODNOSA RODITELJA I DECE

Apstrakt

Pojam porodice kao osnovnog instituta porodičnog prava bio je često predmet analize porodičnog prava. Tendencije u uporednom porodičnom pravu s kraja XX i početka XXI veka ogledale su se u zakonskom izostavljanju definicije porodice. Presude u odnosu na član 8 Konvencije ujedno se odnose na dve bliske oblasti koje se često prepliću – na povredu prava na privatni život i povredu prava na porodični život. Takođe, u velikom broju presuda kada je reč o povredi prava na privatni ili porodični život, Evropski sud za ljudska prava (ESLJP) neretko utvrdi i povredu člana 6 stava 1 Konvencije. Od osam presuda koje je ESLJP doneo protiv države Srbije u oblasti prava na poštovanje porodičnog života, u šest presuda je rešavano o pitanjima razvoda braka u vezi sa starateljstvom nad decom i održavanju ličnih odnosa roditelja i deteta (Damjanović, Felbab, Krivošej, Tomić, V. A. M. i Veljkov). Kao pravilnost, ESLJP utvrđuje povredu prava na poštovanje porodičnog života (posebno u vezi sa članom 6 stavom 1) ako domaće vlasti u dužem periodu vremena ne izvršavaju donete odluke o vršenju roditeljskog prava i održavanju kontakta. Opravdanost takvog stava ESLJP, posebno se pokazuje ukoliko imamo u vidu činjenicu da protek vremena ima presudnu ulogu u tim sporovima. Međusobno održavanje ličnih odnosa i zajednički život roditelja i deteta predstavlja suštinski element postojanja porodičnog života. Činjenica da ne postoji porodični život između roditelja i deteta može biti rezultat: protivljenja jednog roditelja, protivljenja deteta i propusta državnih organa. Ostvarivanje prava roditelja na održavanje ličnih odnosa sa decom, uprkos aktivnom delovanju domaćih vlasti, ostaje neostvareno usled protivljenja dece.

Ključne reči: Evropski sud za ljudska prava. Pravo na poštovanje porodičnog života. Vršenje roditeljskog prava. Privremeno starateljstvo nad detetom. Kontakt roditelja i deteta. Određivanje izdržavanja.

* Uroš Novaković, MA, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije* (179059), koji podržava Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

Uvod

Pojam porodice kao osnovnog instituta porodičnog prava bio je često predmet analize porodičnopravne teorije. Tendencije u uporednom porodičnom pravu s kraja XX i početka XXI veka ogledale su se u zakonskom izostavljanju definicije porodice. Tako postupa i Porodični zakon Srbije iz 2005. godine i ostavlja sudovima da preciziraju pojam porodice, imajući u vidu praksu Evropskog suda za ljudska prava (ESLJP).¹ Naime, ESLJP u skladu sa članom 8 Evropske konvencije² o ljudskim pravima i slobodama iz 1950. godine (Konvencija), nastoji da uobliči pojam porodice kroz „porodični život” i zaštitu prava na poštovanje porodičnog života. U ovom i narednom radu, nastojaćemo da analiziramo presude ovog suda u odnosu na državu Srbiju u vezi sa zaštitom prava na porodični život, koja je navodno povređena aktima domaćih organa.

Do početka izrade ovog članka Evropski sud za ljudska prava doneo je ukupno 12 presuda protiv države Srbije koje se odnose na član 8 Konvencije. Presude se ujedno odnose na dve bliske oblasti koje se često prepliću – na povredu prava na privatni život i povredu prava na porodični život. Takođe, u velikom broju presuda u vezi sa povredom prava na poštovanje privatnog ili porodičnog života, ESLJP neretko utvrdi da je povređen i član 6 stav 1 Konvencije, koji se odnosi na pravično suđenje u razumnom roku. Od ukupnog broja presuda, četiri se odnose na pravo na poštovanje privatnog života, i to tri na postupanje i prepisku lica koja su se nalazila u pritvoru ili zatvoru (Milošević protiv Srbije, Jovančić protiv Srbije i Stojanović protiv Srbije), a jedna na lišenje poslovne sposobnosti (Solontaji Drobniak protiv Srbije). Od osam presuda relevantnih za poštovanje porodičnog života, jedna se odnosi na utvrđivanje očinstva (Jevremović protiv Srbije)³, jedna na nepružanje informacija o sudbini deteta, odnosno navodnu krađu deteta iz porodilišta (Jovanović protiv Srbije), a u šest je rešavano o pitanjima razvoda braka u vezi sa starateljstvom nad decom i održavanju ličnih odnosa roditelja i deteta (Damnjanović, Felbab, Krivošej, Tomić, V. A. M. i Veljkov). U ovom radu ćemo analizirati samo presude koje se odnose na odnose roditelja i deteta.⁴ U većini analiziranih presuda pitanje povrede člana 8 povezano je i ne može

1 Videti M. Draškić, „Usklađenost domaćeg prava sa standardima Evropskog suda za ljudska prava u odnosu na član 8. Konvencije”, Zbornik radova *Pravni kapacitet Srbije za evropske integracije*, 2006, str. 70.

2 Član 8. Konvencije glasi: „Svako ima pravo na poštovanje svog privatnog i porodičnog života, doma i prepiske.

Javne vlasti neće se mešati u vršenje ovog prava sem ako to nije u skladu sa zakonom i neophodno u demokratskom društvu u interesu nacionalne bezbednosti, javne bezbednosti ili ekonomske dobrobiti zemlje, radi sprečavanja nereda ili kriminala, zaštite zdravlja ili morala, ili radi zaštite prava i sloboda drugih.”

3 O tome i M. Draškić, *Porodično pravo i prava deteta*, Beograd 2011, str. 240.

4 O pravu na poštovanje porodičnog života videti: Z. Ponjavić, „Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i pravo na poštovanje porodičnog života”, *Pravni život*, 9/2003, str. 821–839.

se odvojiti od povrede prava na pravično suđenje predviđeno u članu 6 stavu 1 Konvencije. Poseban značaj donetih presuda protiv Srbije ogleda se u tome što se većina presuda odnosi na sporove povodom vršenja roditeljskog prava, kontakta između roditelja i deteta i izvršenja pravnosnažnih odluka sudova o poveravanju deteta, sporova koji su pred ESLJP najčešći ako se posmatraju postupci protiv svih država potpisnica Konvencije.

Značaj presuda ESLJP ne treba previše isticati s obzirom na to da one obavezuju države potpisnice Evropske konvencije o ljudskim pravima, te nameću državama obavezu da u budućim (istim) slučajevima isprave propuste, bilo izmenom zakonodavstva, bilo promenom postupanja državnih organa u predmetnim postupcima.⁵

*Tomić protiv Srbije*⁶

Činjenice, tok postupka i odluka domaćeg suda

Podnositeljska predstavke Slađana Tomić rođena je 1973. godine i živi u Smederevu. Ona se 1998. godine udala za P. V. i iste godine rodila njihovu ćerku A. V. Podnositeljka predstavke živela je sa roditeljima P. V. u Krupnju, dok je on živio u Beogradu gde je studirao. Tokom 2001. godine usled razdvojenog života javili su se bračni problemi, a u februaru iste godine supružnici su prešli da žive u kuću njenih roditelja u Smederevu. Iste godine podnositeljka predstavke podnela je tužbu za razvod braka Opštinskom sudu u Krupnju. U podnetoj tužbi zahtevala je starateljstvo nad detetom i izdržavanje za dete. U julu 2001. godine Opštinski sud je razveo brak i nastavio postupak po pitanju starateljstva i izdržavanja za dete.

U februaru 2004. godine Opštinski sud je dodelio A. V. majci i obavezao P. V. da daje 10% svojih mesečnih prihoda za izdržavanje deteta. Okružni sud u Šapcu je 17. decembra 2004. potvrdio odluku Opštinskog suda u Krupnju, a Vrhovni sud Srbije je 9. marta 2006. godine potvrdio odluku Okružnog suda u Šapcu.

S obzirom na to da se A. V. od 29. juna 2001. godine nalazila kod P. V. i njegovih roditelja u Krupnju, podnositeljka je zatražila izvršenje presude iz februara 2004. godine. Opštinski sud je usvojio taj zahtev u martu 2005. godine i naložio P. V. da preda dete, što je potvrdio i Okružni sud u aprilu 2005. godine. Na dva zakazana ročišta, 28. aprila i 8. juna 2005. godine, P. V. je odbio da preda dete majci. Na sledećem održanom ročištu psiholog je naveo da A. V. ne treba prisilno odvesti, već da treba da se postepeno pripremi za promenu prebivališta. Istom prilikom određeno je da se podnositeljka sretne sa ćerkom uz obavezu P. V. da to omogući. P. V. je tri puta od suda novčano kažnjen jer nije dozvolio susret podnositeljke i A. V. i nije doveo A. V. na novo ročište 11. januara 2006. godine kada je trebalo da je preda podnositeljki. Na novom ročištu održanom ponovo bez prisustva A. V., 9. marta 2006. godine, psiholozi su smatrali da stalna neizvesnost nije u interesu deteta i da

5 O Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima videti: A. Jakšić, *Evropska konvencija o ljudskim pravima*, Beograd 2006.

6 Presuda Evropskog suda za ljudska prava br. 25959/06, od 26. juna 2007. godine.

će ipak morati da se pristupi prinudnom oduzimanju deteta. U martu 2006. godine pokušana je prinudna predaja deteta, ali je kuća bila prazna. U maju 2006. godine ponovo je pokušana prinudna predaja, ovoga puta u osnovnoj školi A. V., ali ona tada nije pronađena u školi. Nova prinudna mera izvršenja pokušana je u junu 2006. godine kada je policija provalila u kuću P. V., ali nije pronašla A. V. Otac je tom prilikom odbio da dà informacije gde se dete nalazi. Opštinski sud je nakon još nekoliko neodržanih ročišta 2. februara 2007. godine usvojio zahtev P. V. i odložio postupak prinudnog izvršenja do donošenje pravnosnažne odluke u postupku starateljstva.

Od 29. juna 2001. godine podnositeljka je mogla da vidi dete samo u Centru za socijalni rad u Krupnju, i to na kratko, dok je od marta 2005. godine lišena svakog kontakta sa detetom. P. V. je u aprilu 2006. godine pokrenuo postupak preinačenja pravnosnažne presude od 25. februara 2004. godine. Opštinski sud u Loznici (koji je u međuvremenu preuzeo postupak od suda u Krupnju) doneo je privremenu meru 14. juna 2006. godine da dete ostane kod oca do kraja školske godine. Okružni sud je 4. jula ukinuo ovu odluku po žalbi. U junu 2006. godine Centar za socijalni rad u Krupnju je predložio da se P. V. dodeli starateljstvo, dok je Centar za socijalni rad u Smederevu predložio da podnositeljka zadrži starateljstvo nad detetom. Opštinski sud u Loznici je, 13. decembra 2006. godine, pozivajući se na izveštaj Centra za socijalni rad prema kome se A. V. navikla na postojeću porodičnu situaciju, doneo presudu da se dete poveri P. V. i da podnositeljka plaća 25% mesečne plate za izdržavanje deteta. Utvrđeno je da podnositeljka može da viđa dete naredna tri meseca svakog petka po dva sata u prostorijama Centra za socijalni rad u Krupnju, a nakon toga jedan vikend mesečno, svaki drugi rođendan, petnaest dana za letnji i sedam dana za zimski raspust godišnje. Okružni sud je 14. marta 2007. potvrdio ovu presudu.

Podnositeljka se žalila da joj je usled neizvršenja pravnosnažne presude o poveravanju deteta od 25. februara 2004. godine bio uskraćen svaki pristup i kontakt sa njenim detetom u periodu od dve godine.

Odluka Evropskog suda za ljudska prava

Evropski sud za ljudska prava je istakao da je pravnosnažna presuda o dodeljivanju deteta majci od 25. februara 2004. godine ostala neizvršena od 18. marta 2005. godine do 14. marta 2007. godine. U periodu od dve godine, Opštinski sud je određivao novčane kazne i pokušao da sprovede prinudne mere nekoliko puta, ali se predaja deteta na kraju nikada nije obavila. Sud dalje primećuje da je podnositeljka predstavke u postupku izvršenja postupala sa naročitom pažnjom, dok je P. V. izrazio jasnu nameru da ne želi da sarađuje sa vlastima ni da preda dete majci. Sud je, dalje, našao da je bilo više perioda u kojima nije pokušano izvršenje (od 21. juna 2005. do 11. avgusta 2005. godine; od 20. septembra 2005. do 6. decembra 2005. godine; od 15. juna 2006. do 1. februara 2007. godine). S obzirom na navedene propuste u sprovođenju odluka, ESLJP smatra da organi Srbije nisu preduzeli dovoljne mere da bi se izvršila pravnosnažna presuda od 25. februara 2004. godine, te da je usled toga došlo do povrede člana 6 stava 1 Konvencije.

Povodom žalbe podnositeljke da joj je neizvršenjem pravnosnažne sudske presude o poveravanju deteta uskraćen svaki vid pristupa i kontakta sa svojim detetom u periodu od dve godine, ESLJP je najpre naglasio da uzajamno uživanje međusobnog kontakta roditelja i deteta predstavlja suštinski element porodičnog života. Pozitivna obaveza države prema članu 8 uključuje i pravo roditelja na mere koje će omogućiti ponovno spajanje sa detetom. Ipak, obaveza domaćih vlasti da preduzmu te mere nije apsolutna, posebno kada dete određeno vreme nije živelo sa drugim roditeljem. U tom slučaju neophodno je preduzeti pripremne mere. Priroda i obim tih mera zavisiće od okolnosti konkretnog slučaja. U slučajevima kada postoji opasnost da bi kontakt sa roditeljem mogao da ugrozi najbolje interese deteta, na nacionalnim organima je da obezbede pravičnu ravnotežu.⁷ Sud je podsetio da delotvorno poštovanje porodičnog života zahteva da budući odnosi između roditelja i deteta ne mogu da se utvrđuju samo na osnovu pukog protoka vremena.⁸

Sud je posebno istakao da prisilna predaja deteta, iako neizbežna i pokušana nekoliko puta, nikada nije uspešno sprovedena. Legitiman interes podnositeljke da razvije vezu sa svojim detetom i dugoročni interes deteta da ima lični odnos sa majkom nacionalni organi nisu razmotrili sa dužnom pažnjom. ESLJP je utvrdio da je P. V. dozvoljeno da iskoristi pravosudni sistem dok se činjenično stanje protekom vremena nije dovoljno izmenilo da bi se omogućila i izmena pravnog stanja – donošenje izmenjene odluke o poveravanju deteta u novom postupku. Sud je zaključio da je uprkos postojanju polja slobodne procene tužene države, neizvršenjem pravnosnažne sudske odluke o poveravanju deteta povređeno pravo na porodični život podnositeljske predstavke.

*Damnjanović protiv Srbije*⁹

Činjenice, tok postupka i odluka domaćeg suda

Podnositeljska predstavke rođena je 1967. godine i živi u Obrenovcu. Ona se 1994. godine udala za D. S. sa kojim je živela u Pirotu i sa kojim je kasnije, 1996. i 1998. godine, rodila dve ćerke, A. i B. U aprilu 2003. godine podnositeljka se odselila sa decom u kuću njenih roditelja. Nedugo nakon odlaska, ona je 7. aprila Opštinskom sudu u Pirotu podnela tužbu za razvod braka u kojoj je tražila starateljstvo nad decom, plaćanje izdržavanja i privremenu meru starateljstva nad decom dok se ne završi postupak razvoda braka. Tuženi je 14. avgusta 2003. godine vratio decu da žive sa njim u Pirotu.

Opštinski sud je najpre 5. septembra 2003. godine usvojio privremenu meru, ali je Okružni sud u Pirotu 26. decembra 2003. godine ukinuo tu odluku. Opštinski sud je ponovo 13. jula 2004. godine usvojio privremenu meru, što je potvrdio Okružni sud 15. septembra 2004. godine. Nakon što je

7 Videti presudu *Hokanen protiv Finske* od 23. septembra 1994. godine.

8 *Silvester protiv Austrije* od 24. aprila 2003. godine i *V. protiv Ujedinjenog Kraljevstva* od 8. jula 1987. godine.

9 Presuda Evropskog suda za ljudska prava br. 5222/07, od 18. novembra 2008. godine.

Opštinski sud naložio izvršenje odluke o privremenom starateljstvu, sudski izvršitelj, policija i predstavnici Centra za socijalni rad su 30. avgusta 2004. godine došli u kuću tuženog da bi preuzeli decu. Tuženi je odbio da sprovede tu odluku i tom prilikom je vezan, ali su se deca uhvatila za njega i nisu htela da odu iz kuće. U takvim okolnostima odustalo se od izvršenja privremene mere. U toku 2005. godine sud je nekoliko puta pokušao da sprovede odluku o privremenoj meri, izricao je i novčane kazne ukoliko tuženi ne preda decu, ali su svi pokušaji ostali bez uspeha.

Opštinski sud je 23. decembra 2004. godine razveo brak podnositeljke predstavke, dodelio joj isključivo starateljstvo nad decom i odredio pravo tuženog na održavanje ličnih odnosa sa decom. Okružni sud je 3. marta 2005. godine delimično ukinuo ovu presudu i naložio ponovno suđenje. Opštinski sud je posle delimičnog ukidanja presude održao devet ročišta i od Centra za socijalni rad dobio stručno mišljenje koje potvrđuje da podnositeljki predstavke treba dodeliti starateljstvo nad decom. Opštinski sud je 26. oktobra 2005. godine ponovo presudio u korist podnositeljke predstavke. Njoj je досуđeno starateljstvo i izdržavanje dece, dok je tuženi dobio šire pravo održavanja ličnih odnosa. Okružni sud je 2. marta 2006. godine potvrdio presudu Opštinskog suda.

Opštinski sud je 11. aprila 2006. godine naložio izvršenje pravnosnažne presude u delu o starateljstvu nad decom. Tuženi je posebno obavezan da će platiti novčanu kaznu ako decu ne preda u roku od tri dana od prijema ovog rešenja. Tuženi je 12. maja 2006. godine zatražio da se izvršenje odgodi, s obzirom na činjenicu da školska godina još nije bila završena. Okružni sud je 5. juna 2006. godine potvrdio rešenje o izvršenju od 11. aprila 2006. godine. Zatim je Opštinski sud 29. juna 2006. godine odbio zahtev tuženog od 12. maja 2006. godine, ali mu je dao rok od još tri dana da preda decu. Podnositeljka predstavke je 17. jula 2006. godine poslala još jedan zahtev Opštinskom sudu, tražeći da se izvršenje pravnosnažne presude konačno sprovede. Opštinski sud je 24. jula 2006. godine naložio tuženom da plati novčanu kaznu u iznosu od 150.000 dinara. Okružni sud je 13. novembra 2006. godine ukinuo tu odluku i vratio predmet nižoj sudskoj instanci na ponovno razmatranje. Opštinski sud je 27. novembra 2006. godine održao ročište na kome je tuženi izjavio da je spreman da poštuje pravnosnažnu presudu o starateljstvu nad decom koja je doneta u korist podnositeljke, ali je ukazao na činjenicu da deca ne žele da žive sa majkom. Podnositeljka predstavke je zatim predložila da se predaja dece izvrši odmah i to u Centru za socijalni rad. Tuženi je, međutim, odbio da decu dovede u Centar za socijalni rad, ali je prihvatio da se to obavi kod njegove kuće. Podnositeljka predstavke se sa decom sastala u Centru za socijalni rad 5. novembra 2007. godine, 9. novembra 2007. godine, 13. novembra 2007. godine i 19. novembra 2007. godine. Ti susreti su bili veoma uspešni, a deca su prihvatila podnositeljku predstavke iako sa njom dugo nisu imala kontakt. Centar za socijalni rad je i pored toga primetio da deca još nisu potpuno spremna za predaju i preporučio da taj postupak bude postepeno sproveden. Dalje je odlučeno da će deca sa podnositeljkom predstavke provesti vikend od 23. novembra 2007. godine, ali se to nije ostvarilo zbog nespremnosti tuženog da sarađuje.

Opštinski sud je 4. februara 2008. godine zakazao predaju dece silom za 21. februar 2008. godine. Deca su lično saslušana u Opštinskom sudu 21. februara 2008. godine. Oba deteta su izjavila da bi želela da održavaju kontakt sa majkom, ali da više vole da nastave da žive sa ocem. Opštinski sud je istog dana odlučio da prekine postupak oduzimanja dece dok jedna od stranaka ne zatraži njegovo obnavljanje. Sud je to učinio na osnovu sporazuma postignutog između stranaka i naložio da se podnositeljki predstavke dozvoli da se sastaje sa decom. Sud je dalje primetio, između ostalog, da je podnositeljka predstavke već mogla preuzeti starateljstvo nad decom, ali je očigledno oduzeta od toga zbog njihove očekivane reakcije. Podnositeljka predstavke se sa decom sastala 29. februara 2008. godine, 3. marta 2008. godine i 10. marta 2008. godine. Podnositeljka predstavke i D. S. su 21. marta 2008. godine i 3. aprila 2008. godine zatražili obnavljanje izvršnog postupka. Opštinski sud je 2. aprila 2008. godine zakazao predaju dece silom za 17. april 2008. godine. Predstavnik Centra za socijalni rad je 17. aprila 2008. godine izjavio u Opštinskom sudu da decu treba predati podnositeljki predstavke, imajući u vidu da su deca imala dovoljno prilike da sa njom ponovo uspostave kontakt. Deca su izjavila da bi želela da ostanu kod tuženog i da nastave da se viđaju sa majkom. Sudija je zatim iz sudnice udaljio tuženog i advokate stranaka da bi olakšao neformalni razgovor između dece i podnositeljke predstavke u prisustvu predstavnika Centra za socijalni rad. Nakon održanih konsultacija jedno dete je izjavilo da želi da ostane kod tuženog, a drugo „da ne zna šta da kaže”. Podnositeljka predstavke je predložila da se fizička predaja ne obavi odmah i da se zakažu njena dalja viđanja sa decom. Sudija je uprkos njenom zahtevu odlučio da decu treba fizički predati podnositeljki predstavke. Međutim, usled konstantnog protivljenja dece i ponovljenog zahteva podnositeljke predstavke da se prvo održe dodatni pripremni susreti, sudija je na kraju zakazao nekoliko takvih susreta i prekinuo postupak izvršenja. Deca su se susrela sa podnositeljkom predstavke 26. aprila 2008. godine i 4. maja 2008. godine, ali su i posle toga nastavila da žive sa tuženim.¹⁰

Podnositeljka predstavke se žalila da je zbog neizvršenja pravnosnažne presude o starateljstvu nad decom od 26. oktobra 2005. godine, kao i zbog ranijeg propusta tužene države Srbije da izvrši privremenu meru starateljstva nad decom od 13. jula 2004. godine, bila sprečena da ostvaruje svoja roditeljska prava u skladu sa relevantnim domaćim zakonodavstvom.

Odluka Evropskog suda za ljudska prava

Evropski sud za ljudska prava je istakao da se izvršenje sudske presude ne može sprečiti, poništiti niti se sa time može neopravdano kasniti,¹¹ bez obzira na to da li se presuda izvršava protiv privatnog ili državnog aktera, kao i da je na državi da preduzme sve neophodne mere da se pravnosnažna sudska presuda izvrši.

10 Vojni sud u Beogradu je 8. marta 2004. godine našao da je tuženi, oficir tadašnje Vojske Srbije i Crne Gore, kriv za otmicu dece i osudio ga na kaznu zatvora od šest meseci, uslovno na godinu dana. Vrhovni vojni sud je 26. juna 2004. godine potvrdio tu presudu po žalbi.

11 Videti presude *Horsnby protiv Grčke*, od 19. maja 1997. godine, i *Jasiuniene protiv Litvanije*, od 6. marta 2003. godine.

Sud je primetio da uzajamno uživanje međusobnog kontakta roditelja i deteta predstavlja suštinski element „porodičog života” u smislu člana 8 Konvencije.¹² Iako je primarni cilj člana 8 Konvencije da zaštiti pojedinca od proizvoljnog postupanja javnih organa, postoje i pozitivne obaveze u delotvornom poštovanju porodičnog života. U oba konteksta, mora se voditi računa o tome da se postigne pravična ravnoteža između suprotnih interesa pojedinca i društva u celini, iako država uživa određeni prostor za slobodnu procenu. U vezi sa obavezom države da sprovodi pozitivne mere, ESLJP je smatrao da član 8 sadrži pravo roditelja da preduzmu mere za njihovo ponovno spajanje sa decom, kao i obavezu nacionalnih organa da takvo spajanje olakša. U tome je odlučujuća činjenica da li su nacionalni organi preduzeli sve neophodne mere kako bi olakšali izvršenje presude ili privremene mere.¹³ Podobnost neke mere se procenjuje brzinom njenog sprovođenja, pošto protek vremena može da ima nepopravljive posledice za odnose između deteta i roditelja koji sa njim ne živi.

Sud je primetio da je nesporno da veza između podnositeljke predstavke i njene dece spada u okvir „porodičnog života” u smislu člana 8 Konvencije. ESLJP je dalje uočio da privremena mera o starateljstvu nad decom nije bila izvršena od 4. avgusta 2004. godine, kada je izvršenje naloženo, do 2. marta 2006. godine, kada je stavljena van snage zbog donošenja pravosnažne presude o starateljstvu nad decom. Zatim, ESLJP je utvrdio da su domaći sudovi pribegavali novčanom kažnjavanju tuženog u pokušaju da obezbede njegovo poštovanje donetih odluka. Najzad, a kao najvažnije, tuženi je tokom postupka prinudnog izvršenja privremeno vezan, a deca su predata podnositeljki predstavke, ali podnositeljka predstavke nije mogla da ih fizički preuzme pošto su deca počela da plaću i odbila da napuste tuženog. Takođe, na ročištima održanim 2008. godine i pored odluke domaćeg suda da se deca fizički predaju podnositeljki, ona su konstantno odbijala da počnu da žive sa njom.

Imajući u vidu navedene činjenice, ESLJP je utvrdio da je država Srbija preduzela sve neophodne mere da se predmetna privremena mera za starateljstvo nad decom izvrši. Prema tome, ESLJP je našao da nije došlo do povrede člana 8 Konvencije.¹⁴

12 Videti *Monory protiv Rumunije i Mađarske* od 5. aprila 2005. godine.

13 Presuda *Sylvester protiv Austrije* od 24. aprila 2003. godine.

14 Paralelno sa pozivanjem na povredu člana 8 Konvencije, podnositeljka se žalila i na povredu člana 6 stava 1 Konvencije. U tom delu ESLJP je istakao: 1) da je sporni postupak izvršenja trajao oko dve godine; 2) da su deca bila voljna da provode vreme sa podnositeljkom predstavke, ali su jasno stavila do znanja želju da nastave da žive sa tuženim; 3) da je sam tuženi najvećim delom bio nekooperativan; 4) da je Centar za socijalni rad, kao državni organ, igrao konstruktivnu ulogu u postupku; 5) da su domaći sudovi dosuđivali novčane kazne u dva navrata, u pokušaju da obezbede da tuženi poštuje sudske odluke. Kao najvažnije, ESLJP je istakao da je Opštinski sud 17. aprila 2008. godine naložio fizičku predaju dece podnositeljki predstavke, ali podnositeljka predstavke, na kraju, iako se marljivo trudila tokom celog postupka, nije mogla fizički da preuzme decu bez njihovog izričitog pristanka. Iako se saosećao sa tvrdnjama podnositeljke predstavke, ESLJP je zaključio da je država Srbija preduzela neophodne mere da se pravosnažna presuda doneta u njenu korist izvrši i da nije došlo do povrede člana 6 stava 1 Konvencije.

*Felbab protiv Srbije*¹⁵**Činjenice, tok postupka i odluka domaćeg suda**

Podnosilac predstavke je rođen 1969. godine i živi u Zrenjaninu. On se 1. avgusta 1992. godine venčao sa M. F. Njihova deca Z. F. i N. F. rođena su 6. februara 1993. godine i 9. septembra 1994. godine. Podnosilac predstavke i M. F. su imali bračne probleme tokom 1998. godine, pa se M. F. odselila 19. aprila 1998. godine, ali su deca ostala kod podnosioca predstavke.

Podnosilac predstavke je 31. avgusta 1999. godine podneo tužbu Opštinskom sudu u Zrenjaninu, tražeći razvod braka, starateljstvo nad decom i izdržavanje za decu. U januaru 2000. godine M. F. je provela nekoliko dana sa decom, ali ih posle toga nije vratila podnosiocu predstavke.

Opštinski sud je 6. juna 2000. godine doneo presudu kojom razvodi brak, dodelio M. F. starateljstvo nad decom, naložio podnosiocu predstavke da plaća mesečno izdržavanje i dosudio da podnosilac predstavke može da provede sa decom svaki prvi i treći vikend u mesecu, kao i sedam, odnosno četrnaest dana za zimski i letnji rasput. Presuda je postala pravosnažna 28. septembra 2000. godine.

Podnosilac predstavke je 9. avgusta 2006. godine podneo tužbu Opštinskom sudu, tražeći starateljstvo nad Z. F. i N. F., kao i izmenu dosuđenog izdržavanja. S druge strane, M. F. je 22. avgusta 2006. godine podnela posebnu tužbu Opštinskom sudu, tražeći izmenu prava podnosioca predstavke na viđanje sa decom. Opštinski sud je 11. septembra 2006. godine združio ta dva postupka u jedan predmet. Sud je posebno naložio da će podnosilac predstavke imati pravo da sa Z. F. i N. F. bude svake subote između 10 sati pre podne i 4 sata posle podne, čime su ograničena njegova prethodna prava na viđanje sa decom.

Pošto je M. F. uskratila podnosiocu pravo na viđanje sa decom, on je 28. septembra 2000. godine podneo Opštinskom sudu predlog za izvršenje. Opštinski sud je 6. oktobra 2000. godine izdao rešenje o izvršenju u kojem se navodi da će M. F. biti novčano kažnjena sa 1.500 dinara ako se ne bude pridržavala ovog rešenja. Podnosilac predstavke je 8. novembra 2000. godine obavestio Opštinski sud da mu je uskraćeno svako viđanje sa decom i zatražio da se primeni uslovna novčana kazna. Opštinski sud je 28. novembra 2000. godine odbacio ovaj predlog kao prevremen, navodeći da je M. F. primila rešenje o kojem je reč 20. novembra 2000. godine. Opštinski sud je 27. marta 2001. godine potvrdio svoju odluku od 28. novembra 2000. godine. Podnosilac predstavke je 25. juna 2001. godine obavestio Opštinski sud da njegov kontakt sa decom zavisi od raspoloženja njegove bivše supruge i istakao da se pravosnažna presuda od 6. juna 2000. godine ignoriše. Opštinski sud je 29. juna 2001. godine doneo odluku da se primeni navedena novčana kazna i ponovo naložio M. F. da poštuje prava podnosioca predstavke na viđanje sa decom.

15 Presuda Evropskog suda za ljudska prava br. 14011/07, od 14. aprila 2009. godine.

Centar za socijalni rad je 22. decembra 2003. godine podneo izveštaj u kojem se navodi da se podnosilac predstavke nije njima obraćao. Isti organ je 12. oktobra 2006. godine primetio da je izvršni postupak nedelotvoran zbog toga što deca i majka ne sarađuju,¹⁶ da je kontakt između podnosioca predstavke i dece ponovo uspostavljen u leto 2005. godine, da je u aprilu 2006. godine Z. F. pobegla kod podnosioca predstavke i da podnosilac predstavke nema dobar uticaj na Z. F. Početkom 2007. godine Z. F. je ponovo otišla da živi kod podnosioca predstavke. Ona je posredstvom Centra za socijalni rad na kraju vraćena majci. Z. F. je 6. novembra 2006. godine izjavila da bi više volela da živi kod podnosioca predstavke. S druge strane, drugo dete N. F. je 21. decembra izjavio da on želi da ostane da živi kod majke, ali da je spreman da se redovno viđa sa podnosiocem predstavke. Utvrđeno je, takođe, da su u decembru 2007. godine i Z. F. i N. F. živeli kod podnosioca predstavke, zbog čega mu je Opštinski sud 17. decembra 2007. godine naložio da ih vrati majci. U posebnom predmetu, Opštinski sud je 26. decembra 2007. godine presudio da M. F. ima zakonsko pravo da Z. F. odvede iz kuće podnosioca predstavke, gde je ona privremeno boravila. Ova presuda je postala pravno-snažna 26. decembra 2007. godine, a Z. F. je vraćena da živi kod majke. Centar za socijalni rad je u nizu izrečenih mera predložio da se izvršni postupak prekine. Opštinski sud je 22. maja 2008. godine okončao izvršni postupak.

Ovaj slučaj ima i svoju krivičnopravnu dimenziju. Naime, Opštinski sud je 20. aprila 2005. godine našao da je podnosilac predstavke kriv što nije plaćao izdržavanje za dete u periodu od 8. oktobra 2001. godine do 8. marta 2005. godine i osudio ga na zatvorsku kaznu od četiri meseca, uslovno na godinu dana. Opštinski sud je 28. septembra 2007. godine opozvao uslovnu kaznu i naložio podnosiocu predstavke da služi zatvorsku kaznu od četiri meseca. Ta odluka je postala pravno-snažna 7. novembra 2007. godine, a podnosilac predstavke je počeo sa služenjem zatvorske kazne 4. februara 2008. godine. Opštinski sud je, međutim, 23. aprila 2008. godine naredio da podnosilac predstavke bude oslobođen uslovno.¹⁷

Podnosilac predstavke se žalio na povredu člana 6 st. 1 i člana 8 Konvencije zbog neizvršenja pravno-snažnog rešenja o viđanju sa decom od 6. juna 2000. godine.

16 Sudija Danute Jočiene iznela je izdvojeno mišljenje u odnosu na većinu koja je utvrdila povredu člana 8 Konvencije. Jedan od osnovnih istaknutih argumenata je da su domaći organi preduzeli sve neophodne mere da uspostave kontakt oca i dece, ali da to nije bilo moguće posebno zbog protivljenja dece.

17 U vezi sa krivičnim postupkom povodom nedavanja izdržavanja ističemo postojanje sledećih činjenica: posle razvoda braka sa M. F. podnosilac predstavke se ponovo oženio i rodilo mu se još troje dece. Njemu je 22. februara 2007. godine uspostavljena dijagnoza da boluje od hipertenzije, hipoglikemije i spondiloze. Nacionalna služba za zapošljavanje je 11. jula 2008. godine potvrdila da je podnosilac predstavke zvanično nezaposlen od 1987. godine, osim na kratko, između 26. oktobra 2001. godine i 6. marta 2002. godine. Ispostavilo se, međutim, da je on nezvanično radio u tom periodu i da je povremeno primao različite vrste socijalne pomoći.

Odluka Evropskog suda za ljudska prava

Evropski sud za ljudska prava je primetio, na prvom mestu, da je pravnosnažna odluka o pravu na viđanje sa decom od 6. juna 2000. godine ostala neizvršena od 6. oktobra 2000. godine do 22. maja 2008. godine, kad je sporni izvršni postupak okončan. Drugo, pošto je doneo rešenje o izvršenju, Opštinski sud je imao obavezu da postupi po službenoj dužnosti. U tom periodu Opštinski sud je samo potvrdio ranije određenu novčanu kaznu, naložio M. F. da plati navedene troškove i otkazao zakazano ročište. Dalje, ESLJP je primetio da je Opštinski sud propustio da primeni prinudne mere i pored jasno izraženog stava bivše supruge podnosioca predstavke da ne želi da sarađuje. Uprkos osetljivosti spornog postupka, kao i činjenici da je podnosilac predstavke mogao da viđa decu samo nezvanično, ESLJP je smatrao da organi Srbije nisu preduzeli dovoljne mere da se izvrši pravnosnažna odluka o pravu na viđanje sa decom od 6. juna 2000. godine. Stoga, ESLJP je utvrdio da je došlo do povrede člana 6. stava 1. Konvencije.

U pogledu povrede prava na porodični život, Sud je primetio da uzajamno uživanje roditelja i deteta u međusobnom kontaktu predstavlja suštinski element „porodičnog života” u smislu člana 8 Konvencije. Član 8 uključuje i pravo roditelja na mere koje će im omogućiti ponovno spajanje sa detetom i obavezu državnih organa da olakšaju ta ponovna spajanja.¹⁸ Odlučujuće je da li su državni organi preduzeli sve neophodne mere da bi olakšali izvršenje sudskih odluka u vezi sa decom kako se može razumno zahtevati u posebnim okolnostima svakog predmeta. U tom kontekstu, adekvatnost mere se presuđuje brzinom njenog sprovođenja, pošto protek vremena može imati nepopravljive posledice za odnose između deteta i roditelja sa kojim dete ne živi. Na kraju, Sud podseća da iako mere prinude nisu poželjne u ovoj osetljivoj materiji, upotreba sankcija ne sme biti isključena u slučaju nezakonitog ponašanja roditelja sa kojim deca žive.

ESLJP je našao da organi Srbije nisu učinili sve što je u njihovoj moći i što se od njih moglo opravdano očekivati. Iako je podnosilac predstavke imao sporadični kontakt sa decom, njegova prava na viđanje sa decom, kako je predviđeno presudom Opštinskog suda od 6. juna 2000. godine, nikada nisu ostvarena, a umesto toga, na kraju su mu ograničena presudom istog suda od 12. aprila 2007. godine. Legitimni interes podnosioca predstavke da razvija i održava vezu sa svojom decom i njihov dugoročni interes u istom smislu time nisu propisno razmotreni, zbog čega je podnosilac predstavke pretrpeo posebno kršenje prava na poštovanje porodičnog života zajemčenog članom 8 Konvencije.¹⁹

18 Videti presude *Ignaccolo-Zenide protiv Rumunije* br. 31679/96, *Nuutinen protiv Finske* br. 32842/96 i *Iglesias Gil i A. U. I. protiv Španije* br. 56673/00.

19 Videti presude *Görgülü protiv Nemačke* od 26. februara 2004. godine i *McMichael protiv Ujedinjenog Kraljevstva* od 24. februara 1995. godine.

*Krivošej protiv Srbije*²⁰**Činjenice, tok postupka i odluka domaćeg suda**

Podnositeljka predstave je rođena 1969. godine i živi u Nišu. Ona se 23. maja 1993. godine udala za N. C., a 1. februara 1994. godine rođen je njihov sin O. C. Neposredno nakon rođenja deteta počeli su bračni problemi između supružnika. U avgustu 1999. godine podnositeljka predstave se iselila, a O. C. je ostao kod N. C.

Podnositeljka predstave je 2000. godine podnela tužbu Opštinskom sudu u Nišu, tražeći razvod braka, starateljstvo nad O. C. i doprinos za njegovo izdržavanje. Opštinski sud je 7. oktobra 2002. godine doneo presudu kojom razvodi brak, starateljstvo nad O. C. dodeljuje N. C., određuje da podnositeljka za dete plaća mesečno izdržavanje, uređuje lične odnose majke i deteta tako da ona može da provede sa O. C. svaki prvi i treći vikend svakog meseca, kao i deo njegovog zimskog, odnosno letnjeg raspusta. Presuda je postala pravosnažna 18. novembra 2002. godine.

Pošto joj je N. C. uskratio pravo da viđa svoje dete, podnositeljka predstave je 5. februara 2003. godine podnela predlog za izvršenje Opštinskom sudu. Navedeni sud je 10. februara 2003. godine doneo rešenje o izvršenju, a isti sud je 30. jula 2003. godine kaznio N. C. u iznosu od 5.000 dinara zbog nepostupanja po rešenju.

Centar za socijalni rad u Nišu je 21. maja 2003. godine izmenio pravo podnositeljke na kontakt sa detetom, i to svake subote između 9 i 14 časova. Ujedno je odredio za N. C. nadzor nad vršenjem roditeljskog prava zato što je odbio da poštuje prava podnositeljke predstave da održava kontakt sa detetom. Centar za socijalni rad je 5. aprila 2004. godine obavestio Opštinski sud o svojoj odluci donetoj 21. maja 2003. godine i primetio da je, i pored velikog interesovanja, podnositeljka predstave mogla samo na kratko da vidi dete u prostorijama Centra.

Opštinski sud je 16. aprila 2004. godine naložio izvršenje presude donete 7. oktobra 2002. godine, koja je izmenjena rešenjem Centra za socijalni rad od 21. maja 2003. godine. Sud je utvrdio da će, ako ne bude poštovao prava podnositeljke predstave da održava kontakt sa detetom, N. C. biti novčano kažnjen u iznosu od 5 000 dinara, kao i da se, konačno, sud može pozvati i na prinudno izvršenje. Nakon kratkog pojavljivanja N. C. pred Opštinskim sudom 23. septembra 2005. godine i 5. oktobra 2006. godine, sud je obavestio podnositeljku predstave da spisi njenog predmeta ne mogu da se nađu.²¹ Podnositeljka predstave je stoga 13. marta 2008. godine zatražila rekonstrukciju spisa predmeta, a Opštinski sud je 5. juna 2008. godine prihvatio taj zahtev. Spis predmeta je u međuvremenu pronađen. Sud je istovremeno na-

20 Presuda Evropskog suda za ljudska prava br. 42559/08, od 13. aprila 2010. godine.

21 Naknadno je utvrđena materijalna istina o tome gde se nalaze spisi predmeta. Naime, Opštinski sud u Nišu je 25. jula 2007. godine dao otkaz svom sudskom izvršitelju zaduženom za predmet podnositeljke predstave i 20. maja 2008. godine otkrio da se spis predmeta podnositeljke predstave nalazi ispod njegovog radnog stola.

ložio izvršenje ranije određene novčane kazne i naveo da će se odrediti nova novčana kazna u iznosu od 10.000 dinara ako N. C. ne postupi po rešenju od 16. aprila 2004. godine u dodatnom roku od tri dana. Sud je na kraju naveo da će se, ako ponovljene novčane kazne ne obezbede poštovanje rešenja, pravo podnositeljke predstavke da viđa dete izvršiti prinudnim putem. Centar za socijalni rad je 2. decembra 2008. godine obavestio Opštinski sud da podnositeljka predstavke nije videla O. C. od septembra 2007. godine, kada su se N. C. i O. C. odselili iz Niša u Beograd i da podnositeljku predstavke nisu obavestili o novoj adresi. Policija je 30. aprila 2009. godine obavestila Opštinski sud da je N. C. prijavio prebivalište u Beogradu, a 5. juna 2009. godine podnositeljka je sudu dostavila njegovu novu adresu. Spis predmeta podnositeljke predstavke je 4. juna 2009. godine prosleđen Opštinskom sudu u Beogradu, a N. C. je 1. oktobra 2009. godine obavestio navedeni sud o svojoj trenutnoj adresi u Beogradu. Opštinski sud je istog dana naložio da se rešenje od 2. oktobra 2008. godine uruči N. C. i izvrši.

Podnositeljka predstavke se žalila u skladu sa članom 6 st. 1 i članom 8 Konvencije na neizvršenje pravnosnažnog rešenja o viđanju sa detetom donetog 7. oktobra 2002. godine, koje je izmenjeno 21. maja 2003. godine.

Odluka Evropskog suda za ljudska prava

Evropski sud za ljudska prava na početku je primetio da je, bez obzira na to da li se izvršenje sprovodi protiv privatnog ili državnog subjekta, na državi da preduzme sve neophodne korake radi izvršenja pravnosnažne sudske odluke i da time obezbedi delotvorno učešće njenog celokupnog aparata, a ako to ne učini, neće biti ispunjeni zahtevi sadržani u članu 6 st. 1 Konvencije. Sud je u konkretnom slučaju istakao: da je nalog o održavanju kontakta sa detetom iz pravnosnažne presude od 7. oktobra 2002. godine, koji je izmenjen 21. maja 2003. godine, ostao neizvršen; da su domaći sudovi, nakon što su doneli rešenja o izvršenju imali obavezu da postupaju po službenoj dužnosti; da je Srbija ratifikovala Konvenciju 3. marta 2004. godine, što znači da je postupak o kome je reč bio u nadležnosti Suda *ratione temporis* u periodu od skoro pet godina; da su u ovom periodu domaći sudovi novčano kaznili N. C. samo jednom, a da ta novčana kazna nije nikada naplaćena; da su sudski organi izgubili spis predmeta i nisu preduzeli nikakve značajne korake u periodu između 28. oktobra 2004. godine i 2. oktobra 2008. godine; da je sudski izvršilac o kome je reč radio u Opštinskom sudu u Nišu, pa se njegov loš rad zbog toga pripisuje tuženoj državi bez obzira na to što mu je radni odnos kasnije prestao; da je organima Srbije bilo potrebno više od dve godine da utvrde novu adresu N. C. u Beogradu; da podnositeljka predstavke očigledno nije imala nikakav kontakt sa detetom od septembra 2007. godine. Sud je dalje utvrdio da je tokom postupka podnositeljka predstavke učinila sve što je u njenoj moći da se nalog iz pravnosnažne presude o kontaktu sa detetom izvrši, dok domaći organi nisu upotreбили nijednu prinudnu meru uprkos jasnom stavu druge strane da ne želi da sarađuje, uključujući i očigledan pokušaj N. C. da prikrije svoje novo prebivalište u drugom gradu u periodu od septem-

bra 2007. godine do oktobra 2009. godine. Bez obzira na osetljivost spornog postupka, kao i činjenicu da je podnositeljka predstavke mogla povremeno da viđa dete pre septembra 2007. godine, Sud je zaključio da organi Srbije nisu postupali marljivo i da nisu preduzeli dovoljno koraka da se nalog iz pravnosnažne presude od 7. oktobra 2002. godine, koji je izmenjen 21. maja 2003. godine, sprovede. Iz navedenih razloga, ESLJP je našao da je došlo do povrede člana 6 stav 1 Konvencije.

Pre razmatranja konkretnog slučaja ESLJP je ponovio da međusobni kontakt roditelja i deteta predstavlja osnovni element „porodičnog života”, na osnovu značenja člana 8 Konvencije. Takođe, član 8 sadrži pravo roditelja da se preduzmu mere radi njihovog ponovnog spajanja sa decom i obavezu nacionalnih organa da olakšaju ta ponovna spajanja. Prema tome, odlučujuće je da li su nacionalni organi preduzeli sve neophodne mere da olakšaju izvršenje sudskog naloga u vezi sa detetom kako se može opravdano tražiti u posebnim okolnostima svakog predmeta. To da li je neka mera odgovarajuća procenjuje se na osnovu brzine njenog sprovođenja, pošto protek vremena može imati nepopravljive posledice za odnose između deteta i roditelja sa kojim dete ne živi, posebno imajući u vidu činjenicu da ne postoji zajednički život roditelja i deteta. Sud je, dalje, podsetio da iako mere prinude nisu poželjne u ovoj osetljivoj oblasti, upotreba kazni se ne sme isključivati u slučaju nezakonitog ponašanja roditelja sa kojim deca žive.

Sud smatra da organi Srbije nisu učinili sve što je u njihovoj moći, a što se od njih moglo razumno očekivati, posebno se osvrćući na činjenicu da iako je podnositeljka predstavke imala povremene kontakte sa detetom do septembra 2007. godine, a posle toga izgleda da nije nijednom videla dete, njeno pravo na kontakt sa detetom, kako je predviđeno nalogom iz pravnosnažne presude od 7. oktobra 2002. godine (izmenjene 21. maja 2003. godine) nije nikada na propisan način izvršeno. Zakoniti interes podnositeljke predstavke da razvija i održava vezu sa svojim detetom i njegov dugoročni interes u istom smislu, stoga, nisu nikada valjano razmatrani.²² Shodno tome, ESLJP je zaključio da je podnositeljka pretrpela posebno kršenje prava na poštovanje porodičnog života zajamčeno članom 8 Konvencije.

*Veljkov protiv Srbije*²³

Činjenice, tok postupka i odluka domaćeg suda

Podnositeljka predstavke rođena je 1958. godine i živi u Jadranskoj Lešnici. Podnositeljka je sa njenim partnerom P. J. živela u Beogradu od maja 2001. godine do januara 2006. godine, kada se preselila u roditeljsku kuću zbog toga što ju je njen partner navodno psihički zlostavljao. Njihova kćerka M. J., koja je rođena 2002. godine, nastavila je da živi sa ocem.

Podnositeljka predstavke je 20. februara 2006. godine podnela tužbu protiv P. J. Opštinskom sudu u Beogradu tražeći vršenje roditeljskog prava i

²² Videti presudu *Görgülü protiv Nemačke*, br. 74969/01, od 26. februara 2004. godine

²³ Presuda Evropskog suda za ljudska prava, br. 23087/07, od 19. aprila 2011. godine.

izdržavanje za dete. Tuženi je 1. marta 2006. godine podneo istovetnu tužbu protiv podnositeljke, takođe tražeći vršenje roditeljskog prava i izdržavanje za dete. Gradski centar za socijalni rad, Odeljenje Palilula, podneo je mišljenje u kojem je navedeno da vršenje roditeljskog prava treba poveriti majci. Podnositeljka predstavke je 17. maja 2006. godine zatražila od suda da donese rešenje o privremenoj meri kojim uređuje njeno pravo održavanja kontakata sa M. J. Opštinski sud je 15. juna 2006. godine naložio tuženom da podnositeljki predstavke dozvoli da viđa M. J. tako što će njihovu kćerku dovoditi poslednjeg petka u mesecu u 14 sati u Centar za socijalni rad u Loznici i uzimati je od podnositeljke predstavke u Beogradu u isto vreme, sledećeg petka. Tuženi je 20. juna 2006. godine stavio primedbu na mišljenje Centra za socijalni rad iz maja 2006. godine i naknadno se žalio na rešenje o određivanju privremene mere.

Okružni sud u Beogradu je 14. septembra 2006. godine odbio žalbu tuženog i potvrdio rešenje o privremenoj meri od 15. juna 2006. godine.

Centar za socijalni rad Palilula je, u međuvremenu, 6. novembra 2006. godine, obavestio Opštinski sud da je primedba tuženog na njihovo prvo mišljenje od 16. maja 2006. godine usvojena, zato što je nadležno Ministarstvo utvrdilo nepravilnosti u njegovom radu. Centar je, takođe, upozorio sud da nije mogao pouzdano da proceni da li je zaključak tog mišljenja bio u najboljem interesu deteta, posebno zbog potrebe da se utvrdi stanje mentalnog zdravlja podnositeljke predstavke. Prema dodatnom mišljenju Centra za socijalni rad od 4. decembra 2006. godine,²⁴ Opštinski sud je 11. decembra 2006. godine doneo novo rešenje o privremenoj meri, ograničivši viđanje podnositeljke predstavke sa ćerkom na dva sata svakog petka u prostorijama Centra za socijalni rad Palilula u Beogradu. Okružni sud u Beogradu je 14. februara 2007. godine potvrdio novo rešenje Opštinskog suda o privremenoj meri.

Podnositeljka predstavke je 4. decembra 2006. godine pokrenula postupak protiv P. J., zatraživši da on bude lišen roditeljskog prava zbog ponašanja prema njihovom detetu. Tuženi je podneo isti zahtev protiv podnositeljke predstavke, a Opštinski sud je na kraju spojio ta dva postupka. Tokom postupka, 11. septembra 2007. godine, podnositeljka je tražila meru kojom bi sud zabranio nasilje u porodici. Ona je tvrdila da joj P. J. pretil, zbog čega se plašila da dolazi na zakazana viđanja sa svojom kćerkom. Sud je 3. decembra 2007. godine usvojio njen zahtev i izdao privremenu meru zabrane da joj se P. J. približava i dalje je uznemirava. Međutim, Okružni sud je 6. novembra 2008. godine ukinuo privremenu meru po žalbi i vratio predmet na ponovno

24 Centar za socijalni rad je u tom mišljenju naveo da je, s obzirom na nepostojanje redovnog i kvalitetnog kontakta između podnositeljke predstavke i M. J. poslednjih meseci, u najboljem interesu deteta da privremeno ostane da živi sa ocem. Centar je predložio da se ulože dodatni napor za uspostavljanje veze između majke i kćerke. Ističemo da je Centar na sopstvenu inicijativu 10. maja 2010. godine doneo rešenje da Savetovalište za brak i porodicu obavlja korektivni nadzor nad vršenjem roditeljskih prava, najmanje šest meseci. Savetovalište je trebalo da radi sa roditeljima kako bi im pomoglo da bolje razumeju svoja roditeljska prava i odgovornosti, kao i potrebe njihove kćerke.

razmatranje. Opštinski sud je 2. februara 2009. godine odlučio da postupak za zaštitu od nasilja u porodici odvoji od postupka za lišenje roditeljskog prava. Isti sud je 21. oktobra 2009. godine usvojio meru zabrane nasilja u porodici i zabranio tuženom da podnositeljku predstavke uznemirava godinu dana, kao i da ne sme da se priblažava podnositeljki predstavke i mestu njenog boravišta više od 500 metara, osim kada je neophodno da bi se omogućio kontakt između nje i deteta.

Tokom 2006. i 2009. godine Opštinski sud je odložio nekoliko ročišta zbog reforme pravosuđa, nedolaska stranaka i štrajka Advokatske komore.

Podnositeljka je 31. decembra 2007. godine obavestila Centar za socijalni rad Palilula da se ponovo udala i da je promenila prezime. Kad je Centar zatražio da prisustvuje planiranim viđanjima sa M. J., podnositeljka je izjavila da nema dovoljno novca da putuje u Beograd i da se plaši tuženog.

Podnositeljka predstavke je 2008. godine zatražila od Opštinskog suda da pribavi mišljenje veštaka o psihofizičkoj sposobnosti nje i tuženog da se brinu o detetu. Posle pregleda stranaka i M. J., 19. i 24. marta 2009. godine, dostavljen je izveštaj 27. aprila 2009. godine o sposobnostima stranaka da vrše roditeljska prava. Naknadno, 15. maja 2009. godine, dostavljen je i dodatni izveštaj u kome se preporučuje da se vršenje roditeljskog prava poveri tuženom. Osnovni sud²⁵ je 18. juna 2010. godine naložio psihologu u školi koju M. J. pohađa da dostavi procenu psihofizičkog stanja deteta. Sud je, takođe, naložio i Centru za socijalni rad Palilula da obezbedi novo mišljenje o utvrđivanju načina vršenja roditeljskog prava i da obavesti sud o rezultatima korektivnog praćenja vršenja roditeljskog prava od strane Savetovaništa za brak i porodicu.

Svi postupci su u trenutku podnošenja predstavke pred Evropski sud za ljudska prava bili u toku.

Podnositeljka predstavke se žalila zbog toga što parnica za vršenje roditeljskog prava traje preterano dugo i da je to sprečava u vršenju njenih roditeljskih prava. Podnositeljka se, takođe, žalila zbog neizvršenja rešenja o privremenim merama od 15. juna i 11. decembra 2006. godine, čime je povređeno njeno pravo na poštovanje porodičnog života.

Odluka Evropskog suda za ljudska prava

Evropski sud za ljudska prava je podsetio da se razumnost dužine postupka mora procenjivati u svetlu okolnosti predmeta i pozivanjem na sledeće kriterijume: složenost predmeta, ponašanje podnosioca predstavke i relevantnih organa, važnost spora za podnosioca predstavke.²⁶ U predmetima koji se odnose na građanski status, naročito je relevantan značaj spora za podnosioca predstavke, te je potrebna posebna marljivost s obzirom na moguće posledice koje može imati preterana dužina postupka, posebno imajući u vidu uživanje prava na poštovanje porodičnog života. Posebna pažnja i ažurnost

25 Posle reforme pravosuđa iz 2009. godine, Osnovni sud u Beogradu je postao nadležan u ovom predmetu.

26 Videti presudu *Frydlender protiv Francuske*, br. 30979/96, od 27. juna 2000. godine.

potrebne su u predmetima u kojima se sporni postupak odnosi na održavanje ličnih odnosa roditelja i deteta, kao i na izdržavanje deteta.

Sud je istakao da je period koji treba uzeti u obzir počeo 20. februara 2006. godine, kada je podnositeljka podnela građansku tužbu, koja još nije rešena. ESLJP je konstatovao da predmetni postupak u prvoj instanci traje pet godina i dva meseca i da još nije završen. Dalje, Sud je konstatovao da je na početku sporni postupak bio osetljive prirode u vezi sa pitanjima vršenja roditeljskog prava i izdržavanja i da se može smatrati da je donekle složen. S druge strane, a s tim u vezi, pitanja o kojima je reč u ovom postupku očigledno su od velike važnosti za podnositeljku predstavke.

Sud je, dalje, naznačio nekoliko značajnih propusta u radu državnih organa i propuste da se obezbedi brz završetak postupka o kojem je reč: brojna ročišta su odložena od pokretanja postupka, uključujući i četiri ročišta koja su odložena iz razloga u vezi sa unutrašnjom organizacijom;²⁷ bilo je potrebno više od godinu dana da se objedine tužbe koje su podnele strane u postupku; bilo je potrebno više od godinu dana i dva meseca da se donese odluka o rešenju o privremenoj meri; Opštinskom sudu je bilo potrebno mesec i po dana da žalbu tuženog na rešenje o privremenoj meri viđanja deteta prosledi Okružnom sudu u hitnom slučaju kao što je ovaj; domaći sudovi nisu preduzeli suštinske proceduralne korake u periodu između 16. juna i 19. decembra 2008. godine, kao i između 9. decembra 2009. godine i 17. juna 2010. godine. Sud je primetio da ponašanje podnositeljke predstavke nije značajno doprinelo procesnom odugovlačenju na koje se žali, izuzev sedam dana u vezi sa njenim zahtevom za izuzeće predsedavajućeg sudije, i odlaganju ročišta zakanog za 30. septembar 2009. godine.

Imajući u vidu važnost predmeta postupka i zahtev da se postupa sa posebnom marljivošću, ukupna dužina postupka u konkretnom slučaju bila je prekomerna, a zahtev „razumnog roka” nije ispunjen, te je ESLJP utvrdio da je došlo do povrede člana 6. st. 1. Konvencije.

U vezi sa povredom prava na porodični život, ESLJP je konstatovao da obostrano uživanje roditelja i deteta u zajedničkom društvu predstavlja osnovni element „porodičnog života” u smislu člana 8 Konvencije. Iako je primaran cilj člana 8 da zaštiti pojedinca od proizvoljnih radnji državnih organa, osim toga postoje i pozitivne obaveze svojstvene delotvornom poštovanju porodičnog života. U oba konteksta mora se voditi računa da se između suprotnih interesa pojedinca i zajednice kao celine postigne pravična ravnoteža, iako država uživa određeni prostor za procenu u postizanju takve ravnoteže.²⁸ Sud je podsetio da obaveza nacionalnih organa da preduzmu mere da olakšaju ponovno spajanje roditelja i dece nije bezuslovna, pošto ponovno spajanje roditelja sa detetom koje je neko vreme živelo sa drugim roditeljem ili drugim osobama neće moći odmah da se dogodi, a možda će biti potrebne

27 Odlaganje ročišta zbog štrajka Udruženja advokata ESLJP nije pripisao odgovornosti države Srbiji. U skladu sa takvim stavom Suda je i presuda *Pafitis i drugi protiv Grčke* od 26. februara 1998. godine.

28 Videti *Keegan protiv Irske* od 26. maja 1994. godine.

i pripremne mere u vezi sa ponovnim spajanjem. Priroda i obim te pripreme zavisiće od okolnosti svakog konkretnog slučaja. Iako domaće vlasti moraju učiniti sve da olakšaju tu saradnju, svaka obaveza primene prinude u ovoj oblasti mora biti ograničena pošto se moraju uzeti u obzir interesi, prava i slobode svih zainteresovanih, a posebno najbolji interesi deteta. U predmetima u vezi sa izvršenjem odluka u sferi porodičnog prava, ESLJP je više puta konstatovao da je odlučujuće da li su nacionalni organi preduzeli sve neophodne korake da olakšaju izvršenje u onoj meri u kojoj se to može razumno zahtevati u posebnim okolnostima svakog predmeta.²⁹ O adekvatnosti neke mere sudi se na osnovu brzine njenog sprovođenja, pošto protek vremena može imati nepopravljive posledice za odnose između deteta i roditelja sa kojim dete ne živi.

Povodom navodne povrede člana 8 Konvencije, ESLJP je u nastavku primetio da su posle predloga podnositeljke predstavke da se donese rešenje o privremenoj meri radi regulisanja njenog kontakta sa kćerkom, domaći organi odmah doneli rešenje o privremenoj meri i odmah predvideli viđanje sa detetom u lokalnom Centru za socijalni rad, 7. jula 2006. godine. Sud je primetio da je očigledno bilo neophodno određeno prilagođavanje plana posete da bi se ponovo uspostavio kvalitetniji kontakt majke i deteta. Sa tim ciljem, Centar je nastojao da prilagodi plan poseta time što je predložio da se buduća viđanja planiraju petkom, u parku u blizini stana tuženog u Beogradu, pre nego što podnositeljka predstavke i M. J. provedu celu nedelju dana zajedno. Međutim, uprkos uputstvima, ispostavilo se da je podnositeljka predstavke nastavila da petkom odlazi u prostorije Centra za socijalni rad kako je planirano sudskim rešenjem o viđanju sa detetom, čime je propustila četiri viđanja u Beogradu, zbog straha da se sa kćerkom vidi samo u prisustvu tuženog, insistirajući da se sa njom vidi u Loznici. Prema tome, podnositeljka predstavke se nije prilagodila novoj nepovoljnoj situaciji, a nije učinila ni dodatne napore da joj se prilagodi. ESLJP je dalje istakao da podnositeljka nije tražila formalno izvršenje drugog rešenja o privremenoj meri do 6. maja 2009. godine niti je došla na neko od planiranih viđanja sa detetom u Centru za socijalni rad Palilula do 8. maja 2009. godine, tvrdeći da bi bila izložena velikoj patnji i opasnosti od viđanja sa tuženim tom prilikom. Sud je prihvatio da se podnositeljka predstavke možda bojala ponašanja njenog bivšeg supruha na osnovu njegovog navodnog uvredljivog i drskog ponašanja. Međutim, pošto je ona već pokrenula odgovarajući postupak protiv njega radi zaštite od takvog ponašanja, kao i nekoliko drugih parničnih i krivičnih postupaka, teško je razumeti zašto je kasnila sa podnošenjem predloga za izvršenje u vezi sa rešenjem o privremenoj meri i zašto nije dolazila na planirana viđanja da bi videla svoje dete u prisustvu socijalnih radnika. Sud je, takođe, konstatovao da podnositeljka predstavke nije nijednom zatražila da bude oslobođena obaveze plaćanja troškova postupka u vezi sa vršenjem roditeljskih prava, što

29 *Glaser protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, br. 32346/96, od 19. septembra 2000. godine, *Hansen protiv Turske*, br. 36141/97, od 23. septembra 2003. godine i *Felbab protiv Srbije*, br. 14011/07, od 14. aprila 2009. godine.

joj omogućava Zakon o upravnom postupku, ako ti troškovi štete pojedincu i dobrobiti i stabilnosti njene porodice. Najzad, čim se podnositeljka predstavke obratila Centru za socijalni rad Palilula 6. maja 2009. godine, počela je redovno da se viđa sa ćerkom, u skladu sa drugim rešenjem o viđanju sa detetom, u prisustvu tuženog. Iako sam tuženi nije mnogo sarađivao za vreme ponovnih spajanja sa detetom, utvrđeno je da on nije pretio podnositeljki predstavke niti joj se obraćao na uvredljiv način. Sud konstatuje da su posle predloga podnositeljke predstavke za izvršenjem tog rešenja, stručnjaci Centra za socijalni rad očigledno olakšali njihov redovan kontakt u zaštićenoj sredini, kako je utvrđeno sudskim rešenjem.

U vezi sa negativnim odnosima, kako između samih roditelja, tako i između majke i deteta, kao i očiglednim emotivnim štetnim efektima planiranih susreta između podnositeljke i njene ćerke, samo i jedino oslanjanje na sudska rešenja radi organizovanja ponovnih susreta očigledno ne bi bilo dovoljno. S tim u vezi, ESLJP je konstatovao da je Centar za socijalni rad Palilula preusmeravao napore ponovljenih pokušaja da se nametne kontakt između majke i M. J. i tolerisanja sukoba između roditelja ka proaktivnijem pristupu. Centar je doneo sopstveni predlog rešenja da Savetovalište za brak i porodicu korektivno prati vršenje roditeljskih prava stranaka minimalno šest meseci, kao i terapiju za M. J. sa ciljem da se njen odnos sa majkom popravi. Domaći sud je, takođe, najavio da će preduzimati dalje mere pošto dobije izveštaj o uspehu pomenute terapije. Najzad, ESLJP je konstatovao da bi u budućnosti trebalo stvoriti propisne uslove da bi podnositeljka predstavke mogla da se viđa sa M. J. kako je utvrđeno rešenjem o privremenoj meri od 11. decembra 2006. godine. To ostaje obaveza koju organi države Srbije treba da ispune.

U skladu sa nevedenim okolnostima, ESLJP nije mogao da zaključi da su organi države propustili da preduzmu sve neophodne korake da podnositeljku predstavke spoje sa njenom kćerkom ili da osiguraju izvršenje rešenja o privremenoj meri. Stoga je ESLJP smatrao da nije došlo do povrede prava na porodični život podnositeljske predstavke.

ZAKLJUČAK

Osetljivost pitanja vršenja roditeljskog prava nakon razvoda braka ogleđa se i u posmatranim presudama Evropskog suda za ljudska prava. Lični odnosi roditelja i deteta u oblasti odlučivanja ESLJP povodom povrede prava na poštovanje porodičnog života najčešći su sporovi.

Presude se odnose na sprečavanje roditelja koji prema sudskoj odluci neposredno ne vrši roditeljsko pravo na održavanje ličnih odnosa sa detetom i na nesprovođenje sudske odluke o privremenim merama pri vršenju roditeljskog prava. Najčešće, jedan roditelj koji bilo prema sudskoj odluci ili protivpravnom faktičom vršenju roditeljskog prava, kod koga se dete nalazi, sprečava drugog roditelja da održava kontakt sa detetom.

Međusobno održavanje ličnih odnosa i zajednički život roditelja i deteta predstavljaju suštinski element postojanja porodičnog života. Nepostojanje zajedničkog života ili održavanja ličnih odnosa onemogućava ostvarivanje porodičnog života. Činjenica da porodični život ne postoji može biti rezultat: protivljenja jednog roditelja, protivljenja deteta i propusta državnih organa. Protivljenje deteta može dovesti do povrede prava na poštovanje porodičnog života samo ako državni organi nisu preduzeli neophodne mere za ostvarivanjem kontakta. Ako su državne vlasti preduzele sve neophodne mere, protivljenje deteta neće biti razlog da ESLJP utvrdi povredu prava na poštovanje porodičnog života. Za roditelja koji neposredno ne vrši roditeljsko pravo to je svakako nepravedan ishod. Posebno ističemo nepravdičnost u slučaju ako je roditelj-staratelj protivpravno (otmicom) došao do „državine” deteta. U posmatranom kontekstu činjenica protoka vremena igra presudnu ulogu, što je u predmetnim presudama istakao i ESLJP, s obzirom na to da duži boravak deteta kod jednog roditelja onemogućava uspostavljanje roditeljskog prava drugog roditelja pozivanjem na potrebu stabilnosti deteta. Jedan broj presuda ima i krivičnopravnu dimenziju, i to u dva aspekta – nedavanje izdržavanja i(li) otmica deteta.

Kao pravilnost, ESLJP utvrđuje povredu prava na poštovanje porodičnog života (posebno u vezi sa članom 6 stavom 1) ako domaće vlasti u dužem periodu vremena ne izvršavaju donete odluke o vršenju roditeljskog prava i održavanju kontakta roditelja i deteta. Takav stav ESLJP posebno se pokazuje opravdanim ako imamo u vidu činjenicu da protek vremena ima presudnu ulogu u tim sporovima.

Propust državnih organa odnosi se na pasivno ponašanje prilikom izvršenja sudske odluke ili privremene mere.

Ostvarivanje prava roditelja na održavanje ličnih odnosa sa decom, uprkos aktivnom delovanju domaćih vlasti, ostaje neostvareno usled protivljenja dece. Ukoliko deca izražavaju čvrstu i konstatnu želju da ne žele da žive sa roditeljem koji prema sudskoj odluci treba da neposredno vrši roditeljsko pravo, naponi državnih organa (prvenstveno suda i Centra za socijalni rad) neće imati efekta. Ipak, aktivno ponašanje državnih organa i pravovremeno izvršavanje sudskih odluka i privremenih mera, posmatrano iz ugla odgovornosti domaće države, implicira odsustvo utvrđivanja povrede prava na poštovanje porodičnog života i oslobađanje od te odgovornosti.

Asst. Uroš Novaković, MA*

DECISIONS OF THE EUROPEAN COURT FOR HUMAN RIGHTS AGAINST SERBIA IN CONNECTION TO THE EXERCISE OF PARENTAL RESPONSIBILITIES AND PARENT-CHILD RELATIONS

Summary

The concept of the family as the basic institute of the Family Law was very often subject of analysis of the Family Law theory. Trends in comparative family law in late XX and early XXI century were reflected in the omission of the family definition in statutes. Judgment in relation to Article 8. of the Convention are also related to two areas that often overlap – a violation of the right to respect private life and the right to respect family life. Also, in a number of judgments in the case of a violation of the right to respect private or family life, the ECtHR often finds a violation of Article 6. § 1. Of the eight judgments that ECtHR has brought against the state of Serbia in respect of the family life, six of them are resolved issues of divorce, child custody and maintenance of personal relationships between parent and child (Damjanovic, Felbab, Krivošej, Tomic, V.A.M. and Veljkov). As regularity, the ECtHR found a violation of the right to respect family life (especially in conjunction with Article 6. § 1.) if the local government for a long period does not execute decisions regarding exercise of parental responsibility and maintaining contact with child. Justification of the ECtHR attitude especially appears if we take into account fact that the passage of time plays a crucial role in these disputes. Maintain personal relationships between parent and child and living together is an essential element of the family life existence. Absence of the family life may emerge as a result of: opposition to one parent, child's opposition and state authority omission.

Exercising the right of parents to maintain personal relationships with children, despite the active participation of domestic authorities, remain unclaimed due to opposition by children.

Key words: *European Court for Human Rights. Right to Respect Family Life. Parental Responsibility. Parent-Child Contact. Temporary Child Custody. Maintenance Assigning.*

* Uroš Novaković, MA. Teaching assistant, Faculty of Law University of Belgrade and PhD candidate. This article is the result of research within the project *Perspectives of Implementation of European Standards in the Serbian Legal System* (179059), supported by the Ministry of Education, Science and Technological development.

NEGOTIORUM GESTIO U SRPSKOM I EVROPSKOM PRAVU

Apstrakt

Prvi deo rada predstavlja analizu Principa evropskog prava posloводства bez naloga (*Principles of European Law on Benevolent Intervention in Another's Affairs*), koje je predložila grupa istaknutih pravnika radi unifikacije prava država članica povodom donošenja Evropskog građanskog zakonika (*The Study Group on a European Civil Code*). Drugi deo rada posvećen je razmatranju regulative posloводства bez naloga koju propisuje važeći Zakon o obligacionim odnosima (ZOO) i utvrđivanju u kojoj meri su ona slična odnosno različita u odnosu na predložene Principe.

Ključne reči: *Negotiorum gestio. Principles of European Law on Benevolent Intervention in Another's Affairs*. Zakon o obligacionim odnosima.

Države članice EU u kojima je kodifikovano građansko pravo sadrže poseban institut posloводства bez naloga.¹ U evropskokontinentalnom pravu posloводство bez naloga vodi poreklo iz rimskog prava. *Negotiorum gestio* (lat. *negotium* – posao i *gestio* od *gerere* – vršiti, obavljati) predstavlja obavljanje tuđeg posla bez prethodnog naloga lica čiji je posao ili sporazuma zainteresovanih strana. Do posloводства bez naloga dolazi najčešće kada lice čiji je posao (*dominus negotii* – gospodar posla) nije u mogućnosti da ga samo obavi, bilo zato što je odsutno bilo zato što je iz drugog razloga sprečeno da se pobrine o sopstvenom interesu. Stoga drugo lice (*negotiorum gestor* – poslovođa bez naloga) preduzima tuđ posao u nastojanju da spreči nepovoljne posledice koje mogu nastupiti za gospodara posla. Institut posloводства bez naloga nastao je iz altruističkih pobuda koje su u mnogo većoj meri nego što je to danas slučaj postojale u rimskom pravu (naročito u prvim fazama njego-

* Mr Valentina Cvetković-Đorđević, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije* (179059), koji podržava Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

1 Taj institut zauzima različita mesta u različitim kodifikacijama. Tako npr. u Austrijskom građanskom zakoniku posloводство bez naloga regulisano je u posebnoj glavi posvećenoj „Opunomoćavanju i drugim vrstama posloводства”. Napoleonov kodeks posloводство bez naloga i isplatu nedugovanog reguliše u okviru kvazikontrakata. Italijanski građanski zakonik nije prihvatio ustanovu kvazikontrakata, ali je posloводство bez naloga regulisao ispred isplate nedugovanog. U Nemačkom i Grčkom građanskom zakoniku posloводство bez naloga regulisano je odmah posle ugovora o mandatu. U Holandskom građanskom zakoniku taj institut je regulisan u opštem delu obligacionog prava.

vog razvoja kada su se transakcije među Rimljanima obavljale s puzdanjem u moralne kategorije poput dobre vere – *bona fides*). U osnovi savremenog instituta posloводства bez naloga takođe se nalaze altruizam i međuljudska solidarnost. Međutim, za razliku od rimskog prava, oni su danas u mnogo manjoj meri kriterijumi uobličavanja pravnih fenomena, zbog čega je ustanova koja je zasnovana na etičkim razlozima, kao što je slučaj sa posloводством bez naloga, danas izuzetak. Da bi postojalo posloводство bez naloga, u klasičnom rimskom pravu bilo je neophodno ispuniti nekoliko uslova. Najpre se zahtevalo da se radi o tuđem poslu.² Poslovođa je morao znati da preduzima tuđ posao. Ukoliko je preduzeo sopstveni posao (*negotium suum*) nije postojalo posloводство bez naloga.³ Potom, trebalo je da posao bude obavljen u interesu gospodara posla. Posloводство bez naloga nije postojalo ukoliko je objektivno tuđ posao poslovođa obavio u sopstvenom interesu, zbog čega se takav posao smatrao poslovođinim (*suum negotium*).⁴ Posloводство bez naloga nije postojalo ni onda kada je poslovođa bio u zabludi da preduzima tuđ posao, a zapravo se radilo o njegovom poslu.⁵ Potom, posao je morao biti korisno vođen, pri čemu nije bilo neophodno da je nakon obavljenog posla postignut nameravani rezultat.⁶ U klasičnom pravu bilo je sporno da li postoji posloводство bez naloga ako poslovođa preduzme posao protivno zabrani gospodara posla (*negotiorum gestio prohibente domino*). Prema Justinijanovom pravu, *negotiorum gestio* neće nastati ako je gospodar zabranio obavljanje posla izuzev ukoliko je reč o javnoj obavezi ili potrebi sahranjivanja umrlog lica. Gospodar posla imao je na raspolaganju direktnu tužbu protiv poslovođe (*actio negotiorum gestorum directa*) za predaju koristi i eventualnu naknadu štete nastalih usled posloводства. S druge strane, poslovođa je takođe imao pravo na tužbu (*actio negotiorum gestorum contraria*) za nužne i korisne troškove koje je učinio obavljajući gospodarev posao, čak i onda kada je njegov trud ostao bez rezultata.

U srednjem veku, u nedostatku opšte tužbe iz obogaćenja, primenjivala su se pravila o posloводству bez naloga za rešavanje mnogih slučajeva koje danas kvalifikujemo kao neosnovano obogaćenje. U tu svrhu poslužila je objektivna koncepcija posloводства bez naloga koja je nastala u postklasičnom rimskom pravu i na osnovu koje se nije zahtevala volja poslovođe da dela u interesu gospodara posla (*animus aliena negotia gerendi*). Otuda su se pravila o posloводству primenjivala i na slučajeve u kojima je poslovođa pogrešno verovao da je reč o njegovom poslu ili je svesno delao u svom interesu. Opšta tužba iz obogaćenja u nekim kontinentalnim zemljama stvorena je upravo zahvaljujući njenom izdvajanju iz tužbe iz posloводства bez naloga (*actio negotiorum gestorum contraria*).⁷ Tako se posloводство bez naloga

2 D. 3. 5. 3.

3 D. 17. 1. 60. 1.

4 D. 3. 5. 5. 5.

5 D. 3. 5. 5. 6.

6 D. 3. 5. 9. 1.

7 Na osnovu Francuskog građanskog zakonika (čl. 1375) nije bilo jasno da li je regulisana subjektivna ili objektivna koncepcija posloводства bez naloga. Većina autora 19. veka smatrala je da je reč o objektivnoj koncepciji posloводства bez naloga. Takođe, francuska

vratilo u okvire klasičnog rimskog prava u kome se zahtevalo da poslovođa dela u interesu gospodara posla. Slučajevi u kojima je on delao u sopstvenom interesu rešavali su se primenom tužbe iz obogaćenja. Takođe, preovladao je stav da će poslovođa imati pravo na naknadu ako je posao korisno započet (*utiliter coeptum*) čak i kada na kraju nije doneo očekivanu korist gospodaru (*utiliter gestum*). Ostvarena korist se zahtevala u verzionoj tužbi (*actio de in rem verso*), koja se zbog te karakteristike može smatrati pretečom opšte tužbe iz obogaćenja.

Godine 1999. oformljena je grupa istaknutih predstavnika pravne nauke država članica Evropske unije (tzv. *The Study Group on a European Civil Code*), koji su kao cilj svog rada postavili formulisanje principa najvažnijih aspekata obligacionog prava kao i određenih delova stvarnog prava koji su od značaja za funkcionisanje zajedničkog tržišta EU. Plod njihovog rada predstavljaju rešenja koja su zasnovana na pažljivoj uporednopravnoj analizi sa isključivo stručno-naučnim kriterijumima. Otuda je predložena regulativa samo polazište daljih diskusija koje u perspektivi mogu rezultirati donošenjem evropskog građanskog zakonika. Za potrebe ovog rada najpre će se analizirati predloženi Principi evropskog prava posloводства bez naloga (*Principles of European Law on Benevolent Intervention in Another's Affairs*)⁸. Potom će se predočiti regulativa tog instituta u srpskom pravu da bi se zaključilo o sličnostima i odstupanjima od predloženih evropskih rešenja.

Principi evropskog prava u materiji posloводства bez naloga

Iako u određenim aspektima savremeni institut posloводства bez naloga odstupa od rimskopravnog uzora, latinski naziv *negotiorum gestio* uobičajen je za njegovo označavanje među evropskim pravnicima. Imajući u vidu da je zvaničan jezik Grupe za izradu principa evropskog građanskog prava engleski, a da u engleskom pravu ne postoji poseban institut posloводства bez naloga, to je u Principima prihvaćen termin *Benevolent Intervention in Another's Affairs*. Stoga se poslovođa bez naloga (*gestor*) označava kao *intervener*, a gospodar posla (*dominus*) kao *principal*.

Principi su podeljeni u tri poglavlja. U prvom poglavlju određuje se obim primene, tj. šta se može smatrati posloводstvom bez naloga. U drugom poglavlju govori se o obavezama poslovođe, a u trećem se uređuju njegova prava.⁹

sudska praksa primenjivala je tužbu iz posloводства i u slučajevima u kojima nije postojao subjektivni element (*animus aliena negotia gerendi*). Autori koji su se odvojili od takve tendencije bili su Obri i Ro (*Aubry et Rau*), koji su prvi počeli da razlikuju tužbu iz obogaćenja od tužbe iz posloводства bez naloga. V. P. Gallo, *L'arricchimento senza causa*, Padova 1990, 123.

8 Principles of European Law, Study Group on European Civil Code, *Benevolent Intervention in Another's Affairs* (PEL Ben. Int.), prepared by Christian von Bar, Munich 2006. U daljem radu služićemo se skraćenim nazivom Principi.

9 Ova struktura je slična onoj koja postoji u Grčkom građanskom zakoniku.

Prvo poglavlje – uslovi za nastanak posloводства bez naloga (čl. 1:101 – 1:103). Da bi postojalo posloводство bez naloga, potrebno je ispuniti dva pozitivna i tri negativna zahteva.

Pozitivni uslovi se sastoje u tome da je poslovođa s pretežnom namerom preduzeo posao u tuđem interesu i da za njegovu intervenciju postoji razuman razlog, tj. da je ona opravdana [l. 1:101 (1)]. Negativni uslovi isključuju primenu posloводства bez naloga ako je poslovođa (čl. 1:103): a) obavezan na osnovu ugovora ili neke pravne norme da preduzima činidbu u korist gospodara posla, b) ovlašćen na osnovu drugih pravnih normi (koje ne spadaju u institut posloводства bez naloga) da dela nezavisno od saglasnosti gospodara posla, c) obavezan da dela u korist trećeg lica koje je korisnik posla.¹⁰ Negativni uslovi sastoje se, dakle, u tome da poslovođa nije na osnovu drugih pravnih normi obavezan niti ovlašćen da preduzima posao u korist gospodara posla odnosno u korist trećeg lica koje je beneficijar izvršenog posla. Ukoliko je neko obavezan odnosno ovlašćen (ugovorom, zakonom, sudskom odlukom i dr.) da preduzme odgovarajuću činidbu u korist drugog lica, među njima neće postojati odnos poslovođe i gospodara posla, tj. njihov odnos se neće urediti prema pravilima o posloводstvu bez naloga.

Principi načelno ne prave razliku između nužnog posloводства, tj. onog koje se vrši da bi se sprečila šteta koja prethodi nastupu za gospodara posla, i korisnog posloводства, tj. onog koje se preduzima sa ciljem ostvarivanja koristi za gospodara. Međutim, oni tu podelu čine relevantnom pomoću čl. 3. 103, kojim se poslovođa ovlašćuje da od gospodara zahteva naknadu pretrpljene štete samo u slučaju nužnog posloводства. Principi ne zahtevaju da je poslovođa preduzeo objektivno tuđ posao za razliku od većine prava država članica EU.¹¹

10 Vodoinstalater je angažovan od zakupodavca da popravi slavinu u stanu u kome živi zakupac. Zakupodavac se neće smatrati poslovođom bez naloga u odnosu na zakupca, zbog toga što on ne angažuje vodoinstalatera da bi ostvario interes zakupca, već zato što je na osnovu ugovora o zakupu kao vlasnik stana dužan da otkloni kvar. Vodoinstalater se takođe neće smatrati poslovođom bez naloga ni u odnosu na zakupodavca (zbog toga što je njihov odnos ureden ugovorom koji su sklopili) ni u odnosu na zakupca zbog primene čl. 1:103 (c) Principa.

11 Većina prava država članica EU zahteva da je poslovođa preduzeo objektivno tuđ posao. Tako se, npr. članom 2028. Italijanskog građanskog zakonika, zahteva svesno preduzimanje un affaire altrui. Slično predviđa i čl. 1372. Francuskog građanskog zakonika po kome poslovođa svojevoljno izvršava l'affaire d'autrui. U čl. 1036. i 1037. Austrijskog građanskog zakonika takođe se pretpostavlja vođenje tuđeg posla (ein fremdes Geschäft). S druge strane, u čl. 677. Nemačkog građanskog zakonika zahteva se da poslovođa dela za drugog (für einen anderen). Po slovu zakona, delanje za drugog ne pretpostavlja nužno i preduzimanje tuđeg posla. Ipak, nemačka sudska praksa zauzela je stav da se zahteva vođenje objektivno tuđeg posla. Nasuprot tome, neki pisci smatraju nepotrebnim zahtev da se radi o objektivno tuđem poslu zbog toga što se posao ima smatrati tuđim uvek kada ga je poslovođa preduzeo u interesu drugog lica. Holandski građanski zakonik takođe ne zahteva vođenje tuđeg posla već predviđa da se poslovođa stara o tuđem interesu (čl. 6:198). Prava koja zahtevaju vođenje objektivno tuđeg posla sužavaju polje primene posloводства bez naloga samo na slučajeve u kojima akt poslovođe predstavlja zadiranje u tuđa prava koje nije ništa drugo nego izvršenje nedozvoljene radnje (delikta). To znači da

Da li postoji razuman razlog za poslovođinu intervenciju, utvrđuje se u svakom konkretnom slučaju. Pritom se procenjuje da li bi apstraktno razumni poslovođa u datim okolnostima postupio kao i konkretni poslovođa. Intervencija neće biti opravdana ako je poslovođa mogao da sazna stav gospodara po pitanju preduzimanja posla, ali je propustio da to učini [čl. 1:101 (2a)] ili ukoliko je znao ili je morao znati da je njegovo delanje u suprotnosti sa željom gospodara posla [čl. 1:101 (2b)].

Postoje izuzeci kada će se smatrati da je poslovođa opravdano delao iako je to učinio protivno gospodarevoj želji. To će najpre biti slučaj kod osoba koje nemaju pravnorelevantnu volju (mentalno bolesni, narkomani i sl.), zatim kada je gospodareva želja u suprotnosti sa javnim interesom (na primer, spasavanje osobe koja namerava da izvrši samoubistvo). Nepoštovanje volje gospodara neće smetati ustanovljenju poslovodstva bez naloga i u situaciji kada gospodar nije ispunio obavezu koju je po zakonu bio dužan ispuniti a javni interes nalaže njeno hitno ispunjenje (na primer, kada gospodar ne daje izdržavanje licu koje je po zakonu dužan da izdržava). Ti slučajevi su posebno regulisani u čl. 1:102 Principa, prema kojem poslovođa nije dužan da poštuje želju gospodara koji nije ispunio obavezu u pogledu koje postoji javni interes za hitnim ispunjenjem. Utvrđivanje javnog interesa stvar je zakonodavne politike svake zemlje i prema tome ne može se unapred i univerzalno odrediti za svaki pravni poredak.

Principi regulišu i tzv. neosnovano poslovodstvo kada je poslovođa delao u interesu drugog, ali za takav njegov postupak ne postoji, tj. opravdan razlog. U tom slučaju poslovodstvo bez naloga postojaće ukoliko gospodar posla naknadno odobri preduzeti posao [čl. 1:101 (1b)]. Pritom, on to može učiniti eksplicitno ili implicitno. Odobrenje gospodara je moguće samo ako je poslovođa delao u interesu gospodara ili drugog lica. Ukoliko je poslovođa preduzeo aktivnost u svom interesu, odobrenje gospodara neće imati za posledicu primenu pravila o poslovodstvu bez naloga. Iako nije propisan rok u kome gospodar treba da da svoje odobrenje, to treba učini bez nepotrebnog odlaganja, tj. čim sazna da je posao obavljen. Ovo iz razloga pravne sigurnosti jer se poslovođa ne treba neopravdano držati u neizvesnosti. Za razliku od rimskog prava, u kojem je odobrenje gospodara posla imalo efekat pretvaranja poslovodstva bez naloga u ugovor o mandatu (*ratihabitio mandato aequiparatur*), u Principima to nije slučaj. Naime, kao argument protiv toga da naknadno odobrenje ima za posledicu retroaktivno ustanovljenje ugovora o mandatu navodi se to da se kao poslovođa može pojaviti lice koje u trenutku preduzimanja posla nema sposobnost zaključivanja ugovora. Takvo rešenje, međutim, ne sprečava strane da svoje odnose proistekle iz poslovodstva sporazumno regulišu i time otklone primenu pravila te ustanove.

se poslovodstvom bez naloga ne mogu označiti akti poput spasavanja onesvešćene osobe koja se nalazi u opasnosti, izlaganja poslovođe opasnosti i dobrovoljnog žrtvovanja svojih dobara prilikom intervenisanja u korist gospodara i dr. Ispunjenjem uslova koji se zahtevaju za poslovodstvo bez naloga, otklanja se protivpravnost delovanja poslovođe. Tvorci Principa zauzeli su drugačiji stav u odnosu na većinu evropskih pravnih poredaka zbog toga što predviđaju kao bitno jedino to da je posao preduzet u tuđem interesu, pri čemu nije neophodno da je reč o objektivno tuđem poslu.

Principima se ne reguliše nepravo poslovodstvo koje postoji kada poslovođa dela isključivo u svom interesu.

Kao i većina prava država članica EU, Principi predviđaju mogućnost da poslovođa obavlja kako fizičke, tako i pravne akte. Jedino nije dozvoljeno preduzimanje strogo ličnih akata, što se posredno zaključuje iz čl. 3:106 Principa, u kojem se govori o ovlašćenju poslovođe da dela u ime gospodara posla.¹² Poslovođa može da dela ne samo u svrhu zaštite imovinskih interesa drugog lica (na primer, gašenje požara u tuđoj kući u kojoj nema drugih lica) već i da bi zaštitio tuđi telesni ili moralni integritet (odvoženje povređenog lica u bolnicu, davanje izdržavanja i sl.). Po pravilu, poslovođa preduzima aktivno činjenje koje se može sastojati u kratkotrajnoj intervenciji (poput odvoženja povređenog lica do bolnice) ili, pak, u dugotrajnom vođenju posla za drugog (pr. održavanje komšijine farme dok je on više dana u bolnici). Teoretski je moguće da se akt poslovođe sastoji u propuštanju, ali se u praksi retko dešavaju takvi slučajevi poslovodstva bez naloga.

Posebno treba naglasiti da za primenu pravila o poslovodstvu bez naloga nije od značaja da je poslovođina aktivnost rezultirala uspehom. Bitno je samo da je poslovođa delao u interesu gospodara, pri čemu se postojanje takvog interesa procenjuje u trenutku delanja. Drugim rečima, poslovodstvo bez naloga postojaće i onda kada je poslovođa svojim aktom želeo da postigne korist za gospodara ili da otkloni predstojeću štetu ali u tome nije uspeo.

U vremenu u kojem živimo retki su slučajevi da jedno lice preduzima posao isključivo u tuđem interesu. Otuda Principi ne isključuju mogućnost primene pravila o poslovodstvu bez naloga ukoliko je poslovođa delao i u svom interesu. Međutim, ostvarenje sopstvenog interesa mora biti u senci interesa gospodara posla odnosno drugog lica. Kvantifikacija interesa u korist gospodara posla odnosno drugog lica označena je izrazom *predominant intention of benefiting another*. Stoga je dovoljno da je poslovođa posao preduzeo s preovlađujućom namerom da gospodar odnosno drugo lice ostvari interes (da ne pretrpi štetu ili ostvari korist).¹³

Zahtev da poslovođa dela s preovlađujućom namerom ostvarivanja interesa za gospodara posla ne znači da on mora i lično da ga poznaje. To naročito važi za slučajeve nužde kada poslovođa hitno dela, često bez mogućnosti da u tom trenutku utvrdi identitet gospodara posla. Nije neophodno ni da poslovođa ima na umu neku konkretnu osobu, dovoljno je da on ima svest i nameru da dela u interesu drugog lica iako mu je njegov identitet u trenutku vođenja posla nepoznat. Takođe, nema značaja ukoliko je poslovođa u zabludi povodom ličnosti gospodara posla (pogrešno veruje da dela za jedno a u stvarnosti dela za drugo lice).

12 Mogućnost učešća u sudskom postupku u ime gospodara nije regulisano Principima zbog toga što to predstavlja predmet procesnog prava. Primera radi, ako preti opasnost da zastari neko gospodarevo potraživanje, postavlja se pitanje da li poslovođa u ime gospodara može sudskim putem da zahteva njegovo namirenje.

13 Primera radi, ukoliko ocu preti prinudno izvršenje koje podrazumeva prodaju vrednih slika zbog neplaćenog poreza, postojaće poslovodstvo bez naloga ako porez plate njegova deca uprkos tome što postoji i njihov posredan interes da ne dođe do prinudnog izvršenja pošto će ih oni jednog dana naslediti.

Poslovođa odnosno gospodar posla može biti svako lice (fizičko ili pravno). Deca mogu imati i položaj poslovođe i položaj gospodara posla. Za njih je, međutim, propisana posebna zaštita [čl. 2:102 (2), 2:103 (3), 3:104 (2)]. Osobe s mentalnim nedostacima mogu biti poslovođe samo ako su u stanju da shvate da posao preduzimaju u tuđem interesu. Moguće je obavljati posao i u interesu još nerođenog deteta pod uslovom da se ono rodi živo, tj. da stekne pravni subjektivitet.

Drugo poglavlje – obaveze poslovođe prema gospodaru posla (2:101 – 2:103). Njegov predmet predstavljaju obaveze poslovođe, pri čemu se pravi razlika između obaveza za vreme preduzimanja posla i obaveza nakon završetka posla. Ukoliko poslovođa ne ispuni neku od svojih obaveza, biće dužan da gospodaru nadoknadi štetu. Prema tome, drugo poglavlje se deli u tri grupe. U prvu grupu spadaju obaveze koje poslovođa ima za vreme obavljanja posla (čl. 2:101). Drugu grupu čine njegove obaveze nakon okončanja posla (2:102). Treća grupa (2:103) predstavlja poslovođinu odgovornost za štetu koja je prouzrokovana kršenjem njegovih obaveza bilo za vreme obavljanja posla, bilo nakon njegovog okončanja.

Obaveze poslovođe za vreme obavljanja posla (2:101). Poslovođine obaveze u ovoj fazi mogu se podeliti na četiri vrste. Prva njegova obaveza jeste da dela sa pažnjom koja odgovara pažnji dobrog domaćina (*bonus paterfamilias*). Da li je poslovođa delao s takvom pažnjom, utvrđuje se u svakom konkretnom slučaju, uzimajući u obzir sve okolnosti situacije u kojoj se konkretni poslovođa našao.¹⁴ Takođe, ako obavljanje posla spada u profesionalnu delatnost poslovođe,¹⁵ on je posao morao obavljati onom pažnjom koja se zahteva za pripadnike te profesije (*lege artis*).

Druga obaveza poslovođe (ostavljajući po strani izuzetak iz čl. 1:102) sastoji se u tome da on mora da dela u skladu sa gospodarevom stvarnom ili pretpostavljenom željom. Pretpostavljena želja utvrđuje se na osnovu objektivnog kriterijuma šta bi u datom slučaju bila razumna gospodareva želja.

Treće, poslovođa je obavezan da, čim je to moguće i razumno, informiše gospodara posla o intervenciji i da zahteva njegovu saglasnost za dalje delanje. Naime, dužnost obaveštenja gospodara postoji i pre preduzimanja posla, što je predviđeno čl. 1:101 (2a). Međutim, bez obzira na to da li je gospodar bio informisan pre otpočinjanja posla (pa je odobrio njegovo preduzimanje) ili nije (jer poslovođa nije bio u mogućnosti da stupi u kontakt s njim), poslovođa je dužan da obaveštava gospodara i za vreme obavljanja posla (razume se ukoliko se radi o aktivnosti koja podrazumeva vremensko trajanje), da bi dobio instrukcije da li da i dalje nastavi da obavlja posao odnosno na koji način da ga vrši.

Četvrta obaveza poslovođe sastoji se u tome da on ne može bez opravdanog razloga prekinuti započeti posao. Svako je slobodan da odluči da li

14 Tako, na primer, ako poslovođa treba da angažuje lice koje će obaviti hitnu popravku u susedovoj kući, to mora biti kvalifikovani majstor za popravku te vrste kvara.

15 Doktor se slučajno zatekne ne mestu na kojem se dogodila nesreća i pristupi pružanju prve pomoći povređenom licu.

će se uopšte upustiti u obavljanje posla u tuđem interesu (koji nije pravno obavezan da obavi), ali, ukoliko započne intervenciju, ne može prekinuti da je obavlja bez opravdanog razloga. U čl. 2:101 (2) ne navodi se koji su to opravdani razlozi za obustavljanje posla. Ipak, oni se mogu svesti na nekoliko najvažnijih situacija: a) kada se ostvari cilj zbog koga je posao započet, b) mogućnost da sam gospodar nastavi sa obavljanjem započetog posla, c) želja gospodara da poslovođa prekine sa daljim obavljanjem posla, d) drugi objektivni razlozi koji opravdavaju obustavu vođenja posla koji se mogu ali i ne moraju ticati poslovođe (na primer, nastavljjanje obavljanja posla bi zahtevalo prekomerno ulaganje napora poslovođe koji istovremeno mora obavljati i sopstvene poslove ili se dalje obavljanje posla pokazuje kao beskorisno).

Obaveze poslovođe nakon završetka posla (čl. 2:102). Nakon obavljenog posla, poslovođa je dužan da obavesti, položi račun i preda gospodaru posla sve što je stekao na osnovu posloводства [čl. 2:102 (1)]. Te dužnosti poslovođa mora izvršiti bez opravdanog odlaganja.

Obaveza naknade štete [čl. 2:103 (1)]. Ukoliko je poslovođa prekršio neku od svojih obaveza prema gospodaru posla, biće obavezan da mu nadoknadi štetu. Povodom te obaveze poslovođe, tvorci Principa upućuju na analognu primenu pravila o građanskoj odgovornosti za izvršeni delikt, koja su predložena u Evropskim principima vanugovorne odgovornosti za štetu prčinjenu drugom licu (*European Principles of Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another*). Prema tome, nadoknađuje se i imovinska i neimovinska šteta. Pritom, naknada štete najčešće će biti u novčanom obliku, ali može biti i u naturi ukoliko se tako može uspostaviti stanje koje je prethodilo šteti (*status quo ante*). Valja istaći da se prema navedenom članu nadoknađuje samo šteta koja je nastala kršenjem poslovođinih obaveza prema gospodaru posla u slučaju osnovanog posloводства bez naloga (prema čl. 1:101 i 1:102). Ako je reč o neosnovanom posloводstvu (kada poslovođa dela bez opravdanog razloga), poslovođa odgovara za prouzrokovanu štetu po pravilima o građanskopravnoj odgovornosti za nedozvoljenu radnju (delikt). Poslovođa će biti dužan da nadoknadi štetu samo ukoliko ju je prouzrokovao kršenjem obaveza prema gospodaru posla usled čega je stvorio, povećao ili namerno produžio opasnost iz koje je nastala šteta.¹⁶

Imajući u vidu da se u osnovi ustanove posloводства bez naloga nalazi solidarnost koja nalaže pomaganje drugom koji trenutno nije u situaciji da sam obavio posao i time otkloni štetu ili ostvari korist, bilo bi necelishodno postaviti stroge kriterijume odgovornosti poslovođe za akte koje je pobudio njegov altruizam. Razlozi pravne politike takođe govore u prilog blažih kriterijuma poslovođine odgovornosti jer bi se u protivnom potencijalne poslovođe odvratile od pomaganja drugim osobama.¹⁷ Stoga se u čl. 2:103 (2) pro-

16 Poslovođa će namerno produžiti opasnost ukoliko je prevremeno i bez opravdanog razloga obustavio obavljanje delatnosti iako je bio svestan da usled toga može nastati šteta.

17 Sva prava država članica EU predviđaju blažu odgovornost poslovođe. Razlika se sastoji u tome što neka od njih blažu odgovornost ograničavaju samo na posloводство u nuždi, pri čemu predviđaju da će poslovođa biti odgovoran samo za grubi nehat. Druga prava ne menjaju stepen dugovane pažnje već upućuju na test konkretnih okolnosti posloводства,

pisuje mogućnost umanjena odnosno isključenja poslovođine odgovornosti. Ono će biti opravdano naročito u slučajevima nužde, kada poslovođa nema vremena da okleva, zbog čega se njegovo strogo sankcionisanje pojavljuje kao nepravedno i iz pomenutih razloga zakonodavne politike necelishodno. Otuda se predviđa da poslovođina odgovornost može biti smanjena ili isključena ako bi to u konkretnom slučaju bilo pravično i razumno (*fair and reasonable*).

Posebna zaštita poslovođe koji nema punu poslovnu sposobnost [čl. 2:102 (2) i 2:103 (3)]. U praksi se ređe dešavaju slučajevi u kojima se kao poslovođa javlja lica koje ne poseduje punu poslovnu sposobnost. Iako mogu biti nesposobni da sklope ugovor, deca i mentalno poremećena lica mogu imati status poslovođa ukoliko su u trenutku preduzimanja posla sposobni da shvate da delaju u interesu drugog lica. Mogućnost njihovog poslovođstva nesporna je za fizičke akte, dok se za pravne akte zahtevaju uslovi koji su propisani za preduzimanje pravnih poslova lica sa ograničenom poslovnom sposobnošću. Čl. 2:102 (2) Principa pruža im se posebna zaštita stoga što se propisuje njihova odgovornost prema gospodaru posla samo u obimu u kome su obogaćeni na osnovu preduzetog posla. Stoga, ako ta lica budu tužena od gospodara posla koji zahteva predaju svega što su stekla na osnovu poslovođstva, biće obavezna da predaju samo postojeće obogaćenje. Drugim rečima, nisu obavezna da predaju ono što su u međuvremenu (od trenutka sticanja do trenutka podizanja tužbe) savesno potrošila.

I u pogledu odgovornosti za naknadu štete postoji posebna zaštita lica koja nemaju punu poslovnu sposobnost. U čl. 2:103 (3) predviđa se da će poslovođa koji ne poseduje punu poslovnu sposobnost biti obavezan na naknadu štete po osnovu poslovođstva bez naloga samo ukoliko bi mogao biti odgovoran prema pravilima o vanugovornoj odgovornosti za štetu prouzrokovanu drugom licu (*PEL Liab. Dam.*). Drugim rečima, lica koja nisu deliktно odgovorna ne mogu odgovarati za štetu po osnovu poslovođstva bez naloga.

Treće poglavlje – Prava poslovođe bez naloga u odnosu na gospodara posla (3:101 – 3:104). U ovom poglavlju propisana su prava poslovođe: pravo na oslobađanje od preuzetih obaveza, pravo na naknadu troškova, pravo na naknadu za rad ukoliko obavljeni posao spada u profesionalnu delatnost poslovođe i pravo na naknadu štete.

U čl. 3:101 propisuje se da poslovođa ima pravo na oslobađanje od obaveza koje je preuzeo u svoje ime i na naknadu troškova koje je imao u toku poslovođstva. Oslobađanje od obaveza nastupa kada je poslovođa pravni posao sklopio u svoje ime, ali obavezu iz njega nije još uvek ispunio (angažovao je majstora, ali mu još uvek nije platio za obavljeni rad). Gospodar posla dužan je da ga oslobodi obaveze bilo tako što će direktno izvršiti plaćanje trećem licu (poslovođinom kontrahentu) ili će odgovarajući iznos predati poslovođi i time mu omogućiti da ispuni obavezu. Pravo izbora između te dve mogućnosti oslobođenja od obaveze je na gospodaru posla. Ako je poslovo-

te ublažavaju odnosno oslobađaju od odgovornosti prema merilu pravičnosti, razumnosti i sl. Principi slede drugi model.

da ispunio obavezu prema svom ugovaraču bez intervencije gospodara posla (pre nego što je gospodar bio u mogućnosti da ispunji obavezu trećem licu i tako oslobodi poslovođu od obaveze), isplaćeni iznos moći će da potražuje u obliku naknade troškova. Naknada troškova ne mora se sastojati samo u novčanom plaćanju već i u drugim dobrima, zavisno od vrste učinjenih troškova.¹⁸ Važno je istaći da će poslovođa imati pravo na oslobađanje od obaveza i naknadu troškova bez obzira na to da li je posao koji je preduzeo imao uspeha. Dovoljno je da je njegova aktivnost bila opravdana bez obzira na to da li je njome ostvaren cilj koji se njenim preduzimanjem želeo postići. U određivanju od kojih obaveza se može osloboditi odnosno koja vrsta troškova mu se može nadoknaditi, Principi ne uvode kriterijum nužnih i korisnih troškova, kao što je slučaj u nekim pravima.¹⁹ Prema čl. 3:101 poslovođa ima pravo na oslobađanje od obaveza i naknadu troškova koji su razumno učinjeni u svrhu posloводства.

Za razliku od većine prava država članica EU, u Principima [čl. 3:102 (1)] propisuje se pravo poslovođe na naknadu za izvršeni rad, ali samo u slučaju da je poslovođa preduzeo posao čije obavljanje spada u njegovu profesionalnu delatnost.²⁰ I ovde važi pravilo da će poslovođa imati pravo na naknadu samo za rad koji je bio opravdan, tj. razuman u datim okolnostima. To najčešće znači da je poslovođa dužan da preduzme samo privremene mere, dok se gospodaru mora ostaviti odlučivanje o preduzimanju konačnih mera. Što se tiče utvrđivanja visine naknade za rad, izričito je propisano [čl. 3:102 (2)] da ona treba da odgovara ceni koja se za tu vrstu posla uobičajeno plaća u vreme i na mestu na kome je preduzet.

Poslovođa koji usled preduzimanja posloводства u nuždi pretrpi štetu ima pravo na njenu naknadu od gospodara posla (čl. 3:103). Ta norma je takođe motivisana razlozima pravičnosti, koji nalažu da poslovođa koji dela da bi zaštitio gospodara ili njegovu imovinu ili druge interese od opasnosti tom prilikom sâm pretrpi štetu, mora biti obeštećen. Važno je istaći da se u ovom članu reguliše nevoljno pretrpljena šteta, za razliku od čl. 3:101, u kojem se svojevolljno poslovođino žrtvovanje imovine svrstava u troškove koji takođe treba da budu nadoknađeni. Naknada štete prema pravilima o posloводstvu bez naloga predstavlja vrstu objektivne odgovornosti jer će gospodar posla odgovarati bez obzira na svoju krivicu. Ako su ispunjeni uslovi za naknadu

18 Trošak se može sastojati u svim imovinskim dobrima kojima je poslovođa svojevolljno raspolagao sa ciljem obavljanja posla (na primer, pocepao je svoju košulju da bi zaustavio krvarenje povređenom licu i sl.), Ukoliko je šteta na njegovoj imovini nastala bez njegove volje, primenjuje se pravilo o naknadi štete iz čl. 3:103 Principa.

19 V. npr. čl. 1036. Austrijskog građanskog zakonika, čl. 1375. Francuskog građanskog zakonika, čl. 2031. Italijanskog građanskog zakonika.

20 Upitno je da li poslovođi treba priznati pravo na naknadu za izvršeni rad. Važan argument protiv priznavanja tog prava ističe kontradiktornost koja postoji između toga da poslovođa bez prethodne obaveze ili ovlašćenja preduzima posao u tuđem interesu i za to zahteva da bude plaćen. Ukoliko traži naknadu za rad, onda dela u svom interesu. Glavni argument protiv sastoji se u činjenici da poslovođa uvek može ugovorom angažovati treće lice za obavljanje posla i platiti ga za obavljeni rad, pri čemu će iznos koji je platio za angažovanje trećeg činiti trošak koji je gospodar dužan nadoknaditi.

štete prema pravilima o građanskoj odgovornosti za nedozvoljene radnje, poslovođa ima pravo da odabere kojim zahtevom je za njega lakše ostvariti zadovoljenje.

Poslovođa ima pravo na naknadu štete prouzrokovane povredom ličnog integriteta i imovine. Šta obuhvata povredu ličnog integriteta i imovine definisano je pravilima o deliktnoj odgovornosti [*PEL Liab. Dam.*, čl. 2:201 i 2:206 (2b)]. Ako poslovođa podlegne povredama, lica koja je bio dužan da izdržava, odnosno njegovi naslednici takođe imaju pravo na naknadu štete analognom primenom pravila *PEL Liab. Dam.* čl. 2:203. Obaveze naknade neće važiti za svaku štetu koju poslovođa pretrpi usled poslovodstva. Relevantana je samo ona šteta koja je nastala tzv. nužnim poslovodstvom u kome poslovođa dela da bi zaštitio gospodara ili njegovu imovinu ili druge interese od opasnosti. Potom, nastala šteta mora biti tipična realizacija rizika koji nastaje preduzimanjem poslovodstva.²¹ Pritom, rizik mora nastati ili biti značajno povećan upravo preduzimanjem poslovodstva u slučaju opasnosti za gospodara posla [čl. 3:103 (a)]. Osim toga, rizik od nastupanja štete za poslovođu koji on može predvideti pre preduzimanja posla mora biti u razumnoj proporciji sa opasnošću koja preti gospodaru posla [čl. 3:103 (b)]. Neproporcionalnost između rizika od štete za poslovođu i opasnosti koja preti gospodaru a koja se nastoji otkloniti mora biti uočljiva za poslovođu u konkretnim okolnostima.²² Nerazumna proporcija postoji, na primer, ukoliko poslovođa, svestan da ugrožava svoj život odnosno telesni integritet, posao preduzima da bi zaštitio gospodarev imovinski interes. U tom slučaju poslovođa neće imati pravo na naknadu pretrpljene štete. Princip proporcionalnosti uzima u obzir šta bi uradila razumna osoba u datim okolnostima, tj. da li bi takva osoba preduzela poslovodstvo ili bi se od njega uzdržala.

Obim naknade može biti smanjen ako je poslovođa svojom krivicom doprineo nastanku štete.²³ S druge strane, prilikom odmeravanja naknade mora se uvažiti da u slučajevima nužde poslovođa nema mnogo vremena za razmišljanje pa se kriterijum razumnog delanja mora fleksibilnije tumačiti u odnosu na okolnosti u kojima nema opasnosti i potrebe hitnog delanja.

Poslovođina prava na oslobađanje od preuzetih obaveza, naknadu troškova, naknadu za rad i naknadu eventualne štete ograničena su ili isključena ukoliko on u vreme obavljanja posla nije imao nameru da potražuje njihovu nadoknadu [čl. 3:104 (1)]. Razlozi pravne sigurnosti nalažu da poslovođa mora biti dosledan u svojim namerama. Otuda, ukoliko je posao preduzimao uz postojanje namere da učini poklon (*animus donandi*), neće moći kasnije da potražuje naknadu na koju je načelno ovlašćen. Takođe, može se desiti da

21 Ukoliko poslovođa koji je odveo povređeno lice u bolnicu na povratku iz bolnice doživi sudar, neće imati pravo na naknadu štete prouzrokovane saobraćajnom nesrećom. Rizik od saobraćajna nesreće predstavlja uobičajeni rizik svih učesnika u drumskom saobraćaju, pa je neosnovano povezivati ga u ovom slučaju sa aktom poslovodstva.

22 Neproporcionalnost nije uočljiva ako poslovođa uđe u susedovu kuću da bi zaustavio poplavu ne znajući da se u njoj nalaze opasne materije koje mogu da mu ugroze zdravlje.

23 Ukoliko poslovođa u plastičnom, lako zapaljivom odelu pokušava da ugasi požar u susedovoj kući ili neplivač pokušava da spasi davljenika.

je *animus donandi* postojao samo u pogledu nekih prava (na primer, poslovođa nije nameravao da dobije naknadu za rad, ali jeste za učinjene troškove). U situacijama u kojima poslovođa nije jasno izrazio svoju nameru u pogledu naknade, uzimaju se u obzir okolnosti u kojima je došlo do posloводства.²⁴ U Principima se predviđaju ograničavanje i isključenje odgovornosti na osnovu pravičnosti [čl. 3:104 (2)]. Sud diskreciono može odlučiti da umanjiti ili da isključi gospodarevu odgovornost prema poslovođi ukoliko bi to u konkretnom slučaju bilo pravično i razumno (*fair and reasonable*). Kao tipični razlozi pravičnog umanjenja odnosno isključenja odgovornosti navode se: zajednička opasnost u kojoj se nalaze poslovođa i gospodar, nepovoljna ekonomska situacija gospodara posla i obeštećenje od strane trećeg lica. Osim njih, u praksi su moguće i druge situacije u kojima pravičnost nalaže umanjenje ili isključenje odgovornosti gospodara posla.

Ako bi poslovođa spasavao gospodara odnosno njegovu imovinu u opasnoj situaciji u kojoj se obojica nalaze (pri čemu nijedan od njih nije kriv za nastanak opasnosti), ne bi bilo bi pravično da gospodar u celini bude opterećen svim obavezama koje proizilaze za njega iz posloводства. Takođe, kada bi zbog nepovoljne ekonomske situacije gospodara posla bilo pravično da se njegova odgovornost prema poslovođi ograniči, to se čini pre svega u pogledu obaveze naknade štete a ne naknade troškova. Po pravilu, ne bi trebalo umanjiti ili isključiti obavezu naknade troškova koji su za posledicu imali uspešno okončanje posla, stoga što bi takvo postupanje dovelo do obogaćenja gospodara posla. S druge strane, više bi odgovaralo razlozima pravičnosti umanjenje ili oslobađanje od obaveze naknade štete ako bi se time sprečilo dodatno pogoršanje ionako nepovoljne ekonomske situacije gospodara posla. Treći tipičan razlog zbog kojeg se može umanjiti odnosno isključiti odgovornost gospodara posla tiče se pre svega naknade štete koju je poslovođa prouzrokovalo treće lice koje nije krivo za nastanak opasne situacije za gospodara posla. Naime, gospodar posla ima obavezu da poslovođa nadoknadi štetu koju je pretrpeo usled posloводства (objektivna odgovornost gospodara posla). Međutim, ako je štetu prouzrokovalo treće lice, najpre ono treba da je nadoknadi poslovođi. Jedino ukoliko je treće lice insolventno, supsidijarno će odgovarati gospodar posla. Teret dokazivanja je na gospodaru koji mora izneti razloge zbog kojih treba blaže odgovarati ili koji isključuju njegovu odgovornost.

Članom 3:105 Principa sankcioniše se treće lice koje je prouzrokovalo opasnost od nastanka štete za gospodara posla. Iako je sprečio nastupanje štete za gospodara, za koju bi, da je nastupila, bilo odgovorno treće lice prema pravilima o deliktnoj odgovornosti (*PEL Liab. Dam.*), poslovođa je sâm pretrpeo štetu. Prema navedenom članu, treće lice biće dužno da konačno snosi naknadu štete koju je pretrpeo poslovođa kao i sve izdatke koje je imao usled posloводства. Ono će biti dužno da gospodara posla oslobodi obaveza koje ima prema poslovođi. Ukoliko ih je gospodar već izvršio, imaće pravo na

24 Ako tokom rekreativnog igranja fudbala jedan igrač bude povređen a drugi mu, koji je po profesiji lekar, ukaže prvu pomoć, pretpostavlja se da poslovođa nije imao nameru da zahteva naknadu za rad i učinjene troškove jer među njima postoji prijateljski odnos pa su i činidbe među prijateljima po pravilu besplatne.

regres od trećeg lica. To pravilo takođe je inspirisano razlozima pravičnosti koji se ovde ogledaju u tome da treće lice koje je prouzrokovalo opasnost od nastanka štete za gospodara posla ne sme izbeći odgovornost činjenicom da je poslovođa sprečio nastupanje štete. Treba naglasiti da poslovođa ovde ima povoljan položaj zbog toga što ima pravo da tužbu podnese protiv gospodara posla i od njega dobije naknadu. Gospodar posla ima teret utvrđivanja identiteta trećeg lica koje je krivo za nastanak opasne situacije i snosi rizik da uopšte ne dobije regres od njega (ukoliko je ono insolventno ili ne može da utvrdi njegov identitet i dr.)

Na samom kraju Principi ovlašćuju poslovođu da dela u ime gospodara posla, čime se uspostavlja vrsta zakonskog zastupanja.²⁵ Osnovni argument u prilog tog poslovođinog ovlašćenja jeste da će krajnji ishod za gospodara posla biti isti jer će u svakom slučaju morati da snosi ekonomske posledice poslovođinog delanja. Naime, poslovođa je nesporno ovlašćen da pravne poslove sklapa u svoje ime, pa se u tom slučaju njegove obaveze iz tih poslova računaju kao troškovi koje će gospodar biti dužan da nadoknadi. Iz ekonomskog ugla nema razlike da li će gospodar novčanu sumu morati da preda poslovođi koji njome izvršava svoju obavezu prema trećem licu (jer je posao sklopio u svoje ime) ili će tu sumu direktno isplatiti trećem licu (ukoliko je poslovođa sklopio posao u ime gospodara). Osim ugovora, poslovođa može preduzimati i jednostrane akte u ime gospodara posla (izjavu o raskidu, poništenju ugovora, izjavu kojom čini izbor u slučaju alternativnih obligacija i sl.). Za razliku od ugovora, kada treće lice odlučuje da li će ga sklopiti sa poslovođom koji dela u ime gospodara posla, u jednostranom aktu lice kome je ono upućeno mora se povinovati novostvorenoj pravnoj situaciji nastaloj njegovim preduzimanjem. S obzirom na to da jednostrani akti menjaju postojeću pravnu situaciju jednostranim odlučivanjem, treća lica treba da budu zaštićena. Otuda se u čl. 3:106 (2) propisuje da jednostrani akt koji poslovođa preduzima u ime gospodara posla nema dejstva ako ga treće lice kome je upućen odbije bez odlaganja.

Srpsko pravo (Zakon o obligacionim odnosima)

Institut poslovodstva bez naloga u srpskom pravu regulisan je Zakonom o obligacionim odnosima (ZOO) u čl. 220–228.

Naš zakonodavac u čl. 220 najpre daje opštu definiciju poslovodstva bez naloga.²⁶ Prema st. 1. ovog čl.: „Poslovodstvo bez naloga je vršenje tuđih poslova, pravnih ili materijalnih, bez naloga ili ovlašćenja, ali za račun onoga

25 Rešenja država članica EU podeljena su povodom pitanja ovlašćenja poslovođe da dela u ime gospodara posla. Tako, na primer, to ovlašćenje ne poznaju nemačko, austrijsko, češko, mađarsko, poljsko, portugalsko pravo. S druge strane, francusko, belgijsko, luksemburško, italijansko i holandsko pravo ostavljaju mogućnost poslovođi da posao preduzima u ime gospodara posla.

26 Većina zakonika država članica EU ne sadrži opštu definiciju poslovodstva bez naloga. Malobrojni građanski zakonici koji ovakvu definiciju sadrže su Portugalski (čl. 464) i Holandski (čl. 6:198).

čiji su poslovi, a radi zaštite njegovih interesa.” U st. 2 istog čl. propisuje se da se vršenju tuđeg posla može nezvano pristupiti samo ako posao ne trpi odlaganje, te predstoji šteta ili propuštanje očigledne koristi.

Posloводство bez naloga, kao što i sam naziv govori, postojaće samo ukoliko poslovođa nije pravno obavezan ili ovlašćen da preduzima konkretan posao. Ukoliko takva njegova obaveza ili ovlašćenje postoji na osnovu ugovora, zakona, sudske odluke i dr., neće se primenjivati pravila o poslovodu bez naloga.²⁷ Potom, iako u opštoj definiciji nije izričito propisano, posredno se zaključuje na osnovu odredbe o nepravom poslovodu (čl. 227. st. 1) da je neophodno da postoji subjektivni element koji se ogleda u tome da poslovođa ima nameru da preduzimanjem posla ostvari korist za gospodara posla. Nepravo posloводство postoji ukoliko poslovođa dela u svom interesu, tj. sa namerom da za sebe prisvoji korist iako zna da je posao tuđ. Pa ipak, iako nije izričito propisano, ne treba isključiti mogućnost postojanja posloводства bez naloga ako je poslovođa istovremeno delao i u svom interesu.²⁸ Domaći zakonodavac, kao i većina evropskih, zahteva da se radi o tuđem poslu. Iako nije sasvim jasno šta treba smatrati tuđim poslom, čini se da ga ne treba nezastavno tumačiti kao objektivno tuđ, jer postoje situacije poput žrtvovanja sopstvenih dobara u tuđu korist ili izlaganja opasnosti u tuđu korist koje ne predstavljaju objektivno tuđ posao, ali treba da budu uređene pravilima o poslovodu bez naloga.²⁹

Iz opšte definicije zaključuje se da u srpskom pravu poslovođa može preduzeti i pravne i materijalne akte sa ciljem da ostvari interes gospodara posla. Domaći zakonodavac, osim nužnog posloводства u slučaju kojeg poslovođa dela da bi zaštitio gospodara posla od štete koja preta da nastupi, reguliše i korisno posloводство kod koga poslovođa interveniše da bi ostvario očiglednu korist za gospodara posla. U oba slučaja reč je o neophodnosti hitnog delanja koje ne trpi odlaganje. Za razliku od Srpskog građanskog zakonika (SGZ) iz 1844. godine,³⁰ koji je, pod uticajem Austrijskog građanskog zakonika (ABGB),³¹ u slučaju korisnog posloводства predviđao da poslovođa mora uspešno delovati, tj. ostvariti pretežnu korist za gospodara posla, ZOO uvodi jednak kriterijum za obe vrste posloводства. Naime, posloводство bez naloga postojaće bez obzira na to da li je izvršenjem posla ostvaren cilj koji je poslo-

27 U Principima je ovaj uslov propisan posebno u čl. 1:103.

28 Tako S. Perović, Komentar Zakona o obligacionim odnosima, Beograd 1995, 517. Na primer, ukoliko stanar preduzima posao da bi zaustavio poplavu u stanu svog suseda koji je na putu. Zaustavljajući poplavu, stanar dela u interesu svih stanara, pa i u svom interesu. Bez obzira na to, njemu treba priznati položaj poslovođe bez naloga.

29 Ukoliko poslovođa žrtvuje sopstveno skupoceno odelo da bi zaustavio krvarenje pružajući prvu pomoć povređenom licu koje je zatekao na putu.

30 Čl. 628. SGZ-a: „I onaj koji bi se bez punomoćija tuđega posla primio u nuždi, tako da bi onoga od štete oslobodio, smatra se kao i punomoćnik i onaj, za koga je činio, dužan je njemu sav nužni na to učinjeni trošak naknaditi.” Čl. 629. SGZ-a: „I onome, koji bi bez punomoćija tuđega se posla primio na onoga korist, mora onaj troškove i štetu naknaditi, ako korist na svoju polzu obrati.”

31 V. čl. 1037. ABGB-a.

vođa imao na umu pre njegovog preduzimanja (čl. 223. ZOO). Drugim rečima, posloводство bez naloga postojaće i ako poslovođa nije uspeo da otkloni nastupanje štete ili nije uspeo da ostvari očiglednu korist za gospodara posla. Takvim rešenjem jasno je napravljena razlika između posloводства bez naloga i pravno neosnovanog obogaćenja. Za razliku od posloводства bez naloga za koje se zahteva da je posao korisno započeo (*utiliter coeptum*), pri čemu nije bitno da li je nakon njegovog obavljanja ostvaren nameravani cilj (korist u širem smislu za gospodara posla)³², za pravno neosnovano obogaćenje bitno je da je korist zaista nastupila (*utiliter gestum*). Takvo rešenje je u skladu sa suštinom ustanove posloводства bez naloga, koja se ogleda u altruizmu i solidarnosti poslovođe, zbog čega njegovo ponašanje ne treba sankcionisati time što će mu se uskratiti pravo na naknadu troškova i druga prava ukoliko nije postignut cilj koji je poslovođa imao na umu pre otpočinjanja posla.

Nakon opšte definicije, ZOO propisuje obaveze i prava poslovođe bez naloga.

Kada je reč o obavezama poslovođe, srpsko rešenje je slično onom koje se predlaže u Principima. Međutim, propisujući poslovođine obaveze, domaći zakonodavac ne sledi uvek vremenski redosled njihovog nastanka te neke obaveze koje ima nakon okončanja posla izlaže pre onih koje ga terete za vreme obavljanja posla.

Poslovođa je dužan da obavesti gospodara o preduzetom poslu, da mu položi račun i ustupi sve koristi koje je na osnovu posla ostvario (čl. 221. st. 1. i 2). Ako je reč o poslovima koji podrazumevaju duže trajanje, poslovođa je obavezan da ga vodi sve dok gospodar posla nije u mogućnosti da nastavi započeti posao. To znači da je poslovođa dužan da bez opravdanog razloga ne prekida obavljanje posla sve dok ga ne okonča ili dok gospodar ne preuzme njegovo dalje vođenje. Za vreme preduzimanja posla, poslovođa ima obavezu da se rukovodi stvarnim ili verovatnim namerama i potrebama gospodara posla (čl. 222. st. 1) i da postupa s pažnjom dobrog domaćina (*bonus paterfamilias*) odnosno dobrog privrednika. Navedene obaveze slične su onima koje se za poslovođu predlažu u Principima.

Prava poslovođe takođe odgovaraju onima koja su propisana Principima. Prva sličnost ogleda se u tome što ZOO ovlašćuje poslovođu da dela u ime gospodara posla, što proizilazi iz čl. 223. st. 1. U kojem se predviđa da poslovođa ima pravo da zahteva od onog čiji je posao da preuzme sve obaveze koje je zaključio u njegovo (gospodarevo) ime. Zatim, ima pravo da zahteva da ga gospodar oslobodi svih obaveza koje je poslovođa ustanovio u svoje ime. Sledeće njegovo pravo sastoji se u naknadi nužnih i korisnih troškova.³³ Prema čl. 225. ZOO, ukoliko su učinjeni luksuzni troškovi a gospodar ne želi da ih nadoknadi, poslovođa ima pravo da odnese stvari kojima je povećao gospodarevu imovinu, pod uslovom da se mogu odvojiti bez oštećenja stvari kojoj su dodate (*ius tollendi*). Ako usled delanja poslovođa pretrpi štetu,

32 Korist u širem smislu obuhvata ne samo povećanje imovine (korist u užem smislu) već i sprečavanje njenog smanjenja nastupanjem štete.

33 Principi se ne služe podelom na nužne i korisne troškove već uvode kriterijum razumno učinjenih troškova, a to su izdaci koje bi u datim okolnostima preduzela razumna osoba.

imaće pravo da od gospodara posla zahteva njenu naknadu. Navedena prava poslovođa može ostvariti i ukoliko je očekivani rezultat izostao. Za razliku od njih, poslovođa će imati pravo na primerenu naknadu za trud samo ako je poslovodstvo bilo uspešno, tj. ako je otklonio štetu od gospodara ili mu pribavio korist koja odgovara u svemu njegovim namerama i potrebama (čl. 223. st. 2). Šta se smatra primerenom naknadom, Zakonom nije precizirano, već se ona mora utvrđivati u svakom konkretnom slučaju zavisno od vrste obavljenog posla i obima koristi koju je ostvario gospodar. Dodeljujući poslovođi pravo na naknadu za trud, ZOO se svrstava u malobrojna prava koja to pravo propisuju. Čini se da to pravo poslovodstvu bez naloga oduzima njegovu osnovnu specifičnost koja predstavlja relikv davnih, možda boljih vremena, kada su solidarnost i *bona fides* predstavljale obrazac čovekovog delanja. Otuda smatramo da ga treba, ako ne potpuno ukinuti, onda (kao u Principima) priznati samo poslovođi koji se profesionalno bavi preduzimanjem posla koji je u konkretnom slučaju izvršen.

Navedena prava poslovođe isključena su ako je posao preduzeo uprkos tome što je znao ili morao znati da u pogledu njegovog obavljanja postoji zabrana gospodara posla (čl. 226. st. 1). To pravilo je postojalo još u rimskom pravu. Razlog njegovog propisivanja razumljiv je s obzirom da se načelno svakom licu treba ostaviti sloboda da samo odlučuje da li će, koje će i na koji način će preduzimati poslove koji se tiču njegovih interesa. Poslovođa koji posao preduzme uprkos zabrani biće odgovoran za štetu koja nastane i bez njegove krivice (čl. 226. st. 2). Objektivna odgovornost predstavlja sankciju za poslovođu koji nije poštovao gospodarevu volju. Zabrana gospodara neće se uzimati u obzir jedino kada se ona protivi zakonu i moralu, a naročito kada je gospodar posla zabranio da drugi ispuni neku njegovu zakonsku obavezu koja ne trpi odlaganje (čl. 226. st. 3).^{34, 35}

U čl. 224. ZOO reguliše se situacija u kojoj neko obavlja tuđ posao u nameri da drugome pomogne, pri čemu nisu ispunjeni uslovi za primenu poslovodstva bez naloga. Poslovođa ovde ima pravo na naknadu učinjenih troškova, ali samo do visine koristi koju je postiglo lice čiji je posao. Ukoliko nije ostvarena nikakva korist, to pravo neće postojati. Takve situacije se najčešće dešavaju ako preduzimanje tuđeg posla nije bilo hitno jer objektivno nije pretila opasnost od nastanka štete ili nije postojala mogućnost propuštanja očigledne koristi. Takođe, ovaj član će se primenjivati i ukoliko posao nije obavljen u skladu sa stvarnim ili pretpostavljenim željama gospodara posla. S obzirom na to da je poslovođa delao s namerom da drugom pomogne, a

34 Slično pravilo, s nešto drugačijom formulacijom, nalazimo i u Principima čl. 1:102.

35 Postavlja se pitanje u kakvom je odnosu čl. 226. st. 3. ZOO sa čl. 218. ZOO. Prema čl. 218: „Ko za drugog učini kakav izdatak ili nešto drugo što je ovaj po zakonu bio dužan učiniti, ima pravo zahtevati naknadu od njega.” U tom slučaju pravo na naknadu dodeljuje se na osnovu pravno neosnovanog obogaćenja. Iako izvesna sličnost sa poslovodstvom bez naloga postoji, radi se ipak o različitim ustanovama koje pretpostavljaju različite uslove primene. Stoga se dosledno treba opredeliti da li će se slučajevi izvršenja tuđe obaveze koja se po zakonu mora ispuniti tretirati kao slučajevi pravno neosnovanog obogaćenja ili poslovodstva bez naloga.

gospodar je na osnovu preduzetog posla ostvario korist, nepravedno bi bilo uskratiti poslovođi pravo na naknadu troškova zbog toga što nisu ispunjeni uslovi za primenu posloводства bez naloga. Međutim, u takvoj situaciji bi se mogla primeniti pravila o pravno neosnovanom obogaćenju na osnovu kojih bi poslovođa mogao da zahteva naknadu u obimu obogaćenja, tj. koristi koju je ostvarilo lice čiji je posao.

Za razliku od Principa, ZOO reguliše i nepravo posloводство, koje postoji u slučaju kada neko preduzima tuđ posao u nameri da za sebe zadrži postignute koristi iako zna da je posao tuđ (čl. 227. st. 1). U tom slučaju lice koje je obavilo tuđ posao dužno je da gospodaru posla na njegov zahtev: položi račun kao poslovođa bez naloga, preda sve postignute koristi, izvrši povraćaj u pređašnje stanje i naknadi štetu. Valja reći da se predaja postignutih koristi može postići pre svega primenom pravila o pravno neosnovanom obogaćenju. Upravo zbog toga se nepravo posloводство ne reguliše u Principima, već se za njega primenjuju pravila drugih ustanova (pravno neosnovanog obogaćenja i deliktne odgovornosti za naknadu štete).

Na samom kraju pravila o posloводstvu reguliše se mogućnost gospodara posla da naknadno odobri preduzeti posao (čl. 228). Naime, odobrenje može nastupiti bilo da su ispunjeni uslovi za posloводство bez naloga bilo da oni nisu ispunjeni [slučajevi vršenja tuđeg posla sa namerom da se drugome pomogne (čl. 224) i slučajevi nepravog posloводства (čl. 227)]. U oba slučaja odobrenje ima retroaktivno dejstvo ugovora o nalogu, usled čega se smatra da je između poslovođe i gospodara posla od samog početka postojao ugovor o nalogu. Za razliku od ZOO, u Principima [čl. 1:101 (1b)] propisuje se samo mogućnost odobrenja posla koji je poslovođa preduzeo u korist gospodara ali za koji nije postojala potreba (hitnog) preduzimanja (neosnovano posloводство). Razlika se sastoji i u tome što prema Principima odobrenje nema dejstvo ustanovljenja ugovora o nalogu.

Zaključak

Posloводство bez naloga (*negotiorum gestio*) nastalo je u rimskom pravu, odakle je preko srednjovekovnog opšteg prava (*ius commune*) dospelo do savremenog prava. Razlozi regulisanja te ustanove zasnivaju se na altruizmu i potrebi međuljudske solidarnosti, čije uvažavanje doprinosi pravednosti pravnog sistema. Neovlašćeno obavljanje tuđeg posla u tuđem interesu u situacijama kada hitnost nalaže njegovo preduzimanje predstavlja suštinu posloводства bez naloga. Svakom licu načelno treba ostaviti slobodu da odluči da li će i na koji način pristupiti obavljanju posla u sopstvenom interesu. Usled toga neovlašćeno mešanje u tuđu interesnu sferu mora biti podvrgnuto strogim ograničenjima koja predstavljaju uslove nastanka posloводства bez naloga. Tako, na primer, poslovođa mora delati u interesu gospodara posla u skladu sa njegovim stvarnim ili pretpostavljenim željama. Takođe, posao se ne sme preduzeti ako je gospodar zabranio njegovo obavljanje.

Rešenja srpskog prava u bitnom ne odstupaju od Principa evropskog prava posloводства bez naloga (*PEL. Ben. Int.*) koje je predložila grupa istaknutih pravnika sa ciljem unifikacije prava država članica EU povodom mogućeg donošenja evropskog građanskog zakonika. Sličnosti se ogledaju najpre u mogućnosti preduzimanja kako nužnog (koje postoji kada poslovođa nastoji da otkloni nastupanje štete koja preti gospodaru posla), tako i korisnog posloводства (kada poslovođa dela da bi ostvario korist za gospodara posla). Razlika se sastoji u tome što su u ZOO izričito predviđene obe vrste posloводства, dok Principi uvode kriterijum „razumnog osnova” za poslovodno delanje. Pa ipak, Principi navedenu podelu posredno usvajaju time što u čl. 3:103 ovlašćuju poslovođu da od gospodara zahteva naknadu pretrpljene štete samo ako je ona nastala usled vođenja posla sa ciljem da se otkloni opasnost od gospodara posla, tj. nužnog posloводства. Hitnost preduzimanja posla izričito je propisana ZOO, dok se taj uslov u Principima pretpostavlja u okviru „razumnog osnova” za delanje. Sledeća sličnost se sastoji supsidijarnoj primeni pravila o posloводstvu bez naloga koja se ogleda u tome što će ova ustanova postojati ukoliko odnos između poslovođe i gospodara posla nije regulisan drugim pravnim normama. I prema ZOO i prema Principima, poslovođa može preduzimati i fizičke i pravne akte, pri čemu ove druge može preduzimati i u svoje i u gospodarevo ime. Poslovođa mora delati u tuđem interesu, pri čemu za postojanje posloводства bez naloga nema značaja da li je njegova aktivnost imala uspeha. Stoga je bitno da je posao korisno započet (*utiliter coeptum*) a ne i da je korisno svršen (*utiliter gestum*). Iako prema slovu ZOO poslovođa preduzima „tuđ posao”, nije neophodno da je reč o objektivno tuđem poslu već će se posao smatrati tuđim ukoliko je preduzet u tuđem interesu. Zbog toga se u Principima ne upotrebljava izraz „tuđ posao” već ističu subjektivni element koji se sastoji u preovlađujućoj nameri poslovođe da dela u tuđem interesu (*intervention to benefit another*). Za razliku od Principa, ZOO uređuje tzv. nepravo posloводство kod koga poslovođa dela u svom interesu. Motiv domaćeg zakonodavca za njegovo regulisanje jeste potreba da se ostvarena korist preda gospodaru posla. Međutim, isti rezultat može se postići i primenom pravila o pravno neosnovanom obogaćenju, zbog čega je izostalo regulisanje nepravog posloводства u Principima evropskog prava posloводства bez naloga (*PEL Ben. Int.*).

Zakon o obligacionim odnosima i Principi predviđaju slične obaveze i prava poslovođe prema gospodaru posla. Obaveze poslovođe svode se na: a) obaveštenje gospodara posla o preduzimanju posla, b) obavljanje posla u skladu sa stvarnim ili pretpostavljenim željama gospodara, c) vršenje započetog posla sve dok je njegovo obavljanje za poslovođu razumno moguće odnosno dok gospodar bude u mogućnosti da ga nastavi, d) postupanje po standardu dobrog domaćina odnosno dobrog privrednika, e) polaganje računa o preduzetom poslu, f) predaju ostvarenih koristi, g) naknadu štete (razlika između ZOO i Principa sastoji se u tome što prvi ostavlja mogućnost smanjenja odnosno oslobođenja odgovornosti za nastalu štetu ukoliko je poslovođa postupao s nepažnjom, dok drugi postavljaju kriterijume „pravičnosti”

odnosno „razumnosti”, koji opravdavaju umanjenje odnosno oslobođenje od odgovornosti).

Prava poslovođe sastoje se u: a) oslobađanju od obaveza koje je preduzeo u sopstveno ime, b) preuzimanju obaveza koje su zasnovane u ime gospodara posla, c) naknadi troškova (ZOO usvaja kriterijum nužnih i korisnih troškova, dok Principi predviđaju naknadu „razumno učinjenih” troškova), d) naknadi štete koju je pretrpeo usled posloводства, e) naknadi za rad, pri čemu se to pravo u Principima predviđa samo ako je posao preduzet u okviru poslovodine profesionalne delatnosti, dok se u ZOO ne predviđa takvo ograničenje već se ostavlja mogućnost svakom poslovođi da zahteva naknadu za uloženi trud.

Ovlašćenje gospodara da posao naknadno odobri postojala je još u rimskom pravu i imala je za posledicu pretvaranje posloводства bez naloga u ugovor o nalogu (*ratihabitio mandato aequiparatur*). Rešenje ZOO slično je rimskom jer se u slučaju naknadnog odobrenja posla retroaktivno ustanovljava ugovor o nalogu. Principi odstupaju od rešenja rimskoga prava, te naknadnom odobrenju pripisuju dejstvo pretvaranja neosnovanog posloводства koje je preduzeto bez razumnog osnova u tuđem interesu u osnovano posloводство.

Valentina Cvetković Đorđević*

NEGOTIORUM GESTIO IN SERBIAN AND EUROPEAN LAW

Summary

First part of this Paper analyses the Principles of European Law on Benevolent Intervention in Another's Affairs suggested by the Study Group on the European Civil Code composed of eminent scholars from different EU member states. These Principles should be a starting point of the forthcoming discussion on the drafting and enacting of the European Civil Code. The second part of the Paper considers Negotiorum Gestio from the standpoint of the Law of Contracts and Torts of the Republic of Serbia, establishing the extent to which the Serbian norms are similar or different compared to those of PEL Ben. Int.

Key words: *Negotiorum gestio. Principles of European Law on Benevolent Intervention in Another's Affairs. The Law of Contract and Torts.*

* Valentina Cvetković Đorđević, mag. sci. Assistant, Faculty of Law University of Belgrade. This article is the result of research within the project *Perspectives of Implementation of European Standards in the Serbian Legal System* (179059), supported by the Ministry of Education, Science and Technological development.

NEKA INSTITUCIONALNA PITANJA REŽIMA UPRAVLJANJA HEMIKA LIJAMA U EVROPSKOJ UNIJI

Apstrakt

Uspostavljanje efikasnog režima upravljanja hemikalijama predstavlja značajan ekološki i regulatorni izazov, imajući u vidu potencijalne štetne uticaje na životnu sredinu i zdravlje ljudi. Režim upravljanja hemikalijama u Evropskoj uniji značajno je transformisan prethodnih decenija, uz postepeni transfer nadležnosti na organe EU. Za obavljanje dela upravnih poslova u toj oblasti, 2008. godine je osnovana Evropska agencija za hemikalije (ECHA). U radu se preispituju najvažnija institucionalna rešenja postavljena relevantnom regulativom odnosno osobe-nosti položaja Evropske agencije za hemikalije kao upravne organizacije u admini-strativnom sistemu EU. Kompleksna struktura agencije i njen odnos sa Evropskom komisijom odražava i eksperimentalne tendencije u pogledu organizacije upravlja-nja u EU i prenosa ovlašćenja za rešavanje u konkretnim situacijama i donošenje pravno obavezujućih odluka na agencije EU. Iskustva sa Evropskom agencijom za hemikalije će, u tom smislu, uticati na dalje formiranje sličnih upravnih organiza-cija, pravnu transformaciju i pronalaženja prominentnijeg mesta za agencije u in-stitucionalnom mozaiku EU. Izučavanje ECHA je značajno i za razmatranje pravne transformacije upravljanja hemikalijama i implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije u procesu evropskih integracija.

Ključne reči: Upravljanje hemikalijama. Regulativa REACH. Evropska agenci-je za hemikalije. Donošenje odluka. Upravno pravna ovlašćenja. Ekološko pravo Evropske unije.

1. Uvodna razmatranja

Uspostavljanje efikasnog režima upravljanja hemikalijama predstavlja značajan ekološki i regulatorni izazov, imajući u vidu štetna odnosno poten-cijalna štetna dejstva mnogih hemikalija i njihovog (neadekvatnog) korišće-nja. U tom smislu, efikasno upravljanje hemikalijama predstavlja imperativ svakog pravnog sistema koji teži visokom stepenu zaštite životne sredine i

* Marko Milenković, MA, LL.M, istraživač saradnik Instituta društvenih nauka u Beogra-du i kandidat doktorskih studija na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu. Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije* (179059), koji podržava Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

zdravlja ljudi. U kontekstu evropskih integracija, tim prioritetima se pridodaju i nesmetan protok robe između država članica na jedinstvenom tržištu i održavanje kompetitivnosti privrede na globalnom nivou.¹ Regulativa u oblasti upravljanja hemikalijama čini samo deo od više stotina različitih akata, uključujući regulative, direktive i akte „mekog” prava u širokom polju regulacije ekološkog prava EU.² Najvažniji dokument u oblasti upravljanja hemikalijama, Regulativa o registraciji, evaluaciji, autorizaciji i ograničenju upotrebe hemijskih supstanci (REACH)³, usvojena je 2006 godine i predstavlja jedan od najkontroverznijih akata u istoriji evropskog prava, koji je privukao značajnu pažnju i izazvao široko raspravu tokom procesa usvajanja.⁴ Radi obavljanja dela upravnih poslova u vezi sa upravljanjem hemikalijama, u skladu sa Regulativom REACH, osnovana je Evropska agencija za hemikalije (ECHA), koja je počela sa radom 2008. godine.⁵

Ispitivanje institucionalnih oblika upravljanja hemikalijama na evropskom nivou je posebno interesantno za teoriju upravnog prava, imajući u vidu mnogobrojnost upravnih poslova i tradicionalnu opredeljenost država članica da zadržavaju implementaciju na nacionalnom nivou.⁶ Analize režima upravljanja hemikalijama otvaraju i značajna pitanja regulacije rizika, rasprave o načinima raspodele rizika, upravljanja njima i uloge države u celom

- 1 Ti ciljevi su prepoznati i u: European Commission, Strategy for a Future European Chemicals Policy, White Paper, COM(2001) 88 final, Brussels 2001.
- 2 Za pregled zakonodavstva po oblastima videti: Dragoljub Todić, *Vodič kroz EU politike – životna sredina*, Evropski pokret, Beograd 2011; Aleksandra Čavoški, *Osnovi ekološkog prava Evropske unije*, Pravni fakultet Univerziteta „Union” – Službeni glasnik, Beograd 2007.
- 3 Regulation (Ec) No 1907/2006 of the European Parliament and of the Council of 18 December 2006 concerning the Registration, Evaluation, Authorisation and Restriction of Chemicals (REACH), establishing a European Chemicals Agency. Osim nje, osnove sistema uređuju i još tri važna instrumenta u ovoj oblasti – Regulation (EC) No 1272/2008 on classification, labelling and packaging of substances and mixtures, amending and repealing Directives 67/548/EEC and 1999/45/EC, and amending Regulation (EC) No 1907/2006, L 353/1, Regulation (EU) No 528/2012 of the European Parliament and of the Council of 22 May 2012 concerning the making available on the market and use of biocidal products L 167, Regulation (EU) 649/2012 concerning the export and import of hazardous chemicals, L 201/60
- 4 Uporediti: Elizabeth Fisher, „The ‘perfect storm’ of REACH: charting regulatory controversy in the age of information, sustainable development, and globalization”, *Journal of Risk Research*, Vol. 11, No. 4, str. 541–563; Bjorn Hansen and Mark Blainey, „Registration: The Cornerstone of REACH”, *Review of European Community and International Environmental Law*, Vol. 17, No. 1, 2008, str. 107–125.
- 5 Za detaljnu analizu nastanka ECHA i debata oko njenog položaja i ovlašćenja, kao i početnoj fazi rada videti: Maria Martens, „Executive power in the making: the establishment of the European Chemicals Agency”, u: Madalina Busuioc, Martijn Groenleer, Jarle Trondal (ur.), *The agency phenomenon in the European Union – Emergence, institutionalisation and everyday decision-making*, Manchester University Press, 2012, str. 42–61.
- 6 Videti više: Marko Milenković, „Upravni poslovi u oblasti zaštite životne sredine u Evropskoj uniji i podela nadležnosti sa državama članicama”, u: Mirjana Rašević, Milan Marković (ur.), *Pomeraćemo granice*, Institut društvenih nauka, Beograd 2012, str. 153–170.

procesu, legitimiteta institucija koje donose odluke, formulisanja problema rizika povezanih sa hemikalijama,⁷ koja prevazilaze okvire ove analize. Cilj rada je preispitivanje nekih od institucionalnih rešenja postavljenih Regulativom REACH, odnosno osobenosti položaja Evropske agencije za hemikalije kao upravne organizacije u administrativnom sistemu EU koja svojom kompleksnom strukturom odražava i svojevrzne eksperimentalne tendencije u upravljanju u EU, prevashodno u pogledu prirode odluka koje donosi. Pitanje položaja i institucionalnih rešenja neraskidivo je povezano sa proceduralnim ovlašćenjima i modeliranjem nadležnosti agencije, pa će u radu biti sagledavana institucionalna rešenja kao refleksije kompromisne postavke nadležnosti i njihovog obavljanja, kao i ograničene delegacije nadležnosti za donošenje pravnoobavezujućih odluka samoj agenciji.

2. Potreba za izgradnjom sistema upravljanja hemikalijama u nadnacionalnom poretku i razvoj REACH režima

Politika Evropske unije u oblasti upravljanja hemikalijama prošla je kroz različite faze, od 1967. kada je usvojen prvi akt u ovoj oblasti do usvajanja Regulative REACH 2006. godine.⁸ Pre uvođenja novog sistema postojale su dve kategorije hemikalija u prometu, jedna koja je podlegala tadašnjem sistemu notifikacije (prijava) i proceni sa njom povezanog rizika i druga kojoj je pripadao najveći broj hemikalija koje su stavljene na tržište pre uvođenja sistema notifikacije i procene.⁹ U skladu sa Regulativom EEC 793/93, koja se odnosi na postojeće hemikalije, proizvođači i uvoznici su bili dužni da prijave sve hemikalije Evropskom birou za hemikalije (ECB), koji je tada bio deo Zajedničkog naučnog centra (*Joint research centre*) – direktorata u okviru Evropske komisije, dok su značajnu ulogu u notifikaciji novih hemikalija i proceni

7 Videti više: Elizabeth Fisher, „The ‘perfect storm’ of REACH: charting regulatory controversy in the age of information, sustainable development, and globalization”, *Journal of Risk Research*, 11:4, str. 542–543.

8 Do usvajanja REACH, pravni okvir su činile: Council Regulation (EEC) 793/93 of 23 March 1993 on the evaluation and control of existing chemical substances, [1993] OJ L84/1, Council Directive 67/548/EEC of 27 June 1967 on the approximation of laws, regulations and administrative provisions relating to the classification, packaging and labelling of dangerous substances, [1967] OJ 196/1, Council Directive 1999/45/EC of 31 May 1999 on the approximation of laws, regulations and administrative provisions relating to the classification, packaging and labelling of dangerous preparations, [1999] OJ L200/1, Council Directive 76/769/EEC of 27 July 1976 on the approximation of laws, regulations and administrative provisions relating to restrictions on the marketing and use of certain dangerous substances and preparations, [1976] OJ L262/201.

9 Osim potencijalnih rizika koje je takav sistem predstavljao, on je, kako se ističe u literaturi, i favorizovao stare supstance u odnosu na nove zbog nepostojanja podjednako striktnih uslova. Videti detaljnije: Veerle Hayvaert, „The EU Chemicals Policy: Towards Inclusive Governance?”, u: Ellen Vos (ur.), *European Risk Governance: Its Science, Its Inclusiveness and Its Effectiveness*, CONNEX Report Series Nr 06, University of Mannheim, 2008, str. 187.

rizika imali nacionalni nadležni organi.¹⁰ Zamerke na tadašnji režim bile su brojne. Osim nesveobuhvatnosti, uključivale su i sporost i neefikasnost sistema u identifikaciji i proceni rizika i uvođenja mera za upravljanje rizikom,¹¹ kao i nedovoljne kapacitete ECB i njegov položaj u okviru Komisije.¹²

Regulativom REACH su u tom pogledu predviđeni obaveza registracije svih supstanci koje se stavljaju u promet, ali i prelazni rokovi za registraciju¹³ supstanci koje se nalaze na tržištu od stupanja na snagu akta do 2018. godine, što predstavlja tranzicioni rok od 12 godina, kao i 10 godina od početka rada agencije. To omogućava da specijalizovana agencija u narednom periodu prati institucionalni razvoj i domete implementacije režima. Regulativa REACH odgovornost za upravljanje rizicima koje predstavljaju supstance u velikoj meri prenosi na pravna i fizička lica koja proizvode, uvoze ili stavljaju na tržište ili koriste ove supstance, uz obavezu dostavljanja informacija o supstancama agenciji.¹⁴ Upravo stvaranje obaveze privatnim akterima da obezbede informacije, da vrše procene, da ih objavljuju i, pod određenim uslovima, dostavljaju drugim učesnicima okarakterisane su kao kontroverzne, s obzirom na to da kao takve nisu postojale ranije i da predstavljaju svojevrstu internacionalizaciju troškova u vezi sa upravljanjem hemikalijama.¹⁵ Nakon dostavljanja informacija može se pristupiti evaluaciji dosijea ukoliko je, zavisno od tipa supstance, takva procedura predviđena Regulativom kako bi se obezbedilo više informacija, ili ako agencija u saradnji sa državama članicama smatra da postoji osnova da supstanca predstavlja rizik za zdravlje ljudi i životnu sredinu.¹⁶ U fazi evaluacije, predviđeno je da nadležni organi država članica učestvuju u obradi pojedinačnih predmeta uz koordinativnu ulogu agencije.¹⁷ U skladu sa Regulativom, Komisija (a ne ECHA) donosi odluku o autorizaciji za stavljanje u promet i korišćenje samo ako se rizici koji proističu iz njihove upotrebe mogu adekvatno kontrolisati, ako je to moguće, ili ako je korišćenje opravdano iz socioekonomskih razloga a ne postoji odgovarajuća

10 Videti detaljno: Veerle Hayvaert, *ibid*, str 187-190.

11 Videti: Bjorn G. Hansen and Mark Blainey, „REACH: A Step Change in the Management of Chemicals”, *Review of European Community and International Environmental Law*, Vol. 15, No. 3, 2006, str. 270.

12 Videti: Tanja Ehnert, *The European Chemicals Agency – Beyond the Scope of the Mero-ni Doctrine?*, teza odbranjena na Univerzitetu u Mastrohtu, Mastroht 2008, str. 29.

13 Detaljna razmatranja procedure registracije: Bjorn Hansen and Mark Blainey, „Registration: The Cornerstone of REACH”, *Review of European Community and International Environmental Law*, Vol. 17, No. 1, 2008, str. 107–125.

14 Do 31. maja 2013 godine, kada je u skladu sa regulativom bio rok za dostavljanje dosijea o hemikalijama koje se proizvode ili uvoze u količinama između 100 i 1.000 tona godišnje, ECHA-i je 3.215 lica dostavilo 9.084 registracionih dosijea. Videti detaljnije: <http://echa.europa.eu/reach-2013/overview>.

15 Uporediti: Elizabeth Fisher, „The ‘perfect storm’ of REACH: charting regulatory controversy in the age of information, sustainable development, and globalization”, *Journal of Risk Research*, Vol. 11, No. 4, 2008, str. 548.

16 Uporediti: REACH invokacija tačka 20, članovi 40 i 41 REACH.

17 Uporediti: REACH članovi 45–48.

alternativa koja je tehnički i ekonomski dostupna.¹⁸ Režim upravljanja hemikalijama ustanovljen Regulativom REACH predviđa, dakle, veću ulogu i samostalnost agencije u inicijalnoj fazi registracije, dok se kontrola država članica (putem tela Agencije), odnosno same Komisije, povećava kako se prelazi u fazu evaluacije i, konačno, autorizacije i restrikcije hemikalija.¹⁹ Uspostavljeni kompleksni režim registracije, autorizacije i restrikcije hemikalija izvršio je značajan transfer nadležnosti na komunitarni nivo, uz manje učešće država članica (izuzimajući kontrolu putem učešća u telima Agencije i delimično u procesu evaluacije, i donošenje odluka od Komisije (uz komitološku kontrolu) pa je u tom smislu u literaturi i okarakterisan kao primer „regulatornog centralizma”,²⁰ naspram ranijeg režima u kojem su centralno mesto u pogledu notifikacije i procene rizika imali nacionalni organi.²¹

3. Položaj i struktura Evropske agencije za hemikalije

Agencija za hemikalije je telo Evropske unije i ima pravni subjektivitet, koji uživa u najširem obimu u svakoj državi članici, u skladu sa pravilima za pravna lica u toj članici. Agenciju predstavlja izvršni direktor.²² Na položaj i prava zaposlenih primenjuju se opšta pravila EU koja važe za zvaničnike i službenike EU. Zaposleni u agenciji su zvaničnici koje su Komisija ili države članice privremeno uputile u agenciju, kao i zaposleni angažovani na obavljanju poslova agencije. Agencija se finansira iz više izvora, kao što su budžet EU i naknade koje plaćaju fizička i pravna lica koja pokreću postupke pred agencijom. Regulativa REACH počiva na ideji da agencija, odnosno njeni zaposleni, treba da obavljaju tehničko-administrativne i naučne poslove bez angažovanja naučnih i tehničkih resursa država članica,²³ što je u izvesnoj meri kontradiktorno ideji na kojoj je ustrojena organizaciona struktura agencije čija tela uključuju stručnjake predstavnike država članica.

Organizacionu strukturu agencije, u skladu sa članom 76. REACH, čine upravni odbor, izvršni direktor i tri specijalizovana komiteta – Komitet za

18 Uporediti: član 61 REACH.

19 Uporediti: Marco Bronckers, Yves Van Gerven, „Legal remedies under the EC's new chemicals legislation REACH: Testing a new model of European governance”, *Common Market Law Review*, Vol. 46, 2009, str. 1836.

20 Uporediti: Veerle Hayvaert, „The EU Chemicals Policy: Towards Inclusive Governance?”, u: Ellen Vos (ur.), *European Risk Governance: Its Science, Its Inclusiveness and Its Effectiveness*, CONNEX Report Series Nr 06, University of Mannheim, 2008, str 196; Maria Martens, „Executive power in the making: the establishment of the European Chemicals Agency “ u Madalina Busuioc, Martijn Groenleer, Jarle Trondal (ur.), *The agency phenomenon in the European Union - Emergence, institutionalisation and everyday decision-making*, Manchester University Press, 2012. str 42

21 Videti više: Veerle Hayvaert, *ibid*, str 188

22 Uporediti član 100 REACH regulative. Regulativom je takođe predviđena i shodna primena Protokola o privilegijama i imunitetima EU na agenciju.

23 Uporediti REACH invokacija tačka 98.

procenu rizika (u čijoj se nadležnosti nalazi priprema mišljenja agencije o evaluaciji, prijavi za autorizaciju, predlogu za restrikciju i predloga za klasifikaciju i obeležavanje (u skladu sa Regulativom 1272/2008) i sva druga pitanja koja se pojave kao rezultat primene regulative, u vezi sa rizicima za ljudsko zdravlje i životnu sredinu; Komitet za socioekonomsku analizu u čijoj je nadležnosti priprema mišljenja agencije o aplikaciji za autorizaciju, predlogu za restrikciju ili bilo koje drugo pitanje koje proističe iz primene regulative a odnosi se na socioekonomski uticaj potencijalnih legislativnih akcija koje se odnose na supstance; Komitet država članica koji je nadležan za rešavanje u situacijama kada se pojave razlike u mišljenjima o nacrtima odluka koje predlaže agencija ili država članica u vezi sa evaluacijom supstanci, koje predstavljaju razlog za brigu i koje podležu procesu autorizacije. Osim toga, u organizacionoj strukturi se nalaze još i Forum za razmenu informacija o sprovođenju propisa, čija je nadležnost koordinacija mreže nadležnih organa država članica, i Sekretarijat, koji se nalazi pod upravom izvršnog direktora i pruža tehničku, naučnu i administrativnu podršku komitetima i Forumu, koji obezbeđuje koordinaciju između njih i obavljanje poslova u vezi sa procedurama predregistracije, registracije i evaluacije, kao i pripremu odgovarajućih vodiča, održavanje baze podataka i obezbeđivanje informacija. Konačno, organizacionu strukturu čini i Odbor za žalbe koji odlučuje o žalbama na odluke Agencije (u onom ograničenom broju slučajeva u kome je agenciji dato u nadležnost donošenje odluka). Član o organizaciji Agencije takođe sadrži i odredbu da komiteti i Forum mogu u skladu sa potrebom tražiti savet u vezi sa naučnim ili etičkim pitanjem od „relevantnog ekspertskog izvora”, čime je omogućeno i da se u okviru same agencije osnivaju odgovarajuća *ad hoc* ekspertska tela, odnosno grupe, kao što to redovno u svojoj praksi čini Evropska komisija.

Upravni odbor Agencije postavlja izvršnog direktora, usvaja izveštaj o radu agencije za prethodnu godinu, program rada agencije za narednu godinu, finalni budžet agencije, višegodišnji program rada i pravila procedure agencije, postavlja predsedavajućeg i članove Odbora za žalbe i Komiteta agencije. Čine ga po jedan predstavnik iz svake države članice i najviše šest predstavnika koje postavlja Komisija, uključujući najmanje tri predstavnika zainteresovanih strana koji nemaju pravo glasa, i dve osobe koje postavlja Evropski parlament. Predstavnike država članica postavlja Savet ministara nakon nominacije od država članica.

Članovi upravnog odbora se postavljaju na osnovu relevantnog iskustva i ekspertize u oblasti sigurnosti hemikalija ili regulacije hemikalija, u skladu sa kriterijumom da se među članovima odbora obezbedi relevantna ekspertiza i u pogledu opštih, pravnih i ekonomskih pitanja.²⁴

U skladu sa članom 83 Regulative REACH, agencijom upravlja izvršni direktor, za koga je propisana obaveza da obavlja dužnost u interesu EU, koji je pravni zastupnik agencije i odgovoran je za njeno svakodnevno funkcionisanje, upravljanje resursima, poštovanje rokova za usvajanje agencijskih

24 Uporediti član 79. REACH.

mišljenja, koordinaciju komiteta i Foruma, budžetska i kadrovska pitanja i druge poslove.²⁵ Izvršnog direktora postavlja Upravni odbor na osnovu liste kandidata koje predlaže Evropska komisija, a koja se sastavlja nakon poziva za iskazivanje interesa koji se objavljuje u „Službenom glasniku EU”. Direktor se, u skladu sa Regulativom, postavlja na osnovu stručnosti, dokazanog administrativnog i menadžerskih veština i relevantnog iskustva u upravljanju hemikalijama, a mandat mu traje pet godina. Pre postavljenja, kandidat izabran od Upravnog odbora ima dužnost da se obrati Evropskom parlamentu i odgovori na poslanička pitanja. Iz analize procedure izbora može se zaključiti da je Komisija uspjela da zadrži veliki uticaj na izbor samog direktora sužavanjem izbora na listu kandidata koje sama predlaže, da je uloga Evropskog parlamenta samo simbolična i da, osim mogućnosti glasanja članova Upravnog odbora koji su izabrani od Parlamenta, nema većeg uticaja evropskih poslanika na ovo važno pitanje.

Sistem ustrojen Regulativom REACH takođe počiva na intenciji da dva komiteta u okviru Agencije – za procenu rizika i za socioekonomske analize, preuzmu ulogu naučnih komiteta koje Evropska komisija često koristi u različitim regulatornim režimima. S druge strane, osnivanje Komiteta država članica, kao organa Agencije, ima funkciju usaglašavanja nadležnih nacionalnih organa u pitanjima od važnosti za funkcionisanje režima, čime se naglašava jak međuvladin karakter agencije.²⁶ Izbor članova komiteta uređen je članom 85 Regulative i predviđa da svaka država članica može predložiti kandidate za članstvo u Komitetu za procenu rizika, nakon čega izvršni direktor sastavlja (javnu) listu nominovanih, među kojima Upravni odbor vrši izbor i postavljenje na osnovu iskustva u obavljanju poslova. Predviđeno je da u Komitet država članica bude imenovan po jedan predstavnik svake od država članica. Regulativa postavlja široko polje ekspertize kao kriterijum za izbor sastava komiteta, pa se u tom smislu omogućava da komiteti kooptiraju do pet dodatnih članova na osnovu njihove specifične kompetencije. Članovi Komiteta se postavljaju na period od tri godine, koji se može obnoviti. Članovi Upravnog odbora ne mogu biti i članovi Komiteta. Regulativom je predviđeno da će se članovi Komiteta starati da postoji adekvatna koordinacija između poslova koje obavlja agencija i nadležni organi država članica, što se pre svega odnosi na Komitet država članica i njegove članove. Regulativom je takođe predviđeno da članovi komiteta imaju podršku naučnih i tehničkih resursa koji su na raspolaganju u državama članicama i propisana je obaveza da država članica obezbedi podršku članovima koje je nominovala.²⁷ Na čelu svih komiteta nalaze se zaposleni u Agenciji, što se može smatrati značajnim korakom u obezbeđivanju zamišljenje centralne

25 U dužnosti izvršnog direktora takođe spadaju i izrada godišnjeg plana rada, budžeta, izveštaja o radu i drugih odluka koje usvaja upravni odbor. Za detaljnu listu poslova videti: član 83 REACH.

26 Uporediti: REACH invokacija, tačke 102 i 103.

27 Na državama članicama je takođe i obaveza da se uzdrže od davanja instrukcija kako članovima Komiteta za procenu rizika i Komiteta za socioekonomska pitanja, tako i njihovim naučnim i tehničkim savetnicima i ekspertima kada su takvi saveti nekompatibilni sa njihovim poslovima, odgovornostima i nezavisnošću agencije.

pozicije agencije u sprovođenju regulatornog režima. Regulativom je predviđeno da komiteti treba da učine sve što je moguće da se prilikom pripreme mišljenja postigne konsenzus, a ukoliko on nije moguć, mišljenje se sastoji od pozicije većine članova i njihovog obrazloženja, kao i manjinske pozicije ili pozicija, uključujući objašnjenja.²⁸ Analiza postojećih sastava komiteta pokazuje da većinu članova čine zaposleni u vladama država članica, najčešće iz samih nadležnih organa u oblasti upravljanja hemikalijama, kao i da nezavisni naučnici predstavljaju samo mali broj članova komiteta.²⁹

Upravni odbor imenuje tročlani odbor za žalbe na osnovu liste koju predlaže Evropska komisija nakon konkursa u „Službenom glasniku EU”, što je identičan mehanizam kao i za izbor članova komiteta u okviru agencije i pokazuje jak uticaj Komisije na kompoziciju tela u okviru Agencije. U skladu sa Regulativom, članovi odbora za žalbe ne mogu primati instrukcije i ne mogu obavljati druge funkcije u agenciji, a predviđeno je i izuzeće od odlučivanja u slučajevima sukoba interesa kao i kada su učestvovali u prethodnim fazama donošenja odluka protiv kojih je podneta žalba odboru.³⁰ Detaljne kvalifikacije članova odbora određene su regulativom Komisije 1238/2007 o pravilima za kvalifikacije članova Odbora za žalbe Evropske agencije za hemikalije. Taj akt predviđa postojanje pravnih i tehničkih kvalifikacija članova odbora, kao i to da se na čelu odbora nalazi osoba sa pravničkim kvalifikacijama. Članovi komiteta sa tehničkim kvalifikacijama u skladu sa regulativom treba da poseduju značajno profesionalno iskustvo u oblasti procena opasnosti, izloženosti ili upravljanja rizicima u pogledu ljudskog zdravlja, ekoloških rizika ili u povezanim poljima.³¹

U članu 75 Regulative REACH predviđa se i sprovođenje evaluacije rada ECHA do juna 2012. godine. U izveštaju je konstatovano da je ECHA ustanovila efikasnu organizacionu strukturu u posmatranom periodu i da je uspela da implementira najveći deo odgovornosti (poslova) predviđenih REACH i CLP regulativama, kao i drugim regulativama koje implementira.³²

3.1. Odnos agencije sa Evropskom komisijom i drugim telima Evropske unije

Odnos Evropske agencije za hemikalije i Evropske komisije posebno je značajan za analizu institucionalnih rešenja režima upravljanja hemikalijama, imajući u vidu da je, u konačnoj verziji REACH regulative, Komisija zadržala

28 Uporediti član 85 REACH.

29 Zabeleženi su i primeri da su manje države članice nominovale strane eksperte za članstvo u komitetima, poput Slovenije i Estonije. Videti: Price Waterhouse Coopers, *Final Report on the Review of the European Chemicals Agency*, Brussels 2012, str. 36–37.

30 Uporediti član 90 REACH.

31 Za proceduru, kvalifikacije članova kao i mogućnost izbora dodatnih članova žalbenog komiteta videti član 89 REACH i Commission Regulation (EC) No. 1238/2007 of 23 October 2007 on laying down rules on the qualifications of the members of the Board of Appeal of the European Chemicals Agency, OJ L280 / 10, 24. oktobar 2007.

32 Videti: Price Waterhouse Coopers, *Final Report on the Review of the European Chemicals Agency*, Brussels 2012, str. 5.

značajne upravne nadležnosti. To predstavlja refleksiju kontinuiranih težnji za očuvanjem ovlašćenja i smanjenjem obima transfera drugim telima EU. U skladu sa Regulativom, Agenciji je propisana obaveza da sarađuje sa drugim organima Unije kako bi se ostvarila međusobna podrška u obavljanju delatnosti i izbeglo dupliranje obavljanja poslova, kako sa Evropskom komisijom, tako i sa druge dve agencije EU sa (delimičnim) regulatornim ovlašćenjima – Evropskom vlasti za bezbednost hrane (*European Food Safety Authority*) i Evropskom agencijom za lekove, kao i sa Evropskom agencijom za zdravlje i bezbednost na radu. Kada je reč o saradnji, Regulativom je predviđeno i usvajanje posebnih pravila u vezi sa upravljanjem hemikalijama koje se ispituju u pogledu korišćenja za ishranu.³³ Regulativa REACH sadrži i odredbe o rešavanju konflikta kada se mišljenja agencije i drugih tela EU koja obavljaju slične poslove, uključujući druge agencije, o zajedničkim pitanjima razlikuju. Ta pravila obavezuju agenciju na ranu identifikaciju potencijalnih uzroka konflikta, ostvarivanje kontakta sa drugim telima radi razmene relevantnih naučnih ili tehničkih informacija i identifikacije potencijalnih tehničkih detalja u vezi sa kojima postoji razilaženje. U slučaju fundamentalnih neslaganja/konflikta u pogledu naučnih i tehničkih pitanja između ECHA i druge agencije EU ili naučnog komiteta, predviđeno je da agencija i to telo zajednički rade na rešavanju konflikta ili da podnesu zajednički dokument Komisiji u kojem se razjašnjavaju naučni i/ili tehnički detalji konflikta.³⁴ To je važan mehanizam, imajući u vidu da različita (i brojna) stručna tela angažovana u upravnom sistemu EU mogu doći do različitih zaključaka, naročito u pitanjima regulacije rizika, kao i to da je Evropska komisija često u specifičnoj poziciji da donosi odluke na osnovu mišljenja i nakon stručne obrade drugih tela. U tom pogledu zajednički dokument koji objašnjava razlike u pristupima problemu može da bude osnova za donošenje diskrecione odluke u tom slučaju, ali se takođe otvara pitanje stavljanja Komisije u poziciju svojevrsnog arbitra u situacijama kada se pozicije razilaze u pogledu naučnih i tehničkih činjenica. Evropska komisija, kao telo sa administrativnim kapacitetima ograničenih profila, po pravilu ne zapošljava u većoj meri eksperte sa dovoljnim stepenom naučnih i tehničkih znanja, što predstavlja i jedan od razloga osnivanja agencija kao specifičnih centara ekspertize u određenim oblastima. U tom smislu, model upravljanja po kojem Komisija zadržava značajan obim nadležnosti za donošenje pravnoobavezujućih odluka koje se zasnivaju na procenama za koje nema sopstvene stručne kapacitete, suočava se sa dvostrukim izazovima. Prvi se odnose na sve one situacije u kojima Komisija donosi pravnoobavezujuće odluke protiv kojih se može pokrenuti postupak pred Sudom pravde EU a one predstavljaju isključivo „uobličavanje” i „formalizovanje” odluke koju su donela tela bez formalnih ovlašćenja. Drugi, mnogo veći izazov, predstavljaju pomenute situacije u kojima se Komisija, kao donosilac odluke za koje nema odgovarajuće naučne i stručne kapacitete, nalazi u situaciji *de facto* izbora između neusaglašenih stručnih pogleda na problem.

33 Uporediti član 110 REACH.

34 Uporediti član 95 REACH.

3.2. Odnos agencije sa mrežom nacionalnih nadležnih organa

Jedna od bitnijih funkcija agencije jeste i koordinacija mreže nacionalnih organa koja se odvija kroz telo u okviru agencije. Forum za razmenu informacija o sprovođenju propisa, u skladu sa članom 77, ima funkciju širenja dobrih praksi i skretanja pažnje na probleme na komunitarnom nivou, predlaganje, koordinaciju i evaluaciju harmonizovanih projekata za sprovođenje i zajedničkih inspekcija, koordinisanje razmene inspektora, identifikovanje strategija sprovođenja i najboljih praksi sprovođenja, razvijanje metoda i tehnika koje koriste lokalni inspektori, razvoj procedura za elektronsku razmenu informacija, saradnju sa industrijom i drugim zainteresovanim stranama, uključujući međunarodne organizacije, ispitivanje predloga za restrikciju supstanci radi savetovanja u vezi sa sprovođenjem restrikcije. Imajući u vidu složenost primene ekoloških standarda i načelo da pravo EU sprovede organi država članica, koordinacija napora u sprovođenju predstavlja najbolje moguće rešenje u situaciji izostanka inspekcijskih organa na komunitarnom nivou.³⁵ U skladu sa članom 86. Sve države članice postavljaju na trogodišnji mandate članove foruma na osnovu njihove uloge i iskustva u primeni zakonodavstva o hemikalijama. Članovi foruma održavaju kontakte sa nadležnim organima država članica. Poput Komiteta, i članovi Forumu mogu, da bi postigli relevantnost ekspertize, u svoj sastav kooptirati do pet članova.

Posebno interesantan aspekt funkcionisanja agencije predstavlja mogućnost participacije trećih država u radu njenih tela, o čemu odluku o pozivanju trećih zemalja za učešće u radu agencije donosi upravni odbor u saglasnosti sa relevantnim komitetom ili forumom.³⁶ To je učinjeno u slučaju Norveške, Islanda i Lihtenštajna, kao članica Evropskog ekonomskog prostora na koje se primenjuje ovaj deo *acquis*-a. Imajući u vidu iskustva učešća u mrežama Evropske agencije za zaštitu životne sredine, može se očekivati i potencijalno učešće zapadnobalkanskih država, ukoliko uskoro ne pristupe Evropskoj uniji, a prevashodno zbog preuzimanja većeg dela obaveza iz ekološkog *acquis*-a i opšte obaveze pravnih i fizičkih lica izvan EU koji stavljaju hemikalije u promet da podnose odgovarajuće prijave i ispune uslove registracije, kao i značaj tržišta EU za zemlje kandidate i potencijalne kandidate i postojeći i očekivani obim trgovinske razmene sa EU.³⁷

35 Evropska komisija ima veoma ograničene inspekcijske nadležnosti za sprovođenje ekoloških prava EU, koje se sastoje u asistiranju inspekcijskim organima država članica, odnosno njihovom nadzoru u pogledu dva pravna režima koja uređuju materiju supstanci koje oštećuju ozonski omotač i zaštiti životinja koje se koriste za eksperimentalne svrhe. O različitim modalitetima koji se mogu razvijati videti više: Marko Milenković, „Upravni poslovi u oblasti zaštite životne sredine u Evropskoj uniji i podela nadležnosti sa državama članicama”, u: Mirjana Rašević, Milan Marković (ur.), *Pomeraćemo granice*, Institut društvenih nauka, Beograd 2012, str. 153–170.

36 Uporediti član 106 REACH.

37 Srbija je do 2012. godine značajan broj upravnih poslova u ovoj oblasti realizovala putem Agencije za hemikalije, koja je ukinuta u okviru (ograničene) deagencifikacije javne uprave. Videti detaljnije: Marko Milenković, „Upravni poslovi u oblasti upravljanja hemikalijama i evropske integracije”, u: Stevan Lilić (ur.), *Perspektive implementacije evrop-*

Osim toga, postoji mogućnost da predstavnici međunarodnih organizacija u oblasti upravljanja hemikalijama učestvuju u radu agencije u svojstvu posmatrača, kao i mogućnost ostvarivanja kontakata sa zainteresovanim stranama i njihovim organizacijama u dogovoru sa Komisijom.³⁸ Dodatni mehanizam koji predviđa Regulativa REACH predstavlja formiranje više foruma za razmenu informacija o supstancama (*Substance Information Exchange Forums*). Članice svakog foruma su potencijalni registranti, korisnici, treća lica koja su podnela informacije Agenciji i oni koji su podneli zahteve za registraciju. Ti forumi se osnivaju sa ciljem omogućavanja registracije i razmene informacije radi izbegavanja dupliranja izrade odgovarajućih studija i radi postizanja dogovora u vezi sa klasifikacijom i obeležavanjem supstanci kada postoje razlike između potencijalnih registranata.³⁹

4. Upravni poslovi ECHA i donošenje pojedinačnih odluka – neka institucionalna pitanja

Razlozi za osnivanje agencija na nivou EU su različiti. To su pre svega poveravanja određenih (ograničenih) stručnih poslova specijalizovanim organizacijama, ostvarivanje vremenski-prostorno ograničenih programa EU, neuvećavanje centralnog dela administracije EU uprkos rastu broja poslova i omogućavanje lakšeg formulisanja politika u mnogim oblastima uz pomoć ekspertskih organizacija.⁴⁰

Evropska agencija za hemikalije obavlja raznovrsne stručne i tehničke aktivnosti u sistemu upravljanja hemikalijama u vezi sa registracijom, evaluacijom, autorizacijom i restrikcijama prometa hemijskih supstanci u EU (u saradnji sa nadležnim organima država članica); informiše javnost i priprema stručne izveštaje i analize (uključujući ostvarivanje prava na pristup informacijama o opasnim supstancama); pomaže kompanijama u primeni Regulative REACH, ali i učestvuje u formiranju politika i donošenju akata obezbeđivanjem naučnih informacija u regulatornom procesu (delovanjem komiteta osnovanih u okviru agencije). U skladu sa članom 75. Regulative, Evropska agencija za hemikalije je ustanovljena sa ciljem da se bavi menadžmentom (da upravlja) i da, kako je formulisano, u nekim skućajevima obavlja tehničke, naučne i administrativne aspekte Regulative, da bi se u tim aspektima

skih standarda u pravni sistem Srbije, Beograd 2012, str. 317–335. Ukidanje Agencije za hemikalije naišlo je i na kritike Evropske komisije zbog nedostatka odgovarajućih struktura za obavljanje poslova upravljanja hemikalijama. Uporediti: European Commission, „Serbia 2013 Progress Report”, Brussels 16. oktobar 2013, str. 55.

38 Uporediti članove 107 i 108 REACH.

39 Videti detaljnije: član 29 REACH.

40 Videti između ostalog: Christopher Pollitt, *et. al.*, „Agency Fever? Analysis of an International Policy Fashion”, *Journal of Comparative Policy Analysis: Research and Practice*, Vol. 3, No. 3, 2001, str. 271–290; Rob Laking, „Agencies: Their Benefits and Risks”, *OECD Journal on Budgeting*, Vol. 4, No. 4, 2005, str. 7–25; M. Everson, „Independent Agencies: Hierarchy Beaters?”, *European Law Journal*, Vol. 1, No. 2, 1995, str. 180–204.

obezbedila konzistencija na komunitarnom nivou.⁴¹ Sama nedovoljno jasna formulacija ukazuje na kompromisno rešenje za ustrojstvo agencije i njenih funkcija, lutanja Komisije u pogledu predlaganja režima i pronalaženja institucionalnog rešenja i težnje država članica da u konačnom obliku dobiju veću kontrolu u različitim vidovima učešća u donošenju relevantnih odluka. Regulativa takođe naglašava važnost obezbeđivanja kooperacije između agencije i nadležnih organa država članica, kako bi se naučna mišljenja Komiteta za procenu rizika i Komiteta za socioekonomske analize zasnivala na najširoj mogućoj naučnoj i tehničkoj ekspertizi koja je dostupna u EU, kao da Komiteti treba da budu u stanju da koriste dodatnu ekspertizu u slučajevima kada je ona potrebna.⁴² Regulativa REACH počiva na ideji da agencija, odnosno njeni zaposleni, treba da obavljaju tehničko-administrativne i naučne poslove bez angažovanja naučnih i tehničkih resursa država članica.⁴³

U skladu sa proklamovanim idejama Regulative REACH, Agencija treba da ima centralno mesto u obezbeđivanju da legislativni instrumenti i proces donošenja odluka o hemikalijama, kao i naučna osnova na kojima počivaju, imaju kredibilitet kod svih zainteresovanih strana i javnosti. Može se uočiti da je kredibilitet deo vrednosne postavke režima upravljanja hemikalijama i Agencije kao centralnog institucionalnog oblika za njegovo sprovođenje i da se u raspravama o agencijskom modelu organizacije evropske uprave isticao kao ključna odlika za opredeljenje da se (deo) stručnih i regulatornih poslova poveri (regulatornim) agencijama.⁴⁴ U tom smislu, u Regulativi se ističe da je poverenje komunitarnih insitucija, država članica, opšte javnosti i svih zainteresovanih strana u agenciju od esencijalne važnosti, kao i da je zbog toga neophodno obezbediti njenu nezavisnost, visoke naučne, tehničke i regulatorne kapacitete, kao i transparentnost i efikasnost.⁴⁵ Uporedo sa tim, regulatorni režim mora da dođe do institucionalnih rešenja koja odražavaju težnje država članica da održe (značajan) stepen kontrole nad radom komunitarnih institucija, kao i težnje drugih tela EU da održe balans, uz prevashodnu zainteresovanost Evropske komisije za zadržavanje (dela) izvršnih ovlašćenja i kontrolu vršenja delatnosti. S tim u vezi se i došlo do institucionalnog rešenja agencije u kome struktura organa oslikava višestrukost kontrole kako u kompoziciji komiteta, tako i u načinu predlaganja (nezavisnih) stručnjaka koji ih čine. Regulativa promoviše harmonizovani pristup restrikcijama hemikalija na evropskom nivou, uz Agenciju kao koordinatora procedure, koja prikuplja podatke, postavlja izvestioce za određene supstance, verifikuje usklađenost sa zahtevima relevantnih aneksa Regulative i priprema dosijea za restrikcije

41 Uporediti član 75 REACH.

42 Uporediti: REACH invokacija, tačka 104.

43 Uporediti REACH invokacija, tačka 98. Ipak, predviđeno je da se u proces evaluacije dosijea o supstancama koje dostavljaju registranti uključe nadležni nacionalni organi. Uporediti član 45.

44 Videti između ostalog: Giandomenico Majone, „The regulatory state and its legitimacy problems”, *West European Politics*, Vol. 22, No.1, 1999, str. 1–24.

45 Uporediti: REACH invokacija, tačka 95.

određenih supstanci.⁴⁶ Svakako, plodotvornost takvih rešenja biće moguće ispitati tek nakon značajnog perioda rada same organizacije i uz primenu adekvatnih kvalitativnih metoda.⁴⁷

Specifičnost režima REACH predstavlja činjenica da ECHA donosi i određeni broj odluka koji nisu samo savetodavnog karaktera ili ne predstavljaju stručnu obradu i pripremu odluke Evropskoj komisiji, već stvaraju obaveze za adresate i konsekventno se protiv njih mogu koristiti pravni lekovi. U prvom stepenu, moguće je podneti žalbu Odboru za žalbe u samoj Agenciji, a zatim i tražiti i sudsku zaštitu pred Sudom prve instance, odnosno Sudom pravde Evropske unije.⁴⁸ To su odluke koje se odnose na: 1. postavljanje uslova za rukovanje hemikalijama kada je reč o supstancama koje se proizvode i uvoze za upotrebu u istraživačkim procesima a izuzete su od obaveze registracije (član 9, stav 4 REACH), 2. produženje roka od pet godina za izuzimanje od obaveze registracije supstanci koje se proizvode ili uvoze za upotrebu u istraživačkim procesima (član 9, stav 7 REACH), 3. odluku o odbijanju zahteva za registraciju (član 21, stav 2 REACH); 4. dozvolu za pristup informacijama sadržanim u registracionom dosijeu drugog registranta u vezi sa hemikalijom (radi izbegavanja vršenja dodatnih testiranja na životinjama) (član 27, stav 6 REACH); 5. odluku o tome koji od potencijalnih registranata ili korisnika će izraditi studiju kako bi se pribavile potrebne informacije o supstanci kada nijedno od lica nije prethodno izradilo studiju (radi izbegavanja vršenja dodatnih testiranja na životinjama) (član 30, stav 2 REACH), odnosno dozvolu za pristup informacijama sadržanim u studiji o hemikaliji, koju je izradio drugi registrant ili korisnik (član 30 stav 3 REACH); 6. odluku agencije nakon izvršene evaluacije dosijea (član 51). Protiv svih tih odluka pravna i fizička lica na koja se odluka odnosi ali i lica na koja odluka može uticati mogu da ulože žalbu Odboru za žalbe. Žalba se podnosi Agenciji u roku od tri meseca od notifikacije odluke ili od saznanja za odluku, ukoliko nije drugačije određeno Regulativom.⁴⁹ Žalba protiv tih odluka ima suspenzivno dejstvo. U skladu sa Regulativom REACH postoji mogućnost da izvršni direktor, nakon konsultacija sa predsedavajućim Odbora za žalbe, ukoliko smatra da postoje osnovi za žalbu, izmeni odluku protiv koje je podneta žalba

46 Ali uz naglašavanje da ta nadležnost agencije treba da pruži priliku Komisiji da odgovori na rizik koji predstavlja supstanca, čime norma odražava pristup zadržavanja ovlašćenja od strane Komisije naspam transfera na agenciju kao nezavisno telo.

47 Za prva ovakva i slična istraživanja videti više: Maria Martens, „Executive power in the making: the establishment of the European Chemicals Agency”, u: Madalina Busuioc, Martijn Groenleer, Jarle Trondal (ur.), *The agency phenomenon in the European Union – Emergence, institutionalisation and everyday decision-making*, Manchester University Press, 2012, str. 42–61; Price Waterhouse Coopers, *Final Report on the Review of the European Chemicals Agency*, Brussels 2012.

48 Detaljnu analizu pravne zaštite u pogledu odluka koje se donose na osnovu REACH režima videti: Marco Bronckers, Yves Van Gerven, „Legal remedies under the EC's new chemicals legislation REACH: Testing a new model of European governance”, *Common Market law Review*, Vol. 46: 1823–1871, 2009

49 Uporediti član 92 REACH.

u roku od 30 dana od podnošenja. U suprotnom, predsedavajući odbora u roku od 30 dana od podnošenja ispituje dopuštenost žalbe i upućuje je Odboru na razmatranje, uz mogućnost da organizuje usmenu raspravu. Protiv odluka Odbora za žalbe, kao i u situacijama u kojima nije bila moguća žalba, postoji mogućnost pokretanja postupka pred Sudom prve instance i Sudom pravde EU.

Delegiranje ovlašćenja agencijama se tokom godina pokazalo kao veoma problematično pitanje za evropske institucije i pod velikim uticajem pravnih shvatanja Evropskog suda pravde u slučajevima *Meroni*, koja su u izvesnoj meri kodifikovala ograničenja transfera nadležnosti nezavisnim telima i odredila značajna ograničenja u pogledu toga kakvi poslovi se mogu transferisati telima izvan klasičnog sistema institucija EU.⁵⁰ Zbog ograničenosti prostora nije moguće ulaziti u detaljnu analizu slučajeva *Meroni* i istoimene doktrine, ali treba istaći da su se slučajevi odnosili na pitanje delegacije ovlašćenja Visoke vlasti (*High authority*), kao organa tadašnje Evropske zajednice za ugalj i čelik, za donošenje diskrecionih odluka na privatno pravno telo. I pored toga što su se slučajevi odnosili u suštini na subdelegaciju i odnos sa telom koje nije u institucionalnoj strukturi EU, pomenuta shvatanja suda ostavila su značajan uticaj na dalje formiranje rešenja u pogledu delegacije nadležnosti za donošenje odluka. Analizom tih sudskih odluka prepoznaju se sledeći kriterijumi za transfer ovlašćenja na (subordinirane) organe koje su izvan institucija EU: 1. Komisija ne može da delegira šira ovlašćenja nego što sama ima; 2. mogu da se delegiraju isključivo izvršna ovlašćenja; 3. ne mogu da se delegiraju diskreciona ovlašćenja; 4. vršenje delegiranih ovlašćenja se ne može izuzeti od uslova koji se inače moraju ispuniti kada bi bili direktno obavljani od Komisije, a naročito obaveze da se navedu razlozi za donetu odluku i postojanje sudske kontrole; 5. delegiranje ovlašćenja ostaje podložno uslovima koje postavlja Komisija i njenoj stalnoj superviziji; 6. ne sme se narušiti institucionalni balans između institucija EU.⁵¹ I pored velikog uticaja doktrine na formiranje agencija EU od sedamdesetih godina do danas i ograničenja njihovih ovlašćenja, u nekoliko slučajeva se ipak otišlo dalje u pogledu mogućnosti donošenja pravnoobavezujućih individualnih odluka, to su Kancelarija za raznovrsnost sorti (*Community Plant Variety Office*) i ECHA, kao i Kancelarija za harmonizaciju unutrašnjeg tržišta (u oblasti patenata), kojima je na raspolaganju ograničena mogućnost donošenja diskrecionih odluka u skladu sa relevantnim pravnim aktima, a takve individualne odluke često zahtevaju sprovođenje eksperimenata i prikupljanje informacija u dugotrajnim i kompleksnim procedurama koje zahtevaju naučni doprinos.⁵² Ipak, smatra se da odluke Kancelarije za harmonizaciju unutrašnjeg tržišta ne izlaze iz okvira

50 C 9/56 i C 10/56, *Meroni vs. ECSC High Authority* (1958).

51 Videti više: Ellen Vos, „Agencies and the European Union, u: Tom Zwart, Lue Verhey (ur.), *Agencies in European and Comparative Perspective*, Intersentia, 2003, str. 130.

52 Videti: Hofmann C.H.Herwig, Alessandro Morini, „Constitutional aspects of the pluralisation of the EU executive through 'agencification'“, *European Law Review*, Vol. 37, No. 4, 2012, 426.

doktrine Meroni s obzirom na to da se donose na osnovu strogo određenih kriterijuma.⁵³ Više autora ističe da su, donošenjem Regulative REACH, EU i države članice kreirale agenciju čija su ovlašćenja samo u izvesnoj meri kompatibilna sa doktrinom Meroni⁵⁴ ili da agencije „guraju u zonu donošenja diskrecionih odluka”.⁵⁵ S druge strane, značajno uključenje država članica u donošenje odluka u telima agencije (pre svega u Komitetu država članica) može se smatrati korisnim sa stanovišta odgovornosti i kontrole rada agencije.⁵⁶ Na taj način ECHA predstavlja i značajan primer transformacije izvršne funkcije na nivou EU i načina na koji se angažuju stručni kapaciteti agencija.

Umesto zaključka

Evropska agencija za hemikalije je značajna za analizu transformacije upravljanja u Evropi iz više razloga, a pre svega zbog raznovrsnosti i brojnosti upravnih poslova koji su joj povereni, kao i visokog stepena naučne i stručne ekspertize koja je potrebna za njihovo obavljanje. Imajući u vidu njenu ulogu u donošenju opštih pravila, rešavanju upravnih stvari, ali i drugim poslovima informativnog i evidencionog karaktera, ona je svakako značajan primer institucionalnog oblika na supranacionalnom nivou na kome se mogu testirati sve mogućnosti takve vrste organizovanja uprave.

Regulativa REACH počiva na ideji da agencija, odnosno njeni zaposleni, treba da obavljaju tehničko-administrativne i naučne poslove bez angažovanja naučnih i tehničkih resursa država članica, kao i da pomažu Evropskoj komisiji u procesu donošenja odluka stručnom obradom predmeta. Evropska komisija, kao telo sa administrativnim kapacitetima ograničenih profila, po pravilu ne zapošljava u većoj meri eksperte sa dovoljnim stepenom naučnih i tehničkih znanja, što predstavlja i jedan od razloga osnivanja agencija kao centara ekspertize u određenim oblastima. Uočava se izvestan nesklad između načelnog opredeljenja da se države članice ne obrađuju pojedinačne predmete već da se koriste nadležni organi i njihovi postojeći, ali svakako neujednačeni potencijali kada je to potrebno u radu specijalizovanih komiteta. Iz tog razloga, kreirana su institucionalna rešenja koja odražavaju težnje država članica da održe (značajan) stepen kontrole nad radom komunitarnih institucija, kao i težnje drugih tela EU da održe balans, uz prevashodnu zain-

53 Tanja Ehnert, *The European Chemicals Agency – Beyond the Scope of the Meroni Doctrine?*, teza odbranjena na Univerzitetu u Maastrichtu, Maastricht 2008, str. 40–41.

54 *Ibid.*, str. 64.

55 Daniel Keleman, Giandomenico Majone, „Managing Europeanization – The European Agencies”, u: John Peterson, Michael Shackleton (ur.), *Institutions of the European Union*, Oxford University Press, 2011, str. 225.

56 Uporediti: Marco Bronckers, Yves Van Gerven, „Legal remedies under the EC’s new chemicals legislation REACH: Testing a new model of European governance”, *Common Market Law Review*, Vol. 46, str. 1829.

terezovanost Evropske komisije da zadrži (deo) izvršnih ovlašćenja i kontrolu vršenja delatnosti. Iz tih razloga, struktura organa oslikava višestrukost kontrole rada agencije.

Od izuzetnog značaja za sagledavanje transformacije upravljanja u EU je odnos ECHA sa Evropskom komisijom, koja se prema postojećem režimu nalazi u specifičnoj poziciji donosioca odluka na osnovu mišljenja i nakon stručne obrade koje vrši drugo telo. U tom smislu, model upravljanja prema kojem Komisija zadržava značajan obim nadležnosti za donošenje pravnoobavezujućih odluka koje se zasnivaju na procenama za koje nema sopstvene stručne kapacitete, predstavlja dalji izazov za istraživanja legitimiteta donošenja odluka u Evropskoj uniji.

Konačno, model umrežavanja nacionalnih nadležnih organa kroz Forum za razmenu informacija posebno je značajan za našu teoriju upravnog prava, imajući u vidu (neizvesne) perspektive integracije Srbije i drugih zapadno-balkanskih država u Evropsku uniju i potencijal koji ti vidovi saradnje mogu imati za implementaciju evropskog zakonodavstva u državama koje sprovode harmonizaciju, ali ostaju izvan punopravnog članstva ili ga još uvek nisu ostvarile.

Iskustva agencije u značajnoj meri uticati na dalje formiranje (političkog) raspoloženja za pravnu transformaciju i pronalaženje prominentnijeg mesta za (nezavisne) (regulatorne) agencije u institucionalnom mozaiku Evropske unije. U tom smislu baš Evropska agencija za hemikalije zaslužuje dalju pažnju akademske zajednice radi sagledavanja domaćaja složenih modela i interakcije komunitarne uprave i država članica.

*Marko Milenković MA, LL.M.**

SOME INSTITUTIONAL ASPECTS OF CHEMICALS MANAGEMENT IN THE EUROPEAN UNION

Summary

Chemicals management is a significant regulatory challenge due to potential harm to environment and human health related to chemicals exposure. European Chemicals Agency (ECHA) was established in 2008 as to perform a part of administrative tasks in the chemicals management. The article examines institutional aspects the regulatory regime and specificities of ECHA position in the administrative system of the EU, whose composition reflects experimentalist tendencies in regard to power of agencies to adopt legally binding deci-

* Marko Milenković, Junior# research fellow, Institute of Social Sciences Belgrade. PhD candidate at the University of Belgrade, Faculty of Law. This article is the result of research within the project *Perspectives of Implementation of European Standards in the Serbian Legal System* (179059), supported by the Ministry of Education, Science and Technological development.

sions. ECHA experience with implementation of regulatory regime is expected to influence further development of similar agencies, legal transformation and search for more suitable position of agencies in the EU institutional setting. Examination of ECHA arrangements is also significant for the research into legal transformation of chemicals management and implementation of European standards in Serbian legal system.

Key words: Chemicals management. REACH Regulation. European Chemicals Agency. Decision making. Administrative powers. European Environmental Law.

PERSPEKTIVE PRIMENE EVROPSKIH STANDARDA PRAVA NA BESPLATNU PRAVNU POMOĆ U REPUBLICI SRBIJI

Apstrakt

Razvoj evropskih standarda uslovio je širenje koncepta besplatne pravne pomoći sa besplatnog pravnog zastupanja na sudu u krivičnim postupcima na savetovanje i zastupanje u svim postupcima, ali i van postupka. Evropski sud za ljudska prava ostavio je državama da izaberu sredstva kojima će omogućiti pristup sudu van krivičnih postupaka. Jedno od tih sredstava je institucija besplatne pravne pomoći. Pri dodeli i vršenju besplatne pravne pomoći, Sud je naročitu pažnju posvetio zaštiti stranaka od arbitrarnog postupanja. Srbija još uvek nije izgradila sistem besplatne pravne pomoći. Postojeće odredbe u procesnom zakonodavstvu nisu razrađene niti se primenjuju. Nacrti koji se zasnivaju na usvojenoj Strategiji razvoja sistema besplatne pravne pomoći u Srbiji, iako načelno prate evropske standarde, u nedovoljnoj meri uvažavaju standarde koji se bliže opisuju u ovom članku.

Ključne reči: Pravo na besplatno zastupanje. Pravo na besplatnu pravnu pomoć. Pravna predvidljivost. Siromaško pravo. Pružaoci besplatne pravne pomoći.

1. Uvod

Pravo na besplatnu pravnu pomoć je ljudsko pravo *per se*, ali istovremeno preduslov za ostvarivanje i uživanje niza ljudskih prava, uključujući pravo na pravično suđenje i na delotvoran pravni lek. Cilj besplatne pravne pomoći je otklanjanje prepreka koje ograničavaju pristup pravdi pružanjem pomoći ljudima koji inače nisu mogli da priušte pravnog zastupnika i pristup sudskoj zaštiti.¹ Ostvarivanjem tog cilja, to pravo doprinosi pravедnosti i jačanju poverenja javnosti u sprovođenje pravde te se, stoga, pred međunarodnim telima iznose zahtevi da besplatna pravna pomoć bude što šire postavljena.

* Katarina Golubović, MA, advokat, kandidatkinja doktorskih studija na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu. Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije* (179059), koji podržava Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

1 Uporedi: Govor specijalne izvestiteljke UN za nezavisnost sudija i advokata Gariele Knaul na 23. sednici Saveta Ujedinjenih nacija za ljudska prava, Ženeva, 30. maj 2013. godine.

Postavljeni cilj, kao i tvrdnja da je pravo na besplatnu pravnu pomoć ljudsko pravo, prevazilazi uži koncept prava na besplatnu pravnu pomoć koji podrazumeva pravo na besplatno pravno zastupanje na sudu u krivičnim postupcima. Besplatno pravno zastupanje u oblasti krivičnog prava, u tačno određenim slučajevima, garantovano je u različitim pravnim sistemima i u međunarodnim ugovorima koji se odnose na oblast ljudskih prava. Garantovanje tog prava je značajno dostignuće jer je sloboda pojedinca u krivičnom pravu najviše ugrožena.

Širi koncept besplatnog pružanja pravne pomoći podrazumeva, osim besplatnog pravnog zastupanja na sudu, javni pristup pravnim informacijama, pravo na pravni savet, odnosno pravo na pravno obrazovanje i znanje.² Razlozi za postojanje šireg koncepta besplatnog pružanja pravne pomoći su: milosrđe, smanjenje siromaštva, efikasnost pravnog sistema, vladavina prava, lični interes advokata i ljudska prava.³ U tom smislu, pravo na besplatnu pravnu pomoć nije ograničeno na krivične postupke, već se ostvaruje i u drugim postupcima u kojima se određuju prava i obaveze građana, ali i van postupaka. Na taj način postavljenu besplatnu pravnu pomoć obezbeđuju država ili nedržavni akteri.⁴

U prilog shvatanja besplatne pravne pomoći u širem smislu je razvoj standarda na evropskom nivou u oblasti besplatne pravne pomoći u poslednjih trideset godina.

2. Razvoj evropskih standarda u oblasti prava na besplatnu pravnu pomoć

Na 23. konferenciji evropskih ministara pravde, održanoj u Londonu u junu 2000. godine, istaknuto je da „pristup pravdi ne može biti oslabljen visokim sudskim troškovima” i da sve države članice moraju da pronađu načine da svim licima omoguće pristup pravdi. Na toj Konferenciji je ujedno naloženo Evropskom komitetu za pravnu saradnju da pripremi akcioni plan kojim se pruža pomoć državama u uspostavljanju ili reformisanju već postojećih sistema pravne pomoći. U tom poduhvatu, praksa Evropskog suda za ljudska prava u vezi sa pružanjem pravne pomoći nesumnjivo je bila nezaobilazna inspiracija.⁵ Ona, na prvom mestu, pokazuje vrstu postupaka u kojim se pruža besplatna pravna pomoć.

2 Uporedi: Rice, Simon, „A Human right to legal aid”, u: Dalton P. i Thelle H. (ur.), *Legal Aid: International experiences and promising practices for legal aid providers*, Danish Institute for Human Rights, Danska 2010, str. 15–26.

3 Uporedi: Smith, Roger, *Legal Aid as a Policy*, 2007, navedeno prema: Rice, Simon, „A Human right to legal aid”, u: Dalton, P. i Thelle H. (ur.), *Legal Aid: International experiences and promising practices for legal aid providers*, Danish Institute for Human Rights, Danska, 2010, str. 15–26.

4 Uporedi: Abel, Richard, „Law Without Politics: Legal Aid under Advanced Capitalism”, *UCLA L. Rev.*, 474, Los Angeles 1985.

5 Čavoški Aleksandra, Knežević Bojović Ana, „Pravna pomoć u okviru Saveta Evrope”, u: Gajin Saša (ur.), *Pravna pomoć*, Centar za unapređivanje pravnih studija, Beograd 2007, str. 71.

2.1. Vrsta postupaka na koje se primenjuje pravo na besplatnu pravnu pomoć

U Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda izričito se predviđa pravo na besplatnu pravnu pomoć u krivičnim postupcima, kada interesi pravde to zahtevaju.⁶ Međutim, Evropski sud za ljudska prava je stao na stanovište da je država obavezna da obezbedi besplatnu pravnu pomoć i u građanskim postupcima, u određenim slučajevima. Ta obaveza postoji u situaciji u kojoj bi ostvarenje načela „jednakosti oružja”, odnosno ravnopravnosti stranaka u postupku, bilo nemoguće ili u situaciji u kojoj je stranci neophodno pravno zastupanje advokata, zbog toga što tako nalaže pravni sistem ili zbog složenosti slučaja, a stranka očigledno ne može da ga priušti.

Besplatna pravna pomoć, van krivične oblasti, gradi svoje standarde počev od slučaja *Ajrej protiv Irske*.⁷ Tako, Evropski sud za ljudska prava je u tom slučaju izneo da član 6 stav 1 Evropske konvencije ostavlja državi slobodan izbor sredstava koje će koristiti u garantovanju prava na pristup sudu za parnične stranke. Institucija besplatne pravne pomoći predstavlja jedno od tih sredstava, ali postoje i druga, kao što je pojednostavljenje postupka. Pri odlučivanju da li je besplatna pravna pomoć bila neophodna za ostvarenje efikasnog pristupa sudu i pravičan postupak u određenom predmetu, Evropski sud za ljudska prava će razmotriti konkretne činjenice i okolnosti svakog slučaja, uzimajući u obzir nekoliko faktora: 1. značaj predmeta za podnosioca, 2. složenost slučaja ili postupka, posebno kada je pravno zastupanje obavezno po zakonu, i 3. sposobnost podnosioca predstavke da efikasno ostvari svoje pravo na pristup sudu.

Iz izloženog, jasno je da se besplatna pravna pomoć vezuje za ostvarenje garancija prava na pravično suđenje. Razvojem autonomnih koncepata pojmova sadržanih u odredbi člana 6 stav 1 Evropske konvencije, primena prava na pravično suđenje proširila se sa krivičnog i parničnog postupka na druge postupke kao što su upravni postupak, upravni spor⁸ i prekršajni postupak. Shodno tome, predviđanje besplatne pravne pomoći će se, u određenim uslovima, zahtevati u ovim postupcima onda kada je to neophodno za garantovanje pristupa „sudu”.

2.2. Kriterijumi za dodelu besplatne pravne pomoći

Pravo na besplatnu pravnu pomoć nije apsolutno, te su prihvatljiva ograničenja njegovog korišćenja na osnovu finansijske situacije tražioca i izgleda za uspeh u postupku. Na tražiocu besplatne pravne pomoći je teret dokazivanja da nema dovoljno sredstava da angažuje advokata.⁹ S druge strane, država mora da spreči arbitrarnost u donošenju odluka o dodeli besplatnog pravnog zastupnika. Evropski sud za ljudska prava uvažio je mišljenje u slučaju *Santambrogio v. Italy* da lice koje je duži niz godina nezaposleno i nema sopstve-

6 Uporedi: *Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda*, čl. 6 st. 3(c).

7 Uporedi: *Airey v. Ireland*, br. 6289/73, 9. oktobar 1979.

8 Tako u slučaju *Piotr Kozłowski v. Poland*, br. 24250/11, 9. april 2013; *Subicka v. Poland* br. 2, br. 34043/05 i 15792/06, § 64, 21. septembar 2011.

9 *Croissant v. Germany*, br. 13611/88, 25. septembar 1992.

nih sredstava, i pored složenosti slučaja, nije u stanju socijalne nužde jer su njegovi roditelji bili u prilici da mu finansiraju advokata. Evropski sud je u tom slučaju razvio test za procenu odluka kojima se utvrđuje podobnost lica za dodelu punomoćnika tako što je procenjivao garancije koje pruža italijanski sistem protiv arbitrarnosti tih odluka. Sud je imao u vidu da se Komisija za dodelu pravne pomoći pri sudu prve instance sastoji od sudije i predstavnika tužilaštva, predsednika advokatske komore i samog tražioca besplatne pravne pomoći. Osim toga, kao zaštitu od arbitrarnosti, Sud je procenjivao mogućnost žalbe na odluku Komisije za pravnu pomoć drugostepenom sudu.

2.3. Pravna sigurnost stranaka kojima je dodeljena besplatna pravna pomoć

Standardi pravne sigurnosti stranaka kojima je već dodeljena besplatna pravna pomoć razvijeni su u praksi Evropskog suda za ljudska prava radi otklanjanja mogućnosti da ona postane iluzorna. Ti standardi se odnose na 1) otklanjanje dejstva prekluzivnih rokova ustanovljenih procesnim odredbama i 2) omogućavanje nastavka postupka stranci kojoj je, na osnovu naknadne procene uspeha u sporu, dodeljeni zastupnik uskratio zastupanje.

2.3.1. Prekluzivni rokovi i pravna sigurnost

Evropski sud za ljudska prava izneo je stav da, iako je postojanje uslova prihvatljivosti žalbi neophodno da se obezbede pravna predvidljivost i sprovođenje pravde, veoma stroga tumačenja procesnih pravila mogu da liše stranku u postupku prava na pristup sudu.¹⁰ Ekstenzivno tumačenje procesnih pravila u postupku u kome je stranka tražila besplatnu pravnu pomoć neophodno je imajući u vidu složenost mehanizma za njeno odobravanje koji uključuje veliki broj institucija. Na prvom mestu, to su organi od kojih se pribavlja dokaz o podobnosti lica za ostvarenje te pomoći, a to su najčešće organi i tela državne uprave i lokalne samouprave u čijoj je nadležnosti evidencija korisnika socijalne pomoći i marginalizovanih grupa i lica. Na drugom mestu, to su organi koji odlučuju o zahtevu, bilo da su to sudovi, ministarstva nadležna za pravosuđe ili određena nezavisna tela. Na trećem mestu, to su pružaoci besplatne pravne pomoći – advokatske komore, lokalna samouprava, pravne klinike, nevladine organizacije i u okviru njih – konkretno lice – pružalac besplatne pravne pomoći.

Taj mehanizam mora da se uklopi u već postojeća procesna pravila ili se, s druge strane, sama procesna pravila i praksa postupanja moraju prilagoditi tom mehanizmu za ostvarenje pristupa pravdi. Preduzimanje određenih pravnih radnji (ulaganje žalbe, revizije, pokretanje upravnog spora i dr.) vezano je za određene prekluzivne rokove. S druge strane, odlučivanje o zahtevu za besplatnu pravnu pomoć podrazumeva protok određenog vremena.

U različitim pravnim sistemima na različit način predviđeno je otklanjanje dejstva prekluzivnih rokova. To može biti učinjeno postojanjem izričitih

10 Běleš and others v. Czech Republic, br. 47273/99, § 60, 12. novembar 2002; Zvolský and Zvolská v. Czech Republic, br. 46129/99, 12. novembar, 2002; Kemp and Others v. Luxembourg, br. 17140/05, § 42, 24. april 2008.

odredaba ili ujednačenom sudskom praksom. Interesantan je primer Poljske, članice Evropske unije od 2004. godine, koja još uvek nema zakon kojim se reguliše besplatna pravna pomoć¹¹, ali nizom procesnih zakona to pravo garantuje u svim postupcima (krivičnom, parničnom, upravnom, upravno-sudskom) i pred svim instancama. Nedovoljno precizne odredbe uslovile su nepostojanje pravne predvidljivosti u ostvarenju ovog prava, koju su sudovi pokušavali da otklone. U mnogim odlukama upravni sudovi su zauzeli stav da na protek roka za podnošenje žalbe Vrhovnom upravnom sudu ne utiče podnošenje zahteva za pravnu pomoć bez obzira na ishod rešavanja o zahtevu. Rok počinje da teče od dana kada je stranka primila pismeni otporak odluke regionalnog upravnog suda. Iz tih razloga, Vrhovni upravni sud je zauzeo stav da je podnosilac žalbe kome je dodeljen besplatni pravni zastupnik dužan da podnese zahtev za dozvolu za ulaganje žalbe po isteku roka (zahtev za povraćaj u predašnje stanje) kako bi žalba podneta po isteku roka mogla da bude prihvaćena u razmatranje.

U nekim slučajevima upravni sudovi su našli da takav zahtev treba da se podnese u roku od sedam dana od dana kada je advokat dobio punomoćje od stranke, koji se uzima kao dan kada je prepreka za ulaganje žalbe prestala da postoji,¹² odnosno od dana kada je advokat mogao da dobije efikasan pristup spisima predmeta.¹³

Vrhovni upravni sud potvrdio je da stranke kojima je dodeljen besplatni pravni zastupnik imaju poteškoće pri podnošenju žalbe protiv presuda prvo-stepenih upravnih sudova. Sud je izrazio mišljenje da stranke ne bi trebalo da trpe negativne posledice zbog toga što se njihovi zahtevi za pravnu pomoć ne obrađuju dovoljno brzo. Analizom relevantne sudske prakse upravnih sudova, sud je konstatovao da je način na koji je određen početak roka za žalbu doveo do divergentnih rezultata.

Vrhovni upravni sud Poljske smatra da je neophodno da se utvrdi trenutak na način koji je kompatibilan sa efikasnim pristupom najvišem upravnom sudu i principom ravnopravnosti stranaka koje zastupaju dodeljeni advokati i privatno angažovani advokati. Sud je smatrao da rok za stranku počinje da teče onda kada je advokat imao stvarnu mogućnost podnošenja, a ne kada je obavešten da je dobio slučaj. U svakom slučaju, kasaciona žalba mora da bude podneta u roku od trideset dana od dana kada je stranka obaveštena o imenovanju za pravnu pomoć.

2.3.2. Negativna procena uspeha u sporu i pravna sigurnost – slučaj *Kozlovski protiv Poljske*

Besplatna pravna pomoć ne znači obavezu advokata da postupi u skladu sa željama klijenta.¹⁴ Tako, odbijanje advokata da zastupa stranku pred najvišim

11 U Poljskoj su, počev od 2005. godine, bezuspešno izrađena četiri nacrti zakona o besplatnoj pravnoj pomoći.

12 Regionalni upravni sud u Belostoku, II SAB BK 27 / 07, od 10. aprila 2008.

13 Regionalni upravni sud u Poznanju, IV SA / Po 865 / 06, od 13. novembra 2007.

14 Takav stav se sreće i u uporednoj sudskoj praksi. Tako je Vrhovni sud Poljske doneo stav o pravnom pitanju da li besplatni pravni zastupnik može da odbije da podnese žalbu kasacionog karaktera u građanskom postupku. Vrhovni sud je dao pozitivan odgovor,

sudom ne može se, samo po sebi, izjednačiti sa uskraćivanjem pravne pomoći koja je nespojiva sa obavezama države koje proizilaze iz člana 6 Konvencije.¹⁵ Uloga pravne pomoći mora da bude shvaćena kao obaveza zastupnika da pruži pravni savet stranci, uključujući i procenu uspeha koji se može očekivati ulaganjem žalbe protiv određene presude.¹⁶ Međutim, mora da postoji adekvatan institucionalni okvir koji obezbeđuje efektivnu pravnu pomoć za lice kome je dodeljena i odgovarajući nivo zaštite njegovih interesa. Konkretno, pravni okvir mora da predvidi postojanje obaveze za besplatnog pravnog zastupnika da obavešti tražioca besplatne pravne pomoći o odbijanju zastupništva iz razloga nepostojanja osnova za dalje postupanje¹⁷. Takođe, postojanje odredaba kojima se reguliše rok u okviru kojeg besplatni pravni zastupnik obaveštava stranku da odbija da podnese žalbu najvišem sudu smatra se preduslovom za procenu da li su interesi stranke zaštićeni na odgovarajući način.¹⁸

Pitanje roka u kojem zastupnik obaveštava stranku o proceni uspeha u sporu postavljeno je u mnogim slučajevima. Taj rok je preciziran u skorašnjem slučaju *Piotr Kozłowski v. Poland*.

G. Kozlovski, nakon neuspešno vođenog upravnog spora pred Regionalnim upravnim sudom u Varšavi, podneo je zahtev za oslobođenje plaćanja sudskih troškova i dodelu besplatnog pravnog zastupnika za sastav žalbe Vrhovnom upravnom sudu Poljske. Prema poljskim propisima, rok za ulaganje žalbe je trideset dana od dana prijema odluke Regionalnog upravnog suda.

Regionalni upravni sud odobrio je zahtev za dodelu besplatnog pravnog zastupnika¹⁹, te rešenje dostavio g. Kozlovskom mesec dana nakon isteka roka za podnošenje žalbe. Uprava tog suda, nakon četiri meseca od odobrenja zahteva, uputila je Advokatskoj komori Varšave zahtev da odredi zastupnika g. Kozlovskom. Advokatska komora je odredila zastupnika nakon sedam dana od prijema obaveštenja. Zastupnik je obavestio Kozlovskog 15 dana od svog postavljanja da je preuzeo slučaj.

Ceo postupak, od podnošenja zahteva do dobijanja obaveštenja o preuzimanju slučaja, trajao je 6 meseci. Međutim, nakon 20 dana od preuzimanja

naglašavajući da se pitanja koja se javljaju pri dodeli besplatne pravne pomoći ne odnose samo na odgovarajuće sprovođenje pravde, već i na ljudska prava te pravo na pristup sudu. Sud je analizirao da sam pojam pravne pomoći ne može biti posmatran kao prosta obaveza advokata da postupa u skladu sa željama klijenta. Uloga pravne pomoći mora da bude shvaćena kao obaveza zastupnika da pruži pravni savet stranci, uključujući i procenu uspeha koji se može očekivati ulaganjem žalbe protiv određene presude.

15 Uporedi: *Zapadka v. Poland*, br. 2619/05, § 60, 15. decembar 2009; *Siałkowska v. Poland*, br. 8932/05, § 113, 22. maj 2007; *Antonicelli v. Poland*, br. 2815/05, § 38, 19. maj 2009; *Kulikowski v. Poland*, br. 18353/03, § 63, 19. maj 2009.

16 Uporedi: *Stewart-Brady v. United Kingdom*, br. 27436/95 i 28406/95, 2. jul 1997; *Thaw v. United Kingdom*, br. 27435/95, 26. jun 1996.

17 Uporedi: *Subicka v. Poland*, br. 2, br. 34043/05 i 15792/06, § 64, 21. septembar 2011.

18 *Zapadka v. Poland*, br. 2619/05, § 60, 15. decembar 2009; *Siałkowska v. Poland*, *op. cit.*, § 114–115.

19 Interesantno je da se u tom slučaju navodi da je Regionalni upravni sud u Varšavi odbio zahtev za oslobođenje plaćanja sudskih troškova, dok je zahtev za dodelu punomoćnika prihvatio, što pokazuje da besplatna pravna pomoć nije vezana isključivo za siromaško pravo.

slučaja, zastupnik je saopštio Kozlovskom da smatra da nema pravnog osnova za ulaganje žalbe.

To obaveštenje je stiglo 20. decembra, pet dana pred Božićne praznike, kada su mnogi advokati na odmoru ili planiraju odmore, te ne preuzimaju slučajeve. Kozlovski se žalio da mu je takvim postupanjem advokata povređeno pravo na pristup sudu. Međutim, Evropski sud je našao da mu je ostalo jedanaest dana da unajmi drugog advokata i da je to vreme dovoljno za sastav žalbe. U ranijim slučajevima²⁰, Sud je stao na stanovište da preostao rok od tri dana za unajmljenje advokata i pripremu žalbe najvišoj sudskoj instanci nije dovoljan za delotvorno zastupanje, te je našao da je član 6 povređen.

3. Sistem besplatne pravne pomoći kao uslov evropskih integracija

Zemlje koje žele da pristupe Evropskoj uniji imaju obavezu da preduzmu proces koji zahteva ispunjavanje skupa uslova kako bi se pripremile za sprovođenje *acquis communautaire*-a. Opšti principi za pristupanje postkomunističkih zemalja koje žele da se pridruže Uniji definisani su 1993. godine u vidu Kopenhagenskih kriterijuma. Jedan od pristupnih kriterijuma je stabilnost institucija koje garantuju demokratiju, vladavinu prava, ljudska prava i poštovanje i zaštitu manjina.

Iako pravne tekovine Evropske unije ne postavljaju posebne uslove u odnosu na oblasti pravne pomoći i pristupa pravdi, u pomenutom kriterijumu, one su bile od samog početka predmet praćenja. Proširenju Unije 2004. godine prethodili su kritički „sveobuhvatni monitoring izveštaji” za svaku novu zemlju kandidata. Tako se u sveobuhvatnom izveštaju o Poljskoj navodi: „Sistem pravne pomoći je još uvek nedovoljno razvijen i organizovan je na netransparentan način. Rezultat takvog sistema je da građani nisu obavešteni o njihovim pravima.”²¹

Kada je u pitanju Srbija, Evropska unija, već nekoliko godina unazad²², iznosi stav da je neophodno da se razvije pravni okvir i finansiranje efektivnog sistema besplatne pravne pomoći.²³

20 Vidi slučajeve *Siałkowska v. Poland*, br. 8932/05, 22. mart 2007. i *Staroszyk v. Poland*, br. 59519/00, 22. mart 2007.

21 Uporedi: *Comprehensive monitoring report on Poland's preparations for membership*, str. 16. Dostupno na: http://ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/key_documents/2003/cmr_pl_final_en.pdf.

22 Tako je još u *Izveštaju o napretku Državne zajednice Srbija i Crna Gora* za 2005. godinu istaknuto da je „u Srbiji obavezna odbrana obezbeđena u slučaju ozbiljnih krivičnih optužbi i u slučaju policijskog pritvora. U civilnim slučajevima, pravo na besplatnu pravnu pomoć se uglavnom definiše u smislu troškova parnice i pri tom je još ograničeno. Trenutno je očigledan nedostatak sveobuhvatnog planiranja i upravljanja pravnom pomoći, što rezultira neprimenjivanjem zakona i nepostojanjem jasnog mehanizma za obezbeđivanje jednakosti u pravnoj pomoći”.

23 Uporedi: *Serbia 2012 Progress Report*, str. 16 i 51. Dostupno na: http://www.europa.rs/srbija-i-evropska-unija/kljucni_dokumenti/2012.html

4. Pravo na besplatnu pravnu pomoć u pravnom sistemu Srbije i njegova primena u praksi

Ustav Republike Srbije iz 2006. godine u članu 67 predviđa pravo na pravnu pomoć kao ljudsko pravo, određuje kao pružaoce pravne pomoći advokaturu i službe pravne pomoći pri jedinicama lokalne samouprave, te određuje da će se zakonom urediti kada je pravna pomoć besplatna.

Krug pružalaca pravne pomoći postavljen ustavnim odredbom ne bi trebalo shvatiti kao ograničavajući,²⁴ ali bi se morao shvatiti kao obavezujući, o čemu je stav dao i Ustavni sud Srbije. Tako, Ustavni sud Srbije je odlučio da je protivustavno kada opština²⁵ organizuje pravnu pomoć van opštinske uprave, bilo u sa drugim e institucije – u ovom slučaju preko advokata kao članova Komore.²⁶ Ustavni sud je utvrdio da opština nema zakonska ovlašćenja za poveravanje poslova pružanja pravne pomoći drugim institucijama i da odsustvo pravne pomoći građanima u samoj opštini predstavlja povredu prava na pravnu pomoć u skladu sa odredbama člana 67. stav 2. Ustava RS.

Nadležnost lokalne samouprave u organizovanju službi pravne pomoći potvrđena je Zakonom o lokalnoj samoupravi²⁷ usvojenim 2007. godine, dok je Zakonom o advokaturi²⁸ propisano da Advokatska komora Srbije i advokatske komore u njenom sastavu organizuju pružanje besplatne pravne pomoći u skladu sa zakonom.

Tvrđnja da Ustavom određen krug nije ograničavajući potkrepljuju i drugi zakoni usvojeni nakon donošenja Ustava. Zakonom o azilu predvideo je da su besplatni pravni zastupnici Visoki komesarijat Ujedinjenih nacija za izbeglice (UNHCR) i nevladine organizacije koje nude pravnu pomoć izbeglicama, Zakonom o zaštiti potrošača²⁹ predviđeno je da su udruženja i savezi registrovani kod nadležnog ministarstva ovlašćeni da zastupaju prava i obaveze potrošača u sudskom i vansudskom postupku kao i da im pružaju savete, a Zakonom o Ustavnom sudu³⁰ da ustavnu žalbu u ime lica čija su

24 Slično mišljenje ima i prof. dr Vladimir Vodinelić, „Pravna pomoć – u uporednom i našem pravu, sada i ubuduće”, u; Gajin Saša (ur.), *Pravna pomoć*, Centar za unapređivanje pravnih studija, Beograd 2007. i prof. dr Alan Uzelac, *Komentari na nacrt zakona u smislu primenjivih evropskih standard i iskustava zemalja iz regiona*, februar 2012.

25 U pomenutom slučaju ocenjivala se ustavnost odluke gradske opštine Palilula, koja, što se mora istaći, nema status jedinice lokalne samouprave, te njena služba nije pružalac pravne pomoći određen Ustavom, već Statutom grada Beograda. Ovde se pre moglo govoriti o neusklađenosti odluke sa Statutom Beograda, nego o neustavnosti odluke gradske opštine.

26 Uporedi: *Odluka Ustavnog suda, IUI broj 45/2009* od 18. februara 2010. godine, objavljena u „Službenom glasniku RS”, br. 55/2010 od 6. avgusta 2010. godine.

27 Uporedi: *Zakon o lokalnoj samoupravi*, „Službeni glasnik RS”, br. 129/2007, čl. 20, st. 1, tač. 31.

28 Uporedi: *Zakon o advokaturi*, „Službeni glasnik RS”, br. 31/11 i 24/12, čl. 66, tač. 7 i čl. 73. i 74.

29 Uporedi: *Zakon o zaštiti potrošača*, „Službeni glasnik RS”, br. 73/2010, čl. 130.

30 Uporedi: *Zakon o Ustavnom sudu Republike Srbije*, „Službeni glasnik RS”, br. 109/2007, 99/2011, 18/13 – Odluka US, čl. 83.

ljudska prava povređena može izjaviti svako, sa posebnim naglaskom na državni ili drugi organ nadležan za praćenje i ostvarivanje ljudskih i manjinskih prava i sloboda itd.

U praksi, osim pravno priznatih vrsta pružalaca pravne pomoći, u Srbiji postoje druge vrste faktičkih pružalaca besplatne pravne pomoći i u njih spadaju pravne klinike obrazovane pri visokoškolskim ustanovama, udruženja građana raznovrsnih misija, sindikati. Takođe, u državnoj strukturi se mogu identifikovati određeni pružaoci besplatne pravne pomoći. Oni mogu biti *de facto* pružaoci koji daju pravne informacije i savete u određenim oblastima van svojih nadležnosti vodeći se načelima „dobre uprave”³¹, ili *de iure* pružaoci koji daju pravne savete i zastupaju stranke u okviru nadležnosti institucije.³²

Praksa pokazuje i drugu stranu. Naime, od 167 jedinica lokalne samouprave, uključujući gradske opštine koje postoje u Srbiji, samo 67 opština i gradova je formiralo posebnu službu pravne pomoći. Formiranu službu pravne pomoći nema 28 opština i gradova, ali ističu da pravnu pomoć pružaju: 1. zaposleni u opštini, 2. načelnik uprave ili 3. opštinsko javno pravobranilaštvo.³³ Koncentracija postojećih pružalaca je u urbanijim sredinama, dok ruralna područja ostaju bez organizovane pravne podrške.

Zaključke o efektivnom sistemu, čiji je jedan element krug pružalaca besplatne pravne pomoći, nemoguće je izvesti bez spoznaje njihove stvarne uloge. Uloga različitih vrsta pružalaca besplatne pravne pomoći zavisi od procesnog zakonodavstva odnosno određenja punomoćnika u postupcima i slučajeva besplatne prave pomoći.

4.1. Besplatna pravna pomoć u krivičnom postupku Punomoćnici

Prema članu 73 stav 1 Zakonika o krivičnom postupku, branilac može biti samo advokat. U postupku za krivična dela za koja je propisana kazna zatvora do pet godina, advokata može da zameni advokatski pripravnik.

Pravo na besplatnu pravnu pomoć

Besplatna pravna pomoć u krivičnom postupku regulisana je Zakonikom o krivičnom postupku. Ona može biti pružena kao: 1. obavezna odbrana i 2. odbrana siromašnog.

U slučaju obavezne odbrane, ukoliko branilac ne bude izabran, javni tužilac ili predsednik suda pred kojim se vodi postupak okrivljenom će za dalji tok postupka rešenjem postaviti branioca po službenoj dužnosti, prema redosledu sa spiska advokata koji dostavlja nadležna advokatska komora. Kad

31 Ovo je slučaj sa Kancelarijom zaštitnika građana, koja u praksi daje savete i informacije o nadležnosti određenih institucija za rešavanje problema koji nisu u nadležnosti zaštitnika građana.

32 Uporedi: *Zakon o zabrani diskriminacije*, „Službeni glasnik RS”, br. 22/2009.

33 Uporedi: Golubović Katarina, Antonijević Milan i dr., *Tri A za građane: Pristup informacijama, savetima i aktivnoj pomoći – nacionalni izveštaj za Srbiju*, Komitet pravnika za ljudska prava, Beograd 2013.

se obustavi krivični postupak ili se optužba odbije ili se okrivljeni oslobodi od optužbe, izreći će se u rešenju, odnosno presudi, da troškovi krivičnog postupka (uključujući nagradu branioca i punomoćnika) padaju na teret budžetskih sredstava suda. Kad sud okrivljenog oglasi krivim, izreći će u presudi da je dužan da naknadi troškove krivičnog postupka.

Odbrana siromašnog podrazumeva da će se okrivljenom koji prema svom imovinskom stanju ne može da plati nagradu i troškove branioca, postaviti na njegov zahtev branilac iako ne postoje razlozi za obaveznu odbranu, ako se krivični postupak vodi za krivično delo za koje se može izreći kazna zatvora preko tri godine ili ako to nalažu razlozi pravičnosti. U tom slučaju, troškovi odbrane padaju na teret budžetskih sredstava suda. Branioca postavlja predsednik suda prema redosledu sa spiska advokata koji dostavlja nadležna advokatska komora. Postavljeni branilac ima svojstvo branioca po službenoj dužnosti.

Podaci Prvog osnovnog suda u Beogradu³⁴ pokazuju da je u toku 2012. godine, besplatnu pravnu pomoć dobilo po ovom osnovu samo šest lica. Zabrinja podatak da ne postoje propisi na osnovu kojih sudije procenjuju mogućnost plaćanja troškova branioca. Čini se da se ova odredba ne koristi, osim u slučajevima pretpostavke postojanja izuzetno teškog socijalnog položaja lica.³⁵

4.2. Besplatna pravna pomoć u parničnom postupku

4.2.1. Punomoćnici

U Srbiji je parnični postupak regulisan Zakonom o parničnom postupku iz 2011. godine. Do njegovog donošenja, stranke su, pred prvostepenim i drugostepenim sudom, svoje interese mogle da zastupaju samostalno ili preko punomoćnika, koji je moglo da bude svako poslovno sposobno lice. Ipak, stranku je morao da zastupa advokat u postupku po reviziji ili zahtevu za zaštitu zakonitosti, pred Vrhovnim kasacionim sudom.³⁶ Zastupanje Republike Srbije i njenih organa, autonomne pokrajine i jedinice lokalne samouprave uređivalo se posebnim zakonom.³⁷

Zakon o parničnom postupku iz 2011. godine, u članu 85 stav 1, propisuje: „Stranke mogu da preduzimaju radnje u postupku lično ili preko punomoćnika, koji mora da bude advokat.”³⁸ U članu 88 Zakona predviđa se da punomoćnika može da zamenjuje advokatski pripravnik koji je kod njega zaposlen ako je stranka tako odredila u punomoćju, osim u postupku po pravnim lekovima.

34 Podaci dobijeni odgovorom na zahtev za slobodan pristup informacijama od javnog značaja upućenim u avgustu 2013. godine Prvom osnovnom sudu u Beogradu.

35 Uvidom u dostavljene slučajeve, može se primetiti da su imena i prezimena lica kojima je dodeljen advokat karakteristična za pripadnike romske i albanske nacionalne manjine u Srbiji.

36 *Zakon o parničnom postupku*, „Službeni glasnik RS”, br. 125/2004 i 111/09.

37 *Zakon o javnom pravobranilaštvu*, „Službeni glasnik RS”, br. 43/91.

38 *Zakon o parničnom postupku*, čl. 85, st. 1.

Takvo određenje punomoćnika Zakona o parničnom postupku isključilo je kao punomoćnike zaposlene u službama besplatne pravne pomoći u lokalnim samoupravama, čija je nadležnost u pružanju pravne pomoći utvrđena članom 67 Ustava RS i članom 23 Zakona o lokalnoj samoupravi. Štaviše, pružanje pravne pomoći od lokalne samouprave obesmišljeno je imajući u vidu da se odredbe o punomoćnicima iz Zakona o parničnom postupku primenjuju na vanparnični postupak, izvršni postupak, ali i upravni spor.

Kako ističu određeni načelnici službi besplatne pravne pomoći u jedinicama lokalne samouprave³⁹, zaposleni u službama besplatne pravne pomoći koji su po zvanju i kvalifikacijama pravnici sa položenim pravnim ispitom, od početka primene Zakona o parničnom postupku nisu više zastupali pred sudom niti su, u ime stranaka, pisali tužbe i ostale podneske. Te normative prepreke smanjile su priliv stranaka u službe pravne pomoći.

Takvo rešenje, uz nepostojanje efektivnog sistema besplatne pravne pomoći, uticalo je na ograničavanje pristupa sudu.

Negativne posledice „profesionalizacije” pogađale su pripadnike društveno isključenih grupa po osnovu siromaštva i po ličnim svojstvima koja ne omogućavaju samostalno aktivno uključivanje u proces.

Taj udar na pristup pravdi u Srbiji imao je za posledicu podnošenje inicijativa za ocenu ustavnosti spornih odredba ZPP-a. Odlukom Ustavnog suda, koja je postala izvršna 5. juna 2013. godine⁴⁰, Ustavni sud je proglasio neustavnim delove odredbe člana 85 stav 1 ZPP-a „koji mora da bude advokat” i time ponovo vratio mogućnost da stranke zastupa punomoćnik, bez obzira na njegovu profesiju.

U obrazloženju svoje odluke, Ustavni sud je naveo da je imao u vidu da ni Ustav ni Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda izričito ne pominju pravo na pristup sudu, ali da je to pravo neodvojivo od prava na pravično suđenje. Kako se „ukidanjem mogućnosti slobodnog izbora punomoćnika”, odnosno zakonskim uslovljavanjem da stranka koja ne želi ili iz bilo kog razloga ne može sama da preduzima radnje u postupku do pravnosnažnog okončanja postupka, mora imati punomoćnika koji je advokat, dovodi u pitanje ravnopravnost stranaka i ograničava pravo na pristup sudu, kao i pravo na pravnu pomoć, to je Ustavni sud utvrdio da ograničenje iz člana 85. stav 1. u delu: „koji mora da bude advokat”, nije legitimno, proporcionalno ni nužno, pa je time nesaglasno članu 20. Ustava, kao i pravu na pravično suđenje iz člana 32. Ustava, te je takođe nesaglasno i članu 36. stav 1. Ustava, odnosno jednakosti zaštite prava pred sudovima i predstavlja vid posredne diskriminacije građana po osnovu imovnog stanja, zabranjene članom 21. Ustava.

39 Intervju sa načelnicom uprave grada Čačka Nadeždom Vuksanović, septembar 2013. godine.

40 Odluka Ustavnog suda Srbije IUz-51/2012 od 23.05.2013. Dostupna na: <http://www.ustavni.sud.rs/page/predmet/sr-Latn-CS/8915/?NOLAYOUT=1>.

4.2.1.1. Pravo na besplatnu pravnu pomoć

U članu 170. Zakona o parničnom postupku predviđa se da će sud stranci priznati pravo na besplatnu pravnu pomoć, kada je stranka potpuno oslobođena od plaćanja troškova postupka, ako je to nužno radi zaštite prava stranke, odnosno ako je to propisano posebnim zakonom.⁴¹ Zakonom se vezuje priznavanje prava na besplatnu pravnu pomoć za ishod rešenja o priznavanju stranke o oslobađanju troškova postupka, tj. ono dobija supsidijarni karakter. U prilog stavu da je pravo na besplatnu pravnu pomoć supsidijarnog karaktera idu i argumenti sistemskog tumačenja odredbi, s obzirom na to da se ono nalazi u drugom delu glave „Troškovi postupka”, koji nosi naslov „Oslobađanje od plaćanja troškova postupka”.

Samim zakonom nije predviđen rok u kojem će sud odlučiti o predlogu za oslobađanje troškova postupka. U tom smislu, postoji pravna nesigurnost stanke koja je podnela predlog o tome da li će joj i kada biti dodeljen besplatni pravni punomoćnik. Takav karakter odredaba onemogućuje dobijanje besplatnog pravnog zastupnika već prilikom podnošenja tužbe i postavljanja tužbenog zahteva, od čijeg kvaliteta će zavisiti i ishod postupka.

S druge strane, Zakonom je predviđeno da o pravu na besplatnog punomoćnika sud odlučuje u roku od osam dana od dana podnošenja predloga, odnosno u roku od osam dana od dostavljanja žalbe drugostepenom sudu.⁴² Takođe, odvojene su pravne radnje odlučivanja o predlogu za besplatnu pravnu pomoć i postavljanja besplatnog punomoćnika. Naime, sud odlučuje o pravu na besplatnog punomoćnika, dok predsednik suda postavlja punomoćnika po redosledu sa spiska advokata⁴³. Uvažavajući zahteve profesionalizacije u zastupanju, interesantno je posmatrati rešenje da se za besplatnog punomoćnika postavlja isključivo advokat, i to sa stanovišta čl. 67 st. 2 Ustava RS koji propisuje da pravnu pomoć pružaju advokatura i službe pravne pomoći koje se osnivaju u jedinicama lokalne samouprave. Ustavom ustanovljena nadležnost službi pravne pomoći pri jedinicama lokalne samouprave u pružanju pravne pomoći zanemarena je Zakonom o parničnom postupku.

Zakonom o parničnom postupku predviđeno je da rok za preduzimanje radnje od koje zavisi zaštita prava stranke teče od dana dostavljanja rešenja kojim je odlučeno o zahtevu stranke za besplatnu pravnu pomoć. Na taj način, zakonodavac je želeo da spreči protek prekluzivnih rokova za zaštitu prava stranke usled dužine postupka u kome se odlučuje o pravu na besplatnog punomoćnika. Međutim, takvo rešenje može se kritikovati jer ne omogućuje ravnopravnost stranaka koje imaju privatno angažovanog advokata, s jedne strane, i besplatnog pravnog punomoćnika, s druge strane. Kao što je zapaženo u praksi sudova⁴⁴ koji imaju razvijen sistem besplatne pravne pomoći, određeni vremenski period protekne od trenutka dostavljanja rešenja stranci

41 Uporedi: *Zakon o parničnom postupku*, čl. 170.

42 Uporedi: *Zakon o parničnom postupku*, čl. 170 st. 2.

43 Uporedi: *Ibid.*, čl. 170 st. 4.

44 Uporedi: *Piotr Kozłowski v. Poland*, *op. cit.*

u postupku, do trenutka kada se besplatni pravni punomoćnik upozna sa spisima predmeta. Da bi se omogućio ravnopravni tretman stranaka, početak roka treba da se vezuje za trenutak kada je besplatni pravni punomoćnik bio u mogućnosti da se upozna sa spisima predmeta. Taj zahtev je relevantan za parnični postupak u srpskom pravu jer su, kao što je istaknuto, pravne radnje rešavanja o zahtevu i postavljenja punomoćnika razdvojene.

Iz prakse funkcionisanja sistema besplatne pravne pomoći u parničnom postupku ne možemo da zaključimo koji su problemi u funkcionisanju sistema, osim jednog generalnog – da ovaj sistem ne funkcioniše uopšte. Naime, pred najvećim prvostepenim sudom u Srbiji – Prvim osnovnim sudom u Beogradu, od početka primene Zakona o parničnom postupku 1. februara 2012. godine nije podnet ni jedan jedini predlog za dodelu besplatnog pravnog punomoćnika. Teško da se može braniti pretpostavka da nije bilo potrebe za tom vrstom pomoći. Ona je ili nedovoljno poznata strankama u postupku ili je karakter njene supsidiarnosti doprineo njenom posezanju. Takođe, nepostojanje jasne odredbe o tome da li se predlog za dodelu besplatnog pravnog punomoćnika može staviti istovremeno sa predlogom za oslobođenje plaćanja sudskih troškova unosi dodatnu pravnu nesigurnost. Podnošenje predloga sa dva različita zahteva deluje logički, ali sumnju u ovu logiku unose rešenja u zakonu da za odlučivanje o jednom predlogu ne postoji rok, dok za drugi se postavlja rok od osam dana od prijema predloga.

4.3. Pravo na besplatnu pravnu pomoć u vanparničnom postupku, postupku izvršenja i obezbeđenja i upravnom sporu

Vanparnični postupak, postupak izvršenja i obezbeđenja i upravni spor regulisani su posebnim zakonima. Nijedan od tih zakona ne sadrži odredbe o punomoćnicima. U tom smislu, Zakon o vanparničnom postupku,⁴⁵ Zakon o izvršenju i obezbeđenju⁴⁶ i Zakon o upravnim sporovima⁴⁷ upućuju na shodnu primenu odredaba zakona kojim se uređuje parnični postupak. Posledica takvog sistema bila je da se odredbe ZPP-a o punomoćnicima i pravu na besplatnog pravnog punomoćnika primenjuju u tim postupcima.

Sve iznete primedbe o mogućnostima ostvarenja prava na besplatnog pravnog punomoćnika za parnični postupak dobijaju na još većem značaju u vođenju upravnog spora. Iako prema zakonu Upravni sud rešava na osnovu utvrđenih činjenica na održanoj usmenoj javnoj raspravi, u praksi sud rešava bez održavanja usmene rasprave, na osnovu tužbenog zahteva, odgovora na tužbu i činjenica utvrđenih u upravnom postupku. S obzirom na to da je pre momenta podnošenja tužbe, prema Zakonu o parničnom postupku, nemoguće ostvariti pravo na besplatnog pravnog punomoćnika, to se ozbiljno dovodi u pitanje pravo na besplatnu pravnu pomoć u upravnom sporu.

45 Zakon o vanparničnom postupku, „Službeni glasnik SRS”, br. 25/82 i 48/88 i „Službeni glasnik RS”, br. 46/95, 18/200, 85/2012 i 45/2013, čl. 30 st. 2.

46 Zakon o izvršenju i obezbeđenju, „Službeni glasnik RS”, br. 31/2011 i 99/2011, čl. 10.

47 Zakon o upravnim sporovima, „Službeni glasnik RS”, br. 111/2009, čl. 74.

5. Pravo na besplatnu pravnu pomoć – *de lege ferenda*

Strategija razvoja sistema besplatne pravne pomoći u Srbiji usvojena je 2010. godine.⁴⁸ Ona pruža odgovore na bazična pitanja od značaja za uspostavljanje sistema besplatne pravne pomoći, kao novog javnog servisa građana: 1) ko i pod kojim uslovima ima pravo na besplatnu pravnu pomoć; 2) ko i pod kojim uslovima pruža besplatnu pravnu pomoć; 3) kako se ostvaruje pravo na besplatnu pravnu pomoć; 4) kako se upravlja sistemom besplatne pravne pomoći; 5) kako se kontroliše i obezbeđuje kvalitet besplatne pravne pomoći.

U Strategiji se polazi od šireg koncepta besplatne pravne pomoći, te predviđa da ona podrazumeva: pružanje opštih pravnih informacija i pružanje početnog pravnog saveta (primarna pomoć), pružanje pravnog saveta, pružanje pravne pomoći u sastavljanju podnesaka i zastupanja pred sudovima, organima uprave i drugim telima (sekundarna pomoć). Takođe, krug korisnika je postavljen široko tako da primarna pravna pomoć bude dostupna svima, a sekundarna pravna pomoć osobama slabog imovnog stanja i osobama iz ugroženih i marginalizovanih društvenih grupa, uključujući i mogućnost pružanja pravne pomoći iz razloga pravičnosti i na osnovu obaveza koje proističu iz međunarodnih ugovora. U Strategiji se kao pružaoci sekundarne pravne pomoći predviđaju advokatura i službe pravne pomoći u jedinicama lokalne samouprave,⁴⁹ ali se predviđa i definisanje uslova pod kojima udruženja i drugi oblici organizovanja mogu učestvovati u pružanju besplatne pravne pomoći.

Prema Strategiji, primarna pravna pomoć se pruža svakome na usmeni zahtev, dok za sekundarnu pravnu pomoć treba podneti zahtev. Strategija nalaže da budući zakon predvidi sadržinu zahteva za ostvarivanje prava na sekundarnu pravnu pomoć, sadržinu rešenja kojim se odobrava pružanje pravne pomoći, kao i sadržinu uputa za pružanje pravne pomoći, te isprave na osnovu kojih se utvrđuje pravo na besplatnu pravnu pomoć. Predviđena je izgradnja sistema obezbeđenja kvaliteta, koji garantuje visok nivo profesionalizma i kvaliteta usluga pravne pomoći i razvija kulturu kvaliteta.

Uvidom u Strategiju, stiče se utisak da je tvorcima nacрта budućeg zakona stavljeno u zadatak dostizanje visokog nivoa standarda. Nakon usvajanja Strategije, izrađeno je nekoliko verzija Nacrta zakona o besplatnoj pravnoj pomoći, koji su bili predmet široke javne rasprave i ekspertske analize koju je organizovao Direktorat za ljudska prava i pravne poslove Saveta Evrope. Iz nacrt zakona je uočljivo da on razrađuje osnovne postavke Strategije. Takođe, uviđa se tendencija da se složeni postupak uklopi u postojeće procesne zakone.

Prema Nacrtu zakona o besplatnoj pravnoj pomoći iz 2012. godine, kriterijumi za dobijanje pravne pomoći su široko postavljeni i usklađeni su sa evropskim standardima. Interesantno je da je u Nacrtu negativna ocena us-

48 Vidi: *Strategija razvoja sistema besplatne pravne pomoći u Srbiji*, „Službeni glasnik RS”, br.74/2010.

49 Sekundarnu pravnu pomoć u složenim stvarima može da pruža samo advokat.

peha u postupku uslov za odbijanje zahteva. Još interesantnije je da tu ocenu, zajedno sa ocenom ispunjenosti ostalih uslova, u upravnom postupku, daje nadležni organ u sastavu ministarstva nadležnog za poslove pravosuđa. Rok za donošenje odluke o zahtevu je 15 dana. Nacrtom je predviđena žalbena komisija, koja se takođe sastoji od državnih službenika zaposlenih u tri različita ministarstva u čijoj su nadležnosti rad i socijalna politika, pravda, ljudska i manjinska prava i lokalna samouprava.

Sastav oba tela, odnosno odsustvo predstavnika pravosuđa – advokata, tužilaca, sudija – ne daje dovoljno garancija da ocena uspeha u postupku neće biti paušalna. I pored predviđene sudske kontrole uprave, trebalo bi imati u vidu da će sud procenjivati isključivo zakonitost odluke i neće ulaziti u meritum, s obzirom na to da je u pitanju diskreciona odluka. Zbog toga se postavlja pitanje da li je Srbija na dobrom putu da uspostavi efektivan i pravičan postupak dodele besplatne pravne pomoći. Sigurno je da će potreba ocene uspeha u postupku uticati na odugovlačenje postupka za dodelu sekundarne pravne pomoći. Ta činjenica dalje povlači pitanje da li su stranke zaštićene od nastupanja prekluzije za određene pravne radnje. U Nacrtu je predviđeno da se odluka nadležnog organa o zahtevu dostavlja bez odlaganja sudu, odnosno organu pred kojim se vodi postupak. U slučaju da je podnet zahtev za priznanje prava na besplatnu pravnu pomoć, rok za preduzimanje radnje od koje zavisi pravo stranke teče od dana dostavljanja odluke kojom je odlučeno o zahtevu za besplatnu pravnu pomoć, ako nije doneta odluka o privremenom priznavanju prava.⁵⁰ Iz priloženog, jasno je da se takvim postavljanjem početka rokova ne pruža jednaka vremenska mogućnost besplatnom pravnom punomoćniku da pripremi slučaj u odnosu na privatno angažovanog advokata.

Kako je ocena uspeha postupka od strane upravnog organa uslov dodele besplatne pravne pomoći, postavlja se pitanje da li pružalac pravne pomoći može da odbije zastupanje ili drugi vid sekundarne pravne pomoći iz razloga što je samostalno ocenio da nema osnova za postupanje, tj. zbog negativne ocene uspeha u postupku. Sam Nacrt ne sadrži izričitu odredbu o toj mogućnosti. Međutim, postoji odredba da pružalac ne sme da odbije pružanje besplatne pravne pomoći osim ako bi njenim pružanjem došao u konflikt interesa ili prekršio načela i odredbe opšteg akta ili kodeksa profesionalnog postupanja komore, udruženja ili drugog oblika organizovanja. O postojanju te okolnosti pružalac je dužan da obavesti nadležni organ.

Takvo određenje podrazumeva da autonomni propisi moraju da sadrže obavezu odbijanja zastupanja u slučaju ocene očiglednog neuspeha u postupku, da bi pružalac zakonito mogao zbog te procene da uskrati zastupanje. Pružilac ima obavezu da obavesti nadležni organ o odbijanju zastupanja, bez utvrđenog roka za obaveštavanje. Nacrt ne sadrži obavezu izveštavanje stranke u određenom roku niti sadrži odredbe o tome šta se dešava sa propuštenim radnjama kada pružalac, bilo zakonito bilo nezakonito, uskrati zastupanje.

50 Nacrt zakona o besplatnoj pravnoj pomoći, verzija nastala posle javne rasprave, od 24. januara 2012. godine.

Nova radna grupa za izradu zakona o besplatnoj pravnoj pomoći formirana je u aprilu 2013. godine, sa zadatkom da do septembra 2013. godine završi svoj rad na Nacrtu. Imajući u vidu da je prethodna radna grupa pošla od širokog koncepta besplatne pravne pomoći, trebalo bi, u unapređenom nacrtu, obezbediti jednostavniji postupak za dodelu sekundarne pravne pomoći, a kvalifikovanim pružiocima dati u nadležnost ocenu uspeha u sporu (uz prateći finansijski ekvivalent). Takođe, pravna predvidljivost stranke kojoj je odobren zahtev za sekundarnu pravnu pomoć mora biti znatno unapređena, imajući u vidu standarde koje je postavio Evropski sud za ljudska prava.

Katarina Golubović, MA*

PERSPECTIVES OF IMPLEMENTING EUROPEAN STANDARDS ON THE RIGHT TO FREE LEGAL AID IN SERBIA

Summary

The development of European standards caused a broaden of the concept of legal aid from free legal representation in court in criminal proceedings to the counseling and representation within all procedures and out of the proceedings, which is in line with the nature of human right. The European Court of Human Rights has left states to choose the means which will allow access to a court outside the criminal proceedings. One of these means is the institution of legal aid. Regarding the award and performance of legal aid, the Court gave special attention to protection of the parties from arbitrarily treatment. Serbia has not yet built a system of free legal aid. Existing provisions in the procedural laws are not sufficiently developed or applied. Drafts of the Law, which are based on the adopted Strategy on development of free legal aid system in Serbia, although generally follow European standards, are not in the line with standards that are closer described in this article.

Key words: *The right to legal representation. The right to free legal aid. Legal certainty. The poor law. Legal aid providers.*

* Katarina Golubović, MA, licenced lawyer. PhD candidate, Faculty of Law University of Belgrade. This article is the result of research within the project *Perspectives of Implementation of European Standards in the Serbian Legal System* (179059), supported by the Ministry of Education, Science and Technological development.

ПОСЕБНИ УПРАВНИ ПОСТУПЦИ У ОБЛАСТИ ПОРЕЗА У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ И РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Апстракт

Чланак говори о појму и улози пореској посредујућка као посебној управној посредујућка који је свој институционални пошћ трасирао као дирекћну посљедицу значаја пореске облаћти како за функционисање Републике Српске и Републике Србије у цјелини, тако и за пореске обвезнике под њиховом пореском јурисдикцијом. Аутор ће и неколико тема покушаћти теоретски да сагледа струкућуралне елементе порескојравној односа, те позицију и улогу пореској управној односа као формалне стране пореске дужноћти. У том правцу, аргументоваће се уставна обавеза Републике Српске и Републике Србије да процесним реулама у форми закона унајријед усвојтаве сисћеме процесних правила која ће се корисћићти за пошћребе рјешавања пореске управне ствари. Такође, аутор ће извршићти преглед пореској посредујућка у Републици Српској и Републици Србији да би пошћом упоредним методолошким присћујом извршио квалићаћивну анализу пореских процесних рјешења и њихово међусобно упоређивање са акценћом на идентификацији важнићих разлика у пореским посредујућцима Републике Српске и Републике Србије те предлаћању конкретних рјешења за побољшање пореских посредујућака у оба пореска сисћема.

Кључне ријечи: Порез. Порескојравни однос. Порески управни посредујућак. Преглед пореској посредујућка. Разлике у пореским процесним рјешењима.

1. УВОД

Може се рећи да данас нема државе без права на убирање пореза као што ни порез не може убирати нико други до саме државе. Проблематика пореза и опорезивања датира од самог настанка државе као политичког, економског и друштвеног облика организовања појединаца, што је за посљедицу имало да се порез као институција јавних финансија не проучава само и искључиво као правни феномен, него и као социолошки, психолошки, а надасве економски феномен. Међутим, не треба изоставити чињеницу да порез, истина највећи и најзначајнији

* Роберт Јовић, кандидат докторских студија на Правном факултету Универзитета у Београду.

облик прихода државе, не представља и једини инструмент којим држава обезбјеђује новчана средства за финансирање јавних потреба, укључујући и финансирање расхода државног апарата. У групу осталих важнијих облика јавних прихода спадају и таксе, доприноси и други законски инструменти јавних прихода.

У том смислу, у правној и финансијској литератури може се наћи прегршт различитих али ипак донекле сличних дефиниција института пореза, зависно од тога да ли дефиницију формулишу правници или економисти и у ком тренутку се појам пореза дефинише. Све те дефиниције се могу класификовати у двије велике групе: појам пореза у ужем смислу и појам пореза у ширем смислу.

Порез је инструмент јавних прихода којима (укључујући и ниже политичко-територијалне заједнице) од субјеката под својом пореском влашћу принудно узима новчана средства, без непосредне противуслуге, у сврху покривања својих финансијских потреба и постизања других – првенствено економских и социјалних циљева¹.

Порез се такође дефинише и као опште, принудно и без противуслуге давања држави у новцу, ради покрића општедруштвених потреба, које држава утврђује према економској снази обвезника који се налазе под њеном јурисдикцијом².

Анализирајући те двије дефиниције, лако се може закључити да се међу најзначајније карактеристике пореза убрајају, прије свега, његова принудност (према пореским обвезницима), новчани облик давања (по правилу, а веома ријетко у натури или раду) и сврха опорезивања – финансирање јавних расхода, али без унапријед лоцираног и конкретно одређеног јавног расхода.

Међутим, упркос чињеници да држава своје право на опорезивање грађана и правних лица под својом пореском јурисдикцијом извлачи директно из устава³ и што је у конкретном случају ријеч о уставном праву ексклузивно резервисаном за државу, она то своје право не може (а и не смије) да проводи мимо законом уређеног формалног поступка јер би се у том случају створила правна неизвјесност оличена у различитости поступања и правној анархији. То прије свега подразумева уставну обавезу државе да процесним регулама у форми закона унапријед успостави систем процесних правила која ће се користити за потребе рјешавања пореске управне ствари. Уставотворац није унапријед одредио да ли држава у пореској материји треба да пропише посебне процесне норме или се могу користити правила општег управног поступка већ је само одредио да је надлежност Републике Србије односно Републике Српске да успостави функционалан порески систем⁴.

1 Дејан Поповић, *Наука о порезима и пореско право*, Београд 1997, стр. 35.

2 Исмет Даутбашић, *Финансије и финансијско право*, Сарајево 2004, стр. 98.

3 Члан 91. Устава Републике Србије и члан 62. и 63. Устава Републике Српске.

4 Члан 97. став 1. тачка 6. Устава Републике Србије и члан 68. став 1. тачка 7. Устава Републике Српске.

У том контексту, порески системи у Републици Србији и Републици Српској почивају на више-мање истим или сличним пореским институцијама и рјешењима, али који се због специфичности у другим сегментима правног система (посебно имајући у виду сложеност уставног /и управног/ уређења Босне и Херцеговине) међусобно и разликују, посебно у области самог пореског поступка, о чему ће у даљем тексту бити више ријечи. Битно је нагласити да су у оба пореска система порески поступци регулисани посебним законима⁵ и то на принципу супсидијарности⁶ (*lex specialis derogat legi generali*) и на принципу допунске примјене⁷. Такође, важно је нагласити да су се законодавци и у Републици Србији и Републици Српској, упркос различитој пракси у посљедњих десетак година, ипак определијели за јединство система пореских процесних норми, док се у пореској регулативи из деведесетих година и почетком 2000. године, законодавац у више наврата определијелио да законом обухвати и материјалне и „посебне” процесне норме специфичне за провођење одредаба материјалног карактера из конкретне пореске материје која се тим законом регулише, што је проузроковало разноликост и шароликост у пореским процесноправним рјешењима.

Управо из наведеног разлога а и унификације и кодификације ради, законодавци Републике Србије и Републике Српске су се у коначници определијелили за један процесни закон из пореске материје који се у ситуацијама да нешто није регулисано његовим одредбама, ослања на начела и норме закона који регулише општи управни поступак.

2. ПОЈАМ И ВРСТЕ ПОРЕСКОПРАВНОГ ОДНОСА

Порескоправни однос је по својој природи двостран и комплексан јавноправни однос у којем се на једној страни (по правилу повјерилачкој) увијек појављује порески орган управе са свим својим правима и обавезама који произилазе из закона, а на другој страни (по правилу дужничкој) порески обвезник који је дужан да на законом прописан начин и у законом прописаном поступку плати одговарајући порез или друго пореско давање.

Порескоправни однос настаје као резултат узрочне повезаности **субјективног пореског права државе**, с једне стране, и **пореске дужности** лица над којима држава ужива своју пореску јурисдикцију, с

5 Закон о пореском посматрању и пореској администрацији („Сл. гласник Републике Србије”, број 80/02, 84/02 – испр., 23/03 – испр., 70/03, 55/04, 61/05, 85/06 – др. закон, 62/06 – др. закон, 63/06 – испр. др. закона, 61/07, 20/09, 72/09 – др. закон, 53/10, 101/11, 2/12 – испр., 93/12 и 47/13, у даљем тексту: Закон о пореском поступку и пореској администрацији Републике Србије) и Закон о пореском посматрању Републике Српске („Сл. гласник Републике Српске”, број 102/11, 108/11 и 67/13, у даљем тексту: Закон о пореском поступку Републике Српске).

6 Члан 3. Закона о општем управном поступку, „Сл. гласник Републике Српске”, број 13/02, 87/07 и 50/10.

7 *Ibidem*.

друге стране. У сваком случају, обје компоненте пореске каузалности директно произилазе из устава. Устав Републике Србије и Устав Републике Српске⁸ јасно утврђују право републике да путем закона утврђује јавне приходе, укључујући и порезе, као и да је обавеза плаћања пореза и других дажбина општа уставна категорија и да се утврђује према економској снази обвезника.

Држава своје субјективно пореско право спроводи кроз два, међусобно интегрисана захтјева:

1. порески захтјев у ширем смислу и
2. порески захтјев у ужем смислу.

Држава се служи својим правом на опорезивање тако што њена законодавна власт доноси пореске законе, у којима се даје опис пореског чињеничног стања. Из тих закона проистекао је скуп конкретних овлашћења пореских управних органа, на основу којих они доносе управне акте у пореској материји, који представља порески захтјев у ширем смислу⁹. Када се законски опис пореског чињеничног стања оствари на конкретан начин у односу на неко лице које се налази под пореском влашћу државе, она предузима активности путем своје управне власти да се ефикасно изврши порески захтјев. У том случају ријеч је о пореском захтјеву у ужем смислу који представља овлашћење одређеног пореског управног органа да тражи сарадњу од конкретног обвезника код утврђивања и наплате конкретног пореског облика. Порески захтјев у ужем смислу представља конкретизовани и сасвим индивидуализовани облик субјективног пореског права државе.¹⁰

Као што се субјективно пореско право државе манифестује као интеграција два међусобно повезана елемента – порески захтјев у ширем и ужем смислу, тако и пореска дужност као општа и уставна категорија има своја два аспекта – материјалну и формалну страну.

У конкретном случају, **материјална страна пореске дужности** по правилу се манифестује као смањење имовине пореског дужника те реципрочно повећање јавних прихода државе, у коју сврху се законом и установљава пореска дужност. У том контексту, можемо говорити о имовинској компоненти пореске дужности. Међутим, као што је речено, пореска дужност има и своју **формалну страну**, која је у правној доктрини још позната и као **управна страна пореске дужности**. Управна страна пореске дужности подразумева не само сарадњу и кооперацију пореског дужника већ и других лица, првенствено усмјерену ка једносмјерној сарадњи наведених лица са пореским органима управе приликом извршавања пореских обавеза у оквиру унапријед законом прописаног (пореског) закона.

8 Члан 91. став 2. Устава Републике Србије и члан 63. Устава Републике Српске.

9 Алфред Леитнер, Увод у студију порезног права, властита наклада, Загреб 1939, стр. 20.

10 *Ibidem*, стр. 21.

На основу реченог, може се закључити да порески захтјев (у ужем смислу) – конкретизован, дакле, на појединачно одређено лице – и пореска обавеза представљају двије стране **порескоправног односа у ширем смислу**.¹¹ Такође, треба напоменути да је садржина порескоправног односа у ширем смислу сложена. Нека права и обавезе су имовинске (материјалне) природе: то су право пореског повјериоца да захтјева плаћање пореза односно обавеза пореског дужника да порез плати. Друга права и обавезе су неимовинске (формалне) природе; она се утврђују из упућујућих норми које служе за рјешавање пореске управне ствари. То су, на примјер, право пореског повјериоца да од пореског дужника захтјева да са њим сарађује у утврђивању и наплати пореза... Имајући у виду поменуте разлике у садржини и оквиру порескоправног односа у ширем смислу, аналитички се могу издвојити:

- **порески имовински однос** (порескоправни однос у ужем смислу) и
- **порески управни однос**.¹²

2.1. Порески имовински однос и порески управни однос

Порески имовински однос, као однос изричитог имовинског карактера у којем се међусобно преплићу захтјеви и обавезе имовинске природе, између осталог обухвата:

- главни порески захтјев (пореско потраживање), односно главну пореску обавезу (пореска обавеза у ужем смислу);
- захтјев за посредна пореска давања, односно обавезу на споредна пореска давања;
- захтјев за одговорношћу, односно обавезу из одговорности;
- захтјев за повраћај (више или погрешно плаћеног) пореза, односно обавезу повраћаја пореза;
- захтјев за коришћење пореског кредита, односно обавезу омогућавања коришћења пореског кредита; и
- захтјев за пореску рефакцију, односно обавезу пореске рефакције;¹³

Анализирајући наведене пореске захтјеве и реципрочне пореске обавезе, може се закључити да је у нарави ријеч о систему имовинско-правних односа који представљају покретач порескоправних односа и релација. Баш из тог разлога, многи аутори пореском имовинском односу придају велики значај, укључујући и проф. др Дејана Поповића, који, између осталог, наводи да предмет порескоправног односа у ужем смислу представља оно на шта су поменута овлашћења и дужности усмјерени: то је обавеза давања.¹⁴

11 Дејан Поповић, *Наука о порезима и пореско право*, Београд 1997, стр. 72.

12 *Ibidem*, стр. 73.

13 Дејан Поповић, *Пореско право – општи део*, Цекос ин, Београд 2006, стр. 152.

14 *Ibidem*.

На другој страни, не мање значајна компонента порескоправног односа у ширем смислу јесте порески управни однос. Историја пореског права јавно свједочи да сама пореска обавеза као таква не може да оствари циљ због којег постоји – обезбјеђивање новчаних средстава и других добара за финансирање јавних потреба. Штавише, сама пореска обавеза без унапријед утврђеног поступка по чијим правилима ће се спроводити порески захтјев у ширем и ужем смислу, остаје само слово на папиру јер држава нити може нити има други механизам којим ће на транспарентан, јединствен и правичан начин (као што се то постиже у пореском управном поступку) остварити сврху и циљ порескоправног односа.

Порески управни однос представља правно уређен друштвени однос између пореског органа управе, с једне стране, и пореских дужника, с друге стране (физичких и правних лица под националном пореском јурисдикцијом), који првенствено настаје као резултат управног рада у поступку мериторног одлучивања о пореским управним стварима, издавањем управних аката и предузимањем управних радњи.

Треба истаћи да свака пореска обавеза, колико год она била правно перфектна, мора бити индивидуализована, и то у своја три сегмента:

1. настанак и правна егзистенција пореске обавезе,
2. субјекти порескоправног односа (порески повјерилац и порески дужник) и
3. врста и обим пореског захтјева у ужем смислу (односно врста и обим пореза или другог пореског давања).
4. Тако се долази до саме сврхе и циља пореског управног односа – утврђивања пореза.

Утврђивање пореза представља активност пореског управног органа и/или пореског дужника, која се састоји у издавању управних аката и предузимању управних радњи (када је у питању порески управни орган), односно у поступцима самог пореског дужника. Та активност је неопходна у сваком порескоправном односу да би се утврдило постојање пореске обавезе и процијенили објективни елементи (порески објекат и пореска основица) и субјективни елементи (странке) законског описа пореског чињеничног стања, све са циљем конкретног одређивања пореског дуга (множењем пореске основице одговарајућом пореском стопом).¹⁵

Треба нагласити да утврђивање пореске обавезе, упркос нужности постојања пореског управног односа као формализованог (управног) поступка остварења пореског захтјева у ужем смислу, не настаје моментом доношења одговарајућег управног акта, него настаје *ex lege*, и то оног момента када се остваре одредбе пореског материјалног закона. У том смислу, може се констатовати да порески (мериторни) управни акти по правилу немају конститутивно дејство него искључиво декларативно дејство, с обзиром на то да се њихов правни значај огледа само

15 Дејан Поповић, *Наука о порезима и пореско право*, Београд 1997, стр. 129.

у констатацији да су испуњени законом прописани услови за настанак или престанак одређене пореске обавезе, олакшице и друго.

Према садржини и природи управног рада који се остварује као порески управни однос, у правној литератури се често говори о дистинкцији између пореског управно-оперативног односа и пореског управно-контролног односа.

Порески управно-оперативни однос настаје управним актом којим се ситуација другог учесника односа уређује тако што се у примени закона ауторитативно и мериторно утврђује његово будуће понашање (права и обавезе), које пре доношења тог акта није било прецизирано (индивидуализовано).¹⁶ Анализом те врсте пореског управног односа може се закључити да је главна улога пореског органа управе у конкретном случају да конкретизује норме материјалног пореског закона на појединачан случај (у погледу субјеката порескоправног односа и врсте и обима пореског захтјева у ужем смислу), и то тако што ће снагом свог ауторитета, који произилази из уставних и законских одредаба те система субординације, одредити све елементе пореског имовинског односа.

Порески управно-контролни однос се, насупрот томе, заснива управно-контролним радом поводом већ једног насталог правног односа, у сврху провјере његове усаглашености са правним нормама и евентуалне корекције у законитом (и цјелисходном) правцу.¹⁷ У том смислу, порески управно-контролни однос може бити мултидисперзован, како у правцу управне контроле виших пореских органа над нижим (на пример, у оквиру инстанционе контроле, службеног надзора и друго), инспекцијске контроле пореских дужника, тако и у посебним облицима пореске управне контроле.

3. ПРЕГЛЕД ПОРЕСКОГ ПОСТУПКА У РЕПУБЛИЦИ СРПској

Порески управни поступак чини низ порескопроцесних радњи које предузимају порески орган, порески обвзеник и друга лица ради утврђивања и извршења (наплате) пореских обавеза. То је поступак који, слично неким другим поступцима, као што су царински и девизни поступци, за свој предмет има одлучивање о обавези странке. Пореска обавеза представља дужност пореског обвезника да са доспјелошћу те обавезе измири (плати) укупан новчани износ на који она гласи.¹⁸

Порески поступак у Републици Српској регулисан је одредбама посебног закона – Закон о пореском поступку Републике Српске („Службени гласник Републике Српске”, број 102/11, 108/11 и 67/13, у даљем текс-

16 Дејан Поповић, *Пореско право – општи део*, Цекос ин, Београд 2006, стр. 224.

17 *Ibidem*, стр. 225.

18 Мирјана О. Рађеновић, *Право посебних управних поступака (одабрани примери)*, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука 2009, стр. 170. и 171.

ту: Закон о пореском поступку), који је Народна скупштина Републике Српске усвојила 23. септембра 2011. године. Доношењем и ступањем на снагу новог закона, престао је да важи Закон о Пореској управи („Службени гласник Републике Српске”, број 51/01, 74/04, 2/05, 96/05, 75/06, 112/07 – пречишћени текст, 22/08 и 34/09, у даљем тексту: Закон о Пореској управи). Наиме, анализирајући одредбе Закона о Пореској управи може се примијетити да је тај закон више био закон материјалног карактера односно законско рјешење које је имало циљ да обједини што већи број општих пореских (материјалних) одредаба и рјешења, док је мањи број одредаба био посвећен процесним рјешењима (посебно су важне оне процесне одредбе којима се одступало од правила општег управног поступка – на примјер, рок за жалбу је износио осам дана и друго).

За разлику од Закона о Пореској управи, важећи Закон о пореском поступку у самом називу говори да је примарна интенција законодавца била да тим законским рјешењем унификује и изврши својеврсну кодификацију правила посебног пореског поступка која су се у неколико одредаба појављивала у другим пореским (материјалним) законима, али истовремено утврђујући и нова пореска процесна правила која су се показала као сврсисходнија и оперативнија процесна рјешења у односу на она која су предвиђена регулама општег управног поступка.

Закон о пореском поступку, осим што истиче уређење правила посебног пореског управног поступка (од покретања поступка до жалбеног поступка), садржи неколико организационих одредаба (организација, надлежност, права и обавезе пореске управе), дефиниције најважнијих пореских термина и института те изворно овлашћење Пореске управе да води и прекршајни поступак у области пореза.

Чланом 15. Закона о пореском поступку дефинисан је појам пореског поступка. Порески поступак је управни поступак који у првом степену води Пореска управа, а у другом степену Министарство финансија. Битно је нагласити да је Пореска управа Републике Српске у саставу Министарства финансија Владе Републике Српске, што јасно говори и о разлозима за успостављање таквог система хијерархијске субординације.

Порески поступак, према ставу 2. наведеног члана Закона, обухвата:

1. поступак регистрације,
2. поступак пријављивања и утврђивања пореских обавеза,
3. поступак издавања пореског увјерења,
4. поступак редовне наплате пореских обавеза,
5. поступак принудне наплате пореских обавеза,
6. поступак пореске контроле и
7. другостепени порески поступак.

Анализом цитиране одредбе може се закључити да порески поступак обухвата двије процесне фазе:

1. првостепени порески поступак (као обавезан поступак) и
2. другостепени порески поступак (као факултативан поступак).

3.1. Првостепен и порески поступак у Републици Српској

Предмет првостепеног пореског поступка у Републици Српској је прилично хетероген и као такав обухвата више међусобно различитих управних ствари и управних ситуација (од регистрације пореских одвезника, до пореске контроле пореских обвезника), о којима одлучују овлашћена лица Пореске управе Републике Српске.

Покретање првостепеног пореског поступка предвиђено је како *ex officio* (било којом процедуралном радњом Пореске управе), тако и *ex privato* (на захтјев странке). Када Пореска управа изврши било коју радњу ради вођења пореског поступка, поступак се сматра покренутим. Приликом вођења тог поступка, странка је по правилу дужна да сама поднесе пријаву о висини прихода, вриједности имовине или обављеном промету, како би јој се утврдила фискална, односно пореска обавеза и како би се она наплатила. Стога је подношење пријаве једна од битних процедуралних радњи тог поступка.¹⁹

Порески акт је пореско рјешење, закључак, пореска пријава, порески рачун, налог за пореску контролу, записник о пореској контроли и други акт којим се покреће, допуњава, мијења или довршава нека радња у пореском поступку.²⁰

Од значаја је споменути да су правила позивања, достављања и доказивања, имајући у виду особеност пореског поступка, другачије регулисана (са акцентом на хитности поступка) у односу на правила општег управног поступка. Пореска управа у спровођењу пореског поступка може позвати било које лице за које сматра да може имати било какву информацију или документацију која је значајна за тај порески поступак, док правила општег управног поступка јасно говоре да се позвати може само оно лице које је (пријеко) потребно у поступку (позивање као материјална радња у општем управном поступку више је изузетак него правило) и које има пребивалиште односно боравиште на подручју управног органа, док се по правилу позивање не врши за потребе достављања управних аката или ради саопштавања која се могу упутити лицу путем поште или на други погоднији начин.²¹ Такође, хитност пореског поступка огледа се и у чињеници да се позив може лицу уручити најкасније пет дана уочи предузимања радње у поступку због којег се позива, без обзира на опште правило управног поступка да је орган дужан приликом позивања водити рачуна да лице које се позива позове само у оно вријеме које ће га најмање омести у обављању његових редовних и свакодневних послова.

¹⁹ *Ibidem*, стр. 170.

²⁰ Види: члан 16. став 2. Закона о пореском поступку Републике Српске.

²¹ Види: члан 58. Закона о општем управном поступку („Службени гласник Републике Српске”, бр. 13/02, 87/07 и 50/10).

Специфичност процесне радње достављања у пореском управном поступку огледа се у томе што је законодавац, опет због хитности поступка и врло велике заинтересованости државе за остварење пореског захтјева у ужем смислу у што краћем року, обавезу личног достављања пореских аката пореском обвезнику (као правило) у већем броју ситуација омогућио и путем посредног достављања (на пример, ако је порески обвезник физичко лице или предузетник, порески акти се сматрају достављеним и када се уруче пунољетном члану домаћинства или лицу запосленом код предузетника),²² али исто тако и електронским путем, а уколико се достављање не може извршити ни на један од предвиђених начина, законодавац је установио законску презумпцију уредне доставе након истека трећег дана од дана предаје пошти пореског акта препорученом пошиљком на адресу пореског обвезника унесену у пријаву за регистрацију или у посљедњу пореску пријаву.²³

Доказивање у пореском управном поступку, начелно је регулисано слично као и у општем управном поступку. Посебност се огледа у томе што се законодавац упустио у утврђивање најважнијих доказних средстава, својствених за порески поступак, као што су: пореска пријава, пословне књиге и евиденције, рачуноводствени искази, пословна документација и друге исправе и информације којима располаже Пореска управа, које су прикупљене од пореског обвезника или трећих лица, исказ свједока, налаз и мишљење вјештака, увиђај и свако друго доказно средство на основу којег се чињенице могу утврдити. Врло важно одступање од правила општег управног поступка, а посебно начела истине (да се у поступку мора утврдити право стање ствари) јесте могућност да у случају да се чињенице на основу којих се утврђује пореска основица не могу утврдити „редовним” доказним средствима, Пореска управа може утврдити пореску основицу проценом. У том случају, Пореска управа по слободној оцјени, водећи рачуна о ефикасности и ефективности поступка, одлучује о томе који ће начин или више њих користити за процјену пореске основице.²⁴

3.2. Другостепенени порески поступак у Републици Српској

Другостепенени порески поступак у Републици Српској није претрпио велика одступања од општих правила која важе за другостепенени управни поступак. Штавише, законодавац (за разлику од скраћивања рокова за подношење жалбе са петнаест на осам дана у Закону о Пореској управи) није се додатно ангажовао, у вези са поступком по правном лијеку, на увођењу изузетака и одступања од Закона о општем управном поступку, осим што је прецизирао да жалба не задржава извршење рјешења за плаћање пријављених обавеза и рјешења о принудној нап-

22 Види: члан 18. став 2. Закона о пореском поступку Републике Српске.

23 Види: став 5. и 6. истог члана.

24 Види: члан 19а. Закона о пореском поступку Републике Српске.

лати пореских обавеза док извршење других рјешења не задржава само када је то овим пореским законом прописано.

Жалба се подноси Министарству финансија у року од петнаест дана, посредством првостепеног органа, у складу са прописима којима се уређује општи управни поступак. Такође, законодавац је додатно нагласио обавезу Министарства финансија као другостепеног органа да о жалби одлучује у складу са одредбама овог пореског закона као и Закона о општем управном поступку док се законодавац у овом пореском закону није осврнуо на област управносудског поступка што јасно имплицира да се за покретање и вођење управног спора непосредно примјењују одредбе Закона о управним споровима Републике Српске („Сл. гл. РС”, број 109/05 и 63/11).

4. ПРЕГЛЕД ПОРЕСКОГ ПОСТУПКА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Системски закон из области пореза и пореског поступка у Републици Србији донијела је Народна скупштина Републике Србије 2002. године – Закон о пореском поступку и пореској администрацији („Службени гласник Републике Србије”, бр. 84/2002), који је у наредној деценији претрпио читав низ измјена, допуна и исправки („Службени гласник Републике Србије”, бр. 84/02 – испр., 23/03 – испр., 70/03, 55/04, 61/05, 85/06 – др. закон, 62/06 – др. закон, 63/06 – испр. др. закона, 61/07, 20/09, 72/09 – др. закон, 53/10, 101/11, 2/12 – испр., 93/12 и 47/13), све са циљем његовог суштинског, функционалног и оперативног усклађивања са правном тековином Европске уније и са управном судском праксом која је у овој области и више него развијена. Међутим, није наодмет скренути пажњу на чињеницу да тренутно не постоји званична верзија пречишћеног текста Закона о пореском поступку и пореској администрацији упркос уобичајеном номотехничком правилу да се доношењем пречишћеног текста општег акта, по правилу, приступа након усвојених трећих измјена односно допуна интегралног текста. У том контексту, тренутно постоји неколико незваничних верзија пречишћеног текста²⁵, који могу послужити у неформалном раду, али на који се његови корисници не могу званично позивати у правном саобраћају.

Законом о пореском поступку и пореској администрацији уређује се поступак утврђивања, наплате и контроле јавних прихода на које се овај закон примјењује – порески поступак, права и обавезе пореских обвезника, регистрација пореских обвезника и пореска кривична дјела и прекршаји. Такође, наведеним законом се уређује и поступак издавања и одузимања овлашћења за обављање мјењачких послова, контроле мјењачких послова и контроле девизног пословања те обављање послова државне управе у области игара на срећу. Штавише, посебно је

25 Види: <http://www.poreskauprava.gov.rs/fizicka-lica/pregled-propisa/zakoni/106/zakon-o-poreskom-postupku-i-poreskoj-administraciji.html>.

значајна и чињеница да се твим законом образује Пореска управа као орган управе у саставу министарства надлежног за послове финансија и уређују њене надлежност и организација.²⁶

Осим наведених конститутивних елемената Закона о пореском поступку и пореској администрацији, треба напоменути да је његовим измјенама и допунама проширена примјена овог закона и на изворне јавне приходе јединица локалне самоуправе која те јединице утврђују, наплаћују и контролишу у јавноправном односу, као и на споредна пореска давања по тим основама. Међутим, треба нагласити и да је законодавац јединицама локалне самоуправе на експлицитан начин додијелио иста права и обавезе које има Пореска управа, осим права и обавеза које се односе на идентификацију и регистрацију пореских обвезника, процјену пореске основице методом парификације и методом унакрсне процјене, откривање пореских кривичних дјела, одлучивање по правним лијековима уложеним против пореских управних аката које донесу организационе јединице Пореске управе, односно против пореских управних аката које од 1. јануара 2013. године донесу јединице локалне самоуправе у пореском поступку за изворне јавне приходе те других права и обавеза Пореске управе које су законом изричито резервисане за Пореску управу.

У погледу односа Закона о пореском поступку и пореској администрацији са другим законима, предвиђена су два правила:

1. уколико је одређено питање из тог закона регулисано на другачији начин у другом закону, примјењују се одредбе Закона о пореском поступку и пореској администрацији;
2. ако Законом о пореском поступку и пореској администрацији није другачије прописано, порески поступак се спроводи по начелима и у складу са одредбама закона којим се уређује општи управни поступак.²⁷

4.1. Начела йореској йосйуйка

Закон о пореском поступку и пореској администрацији предвидио је неколико процесних начела и то:

1. **начело законитости** (којим се наглашава обавеза Пореску управе да сва права и обавезе из порескоправног односа остварује искључиво у складу са законом те да је дужна да утврђује све чињенице које су битне за доношење законите и правилне одлуке, укључујући и посвјећујући једнаку пажњу чињеницама који су *pro* и *contra* пореског обвезника);
2. **начело временског важења пореских прописа** (којим се начелно забрањује ретроактивно дејство пореских прописа осим уколико је повратно дејство омогућено у складу са уставом и законом);

26 Види: Закон о пореском поступку и пореској администрацији, члан 1.

27 Види: *Ibid.*, члан 3.

3. **начело омогућавања увида у чињенице** (којим се наглашава обавеза Пореске управе да, прије него што донесе мериторни порески акт, омогући пореском обвезнику, на његов захтјев, увид у правну и чињеничну основу);
4. **начело чувања службене тајне у пореском поступку** (којим се јасно утврђује шта представља службену тајну, на која лица се односи обавеза чувања пореске службене тајне, у којим ситуацијама није повређена обавеза чувања службене тајне а у којима јесте, те законско правило²⁸ да повреда службене тајне угрожава интерес пореских обвезника и јавни интерес Републике Србије, који претежу над интересом за приступ информацијама од јавног значаја које представљају службену тајну, а због чијег би одавања могле наступити тешке правне или друге посљедице по интересе заштићене овим законом);
5. **начело поступања у доброј вјери** (овим начелом посебна пажња се посвећује обавези странака у пореском поступку да поступају у складу са начелом *bona fides* те да се пореске контроле, колико год биле од посебног државног значаја и интереса, ограничавају само на нужну мјеру);
6. **начело фактицитета** (којим се Пореској управи јасно утврђује право да пореске чињенице утврђује према њиховој економској суштини те да, у ситуацији откривања привидних правних послова, основу за утврђивање пореске обавезе имају дисимуловани правни послови).

Анализирајући описана начела, може се закључити да иста представљају својеврсну допуну и надоградњу начелима општег управног поступка, управо из разлога што је порески поступак у својој суштини управни поступак у којем се спроводи ауторитативно утврђивање (пореске) обавезе.²⁹

4.2. Првостепен и порески поступак у Републици Србији

Порески поступак покреће Пореска управа по службеној дужности, а изузетно по захтјеву странке. Порески поступак се покреће када Пореска управа изврши ма коју радњу са циљем вођења поступка. Ако Пореска управа по захтјеву странке утврди да нема услова за покретање пореског поступка, у складу са законом, донијеће о томе закључак, против којег је жалба допуштена.³⁰

Не треба изгубити из вида да је, измјенама и допунама Закона о пореском поступку и пореској администрацији, вођење првостепеног пореског поступка стављено и у стварну надлежност јединица локалне са-

28 Види: *Ibid.*, члан 7. став 2.

29 Види: Дејан Поповић, *Наука о порезима и пореско право*, Београд 1997, стр. 128–158.

30 Стеван Лиљич (у сарадњи са М. Дреновак), *Посебно управно право*, Београд 2010, стр. 228.

моуправе, и то за њене изворне јавне приходе које те јединице утврђују, наплаћују и контролишу у јавноправном односу, као и на споредна пореска давања по тим основама. Међутим, јединица локалне самоуправе, без обзира на повјерено овлашћење за вођење првостепеног пореског поступка у одређеним управним стварима, нема сва права и обавезе које има Пореска управа, о чему је већ било ријечи.

Осим Пореске управе (односно надлежног органа јединице локалне самоуправе) као (активне) странке у пореском поступку, у порескоправном односу учествује и (пасивна) страна – порески обвезник и други порески дужници. Порески дужник је физичко или правно лице које дугује одређену радњу из порескоправног односа. Порески обвезник је порески дужник који је обавезан да плати порез, односно споредно пореско давање. Други порески дужници су: порески јемац који одговара за плаћање обвезниковог пореског дуга, за случај да порески обвезник тај дуг не плати о доспјелости; исплатилац прихода пореском обвезнику (порески платац) који је дужан да обрачуна и по одбитку плати прописани порез на тај приход, у име и за рачун пореског обвезника, на одговарајући уплатни рачин; порески посредник који је дужан да са рачуна пореског дужника (пореског обвезника или пореског плаца), на основу њиховог налога за пренос средстава, обустави и по одбитку уплати утврђени порез, у своје име, а за рачун пореског обвезника, односно пореског плаца, на одговарајући уплатни рачун; остала правна и физичка лица која дугују какву радњу из порескоправног односа. Порески обвезници и други порески дужници јесу странке у пореском поступку.³¹

Од осталих општих одредаба о пореском поступку, законодавац је посебно издвојио одредбе у вези са пореским актом и пореским управним актом, обликом и садржајем пореског акта и достављањем.

Порески акт и порески управни акт не треба поистовјеђивати. Истина, порески акт обухвата и порески управни акт, али није сваки порески акт истовремено и порески управни акт. Основна разлика се огледа у чињеници да порески управни акт (било мериторни било немериторни) производи одговарајуће правне посљедице у управном поступку, док то није случај са осталим пореским актима. Порески акт је пореско рјешење, закључак, налог за пореску контролу, записник о пореској контроли и други акт којим се покреће, допуњује, мијења или довршава нека радња у пореском поступку. Порески управни акт, којим Пореска управа решава о појединачним правима и обавезама пореског дужника из порескоправног односа, јесу пореско решење и закључак. Против пореског рјешења донетог у првостепеном пореском поступку допуштена је жалба. Против закључка допуштена је жалба ако овим законом није друкчије прописано.³²

У вези са обликом и садржајем пореског акта, законодавац је експлицитно утврдио законску обавезу доношења пореског управног акта у

31 *Ibid.*, стр. 226.

32 *Ibid.*, стр. 228.

писменом облику, док се остали порески акти доносе у писменом облику када је то законом одређено или уколико на томе инсистира порески обвезник. Такође, законодавац је утврдио и изузетак од доношења пореског акта у писменом облику када је то законом одређено. Наиме, уколико је у конкретном поступку угрожена наплата или контрола пореза, овлашћено лице Пореске управе може донијети порески акт у усменом облику (иако је прописано да буде у писменој форми) и наредити његово извршење, с тим да се у том случају писмени отправак усменог пореског акта мора донијети најкасније у року од три дана од дана његовог доношења.

Када је у питању достављање, законодавац је прилагодио достављање пореских аката природи самог порескоправног односа (хитност, ауторитативност итд.). Посебно значајна за рад Пореске управе и других пореских органа је законска претпоставка уредне доставе у ситуацији када се порески акт није могао уручити на један од законом предвиђених (редовних) начина. У том случају, порески орган је овлашћен да порески акт пошаље препорученом поштиљком поштом или електронским путем преко имејла, на адресу пореског обвезника унијету у пријаву за регистрацију или у посљедњу пореску пријаву, у ком случају се достава пореског акта сматра извршена истеком трећег дана од дана предаје пореског акта пошти односно даном наведеним у имејл повратници приликом слања пореског акта електронским путем.³³

Закон о пореском поступку и пореској администрацији посебну пажњу је усмјерио на двије међусобно повезане управне ствари:

1. утврђивање пореза и
2. наплату пореза.

4.2.1. Првостепени поступак утврђивања пореза

Утврђивање пореза је дјелатност Пореске управе, односно пореског обвезника, која се састоји у издавању управних аката, односно у предузимању законом прописаних радњи, којима се установљава постојање појединачне пореске обавезе и одређују порески обвезник, пореска основица и износ пореске обавезе. Одредбе о утврђивању пореза примјењују се и на утврђивање споредних пореских давања, осим ако је овим законом другачије прописано.

Утврђивање пореза обавља:

1. сам порески обвезник (самоопорезивање);
2. пореска управа, доношењем пореског рјешења, и то:
 - а) у поступку пореске контроле – ако порески обвезник, супротно закону, не обави утврђивање пореске обавезе или га изврши нетачно или непотпуно;
 - б) у случајевима када је законом прописано да се не спроводи самоопорезивање или када је законом прописано да се, упркос самоопорезивању, пореско рјешење мора донијети.³⁴

³³ *Ibid.*, стр. 228–229.

³⁴ Види: Закон о пореском поступку и пореској администрацији, члан 54.

Такође, законодавац је посебно предвидио обавезу да у случају када је предвиђено да порески орган *ex officio* доноси пореско рјешење о утврђивању пореза (на пример, када се не спроводи самоопорезивање), такво пореско рјешење, у свом диспозитиву, обавезно има интегрисан порески налог којим се порески обвезник обавезује да утврђени порез плати у предвиђеном року.

Пореско рјешење о утврђивању пореза (ситуација пореске контроле) Пореска управа доноси на основу података из пословних књига и евиденција пореског обвезника, као и чињеничног стања утврђеног у поступку контроле. Пореско рјешење о утврђивању пореза (ситуација када је самоопорезивање искључено или када је и поред самоопорезивања утврђена обавеза доношења пореског рјешења) Пореска управа доноси на основу података из евиденција надлежних органа, података из пореске пријаве, односно измијењене пореске пријаве, а по потреби и на основу података из пословних књига и евиденција пореског обвезника. Ако Пореска управа решење не може да донесе на основу података из пословних књига и евиденција, односно из пореске пријаве, односно ако порески обвезник не поднесе пореску пријаву, донијеће га на основу процјене пореске основице, на начин утврђен овим законом.³⁵

Битно је напоменути да је законодавац, у вези са утврђивањем пореза, предвидио и двије посебне ситуације, које су значајне за рад Пореске управе. Прво, у случају када је порез погрешно утврђен у мањем износу, неће се доносити ново пореско рјешење ако би повећани износ пореза био несразмјеран трошковима поступка измјене рјешења³⁶ и, друго, ако Пореска управа до истека законског рока за доношење пореског рјешења не може да утврди порез на основу потпуно утврђеног чињеничног стања, донијеће привремено пореско рјешење, на основу до тада утврђеног чињеничног стања, с тим да се коначно рјешење мора донијети најкасније у року од три године од дана доношења привременог рјешења и у ком случају се коначним рјешењем укида привремено пореско рјешење.

4.2.2. Првостепени поступак наплате пореза

Наплата пореза представља једну од најважнијих пореских (процесних) радњи. Зависно од тога да ли се порез платио о року или не, може се говорити о редовној или принудној наплати пореза. Наглашавамо да се све регуле у вези са наплатом пореза примјењују и на наплату споредних пореских давања, осим уколико није другачије регулисано Законом о пореском поступку и пореској администрацији.

Наплата пореза врши се, по правилу, плаћањем новчаног износа о доспелости пореза на прописане уплатне рачуне јавних прихода, у роковима прописаним законом.³⁷ Међутим, законодавац је оставио могућ-

35 Стеван Лилић (у сарадњи са М. Дреновак), *Посебно ујравно йраво*, Београд 2010, стр. 230.

36 Види: Закон о пореском поступку и пореској администрацији, члан 57.

37 Стеван Лилић (у сарадњи са М. Дреновак), *Посебно ујравно йраво*, Београд 2010, стр. 231.

ност да ресорни министар може прописати плаћање појединих пореза преко пореске благајне. Порез се може платити и куповином вриједних папира, а пореска обавеза се, изузетно, може намирити и у другим, законом прописаним ситуацијама (на примјер, путем компензације, конверзијом потраживања по основу пореза у трајни улог Републике Србије у капиталу пореског обвезника и друго).³⁸

У случају уплате одговарајућег пореског износа, законодавац је предвидио претходну обавезу пореског обвезника да јасно утврди коју врсту доспјеле пореске обавезе плаћа, као и да се редосљед улаћеног износа врши тако да се прво измирује износ главне пореске обавезе, па затим камате и трошкови наплате, а тек на крају казна.

Ако порески обвезник своју обавезу плаћања пореза не измири на вријеме, Пореска управа је дужна да му одмах упуту опомену за плаћање порез (у којој се прецизно наводи о којој врсти и износу пореза односно споредног пореског давања је ријеч), која садржи и порески налог да се доспјели износ одмах плати а најкасније у року од пет дана од дана пријема опомене. Слање опомене пореском обвезнику (осим уколико законом није другачије прописано) јесте *conditio sine qua non* за доношење рјешења о принудној наплати. У конкретном случају, ријеч је о претходној пореској процесној радњи која се мора посебно навести у образложењу рјешења о принудној наплати као услову који је Пореска управа уредно извршила. Исто тако, пореском обвезнику је остављена могућност да из оправданих разлога (прописаних законом) може тражити одлагање пореског дуга у ком случају Пореска управа неће донијети рјешење о принудној наплати док надлежни орган не одлучи о том захтјеву.

Пореска управа почиње поступак принудне наплате пореза односно споредних пореских давања доношењем рјешења о принудној наплати пореза ако порески обвезник није платио порез односно споредно пореско давање у року. У решењу се наводе основ пореског дуга и његов преостали износ, као и опомена достављена пореском обвезнику, а порески обвезник се обавештава о својим правима у поступку принудне наплате пореза. Решење о принудној наплати пореза постаје извршно наредног дана од дана достављања. Против рјешења о принудној наплати пореза може се изјавити жалба у року од осам дана од дана достављања рјешења.³⁹

Законодавац је Пореској управи наредио потребу посебне сензитивности у поступку принудне наплате тако што је у начелима поступка принудне наплате пореза утврдио обавезу Пореске управе да принудну наплату не проводи ако је очигледно да порески обвезник нема имовину из које наплата може да буде извршена, ако су трошкови принудне нап-

38 Види: Закон о пореском поступку и пореској администрацији, члан 67.

39 Стеван Лилић (у сарадњи са М. Дреновак), *Посебно ујравно право*, Београд 2010, стр. 232.

лате већи од вриједности предмета принудне наплате, да се принудна наплата врши само у оној мјери која је довољна да се покрије дуговани износ пореза и споредна пореска давања те да је Пореска управа дужна принудну наплату проводити са особитом пажњом чувања достојанства и дигнитета пореског обвезника.⁴⁰

Након доношења рјешења о принудној уплати, *ex lege* наступају правне посљедице које се огледају у сљедећем:

1. наплата из цјелокупне имовине пореског обвезника, с тим што предмет принудне наплате не могу бити имовина и приходи пореског обвезника који су законом изузети од извршења;
2. плаћање трошкова поступка принудне наплате пореза (који се обрачунавају тако што се пореска обавеза увећава за посебну једнократну таксу на принудну наплату пореза у висини од 5% од износа доспјелих а неплаћених пореза, која се приписује главном дугу на дан почетка поступка принудне наплате).⁴¹

Предмет и средства принудне наплате таксативно су утврђена и регулисана законом, и то: на примјер, на новчаним средствима пореског обвезника (заплијеном и преносом новчаних средстава и уплатом на рачун јавних прихода), на новчаним потраживања пореског обвезника (заплијеном, преносом и уплатом потраживања на рачун јавних прихода), покретним стварима (заплијеном, продајом и уплатом на рачун јавних прихода), на непокретним стварима (заплијеном, процјеном вриједности, продајом и уплатом на рачун јавних прихода), као и другим предметима и средствима принудне наплате (на готовом новцу, хартијама од вриједности итд.). Битно је нагласити да Пореска управа није ограничена ни условљена било каквим обавезним редосљедом примјене предмета и средства извршења нити претходном обавезом доказивања неуспјешности принудне наплате једним предметом како би се принудна наплата наставила на другом предмету и средству извршења. Пореска управа, својим рјешењем и у складу са својом пореском политиком (водећи се начелом економичности и ефикасности), одлучује којим предметом и средством извршења ће се користити у конкретном случају.

4.3. Друјосйейени йорески йосйуйак у Рейублици Србији и ујравносудски йосйуйак

Разликовање пореског акта од пореског управног акта огледа се, између осталог, у чињеници да се против пореског управног акта којим је одлучено о појединачним права и обавезама из порескоправног односа може поднијети жалба, по правилу у року од 15 дана од дана пријема пореског управног акта (ако законом није другачије предвиђено), што није

40 Види: Закон о пореском поступку и пореској администрацији, члан 81.

41 *Ibid.*, чл. 78, 82. и 83.

ситуација и са осталим пореским актима (на примјер, записник о пореској контроли). Такође, жалба се може поднијети и у случају института „ћутања управе”, односно у ситуацији када надлежни (првостепени) порески орган (било Пореске управе било јединице локалне самоуправе) није у законом прописаном року, по захтјеву пореског обвезника, донио тражени порески управни акт. У сваком случају, законодавац се у пореској материји определијелио за жалбу као редован правни лијек и институт општег управног поступка.

Жалбу може поднијети адресат пореског управног акта (по правилу порески обвезник о чијим правима или обавезама је одлучено) или друго лице које има правни интерес. Жалба се увијек подноси надлежном другостепеном пореском органу првостепеног органа који је донио оспорени порески управни акт. Напомене ради, другостепени орган за одлучивање о жалби је увијек надлежни орган Пореске управе, без обзира на то да ли је првостепени управни акт донио орган Пореске управе или орган јединице локалне самоуправе. Важност непосредног подношења жалбе пореском органу који је донио оспорени порески управни акт огледа се у обавезној претходној правној филтрацији недопуштених или неблаговремених жалби, односно жалби које је уложило неовлашћено лице, у којем случају, првостепени орган *ex lege* доноси закључак о одбацивању жалбе. У случају да је првостепени орган провјерио испуњеност формалних елемената жалбе, он је овлашћен да усвоји жалбу и да порески управни акт измијени у року од 30 дана од дана пријема жалбе, под условом да је ријеч о некој од законом прописаних ситуација (на примјер, другостепени орган оцијени да је жалба оправдана и да не треба спроводити ново утврђивање чињеница и друго).⁴² Жалба по правилу нема суспензивно дејство на порески управни акт, с тим што другостепени орган може одложити извршење оспореног пореског управног акта ако порески обвезник документује да би плаћањем пореза или споредних пореских давања прије коначности побијаног акта претрпио битну економску штету. Рок у коме другостепени порески орган мора одлучити о уложеној жалби је 60 дана.

Другостепени орган, након што установи да жалба није неблаговремена, недопуштена и изјављена од стране неовлашћеног лица, може жалбу одбити као неосновану, поништити порески управни акт у цјелости или дјелимично или измијенити односно преиначити порески управни акт. С тим у вези, ако другостепени порески орган утврди да је у првостепеном поступку учињена таква неправилност која оспорени порески управни акт чини ништавим, огласиће такав акт ништавим као и онај дио поступка који је спроведен послје те неправилности.⁴³

42 Види: *Ibid.*, члан 144.

43 *Ibid.*, члан 153. став 1.

Када порески управни акт стекне својство коначности (немогућност улагања редовног правног лијека – жалбе), против њега се може покренути управносудски поступак ако Законом о пореском поступку и пореској администрацији није другачије регулисано, с тим што поднијета тужба не одлаже извршење пореског управног акта. Такође, управни спор се може покренути и у случају када надлежни (другостепени) порески орган није у законском року одлучио по жалби пореског обвезника. У случају да је против пореског управног акта покренут управносудски поступак, порески орган против чијег је рјешења управни спор покренут може до окончања спора да поништи или измијени своје рјешење из разлога из којих би суд могао да поништи то рјешење, с тим што се поништавање или измјена пореског рјешења може извршити само ако се на тај начин отклања неправилност или незаконитост у поступку доношења рјешења и ако се тиме порески обвезник не доводи у неповољнији положај (правило о забрани *reformatio in peius*).⁴⁴

5. ВАЖНИЈЕ РАЗЛИКЕ У ПОРЕСКИМ ПОСТУПЦИМА РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ И РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Порески поступци у Републици Српској и Републици Србији више-мање почивају на истим или сличним постулатима и пореским рјешењима. Таква сличност пореских поступака узрокована је како условљеношћу међусобне пословне, политичке, регионалне и економске сарадње, тако и сличношћу државног, политичког и правног уређења.

Међутим, постоји читав низ других фактора који, колико год да се законодавци Републике Српске и Републике Србије труде да приближе пореске системе сусједних држава један другом, утичу на постојање одређених (некада не тако великих и значајних) разлика, прије свега у пореским процесним нормама. У конкретном случају, те разлике се највише огледају у подробно уређеном пореском систему Републике Србије (са великим бројем процесних одредаба које до детаља уређују порески поступак) и пореском поступку Републике Српске који је знатно скромнији у погледу процесних одредаба и који, према институтима којима располаже, исказује потребу за системском дорадом у скоријем периоду.

Важније разлике у пореским поступцима Републике Српске и Републике Србије табеларно су приказане и то:

⁴⁴ Ibid., члан 154.

ВАЖНИЈЕ РАЗЛИКЕ У ПОРЕСКИМ ПОСТУПЦИМА	
РЕПУБЛИКА СРПСКА	РЕПУБЛИКА СРБИЈА
Назив и обим текста закона: Закон о пореском поступку. Конкретан закон има врло мали број одредаба организационог карактера, док уопште нема одредбе којима се регулишу кадровска питања. Закон броји 108 чланова (укључујући све измјене и допуне).	Назив и обим текста закона: Закон о пореском поступку и пореској администрацији. Конкретан закон је свеобухватан и броји 265 чланова. Садржи велики број организационих, кадровских и процесних одредаба (посебно је детаљно обрађен поступак по правним лијековима).
Не садржи процесна пореска начела, као ни начела принудне наплате.	Садржи шест пореских процесних начела (начело законитости, начело временског важења пореских прописа, начело омогућавања увида у чињенице, начело чувања службене тајне у пореском поступку, начело поступања у доброј вјери и начело фактицитета). Такође, дефинише начела о принудној наплати.
Не уређује садржину порескоправног односа.	Уређује и дефинише садржину порескоправног односа.
У почетним одредбама дефинише најважније институте и коришћене термине у закону.	Дефиниције најважнијих института и термина коришћених у закону нису груписане у један члан.
Познаје Одбор за пореска питања, као савјетодавно тијело Владе Републике Српске формирано за координацију и пружање стручне помоћи у вези са питањима од значаја за примјену пореских закона.	Не познаје посебно и самостално савјетодавно тијело за пружање стручне помоћи у примјени пореских закона.
Не разликује пореске акте и пореске управне акте.	Разликује пореске акте и пореске управне акте (рјешење и закључак).
Пореска управа није надлежна за одлучивање по жалбама на пореска рјешења и закључке (надлежна је само за првостепени порески поступак). Другостепени порески поступак проводи Министарство финансија.	Пореска управа је надлежна за провођење и првостепеног и другостепеног пореског поступка. Министарство финансија нема надлежност над провођењем пореског поступка.
Пореска управа, путем својих подручних центара, утврђује, наплаћује и контролише изворне јавне приходе, у име и за рачун јединица локалне самоуправе.	Надлежни органи јединица локалне самоуправе проводе првостепене пореске поступке за своје изворне јавне приходе с тим да одлуке по жалбама на њихова рјешења доноси Пореска управа.
Пореска управа није надлежна за област игара на срећу јер је то у надлежности Републичке управе за игре на срећу.	Пореска управа је преузела надлежност над облашћу игара на срећу и мјењачких послова.
Пореска управа је надлежна за провођење прекршајног поступка у области пореза (без обзира на то о којој врсти пореског прекршаја се ради).	Пореска управа је надлежна за покретање прекршајног поступка (за прекршаје који спадају надлежност прекршајних судова) и за провођење прекршајних поступака (за прекршаје који не спадају у директну надлежност прекршајних судова).
Закон не садржи одредбе о пореским кривичним дјелима.	Закон садржи четири пореска кривична дјела и то кривична дјела: „неосновано исказивање износа за повраћај пореза и порески кредит“, „угрожавање наплате пореза и пореске контроле“, „недозвољен промет акцизних производа“ и „недозвољено складиштење робе“.

6. ЗАКЉУЧАК СА ПРИЈЕДЛОЗИМА ЗА ПОБОШЉАЊЕ ПОРЕСКОГ ПОСТУПКА РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ И РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Порески поступак представља типичан примјер посебног управног поступка. У његовим процесним одредбама, било да је ријеч о пореском поступку у Републици Српској или Републици Србији, јасно се могу видјети институти општег управног поступка, али са свим њиховим специфичностима због којег су те процесне регуле груписане у систем посебног управног поступка. Значајно је напоменути да порески поступак, према свом обиму и садржини, представља један од најсвеобухватнијих посебних управних поступака чија примјена није ограничена на један или више материјалних пореских закона него на све материјалне законе из пореске области.

Користећи се упоредним методолошки приступом те анализирајући пореске поступке у Републици Српској и Републици Србији, може се закључити да је порески поступак у Републици Српској тек од 2011. године задобио већу пажњу законодавца, с тим што се на пољу системског увођења посебног управног поступка у пореској области није далеко одмакло. У том смислу, законодавац је на почетку закона, као и на више других мјеста у тексту закона, напоменуо да ће се, у случају да Законом о пореском поступку нешто није регулисано, примјењивати одредбе закона којим је регулисан општи управни поступак. Истина, то представља својеврстан вентил у случају да се у примјени овог пореског закона јаве ситуације које нису регулисане Законом о пореском поступку али то истовремено упућује на потребу његове системске допуне са циљем прилагођавања правила општег управног поступка специфичностима које носи порески систем и пореска политика.

Порески поступак у Републици Српској би требало да слиједи добар и истрајан пут којим се законодавац креће у Републици Србији, посебно када се има у виду свеобухватан Закон о пореском поступку и пореској администрацији, који нимало не заостаје за другим пореским процесним законима у земљама чланицама Европске уније. У том контексту, један од првих конкретних приједлога у вези са осавремењивањем пореског процесног закона у Републици Српској односио би се на увођење процесних начела у области пореског управног поступка (од посебног значаја би било увођење процесних начела при провођењу принудне наплате), детаљније регулисање поступка по правним лијековима (посебно у дијелу рада првостепеног органа по пријему жалбе и рада другостепеног органа када одлучује о жалби), преношење надлежности другостепеног пореског поступка са Министарства финансија на Пореску управу (Министарство финансија треба да остане само и искључиво надлежно за надзор над примјеном одредаба овог закона, а не и за било који облик унутрашње правне контроле Пореске управе), преношење дијела надлежности за провођење првостепеног пореског

поступка са Пореске управе на јединице локалне самоуправе, и то у области утврђивања, наплаћивања и контроле изворних јавних прихода општина и градова те успостављање јасне диференцијације између поресог акта уопште и пореског управног акта (посебно у дијелу правних посљедица пореског управног акта).

Порески поступак у Републици Србији, већ одавно има складан систем процесних управних регула, с тим што не треба стати са континуираном унутрашњом анализом сваког процесног института појединачно те по потреби вршити његове даље измјене и допуне са циљем стварања задовољства свих странака порескоправног односа. Можда, у том контексту, не би било наодмет интегрисати и нека специфична а успјешна пореска рјешења која постоје у пореском процесном закону Републике Српске (на пример, Одбор за пореска питања и друго).

Robert Jović*

PARTICULAR ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS IN TAXATION FIELD IN THE REPUBLIC OF SRPSKA AND THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

This article is about the concept and role of the tax procedure as particular administrative proceeding which paved its institutional way as direct result of the importance of the taxation field for functioning of the Republic of Srpska and the Republic of Serbia in its entirety, as well as for taxpayers under their tax jurisdiction. The author shall, through several topics, try to theoretically consider structural elements of the tax legal relation as well as the position and the role of the tax administrative relation as a formal side of tax obligation. In this regard, it will be argued about the constitutional obligation of the Republic of Srpska and the Republic of Serbia to, through process regulations in a form of law, pre-establish the systems of the procedure rules which will be used to resolve tax administrative matters. Also, the author will review the tax procedure in the Republic of Srpska and the Republic of Serbia in order to, using comparative methodological approach, perform qualitative analysis of the tax procedure solutions and their mutual comparison with the accent on identification of important differences in tax procedures of the Republic of Srpska and the Republic of Serbia as well as proposing particular solutions for improvement of the tax procedures in both taxation systems.

Key words: *Tax. Tax legal relation. Tax administrative proceeding. Overview of the tax proceeding. Differences in tax procedures solutions.*

* Robert Jović, PhD candidate, Faculty of Law University of Belgrade.

ДОСТАВЉАЊЕ У УПРАВНОМ ПОСТУПКУ СА ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА НАЦРТ НОВОГ ЗАКОНА О УПРАВНОМ ПОСТУПКУ И ЕВРОПСКЕ СТАНДАРДЕ

Апстракт

Достављање у управном поступку, било да се управна делатност схвати као ауторитарно или неауторитарно деловање, или пак као скуп различитих активности у оквиру којих се прожимају елементи како ауторитарној, тако и неауторитарној карактера¹, представља кључни моменат у управном поступку. Једино је уредно достављање услов за одвијање, односно наставак управног поступка. Стога ће у овом раду бити речи о достављању у управном поступку, у којем се одлучује о признавању права или утврђивању обавезе неког лица, односно о неком његовом на закону заснованом интересу.

Кључне речи: достављање у управном поступку, доставница, прешке у достављању

1. УВОД

Остваривање, односно признавање права представља један од основних циљева сваког лица у савременим државама. С друге стране, ниједна обавеза не може бити утврђена уколико њен адресат или обвезник са тим није упознат. Зато је питање достављања уопште, а не само у управном поступку, једно од кључних за нормално одвијање свих правних поступака.² Тако је у управном, кривичном, али и грађанским поступцима – парничном, ванпарничном и извршном. Окривљени не може бити осуђен ако није обавештен о постојању оптужнице која га терети, а тужени, на пример, не може трпети штетне последице ако није уредно обавештен о актима друге стране.

Поступак пред једним државним, односно управним органом подразумева двосмерну комуникацију – између органа и странке, а понекад

* Нада Драгић, МА, кандидаткиња докторских студија на Правном факултету Универзитета у Београду.

1 С. Лилић, *Управно право и управно процесно право*, Београд 2010, стр.46.

2 D. Pollard, N. Parpworth, D. Hughes, *Constitutional and Administrative Law*, Oxford 2007, стр. 411.

и између органа и странака, што је случај у судским поступцима, где су, осим суда, присутне и две стране. Странка и орган комуницирају путем поднесака, а орган са странком путем достављања разних писмена, као што су: позиви, закључци, решења и други службени списи.³

2. ПОЈАМ ДОСТАВЉАЊА

Достављање представља радњу у управном поступку путем које државни органи, односно организације које воде управни поступак предају писмена (позиве, решења, закључке и друге службене списе) лицу коме су намењена, а које треба да потврди њихов пријем.⁴ Сврха те процесне радње састоји се у томе да се адресату, односно особи којој је писмено намењено, пружи могућност да се упозна са садржајем писмена, како би могла да предузме све што је потребно за остваривање, односно заштиту својих права и интереса. Да би произвело правно дејство, достављање мора бити уредно извршено, односно на начин предвиђен законом.⁵ Ово стога што се важне правне последице вежу за ову радњу. Оне се могу односити на само писмено које се доставља, на орган који га издаје или на лице коме се писмено упућује.

Да би се уопште могло говорити о достављању, треба да буде испуњен основни услов, а то је да постоји службени спис, односно писмено.⁶ У Закону о општем управном поступку⁷ (ЗУП) набраја се шта се све може сматрати писменом, а су то: позиви, решења, закључци и друга службена списа, на пример, уверења. Свакако, под тим појмом се подразумева текст који је написан (руком или откуцан) од органа који води поступак и чија је садржина често одређена законом или на закону заснованом пропису.⁸

Различити су поводи због којих се орган обраћа учесницима поступка писменим путем.⁹ Тако их он може писменим путем позвати да учествују у поступку – да дођу на саслушање, да исправе поднесак; може позвати и нека друга лица чије је учешће у поступку потребно – сведоке, вештаке; или може доставити одлуке странкама и другим лицима – решења, закључке.¹⁰

3 С. Лилић, *Управно право и управно процесно право*, Београд 2010, стр. 446.

4 Сајт судске праксе Хрватске, <http://www.sudskapraksa.com/6828-DOSTAVLJANJE-U-UPRAVNOM-POSTUPKU---NOVINE-U-ZAKONIMA.html>, 26. март 2013. године

5 С. Јанојлић, Г. Станојчић, *Коментар Закона о општем управном поступку*, Београд 2010, стр. 97.

6 *Ibidem*.

7 *Закон о општем управном поступку*, „Службени лист СРЈ”, бр. 33/1997 и 31/2001 и „Службени гласник РС”, бр. 30/2010.

8 С. Јанојлић, Г. Станојчић, *Коментар Закона о општем управном поступку*, Пословни биро, Београд 2010, стр. 98.

9 Савез општина и градова Федерације Босне и Херцеговине, *Комуницирање органа управе и странака код одлучивања у управним стварима и праксицини примјери управних и других аката*, Сарајево 2012, стр. 3.

10 Г. Бребан, *Административно право Француске*, Подгорица 2002, стр. 345.

Писмено ће бити достављено на начин који одреди орган чије се писмено доставља. То може бити: посредством службеног лица које врши доставу, поштом, телефаксом, а изузетно и позивањем лица коме се има извршити достављање, у складу са чланом 60. став 1 и чланом 71. Закона о општем управном поступку.

Одредбом члана 21. Закона о управним споровима¹¹ предвиђено је да суд може доставити акте странци у облику електронског документа, само уз претходни изричит пристапак те странке, што се обавља у складу са Законом о електронском потпису¹² и Законом о електронском документу¹³.

3. ОСВРТ НА ДОСТАВЉАЊЕ У УПРАВНОМ ПОСТУПКУ

Захваљујући чину достављања почињу да теку различити рокови, на пример, за употребу правних средстава; странка може остварити, или почети да остварује неко своје право. Такође, пре достављања решење не може да производи дејство, а орган који је издао акт не може по њему поступати. Док не буде достављено, решење не обавезује ни сам орган који га је донео, те према томе може бити замењено новим.¹⁴ Управо због његовог значаја, мора се водити рачуна и о начину достављања писмена (аката органа управе у комуникацији са странкама), што је детаљно уређено Законом о општем управном поступку.

Треба поменути и добру управу, као релативно новији концепт опхођења управних органа према странкама, који својим ћутањем неће исходovati одуговлачење поступка, него ће, понашајући се и по неким неправним (*bona fide*) принципима учтивости и пристojности, вршећи своју функцију не само легално, него и одговорно и ефикасно, омогућити странкама ефикасне поступке, достављајући своја писмена поштујући рокове и прописане начине, не само зато што закон тако налаже.

Начини достављања поднесака и друге појединости у овој области свеобухватно су регулисани Законом о општем управном поступку, као и Закон о управним споровима.

4. ВРЕМЕ И МЕСТО ДОСТАВЉАЊА ПИСМЕНА

Законом о општем управном поступку уређено је и када се достављање може вршити. Тенденција је да се заштити, колико је то могуће, лице коме се достављање врши, од узнемиравања у невреме. Зато је предвиђено да се достављање врши само радним данима, и то дању, да

11 Закон о управним споровима, „Службени гласник РС”, бр. 111/2009.

12 Закон о електронском потпису, „Службени гласник РС”, бр. 135/2004.

13 Закон о електронском документу, „Службени гласник РС”, бр. 51/2009.

14 С. Лилић, *Управно право и управно процесно право*, Београд 2010, стр. 441.

се достављање посредством службеног лица не може се вршити недељом ни нерадним данима, односно за време државних празника. „Повреда ове одредбе, међутим, овлашћује странку само да одбије доставу, но, ако исту прими, достава је пуноважна без обзира на односну повреду.”¹⁵

Одредбама ЗУП-а не дефинише се граница између дана и ноћи, али требало би тумачити да је достављање писмена могуће „за видела”, те да се време у периоду од 22 до 4 часа не може подвести под дан.¹⁶

Изузетно је могуће посредством службеног лица извршити достављање и недељом, на дан државног празника или ноћу, ако орган чије писмено треба да се достави то одреди из нарочито важних разлога, односно ако је достављање у недељу неодложно потребно.¹⁷ Насупрот томе, достављање поштом може се вршити сваког дана, без ограничења, дакле, и недељом и на дан државног празника.

Што се тиче места на коме се може извршити достављање, непосредна предаја писмена одређеном лицу врши се тамо где је највероватније да ће се оно наћи, обично у његовом стану, пословној просторији или на радном месту ако је прималац запослен. Када се достављање врши адвокату, онда је то у његовој канцеларији.

Осим тога, достављање се може извршити и ван тих просторија, односно на сваком месту на коме се прималац може наћи (на пример, у ресторану, на пијаци, испред зграде у којој живи), али и на другом, односно било ком месту (на пример, на улици). За тај начин достављања важно је да буде испуњен основни услов, а то је пристанак адресата да прими писмено на том месту.

Став је судске праксе да је неуредна достава, на пример, у продавници коју је адресат издао у закуп, са следећим описом: „Тужени орган сматра да су наводи жалбе неосновани и да нису могли бити уважени имајући у виду одредбу члана 73. Закона о општем управном поступку која предвиђа да се достављање врши у стану, пословној просторији, па како је достављање извршено у пословној просторији, то су наводи жалбоца неосновани. Како је у конкретном случају неспорно да је првостепено решење о утврђивању пореске обавезе тужиоцу достављено тако што је остављено у продавници, коју је тужилац иначе издао у закуп другом лицу, о чему је доставио доказе уз тужбу, то се не ради о уредној достави решења извршеној у складу са цитираном одредбом закона, јер се купац пословне просторије не може сматрати лицем које је запослено код тужиоца у смислу одредбе члана 74. ЗУП-а.”¹⁸

15 Билтен судске праксе Врховног суда Србије, бр. 2/2005, Београд 2005, стр. 457.

16 С. Јанојлић, Г. Станојчић, *Коментар Закона о општем управном поступку*, Пословни биро д.о.о., Београд 2010, стр. 99.

17 *Закон о општем управном поступку*, „Службени лист СРЈ”, бр. 33/1997 и 31/2001 и „Службени гласник РС”, бр. 30/2010

18 Из образложења Пресуде Врховног суда Србије У. 3197/2000 (преузето из: С. Јанојлић, Г. Станојчић, *op.cit.*, стр. 100).

5. НАЧИНИ ДОСТАВЉАЊА

5.1. Посредно достављање

Како је основни циљ достављања да се са садржином писмена упозна сам адресат, изузетно је важно да писмено буде уручено лично адресату, дакле – непосредно. Међутим, пошто то често није изводљиво, могуће је достављање и преко других лица, односно посредно достављање. Оно се врши само када из неких разлога лично достављање није могуће и када се сматра да ће лице коме је писмено предато (и које је обично у блиској вези са адресатом) уредно уручити примаоцу. Дакле, достављање писмена неком другом лицу, а не адресату представља посредно достављање, и то са дејством као да је предаја извршена самом адресату.¹⁹ Такво достављање је могуће извршити само ако законом није предвиђено обавезно лично достављање.

Реч је о ситуацији у којој лице које треба да уручи писмено не затекне адресата у стану или на његовом радном месту. У првој ситуацији, достављање се може извршити и неком од одраслих чланова адресатовог домаћинства. Основни услов у овој ситуацији јесте да у стану треба буде неко од чланова адресатовог домаћинства, да је у питању одрасли члан и да то лице прихвати пријем. Чланом домаћинства сматра се лице које са адресатом чини заједницу живота и становања (на пример, супружник, ванбрачни партнер, деца, родитељи, браћа и сестре...). То свакако не може бити особа која се тренутно налази у стану (на пример, комшија или мајстор). С друге стране, не може се писмено уручити ни одраслом члану домаћинства ако је у таквом стању (под дејством алкохола, дроге, болестан...) да се не може очекивати да ће писмено предати адресату. Међутим, „не сматра се да је решење у управном поступку уредно достављено у смислу члана 74. Закона о општем управном поступку, ако се уместо лицу на чије име решење гласи, уручи његовом оцу као одраслом члану његовог домаћинства, пре него што се покуша достава адресату, и ако то достављање није извршено у стану, већ у просторијама органа.”²⁰

Ако се достављање врши на радном месту адресата, а овај се не затекне у просторијама у којима ради (на пример, на терену је), достављање се може извршити лицу које је на истом месту запослено, ако оно пристане да прими писмено, према члану 74. став 2 ЗУП-а. Такође, достављање адвокату може се извршити и предајом писмена лицу које је запослено у његовој адвокатској канцеларији.

Достављање лицу које није адресат не може се извршити уколико то лице учествује у истом управном поступку са супротним интересима јер такво лице вероватно не би ни водило рачуна о предаји писмена адресату, а често му и није у интересу да писмено буде уручено супротној страни.

19 Билтен судске праксе Врховног суда Србије бр. 2/2005, Београд, 2005, стр. 458.

20 *Ibid.*

Уколико достављач утврди да је адресат одсутан, те да му се писмено не може уручити на време ни посредно, дужан је да неуручено писмено врати органу који га је издао. Битно је да том приликом наведе место и тачну адресу на којој се адресат налази, односно, ако је могуће, колико ће бити одсутан. Зависно од конкретног случаја, орган може сачекати да се одсутно лице врати и поновити достављање, а уколико му је позната адреса на којој лице борави, може покушати достављање на тој адреси.

У пракси Управног суда Хрватске, у пресуди Ус-604/80, заузет је став да „ако је достава првостепеног решења извршена противно одредби члана 87. ЗУП-а, код оцене допуштености жалбе мора се утврдити када је странка стварно примила решење од особе којој је решење било погрешно уручено. Утврђивање тог дана треба извршити на начин који је примерен поједином случају, на пример, суочавањем адресата, односно странке и достављача, графолошким вештачењем, или саслушањем те особе као и сведока”.²¹

5.2. Обавезно лично достављање

Пошто је оптимална ситуација да адресат прими писмено лично, а јасно је и да то често неће бити могуће, законодавац је, у тачно одређеним случајевима предвидео обавезно лично достављање. То су следеће ситуације:

- када је такво достављање одређено ЗУП-ом или другим прописом,
- када од дана достављања почиње да тече рок који се не може продужавати (на пример, за жалбу),
- када то нарочито одреди орган који је наредио достављање.
- Ако достављач не затекне адресата на месту предвиђеном за лично достављање, дужан је да се обавести када и на ком месту може да га нађе. Потом ће му код неког од одраслих чланова његовог домаћинства или, кад је достављање покушано на радном месту, код колеге, односно код лица у адвокатској канцеларији оставити писмено обавештење о пријему писмена. Ако ни тада не успе да изврши достављање, достављач ће на врата стана, пословне просторије, или радног места адресата прибити писмено саопштење о томе где се писмено налази, и тиме ће се сматрати да је достављање извршено.

Достављање писмена може бити извршено и законском заступнику, пуномоћнику или пуномоћнику за примање писмена, уколико их странка има. Достављањем тим лицима сматра се као да је достављање извршено самој странци.

Законом о општем управном поступку дозвољено је да одређена лица могу одбити пријем писмена, али из наведених разлога, који се одnose на време, начин и место предаје.

21 Сајт Управног суда Хрватске, http://www.upravnisudrh.hr/dogadanja/opatija_2007/dostava_bogdanovic.htm, 9. април 2013.

Покрајински заштитник грађана у децембру 2011. дао је свој став поводом повреде правила о обавезном личном достављању пореских решења, и то на следећи начин: „Покрајински омбудсман примио је већи број представки са притужбама на рад Градске пореске управе Нови Сад која је током децембра ове године грађанима доставила решења о утврђивању пореза на имовину за 2010. и 2011. годину. Сви подносиоци представки наводе да су решење о утврђивању пореза затекли у поштанском сандучету и ни у једном од случајева који су нам познати није извршена лична достава, нити је она покушана. Упркос томе, са коверти у којима су била решења уклоњена је повратница и тако су убачене у поштанско сандуче. Међу грађанима који су се обратили Покрајинском омбудсману има оних који су већ измирили обавезе на које се нова решења односе, а неки од њих су први пут добили решења о порезу на имовину (станове) које још нису пријавили у Градској пореској управи.

У поступку утврђивања ове пореске обавезе, Градска пореска управа Нови Сад није имала у виду, с једне стране, да се решења о утврђивању пореза на имовину доносе у поступку у којем је обавезно учешће странке, а с друге стране да се достављање пореских управних аката, па и решења о утврђивању пореза на имовину, врши по правилима личног достављања, која су прописана Законом о пореском поступку и пореској администрацији, односно Законом о општем управном поступку.

Поступак утврђивања пореза на имовину подразумева учешће странке у поступку. Сходно члану 133. став 1. Закона о општем управном поступку странка има право да учествује у испитном поступку и да даје потребне податке и брани своја права и законом заштићене интересе ради остварења циља поступка. Сходно начелу саслушања странке загарантованог одредбом члана 9. Закона о општем управном поступку, пре доношења решења странци се мора омогућити да се изјасни о чињеницама и околностима које су од значаја за доношење решења. У случају непријављене имовине, Градска пореска управа нема све неопходне податке за доношење решења. Висина пореза на имовину се одређује на основу оцене, између осталог, и квалитета предмета опорезивања, о чему Пореска управа не може стећи сазнања без учешћа странке у поступку.

Пореска решења донета уз учешће странке у поступку, странкама се уручују лично. Грађанин својим потписом потврђује преузимање решења и од дана уручења решења, странци почиње да тече рок за подношење жалбе.

Решење којим се решава о правима и обавезама грађана не производи правно дејство без доказа о томе да је извршено лично достављање странци, по правилима пореског, односно општег управног поступка. Дакле, жалбу је потребно подносити само против решења која су лично достављена грађанима и само је у том случају оправдана наплата таксе на жалбу.”²²

22 Сајт Владе Војводине, http://www.vojvodina.gov.rs/index.php?option=com_content&task=view&id=6253&Itemid=1, 9.4.2013.

Врховни суд Србије у пресуди У-2506/95 заузео је став поводом једног начина личног достављања писмена, рекавши да се „сазнање странке за донето решење и његову садржину уподобљава лично извршеној достави, па је то требало имати у виду при одлучивању о благовременисти предлога за обнову поступка окончаног тим решењем”.

Може се рећи да иако акти заштитника грађана или судске пресуде нису формални извори права у нашем правном систему, оне имају изузетан ауторитет, па ће тако вршити утицај и на органе који примењују ЗУП, односно који се баве управноправним питањима.

5.3. Посебни случајеви достављања

У ову групу убрајају се: достављање законском заступнику и пуномоћнику странке, достављање пуномоћнику за примање писмена, достављање државним органима, предузећима и другим правним лицима, достављање осталим лицима, достављање јавним саопштењем, у случају одбијања пријема, као и у случају промене пребивалишта, боравишта или седишта странке у управном поступку, у којим случајевима се примењују одредбе о достављању прописане у члановима ЗУП-а од 78 до 86.

6. ДОСТАВНИЦА

Доставница је потврда о обављеној достави. Уредно састављена доставница има значај јавне исправе. Због тога приликом достављања сваког писмена мора бити потписана доставница коју достављач враћа органу и која се улаже у спис конкретног управног предмета, како би службено лице које води управни поступак могло да види из ње да ли је достава обављена, како је, коме и када обављена, коме је писмено предато и ко је доставу обавио.²³ Пример доставнице, односно потврде о извршеном достављању дати су у Анесу овог рада.

Доставница се сачињава по прописаном обрасцу чију форму утврђује орган управе надлежан за старање о спровођењу Закона о општем управном поступку (чл. 289 ЗУП-а). Код нас је још увек важећи Правилник о обрасцима аката у управном поступку²⁴ из 1999. године, који је донело Савезно министарство правде.

У пракси наших управних органа, осим предвиђених образаца, приликом достављања, као доказ о извршеном уредном достављању, често служи и потпис лица коме је писмено упућено на самом акту који му се упућује, а који је претходно послат у два примерка.

Од новијих аката у вези са достављањем, у нашем правном систему постоји *Правилник о начину достављања и обрасцу пријаве и ошражи-*

23 Ј. Бајт, Љ. Ивасовић, М. Коморчећ, *Управни поступак и управни спорови у примјени*, Загреб 1999, стр. 101.

24 *Правилник о обрасцима аката у управном поступку*, „Службени лист СРЈ”, бр. 8/1999

вања досјелих неизмирених обавеза друштвених предузећа по извршеним пресудама за пошраживања из радних односа²⁵ из 2012. године, који је донео министар економије и регионалног развоја. Ову пријаву је требало доставити се Агенцији за приватизацију, и то до 5. августа 2012. године, тако да овај правилник више не важи.

Правилно попуњена доставница садржи потпис примаоца и достављача. Прималац је дужан да на одговарајућем обрасцу доставнице својеручно, и то словима, а не бројевима, назначи дан пријема,²⁶ а затим својим потписом на доставници потврди пријем писмена које му се уз доставницу уручује. Достављач такође потписује доставницу, чиме потврђује да је означеног дана на доставници предао писмено примаоцу.

Значај овог одређења је у томе што од овог датума почињу да теку процесни рокови – за улагање правног средства против писмена које се уручује.²⁷ У пракси, због незнања, веома често сам достављач уписује датум уручења, што доводи у питање правну ваљаност доставнице и њену доказну снагу.²⁸ Ако се одређени рок по закону рачуна у сатима, у доставници ће се означити и час уручења.

Достављач ће поступити према одредбама ЗУП-а ако је прималац неписмен или не може да се потпише на доставници, односно ако прималац одбије да је потпише.

Када је достављање извршено неком одраслом члану домаћинства адресата, односно лицу које је запослено код адресата – односно ако је писмено предато лицу у његовим пословним просторијама, достављач ће на доставници означити лице којем је писмено предато и однос у коме се то лице налази према „примарном” адресату писмена. Лице коме је писмено предато својеручно ће потписати доставницу.²⁹

Захваљујући развоју модерних технологија, и све већем коришћењу погодности интернета и електронске комуникације, развија се нови вид доставнице – у електронској форми, што је повезано са могућим злоупотребима, које треба предупредити.

7. ГРЕШКЕ И ПРОБЛЕМИ У ДОСТАВЉАЊУ

При свакој фактичкој радњи достављања писмена, као и при сачињавању доставнице, може бити направљена грешка. Доставница као јавна исправа не може садржати необориву претпоставку да је достава

25 Правилник о начину достављања и обрасцу пријаве њиховаживања досјелих неизмиренних обавеза друштвених предузећа по извршеним пресудама за њиховаживања из радних односа, „Службени гласник РС”, бр. 57/2012

26 Закон о оийишем уйравном йосйуйуку, „Службени лист СРЈ”, бр. 33/1997 и 31/2001 и „Службени гласник РС”, бр. 30/2010, чл. 87. ст. 1.

27 С. Ивановић, *Коментар Закона о ојшћем ујравном јосћујуку – са судском јрак-
сом*, Подгорица 2005, стр. 199.

28 *Ibid.*

29 *Ibid.*

уопште извршена предајом писмена адресату нити да је достављање извршено по закону. Могуће су грешке при достављању у именима, бројевима и датуму.

Два најважнија податка на доставници јесу име лица коме је писмено предато и дан када је то извршено. Пошто су могуће грешке при уписивању тих података на образац доставнице, треба прописати када се сматра да је достављање извршено ако се том приликом поткрала нека грешка. Тако ће се сматрати да је достављање писмена извршено оног дана за који се утврди да је лице коме је писмено намењено стварно добило то писмено.

Последица грешке у достављању може бити став да достављање није извршено. Међутим, до такве последице не мора увек доћи. Неће постојати таква последица ако је лице коме је писмено намењено стварно добило писмено. Дакле, ако је при достављању учињена грешка, битно је да се утврди да ли је и када адресат примио писмено које му је требало доставити.

И обрнуто, када се не може утврдити да је адресат примио писмено, сматраће се да достављање није извршено, без обзира на погрешно извршено достављање.³⁰ Пример за ту ситуацију јесте – када је решење које је требало обавезно лично доставити странци достављено настојнику зграде.³¹ У том случају, учињена је грешка у достављању, па се због тога морало утврдити да ли је и када настојник зграде предао решење адресату. Узима се да је тог дана извршено уредно достављање, па од тада почиње да тече рок за употребу правног средства. Ако би се, пак, утврдило да настојник није предао решење адресату, односно, ако се не може утврдити да је предаја адресату извршена, сматраће се да достављање уопште није извршено.

Посебан проблем приликом достављања представља и евентуални договор између достављача и адресата, у ситуацији када адресату не одговара пријем писмена, те му достављач „изађе у сусрет” и достављање не изврши, уз навођење неког разлога, који би, да постоји, био оправдан. Достављање писмена у свим правним поступцима представљало је одувек болну тачку правног система. Упркос чињеници да је ова процесна радња одувек била детаљно регулисана, достављање је у пракси изазивало велике проблеме и знатно утицало на дужину трајања поступка.³²

С обзиром на то да у Србији достављање писмена представља велики проблем у свим правним поступцима, овој теми треба посветити више пажње. Неопходно је детаљније истражити узроке и понудити нова, можда оптимална решења овог проблема, али уз свеобухватну анализу евентуалних последица.

30 Х. Козарчанин, М. Косавац, *Коментар Закона о ојшћем уйравном йосћуйку*, Правно-економски центар, Београд 1989, стр. 113.

31 *Ibid.*

32 Александар Радованов, „Битне карактеристике достављања”, *Гласник Адвокајске коморе Војводине*, бр. 1, 2012, стр. 3.

Тако се може говорити о установљавању правне фикције у овој области, са циљем ефикаснијег одвијања поступка. Ако би се као правило установила одредба да ће се у случају одређеног броја неуспелих покушаја достављања (уручења писмена адресату) сматрати да је достављање извршено, то би створило извесно растерећење поступка, краткорочно посматрано. У том случају, странка би накнадно могла тражити повраћај у пређашње стање (*restitutio in integrum*) или би накнадним улагањем жалбе покушала да исходује повољнију ситуацију за себе. Слично решење прихваћено је у Изменама Закона о пореском поступку и пореској администрацији из новембра 2012. године, али уз навођење само претпоставке о уручењу, не узимајући у обзир стварне покушаје достављања.

Осим тога, наше законодавство треба ускладити са европским, у смислу уважавања и евентуалне имплементације одређених норми које би биле корисне у нашем праву. Зато би било важно сагледати праксу Европског суда правде и Европског суда за људска права. Њихова деценијска пракса свакако би била корисна и за српско право.

8. ДОСТАВЉАЊЕ У НАЦРТУ НОВОГ ЗАКОНА О ОПШТЕМ УПРАВНОМ ПОСТУПКУ

Нацрт Закона о општем управном поступку, који се налази у фази јавне расправе, садржи приближно исту садржину као и тренутно важећи. Бар је систематизација слична. Одредбе о достављању претрпеле су знатне промене у односу на тренутно важећи закон.

Пре свега, више се не користи термин достављање него обавештавање. То је битна разлика у односу на досадашње решење, с обзиром на то да је достављање у управном поступку правна радња изузетног значаја, од које зависи даље одвијање поступка, од које почињу да теку рокови итд., а обавештавање је фактичка радња, и то – фактичка радња која само може евентуално претходити достављању, а не може га заменити. У Нацрту новог закона о општем управном поступку, достављање је представљено само као један вид обавештавања, и то формално обавештавање.

Предвиђено је и то да када је странка присутна (присутност вероватно значи физичко присуство странке у просторијама органа који води поступак), обавештавање се врши усмено или коришћењем другог погодног вида комуникације, а изузетно, хитна и кратка обавештења се могу упутити телефонски, о чему ће се сачинити службена белешка.³³ Овде чуди да ће орган само у случају телефонског обавештавања странке сачинити службену белешку о томе, што није предвиђено за усмено обавештавање. Захваљујући таквој одредби, могуће су злоупотребе, па

33 Нацрт закона о општем управном поступку, чл. 75. ст. 3, сајт Министарства правде и државне управе, <http://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>.

би се орган могао позивати на обавештеност странке, која обавештење уопште није примила.

Као новина, предвиђено је и „обавештавање електронским путем”, и то слањем електронског документа на адресу за електронску пошту или другим електронским путем у складу са посебним законом или другим прописом. То се чини као добра идеја, међутим, како у Србији још увек нису заживели електронски документ и електронски потпис, чини се да би таква одредба морала бити пажљиво размотрена да би се избегао зачарани круг који би се створио у случају примене тих одредаба. Поставља се питање да ли би орган управе прво требало да регулише питање електронског документа, па тек онда да га шаље, а то би онда значило одуговлачење краја поступка.

Ово су само неке од новина Нацрта закона о општем управном поступку, на које се могло указати у светлу теме овог рада. Свакако, за похвалу је рад на измени Закона о општем управном поступку, а јавна расправа и учешће стручњака из области управног права вероватно ће довести до најбоље могуће верзије овог изузетно важног закона.

Кроз исту фазу – фазу јавне расправе – пролази и црногорски Нацрт закона о општем управном поступку, чини се са доста сличним попуњеним решењима и различитим образложењем у односу на српски Нацрт овог закона.

9. ЗАКЉУЧАК

Достављање је изузетно значајна радња у управном поступку. Захваљујући њој, као што је већ наведено, почињу да теку разни рокови, али је најбитније то што захваљујући уредном достављању управни поступак може да се одвија ефикасно, а о управној ствари може да буде одлучено у врло кратком року. У том смислу, достављање се може посматрати као радња која се може предузети са мало тешкоћа, или без њих, са изузетним резултатима. С друге стране, уколико та незахтевна радња не буде ефикасно спроведена, долази до одуговлачења управног поступка, незадовољстава и органа, али и странке, застоја у раду службеника, којима се гомилају нерешени предмети, застоја у раду управног органа, успоравању правног система, а све то има последице на конкретан догађај у животу појединца, који је требало да буде решен.

Битно је да се поштују одредбе о времену и месту достављања јер се на тај начин постиже највећи степен уручења писмена. Потом, врло је важно обратити пажњу на одредбе о посредном, обавезном личном достављању, као и на посебне случајеве достављања, имајући у виду да су у овој области могуће многе злоупотребе, које би или одуговлачиле поступак или би довеле до његовог погрешног окончања.

С обзиром на то да се све радње, па и достављање као једна процесна радња, обављају са циљем ефикасног окончања управног поступка,

како би се решило о одређеној управној ствари, то је и значај доставнице изузетан. Наиме, она представља доказ о извршеној достави, па постоји и претпоставка да је странка, уколико је примила неко писмено, упозната са његовом садржином, те може и да предузме одређене радње. У супротном, ако постоји доказ о уредној достави а странка се пасивно понаша, то значи да је у питању њена воља да се тако понаша. У том случају она сноси последицу свог нечињења, па јој самим тим нису угрожена права, односно поштовано је начело заштите права грађана. Зато је изузетно важно поштовати правила о попуњавању и садржини доставнице, којима су детаљно уређене разне могуће ситуације како се не би дешавале злоупотребе.

Уредно извршено достављање неког поднеска има велики значај јер може да растерети целокупан правни систем, а не само једног службеника и једну странку. То појединачно достављање јесте ситница која може бити проблем, али ако имамо више „нереализованих достављања“, то постаје проблем који оптерећује правни систем.

Посебно треба обратити пажњу на поменуте „договоре“ достављача и адресата како се не би дешавало да се писмено изузетно дуго времена не може уручити, ни мање ни више, него адресату који борави у месту свог регистрованог пребивалишта, здрав и у пријатеским односима са достављачем. Пошто су и достављачи запослени у органу управе који води поступак, требало би их посебно упозорити, али и освежавати им знање о њиховим обавезама, како би доприносили ефикасности поступка, а не супротно.

Од значаја може бити и имплементација одређених, за наш правни систем прихватљивих норми европског права, како бисмо усвајањем нових идеја растеретили наш управни поступак тако што бисмо достављање учинили ефикаснијим.

*Nada Dragić, MA**

DELIVERY IN ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS WITH SPECIAL REGARD TO THE NEW DRAFT LAW AND EUROPEAN STANDARDS

Summary

The recognition and exercise of individual and collective rights represents the main goal of every legal system in the majority of developed countries around the world. On the other hand these important goals could not be achieved if it were not for the institute of delivery through which people are informed about their rights, responsibilities and obligations. For this very reason the subject of

* Nada Dragić, MA. PhD candidate, Faculty of Law University of Belgrade.

delivery is not just of great importance for the Administrative procedures, but also one of key features of every legal system, that allows it to function relatively efficiently and to fulfill its purpose. There is not a slightest doubt that the process of delivering important administrative and other legal acts and a variety of documents, to interested parties, represents an action of utmost importance in every single sort of legal and administrative proceedings. It is a way through which, an interested parties, whose rights, obligations or interests based on law are concerned, become informed about the existence of any act or decision by public authority, that regards them and their rights. The act of precise and regular delivery is a unavoidable perquisite, necessary for the procedure to start or to continue through its course. The purpose of this procedural action is to inform the addressee about the content of a writing, so that he could be alerted and enabled to take necessary actions in order to timely protect his or hers rights. From the moment of delivery different deadlines are in effect, but if the whole action is done in regular and precise manner time consuming delays would be avoided and a final decision in Administrative procedure could within in reach in no time. Therefore this relatively undemanding but significant action (delivery), could work wonders if properly exercised by the authorities, while on the other hand it could lead to serious ramifications for Public Administration, legal system as a whole, citizens involved and their rights, if that would not be the case.

Key words: Legal institute of delivery. Draft of the new law. Frequent mistakes.

ОПОЗИВОСТ ПОНУДЕ У КОНТЕКСТУ ЕВРОПСКЕ ПРАВНЕ ТЕОРИЈЕ

Апстракт

Предмет овог рада је опозивост понуде, односно питање да ли се правно дејство понуде може прекинути накнадном изјавом понудиоца. Одговор на то питање зависи од многих околности, али су од нарочито значаја темељни правни принципи и традиционална учења која леже у основи правнотеоријског појма понуде у одређеном националном праву. Главне дилеме које се јављају у вези са дејством и правном природом понуде изложена су у ујоредноправној и догматској анализи најкарактеристичнијих европских националних правних система, са посебним освртом на однос српског права према традиционалним европским доктринама.

Кључне речи: *Правна дејства понуде. Опозивост понуде. Предуговорна одговорност. Culpa in contrahendo. Закључење уговора.*

1. УВОД

Сагласност воља је главни елемент савременог појма уговора и прва чињеница која се захтева за настанак сваког конкретног уговорног односа. Остали услови који се траже за настанак уговора имају, у поређењу са сагласношћу, претходни и технички карактер; стране морају бити способне да уговарају, мора се поштовати прописана форма, мора постојати предмет сагласности и сагласност мора бити заснована на одређеним очекивањима страна. Насупрот томе, динамика закључења уговора своди се на постизање сагласности. Често ће бити случај да се постигнута сагласност може раздвојити на две изјаве – изјаву понуде¹ и изјаву прихвата. Гледано уназад, уговор је настао у једном тренутку и конзумирао је те две изјаве, али иако се закључење уговора везује за један одређен моменат, што има кључну важност за одређивање његових дејстава у времену, настајање уговора ипак обухвата један шири период у којем су странке преговарале. Правна дејства понуде испољавају се само у времену које претходи закључењу уговора, а уз то, можда и у самом тренутку њеног прихвата, али тада се већ може говорити о томе

* Милош Вукотић, студент треће године основних студија Правног факултета Универзитета у Београду.

1 О појму понуде вид. уместо многих: Миодраг Орлић, *Закључење уговора*, Институт за упоредно право, Београд 1993, 125–128.

да је уговор оживео, па ће се одговорност странака процењивати према редовним уговорним критеријумима.

Осим основног дејства понуде да створи могућност на страни понућеног да једностраном изјавом закључи уговор, понуда испољава и друга дејства која служе томе да се још у току преговора, када странке још нису преузеле на себе главне уговорне обавезе, одржи поверење међу њима и примени начело савесности и поштења. Пре свега, ту је реч о неопозивости учињене понуде и одговорности због недозвољеног опозивања, али и о другим видовима одговорности због неоправданог опозивања понуде чак и када је опозив начелно дозвољен. У европским националним правима постоје крупне разлике, али у свима се признаје одређени вид одговорности у вођењу преговора па се понекад могу помешати правила о неопозивости понуде са правилима о одговорности за штету у преговорима (*culpa in contrahendo*).

2. ОПОЗИВОСТ ПОНУДЕ

Када је реч о могућности опозивања понуде, на нивоу принципа, постоје само два одговора: или се прихвата начелна опозивост или начелна неопозивост односно обавезност понуде.² Први одговор је карактеристичан за англосаксонска и романска права, а други за германски правни круг. Сва права дозвољавају извесна одступања од начелног става, зависно од тога како се вреднују различити циљеви правне политике, али општа тежња развоја права иде у смеру обавезивања понудиоца како би се задовољиле трговачке потребе за извесношћу и поуздањем у промету.

2.1. Опозивост понуде као начело

У енглеском праву понуда се може опозвати начелно увек, све до момента када њеним прихватањем настане уговор.³ Не постоје никакве правне обавезе пре прихватања понуде тј. настанка уговора, тако да понудилац није везан понудом чак ни када изјави да ће је одржати извесно време, осим ако о томе не закључи посебан уговор.⁴ Разлог је у специфичном историјском развоју енглеског права и значају који се

2 Упор. Слободан Перовић, *Облигационо право*, Савремена администрација, Београд 1990, 272.

3 William R. Anson, Arthur L. Corbin, *Principles of the Law of Contract*, Oxford University Press, New York 1919, 50–51; Frederick Pollock, *Principles of Contract: At Law and in Equity*, Stevens and Sons, London 1878, 8; Јаков Радишић, *Облигационо право*, Номос, Београд 2008, 94; Јакша Барбић, *Склапање уговора по Закону о обвезним односима*, Информатор, Загреб 1980, 43. Најстарији случај у којем је потврђено правило о опозивости понуде је *Payne v Cave* (1789) 3 TR: понудилац на аукцији је повукао своју понуду пре него што ју је аукционар прихватио ударцем чекића. Правило да је аукцијска продаја закључена када аукционар удари чекићем или да други уобичајени знак, те да понудиоци све до тог момента могу повући своје понуде, кодификовано је у *Sale of Goods Act* (1979), s57(2).

4 Cheshire, Fifoot, Furmston, *Law of Contract*, Oxford University Press, Oxford 2006, 72–73; J. Barbić, *op. cit.*

придаје доктрини о узајамности (doctrine of consideration).⁵ Енглески судови доследно заступају становиште да понуда, као једнострана изјава воље за коју се не добија никаква противчинидба, којој дакле недостаје consideration, не може стварати обавезе.⁶ Из истог разлога, енглеско право не познаје обавезе из обећања учињеног јавности у смислу обавезивања једностраном изјавом воље, које је признато у континенталном праву. Због тога се радње трећих лица које су предузете у поуздању у јавно обећање сматрају прихватањем понуде, тако да је обећавалац одговоран на основу уговора.⁷

Да би понуда била делотворно опозвана, захтева се да опозив буде саопштен понуђеноме.⁸ Енглеско право за саопштавање понуде и њеног опозива прихвата правило приспећа, међутим на прихватање понуде примењује се правило одаслања (*postal rule*).⁹ На тај начин, понудилац преузима ризик задоцнелог слања изјаве о опозиву, а понуђени може да буде потпуно сигуран да је понуду прихватио ако је прихват одаслао пре него што му је стигао опозив. Понуђени се заправо налази у ситуацији као да је понуда учињена *inter praesentes*. На извешан начин, то правило је корекција крутог начелног става да је понуда увек опозива¹⁰ јер понуђени, када шаље свој одговор, може рачунати на претпоставку да понуда није опозвана. Разлог је у томе што понуде најчешће не бивају опозване, па понуђени може да сматра да слањем изјаве о прихвату испуњава очекивања понудиоца, док се понудилац не може ослонити на сличну претпоставку када шаље изјаву о опозиву.¹¹ Принцип је потврђен у случају *Byrne v Van Tienhoven*,¹² у којем је пресуђено да је уговор закључен иако су понуђени послали изјаву о прихватању након што су понудиоци послали изјаву о опозиву, а пре него што је та изјава стигла понуђенима. Судија Линдли (*Lindley*) посебно је истакао да би другачије решење било крајње неправично и непрактично јер се

5 О настанку и развоју доктрине узајамности вид. Атила Дудаш, „Пружање правне заштите уговорним обећањима у англосаксонском праву – настанак института consideration-a”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Сагу* 3/2008.

6 *Routledge v Grant* (1828) 6 LJCP 166.

7 *Carlill v Carbolic Smoke Ball Company* (1893) EWCA Civ 1; Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, Oxford 1996, 572–573.

8 Cheshire, Fifoot, Furmston, 73.

9 М. Орлић (1993), 161–164; Cheshire, Fifoot, Furmston, *op. cit.* Правило је први пут признато у чувеном случају *Adams v Lindsell* (1818) EWHC KB J59, а касније је потврђено у серији случајева: *In re Imperial Land Company of Marseilles, ex parte Harris* (1872) Law Rep. 7 Ch. App. 587; *Dunlop v Higgins* (1848) 1 H.L.C. 381; *Henthorn v Fraser* (1892) 2 Ch 27.

10 Младен Драшкић, *Закључење уговора о купопродаји*, Институт за упоредно право, Београд 1972, 82, 98.

11 Cheshire, Fifoot, Furmston, *op. cit.*: „To post a letter was a sufficient act of acceptance, since the offeree was entitled to assume that he thereby satisfied the expectations of the offeror. The offeror, when he decided to revoke, could rely on no such assumption.”

12 *Byrne v Van Tienhoven* (1880) 5 CPD 344.

понуђени никада не би могао ослонити на то да је понуду прихватио, већ би морао да чека док не буде извесно да опозив није у међувремену послат.

Иако енглеска јуриспруденција не одступа од захтева узајамности, наслеђене правне традиције, од којих се такође не одступа, у великој мери релативизују став да је свака понуда опозива и да једнострано обећање не обавезује. Наиме, енглеско право и данас познаје формалне уговоре, *contracts under seal*, у којима форма замењује *consideration* и који се могу утужити без доказивања противнакнаде (апстрактни су у односу на *consideration*). Зато је могуће учинити формалну понуду која ће бити обавезујућа од тренутка када је форма испуњена, дакле, чак и пре него што је саопштена адресату.¹³ У овом случају искључено је чак и повлачење понуде – одустајање од понуде пре него што је понуђени уопште сазнао за њу, тј. пре него што је једнострана изјава почела да делује као понуда. Ту је реч о преживелом формализму који нема ништа заједничког са савременом идејом сагласности воља.¹⁴

Све што је речено за енглеско право, важи у основи и за америчко право.¹⁵ Понуда је увек опозива јер јој недостаје *consideration*, одређени рок тече у корист обе стране, те изричита изјава о неопозивости такође не чини понуду неопозивом.¹⁶ Понуда је неопозива ако је учињена *under seal* или ако је о томе закључен уговор о опцији, као модификација основног уговора или као посебан споредни уговор; изјава о опозиву у случају такве понуде не производи дејство.¹⁷ Коментаришући предлоге извесних теоретичара да би понудилац који је закључио споредни уговор о опцији требало да буде одговоран за накнаду штете ако ипак опозове понуду, Вилистон (*Williston*) каже да нема разлога да се такви споразуми не извршавају принудно, те да понудилац одговара за целокупни уговорни интерес.¹⁸ Такав став је логична последица уговорног карактера понудиоачеве обавезе, он је дужан да изврши своју обавезу у потпуности, тако да ће уговор бити закључен благовременом једностраном изјавом понуђеног па нема места накнади штете због незакључења уговора. Другим речима, када је понуда неопозива, понудилац нема правну могућност да прекрши своју обавезу, понуђени може да доведе до закључења уговора и тиме је обавезност понуде поштована.

13 W. R. Anson, A. L. Corbin, 52–53; М. Драшкић (1972), *op. cit.*

14 W. R. Anson, A. L. Corbin, *op. cit.*

15 Са изузетком §2–205 Једнообразног трговачког законика (*Uniform Commercial Code*, 1978) којим је предвиђено да су понуде трговаца за купопродајне уговоре неопозиве, и то под условом да су учињене писмено и да је неопозивост изричито гарантована. Такве понуде су неопозиве за одређено или разумно време, а најдуже до три месеца. Као што се види, примена тог правила врло је ограничена.

16 Samuel Williston, *The Law of Contracts*, vol. I, Baker, Voorhis & Co, New York 1920, 94–95.

17 *Ibid*, 106–107.

18 *Ibid*.

2.1.1. *Promissory Estoppel*

Најзначајније идејно одступање у англосаксонском праву од правила да је бесплатно обећање увек опозиво остварује се применом установе засноване „у правичности” – *promissory estoppel*. У америчком праву *promissory estoppel* је кодификовано у збирци уговорног права, *Restatement of Contracts*, као правило које не дозвољава обећаоцу да одустане од обећања ако је могао да очекује да ће прималац обећања делати у поуздању у обећање и ако се неправичност може избећи једино испуњењем обећања.¹⁹

У енглеском праву тај институт је установљен у неколико судских одлука, од којих су прве и најзначајније *Hughes v Metropolitan Railway Co.* (1877)²⁰ и *Central London Property Trust, Ltd. v High Trees House, Ltd.* (1947).²¹ У првом случају, закуподавац је прећутно продужио рок у којем је купац био дужан да изврши извесне оправке, тако што је ушао у преговоре са купцем о продаји закупљеног имања. У другом случају, закуподавац се одрекао дела годишње закупнине због тога што купац није могао да оствари довољан профит у ратним условима. Обе концесије купцима биле су бесплатна обећања, па су закуподавци у оба случаја имали правну могућност да их опозову. Међутим, будући да су се купци поуздали у обећања закуподаваца и да су се понашали у складу са њиховим очекивањима, суд је обећања сматрао обавезујућим на основу правичности.

Врло је интересно и значајно да се америчка теорија о *promissory estoppel*-у мењала током 20. века. У време када је састављан Први ристејтмент, проф. Вилистон и други теоретичари видели су *promissory estoppel* као правно средство засновано на обећању, а не на поуздању изазваном код примаоца обећања.²² Што ће рећи, разумевање те установе било је ближе немачком схватању обавезивања на основу једностране изјаве воље, него идеји да онај ко своје обећање повуче треба само деликтно да одговара за рушење поверења. Сходно томе, накнада која се могла добити на основу *promissory estoppel*-а одговарала је позитивном уговорном интересу (*expectation interest*). Насупрот том ставу, проф. Гилмор (*Gilmore*) тврдио је да се *promissory estoppel* заснива на поуздању, тако да накнада која се по том основу може добити треба да одговара накнади због неоствареног очекивања (*reliance interest*), тј. негативном уговорном

19 §90(1) *Restatement (Second) of Contracts* (1979); упор. §90 *Restatement (First) of Contracts* (1932); за разлику између два ристејтмента вид. Marco J. Jimenez „The Many Faces of Promissory Estoppel: An Empirical Analysis Under the Restatement (Second) of Contracts”, *UCLA Law Review*, Vol. 57, No. 3, 2010, 682–683. Први ристејтмент, у складу са поменутиим становиштем проф. Вилистона, није омогућавао да се накнада ограничи на износ мањи од пуног уговорног интереса, али је зато и захтев за примену *estoppel*-а био строжи.

20 *Hughes v Metropolitan Railway Co* (1877) LR 2 App Cas 439 UKHL 1.

21 *Central London Property Trust Ltd v High Trees House Ltd* (1947) KB 130.

22 M. J. Jimenez, 677–678;

интересу.²³ Судска пракса се није определила за једно од та два решења, већ судови разматрају случајеве *promissory estoppel*-а захтевајући да се утврди и обећање и изазвано поуздање,²⁴ будући да оба елемента имају своју улогу не само у деликтној одговорности него и у уговору. Досуђивање пуне накнаде (*expectation interest*), стављање примаоца обећања у ситуацију у којој би био да је обећање извршено, однело је превагу над негативним интересом, иако Други ристејтмент изричито уводи могућност ограничавања накнаде.²⁵ Међутим, у конкретном случају, све ће зависити од процене суда, тако да се не може унапред поуздано знати обим одговорности даваоца обећања.

Promissory estoppel је значајан за континентално право утолико што показује да се сличне дилеме јављају у једном другачије структурисаном правном систему, а расправе које се поводом њих воде имају општи значај за правну теорију. Неспорно је да се мора дати сатисфакција лицима која су се поуздали у обећање, али врло је проблематично правно квалификовати одговорност за дато обећање.

2.2. Ојозивост њонуде као ѡређијоставка

Као ни англосаксонско право, француско право не сматра понуду обавезујућом. У складу са римском правном традицијом, настанак обавеза се везује за тренутак када је уговор закључен, док се пре тога сматра да преговарачи нису преузели никакве обавезе. Једностране изјаве воље по правилу не обавезују. С друге стране, када понудилац одреди рок и обећа да у том року неће опозвати понуду, понуда постаје неопозива. На жалост праксе, а на срећу теорије, француски Грађански законик не садржи правила о понуди, тако да постоји више објашњења правне природе неопозиве понуде.²⁶

Када је опозив дозвољен (ако понудилац није одредио рок или он не произлази из околности у којима је понуда учињена), понудилац ипак може деликтно да одговара за опозивање понуде ако понуђени докаже да је понудилац скривљено поступао у опозивању понуде.²⁷ Као пример се наводи један случај из 1870. године када је понудилац погрешно адресовао понуду и тиме изазвао одлагање у њеном достављању, па је опозвао понуду пре него што је понуђени могао да одговори.²⁸ Суд је сматрао да је понудилац крив за незакључење уговора због грешке у адресовању (*culpa*) и да треба деликтно да одговара.

23 *Ibid.*

24 *Ibid.*, 701–702.

25 *Ibid.*, 708–711.

26 М. Орлић (1993), 191–192; М. Драшкић (1972), 84.

27 Rudolf B. Schlesinger, Pierre G. Bonassies, *Formation of Contracts: A Study of the Common Core of Legal Systems*, Vol. I, Oceana Publications, Dobbs Ferry N.Y. 1968, 771; М. Драшкић (1972), 86.

28 Bordeaux, 17. јануар 1870, S. 1870.2.219, цитирано према: R. B. Schlesinger, P. G. Bonassies.

Решење је другачије када се понудилац обавезе, било изричито, било прећутно, да одржи понуду у извесном периоду. Тада ће понуда остати подобна за прихватање независно од накнадних покушаја понудиоца да је опозове. Изјава о опозиву у том случају неће производити дејство, те ако понуђени прихвати понуду у остављеном року, француски судови сматрају да је уговор пуноважно закључен.²⁹ Захваљујући том режиму, понуда је заиста неопозива и понуђени може без резерве да се у њу поузда.

Насупрот томе, извесни француски теоретичари сматрају да је понуда опозива чак и ако се понудилац изјавом воље одрекао права да је опозове. Тако Планиол и Рипер (Planiol-Ripert), Лаборд и Лакост (Laborde-Lacoste) сматрају да би понудилац био одговоран за накнаду штете, али да уговор не би могао пуноважно да настане јер се за то, према самом појму уговора, захтева једновремена сагласност воља.³⁰ Међутим, захтев једновремене сагласности уопште не може да постоји у данашњем праву јер би поткопао сигурност правног промета између одсутних лица. Када би се тај захтев потпуно поштовао, изјављени опозив би спречавао настанак уговора све и да не стигне понуђеном или да стигне доцкан. С друге стране, не треба сматрати да је понуђени не-савестан ако прихвати неопозиву понуду иако је током њеног трајања примио опозив. Ако су се околности толико измениле да је уговор постао неправичан, може се применити редовно правило о раскиду уговора због промењених околности. С тим у вези, требало би утврдити да ли се уговор може раскинути и због промењених околности које су настале после одашиљања понуде, а не само после закључења уговора.³¹ За то не постоје никакве начелне препреке јер, иако је уговор закључен тек приспећем изјаве о прихвату, очитовање воље понудиоца је дефинитивно изражено раније, тако да он од тада сноси ризик, под условом да уговор заиста буде закључен.

Доследно инсистирање на аутономији воље није од помоћи када се воље преговарача разликују. Тада би се морало поставити питање – кога фаворизовати или ко је крив за настали неспоразум.³² Начело сигурности захтева да се изјаве воље објективизују како би се испунила основна очекивања правних субјеката.³³ Неопозива понуда треба да задржи своје основно дејство упркос „опозивању”, а одговорност за опозивање понуде која јесте опозива треба у целини пренети на терен редовне деликтне одговорности у преговорима.

29 R. B. Schlesinger, P. G. Bonassies, 773–775.

30 Цитирано према: М. Драшкић (1972), 84.

31 Упор. Ј. Радишић, 95, где проф. Радишић предлаже могућност да се изузетно, због промењених околности, допусти опозив неопозиве понуде.

32 Упор. М. Драшкић (1972), 49–52.

33 Као што Драшкић елегантно каже: „Одржавање изјаве која је у свом објективном смислу различита од жељеног прихватљиво је само ако се дејствително ослонио на изјављени смисао.” *Ibid*, 51.

У недостатку законског прописа, када постоји идеја да једностране изјаве воље не треба да обавезују, француска правна теорија је на више начина покушала да утемељи и објасни правила о одговорности за опозив понуде. Ти покушаји нису значајни само за разумевање француских решења већ уједно постављају оквир расправе о правној природи и дејствима понуде у свим континенталним правним системима.

Настојећи да сачува претпоставку да обавезе не настају из једностране изјаве воље Демоломб (*Demolombe*) разрадио је теорију о претходном уговору као основу одговорности за опозив понуде. Када понудилац одреди рок у којем ће одржати понуду, он у ствари даје две понуде: понуду главног уговора и понуду да главну понуду одржи отвореном извесно време. Пошто је друга понуда искључиво у корист понуђеног, може се сматрати да је он прихвата ћутањем и да је тиме закључен уговор о неопозивости главне понуде.³⁴ Рани покушаји да се објасни обавезност понуде у немачком праву ишли су истим путем. Тако је Регелсбергер (*Regelsberger*) говорио о додатном уговору о одрицању од опозивости.³⁵

Међутим, питање је у којој мери то схватање одговара стварности. Наиме, понуда увек остаје једнострана изјава воље, на пример, ако понуђени тражи продужење рока за разматрање понуде а понудилац остане при првобитном року, неће се сматрати да је понуда опозива. Када би рок у којем је понуда отворена био предмет уговора, сваки предлог понуђеног да се одреди дужи рок представљао би противпонуду уговора о неопозивости понуде, па би понуда била опозива док се споразумно не утврди рок.³⁶ На једном теоријском и апстрактном нивоу, могуће је посматрати понуду кроз призму уговора, али то је ипак сувише удаљено од интуитивног схватања понуде, прилично компликовано и, што је најважније, не указује на суштину понудиоачеве обавезе. Треба утврдити да ли понуда као једнострани предлог обавезује даваоца; насупротив томе, ако се прихвати конструкција понуде која садржи уговор о њеној неопозивости, проблем се избегава једном натегнутом догматском конструкцијом.

Упркос реченом, многи француски теоретичари прихватају да је идејом о предговору може да се објасни природа неопозивости понуде.³⁷ Она је нарочито погодна да се објасни зашто суд може да принуди понудиоца на закључење уговора, јер би се ту радило о редовном утуживању уговорне обавезе.³⁸

34 М. Орлић (1993), 192–196.

35 *Ibid.*, 210–212.

36 С друге стране, ако се прихвати претпоставка прећутног саглашавања са понудама које су у интересу понуђеног, могло би се тврдити да је понуђени прихватио првобитни рок, па да сад нуди измену уговора о року.

37 М. Орлић (1993), 195–196.

38 R. B. Schlesinger, P. G. Bonassies, 776.

2.2.1 Деликтна одговорност

Други покушај да се објасни одговорност понудиоца ишао је путем деликтне одговорности. Прво Потје, а затим и многи други француски теоретичари, сматрали су да понудилац, који начелно има право да опозове понуду, одговара за штету која тиме настане на страни понуђеног.³⁹ Ту се као проблем наводи дозвољеност изјаве о опозивању понуде – ако је опозив дозвољен, недостаје услов противправности штетне радње.⁴⁰ Ипак, не треба инсистирати на објективној противправности. Противправност као строго објективан појам, који означава радњу која се коси са законским наредбама, није много корисна за утврђивање субјективне одговорности.⁴¹ Не упућује се прекор штетнику зато што је његова радња формално противправна, већ зато што се од њега очекивало другачије понашање.⁴² Утврђивање кривице је нормативни суд о конкретном догађају, тако да се очекивано понашање у неким случајевима може састојати и у томе да одређено лице неко своје право не врши.

Видевши да је од кључног значаја утврдити да се понудилац није понашао у складу са друштвеним очекивањима, дошли смо до главног питања предуговорне одговорности уопште – које очекивање уговорник мора да поштује? Као што ћемо видети, сва европска права у вези са тим питањем стоје на истом становишту, без обзира на то да ли је оно јасно изражено или прећутно садржано у конкретним решењима: постоји претпоставка да се у преговоре улази са озбиљном намером да се уговор закључи; уздајући се у ту претпоставку преговарачи имају оправдано очекивање да ниједна страна неће одустати од уговора без доброг разлога.

2.3. Неопозивост понуде као начело

Понуда је начелно обавезујућа у германском правном кругу.⁴³ Понудилац је везан за понуду и не може је слободно опозвати ако неопозивост није изричито или по околностима искључена. Неопозива понуда има своје право значење у немачком праву јер изјава о опозиву понуде уопште не може да јој одузме основно дејство. Током времена у којем је понуда неопозива, понуђени има правну моћ да једностраном изјавом

39 М. Орлић (1993), 196–199.

40 *Ibid.*

41 Михаило Константиновић, *Облигационо право: према белешкама са предавања професора Михаила Константиновића*, Удружење студената Правног факултета, Београд 1962, 89–90. Речима проф. Константиновића: „Треба одбацивати и схватање које у кривици види радњу забрањену законом и дефинише кривицу као недозвољен постојућак. Ова дефиниција не решава питање суштинске кривице, него је само замењује другим речима. Јер, управо се и питања који су то постојући недозвољени (...)”

42 *Ibid.*

43 §145 BGB; §862 ABGB; §§ 3, 4, 5 OR.

воље оживи уговор (*Gestaltungsrecht*).⁴⁴ Та његова позиција је сигурна и он може без икаквог страха од измена или повлачења понуде да размотри околности и учврсти своју одлуку.⁴⁵ Немачки правници настоје да у великој мери објективизују правне послове и на тај начин обезбеде што већу сигурност у промету. Због тога се сматра да неопозива понуда садржи релевантну вољу понудиоца, па чак и ако он заиста промени намеру, право ће сматрати да његова воља постоји у неизмењеном облику и да је погодна за закључење уговора у границама понуде.⁴⁶

Инсистирање на чврстој понуди ствара недоумице када понудилац укључи клаузулу „без обавезе“, *freibleibend, sine obligo* јер се таква изјава може протумачити као позив на преговоре или позив да се учини понуда. Најчешће се таквом клаузулом задржава право да се дâ последња реч о настанку уговора, па се сматра да је њоме искључено основно дејство понуде – подобност за прихватање.⁴⁷ Та врста „понуде“ (*Antrag ohne Verbindlichkeit*)⁴⁸ производи дејства која у нашем праву производи позив да се понуда упути јер понудилац, иако њоме није везан, те иако може одлучити да не закључи уговор и пошто добије изјаву о прихватању, о својој намери да одустане од претходне уговорне иницијативе мора одмах обавестити понуђеног, иначе ће му одговарати за штету.⁴⁹ Друга могућност је да се понуда учињена „без обавезе“ схвати као задржавање права на опозив понуде (*Widerrufsvorbehalt*) у року важења понуде, за које теорија сматра да се може вршити и непосредно по пријему изјаве о прихвату.⁵⁰ Разлика у односу на прву могућност је у томе што уговор настаје прихватањем од стране понуђеног, осим ако понудилац без одлагања изјави да опозива понуду. Такво либерално становиште правда се неизвесностима на тржишту које могу постојати све до пристизања изјаве о прихвату, а које представљају разлог задржавања права на опозив. Коначно, трећа могућност је тзв. одредба *Lieferungsmöglichkeit vorbehalten*, којом понудилац ограничава садржину своје уговорне обавезе својом могућношћу да обезбеди ствари које су предмет уговора.⁵¹

44 Dieter Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB: Ein Lehrbuch*, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1982, 129; Karl Larenz, *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Verlag C.H. Beck, München 1989⁷, 521–522

45 K. Larenz, *ibid.*

46 *Ibid*; упор. Samuel Williston, *The Law of Contracts*, vol I, Baker, Voorhis & Co, New York 1920, 84–85.

47 *Ibid.*; R. B. Schlesinger, P. G. Bonassies, 781.

48 У нашем праву, необавезујућа понуда је она која може бити опозвана све до њеног прихватања. Немачки правници, међутим, називају понудом и онај предлог од кога се може одустати и после пријема изјаве друге стране да је са предлогом сагласна.

49 Александар Јакшић, Срђан Стојановић, *Елементи за једно уговорно право*, издање аутора, Београд 1995, 64–65. Медикус такав предлог исправније назива захтевом да се понуда учини „(...) noch kein Antrag vorliegen soll, sondern nur eine Aufforderung zu Anträgen“. D. Medicus, 129.

50 D. Medicus, *ibid.*

51 *Ibid.*

Таква одредба не искључује обавезе понудиоца под закљученим уговором, осим ако његови трошкови не порасту до те мере да би захтевање испуњења било противно начелу савесности и поштења.⁵²

Неопозивост понуде није идеја која се интуитивно намеће свакодневном схватању, па је тако и немачко право дошло до неопозиве понуде развојем пословних односа и правне теорије. Пре XIX века, опозивост понуде је била правило у немачком општем праву и законима посебних земаља, да би се ситуација постепено мењала доношењем модерних кодификација.⁵³ За разлику од енглеске и француске теорије, немачка теорија је начинила кључни корак у развијању учења да једнострана изјава воље може да буде извор обавеза равноправан са уговорима. Родоначелник тог учења био је Хајнрих Зигел (*Heinrich Siegel*) који је поређењем римског и германског права закључио да је природа понуде у њима различита; у римском праву понуда је била питање,⁵⁴ позив да се дужник обавезе, док је у немачком праву обавезивање потицало од дужника који је повериоцу чинио обећање.⁵⁵ Иако је своју тезу засновао на крајње формалистичком тумачењу које не одражава историјску реалност, Зигел је поставио основу обавезности понуде и других једностраних правних послова, рекавши да давалац обећања није одговоран само за то да изврши што је обећао (*die Verpflichtung ein Versprechen zu erfüllen*) већ и да не повуче своје обећање (*die Verpflichtung ein Versprechen zu halten*).⁵⁶ Тиме је указао и на прави карактер неопозиве понуде: она је имуна на опозив јер се обавеза одржања понуде може принудно извршити.

3. НЕОПОЗИВОСТ ПОНУДЕ У ЈУГОСЛОВЕНСКОМ И СРПСКОМ ПРАВУ

Неопозивост понуде прихваћена је у Закону о облигационим односима према моделу немачког права. Закон прописује да понуда обавезује, с тим што обавезност може бити искључена од понудиоца или према околностима конкретног посла.⁵⁷ Неопозивост понуде је у нашем праву диспозитивно правило.⁵⁸ С друге стране, изричито је прописано да преговори не обавезују и да се одређене конкретизоване преговорне иницијативе не сматрају понудом.⁵⁹ Тако је остављено једно широко

52 BGH, 24.6.1958, VIII ZR 52/57, www.jurion.de, 29. октобар 2012.

53 R. B. Schlesinger, P. G. Bonassies, 780–781; М. Орлић (1993), 207–210.

54 У смислу римске стипулације која се увек састојала од формалног питања будућег повериоца и формалног одговора дужника. Вид. уместо многих Драгомир Стојчевић, *Римско приватно право*, Савремена администрација, Београд 1972, 240–243.

55 М. Орлић (1993), 212–214.

56 *Ibid.*

57 Чл. 36 Закона о облигационим односима, „Службени лист СФРЈ”, 29/1978; М. Орлић (1993), 305–307.

58 С. Перовић, 272.

59 Чл. 30, ст. 1; чл. 35, ст. 1. ЗОО.

поље у којем преговарачи могу слободно да опипавају терен за будући уговор.

Изнад тих конкретних правила о томе које иницијативе обавезују а које не, налази се општи правни принцип да се субјекти морају понашати савесно и одговорно. Конкретизација тог принципа намеће обавезе и оним преговарачима који су остали у пољу необавезујуће комуникације; зато ће сваки преговарач одговорати за штету ако без основаног разлога одустане од намере да закључи уговор, тј. ако неоправдано, *скривљено* прекине преговоре.⁶⁰

Када је понуда обавезујућа, њен опозив не производи правно дејство.⁶¹ Понуђени може закључити уговор докле год понуда важи.⁶² Ту је реч о једностраном обавезивању понудиоца на основу његовог коначног једностраног предлога да се уговор закључи; речима проф. Орлића: „На једној страни понуђени је већ стекао право да прихватањем понуде доведе до закључења уговора, док је, на другој страни, понудилац примио обавезу да то закључење трпи.”⁶³

Проф. Барбић врло децидно заступа становиште да је понуда начелно неопозива и каже да изузетке треба уско тумачити; зато он сматра да одредба *sine obligo* указује на недостатак озбиљне воље да се закључи уговор и да изјава која садржи ту одредбу представља позив на преговоре или позив да се учини понуда.⁶⁴ У том смислу, задржавање права на опозив треба да буде садржано у квалификованој одредби. О томе Барбић каже: „То је на пример, случај када понудилац у понуди наведе да нуди продају робе под увјетом да се не промјене његове могућности испоруке, да придржава право промјене цијена и сл. (...) ту одредбу (правно не баш сасвим јасну) треба тумачити тако да њом понудилац може придржати право опозива понуде и након што се она по Закону више не би могла опозвати.”⁶⁵ С обзиром на диспозитивност одредбе о неопозивости понуде овакав став се чини неоправдано строгим.

Посебно треба размотрити случај када понудилац фактички опозива понуду тако што пренесе трећем лицу индивидуално одређен предмет понуде и на тај начин изазове субјективну немогућност испуњења онога што је у понуди обећао. Проф. Драшкић сматра да такво располагање индивидуализованим предметом понуде спречава настанак уговора, те да понудилац може одговорати само за накнаду штете.⁶⁶ Међу-

60 Чл. 30 ст. 2–3 ЗОО. Детаљније о предуговорној одговорности према ЗОО, Младен Драшкић, „Предуговорна одговорност”, *Правни живоић*, бр. 10–12/1988.

61 М. Орлић (1993), 232–233; Младен Драшкић, *Коменитар закона о облигационим односима* (ур. Борислав Т. Благојевић, Врлета Круљ), Савремена администрација, Београд 1980, 127.

62 Ј. Барбић, 39; А. Јакшић, С. Стојановић, 60.

63 Миодраг Орлић, „Закључење уговора”, *Правни живоић*, бр. 10–12/1988, 1494.

64 Ј. Барбић, 39.

65 *Ibid.*

66 М. Драшкић (1980), 127.

тим, у том случају ипак треба сматрати да уговор може да настане и да понудилац треба уговорно да одговара за субјективну немогућност извршења коју је изазвао.⁶⁷ Ситуација се тада може решити раскидом уговора или компензаторном накнадом штете која иде за тим да замени вредност чинидбе која је постала субјективно неизводљива.⁶⁸ Другачије решење би омогућило понудиоцима да једнострано замене своју везаност понудом за накнаду штете услед незакључења уговора. Понуђеном треба оставити избор између захтева за новчану вредност неизвршене чинидбе и раскида уговора због неизвршења.

Ако понуђени пре прихватања сазна да понудилац неће моћи да испуни будући уговор и ако није заинтересован за новчану противвредност чинидбе, он може одбити понуду и тражити накнаду штете.⁶⁹ На тај начин, може се избећи незграпно решење да понуђени прихвата понуду само да би затим изјавио да тако закључени уговор раскида због немогућности испуњења. Али понуђени би морао доказати да би иначе закључио уговор, те да одустаје од уговорне одговорности понудиоца из оправданих разлога. Иначе, неће бити места одговорности понудиоца ако понуђени одбије понуду и не докаже да би је прихватио. Одбијање у сваком случају окончава дејство понуде.

За случај када је везаност понудом искључена, Закон о облигационим односима не регулише до којег се времена понуда може опозвати. У немачком праву и по логици теорије пријема, опозив би могао да произведе дејство ако понуђеном стигне пре него што изјава о прихвату стигне понудиоцу. У недостатку изричитог временског ограничења за вршење права опозива, треба сматрати да се опозив може делотворно учинити у сваком тренутку важења понуде, све до момента закључења уговора. Зато се понуда може опозвати све док изјава о прихвату не стигне понудиоцу.⁷⁰ Међутим, неки аутори сматрају да је боље ограничити време у којем се може вршити опозив, тако да он не може да уследи пошто је понуђени отпослао свој одговор.⁷¹ Тиме би се понуђени налазио у сигурнијој позицији. Треба поштовати чињеницу да се понуде најчешће не опозивају, што је оно што најчешће бива, па тако и уважити основано очекивање понуђеног да је уговор закључио одашиљањем свог одговора.

Може се закључити да српско право у основном регулисању опозивности понуде не заостаје за европским правима. Закон о облигационим односима предвиђа јасно и флексибилно решење које следи немачки систем обавезујуће понуде. Нажалост, у судској пракси се скоро не могу

67 У том смислу М. Орлић (1993), 234–235.

68 Ј. Радишић, 159–160.

69 Вид. М. Орлић (1993), 236–238.

70 М. Драшкић (1980), 127.

71 Михаило Константиновић, *Облигације и уговори: скица за законик о облигацијама и уговорима*, Службени лист СРЈ, Београд 1996, чл. 11 ст. 3; Ј. Барбић, 40; М. Орлић (1993), 311.

наћи случајеви који се непосредно односе на питање опозивости понуде и правних последица неопозиве понуде.

4. ПРАВНА ПРИРОДА ОБАВЕЗУЈУЋЕГ ДЕЈСТВА ПОНУДЕ У КОНТИНЕНТАЛНОМ ПРАВУ

Видели смо да везаност понудом може да значи две различите ствари. Некада је понудилац заиста везан за понуду, тако да његова изјава о опозиву ту ништа не може да промени, а некада је само одговоран за штету проузроковану опозивом понуде.

4.1. Деликтна одговорност

Када је могуће опозвати понуду, понудилац може да одговара за штету коју је проузроковао опозивом. Недостатак формалне противправности је ту, као што је већ објашњено, небитан. Штета обухвата све оне трошкове који су учињени ради вођења преговора, као и издатке за посебне припремне радње које по природи посла претходе закључењу уговора (израда студија изводљивости, прављење нацрта, ангажовање разних стручњака итд.). Сâмо чињење понуде се посматра као штетна радња. То се може закључити по обиму и циљу накнаде штете. Понуђени се ставља у ону позицију у којој би био да није чинио издатке ради вођења преговора, дакле као да преговора није ни било. Ако би се сâмо опозивање сматрало штетном радњом, онда би циљ накнаде био да успостави ситуацију која би постојала да је та штетна радња изостала, тј. да понуда није опозвана, а то би значило закључење уговора и уговорну одговорност.

Када се, дакле, одговорност за неоправдан опозив понуде схвати као деликтна, она се значајно приближава општој одговорности у преговорима (*culpa in contrahendo*). То се нарочито јасно може видети на примеру одговорности за преговоре како је она прописана у Закону о облигационим односима (чл. 30), где се захтева *одустјајање од намере за закључење ујовора без основаној разлоја*, што у ствари у потпуности одговара *неојравданом ојозивању јонуде*. У том смислу, деликтна одговорност за опозив понуде спада у општу деликтну одговорност у преговорима. Зато треба сматрати да ће понудилац у свим правним системима одговарати ако неоправдано и скривљено одустане од своје понуде, премда има право да је опозове.

4.2. Једнострано обавезивање и преображајно право

Када се признаје могућност обавезивања једностраном изјавом воље, понудилац не може да одговара за штету због опозива неопозиве понуде јер он не може ништа да учини да би спречио њено дејство. Понудилац се својом слободном вољом ставља у позицију да буде везан понудом, па се у том смислу може рећи да он себе једнострано обавезује.

Али садржина његове обавезе није сасвим адекватна једној облигацио-ноправној обавези; нити је понудилац може својом радњом повредити, нити суд може заиста принудити њено извршење.⁷² С друге стране, на страни понуђеног имамо право да једностраном изјавом воље створи уговор, тј. да заснује правни однос. По таквој садржини, овлашћење понуђеног квалификује се као преображајно право (*Gestaltungsrecht*), насупрот којем не стоји посебна обавеза друге стране.⁷³ Обавезујуће дејство понуде испољава се у стварању преображајног права на страни понуђеног.⁷⁴ Другим речима, право које понуђени стиче пријемом неопозиве понуде није релативног дејства, а његова садржина није у овлашћењу да се захтева одређено понашање већ у могућности да се једнострано произведе једно правно дејство. Будући да се право прихватања неопозиве понуде односи на један правни концепт⁷⁵ – уговор, који не постоји као фактичка појава, то право не може бити осујећено изјавом понудиоца јер правни систем не признаје дејство таквој изјави. Али будући да се то преображајно право врши упућеном изјавом воље, оно се може повредити фактичким спречавањем титулара да изјави вољу или спречавањем да изјава пристигне адресату.⁷⁶ То значи да у корист преображајног права да се понуда прихвати постоји општа обавеза да се понуђени у вршењу тог права не омета. Преображајно право да се обавезујућа понуда прихвати има апсолутно дејство.⁷⁷

Понудилац се својом вољом не обавезује *stricto sensu*, већ препушта понуђеноме да донесе коначну одлуку о судбини предложеног правног односа. У том смислу, обавезивање понудиоца веома подсећа на Гроцијусово обавезујуће обећање, *alienatio particulae cuiusdam nostrae libertatis*, иако је он говорио само о обавезама које се састоје у одређеном понашању (*promissa dandi, promissa faciendi*).⁷⁸ Проф. Водинелић у преображајном праву види одступање од начела правне једнакости, које се, између осталог, може оправдати слободном вољом онога ко ступа у неједнак положај.⁷⁹

72 О појму обавезе: Обрен Станковић, Владимир В. Водинелић, *Увод у грађанско право*, Номос, Београд 2007⁵, 103, Владимир В. Водинелић, *Грађанско право: Увод у грађанско право и ошїїї део грађанскої права*, Правни факултет Универзитета „Унион” – Службени гласник, Београд 2012, 187–188. Проф. Водинелић нарочито наглашава да се грађанскоправна обавеза може састојати само у неком фактичком понашању. О обавези у контексту облигационог права С. Перовић, 16–18, Ј. Радишић, 35–39.

73 О. Станковић, В. В. Водинелић, 107–108; В. В. Водинелић (2012), 213–215.

74 М. Орлић (1993), 321–322;

75 О разлици између могућности које право признаје и могућности које су правом створене вид. В. В. Водинелић (2012), 186–187.

76 В. В. Водинелић, 214, 312.

77 О томе да свако право има апсолутно дејство зато што никоме није дозвољено да смета вршењу права вид. В. В. Водинелић (2012), 200–201.

78 Hugo Grotius, *De iure belli ac pacis*, Nicolaus Buon, Parisius 1625, 264.

79 В. В. Водинелић (2012), 214.

У теорији постоји и другачије мишљење које праву понуђеног негира природу преображајног права. То становиште почива на идеји уговора као сагласности двеју сједињених воља, коју не треба растурати на две самосталне изјаве, односно два самостална и једностранна правна посла.⁸⁰ Осим тога, ситуација у којој се понуђени налази потпуно зависи од воље понудиоца. Понуђени може створити уговор само на основу понудиоачеве воље и у складу са њом⁸¹ – понудилац самостално формулише понуду, а прихват који одступа или битно одступа од понуде не ствара уговор. Да ли у тим околностима понуђени заиста има преображајно право? Извесно је да понуђени заиста има овлашћење да једнострано промени правну ситуацију, тј. да изазове настанак уговора; у том смислу, догматски је оправдано рећи да он има преображајно право. Такође је оправдано рећи да он то право врши једностраном изјавом која се може квалификовати као правни посао. С друге стране, мишљење да је ту реч о изузетку од начела правне једнакости треба узети са резервом јер понуђени нема власт да уради било шта супротно вољи понудиоца садржаној у понуди.

5. ЗАКЉУЧАК

Видели смо да у различитим правним системима понуда има различито теоријско утемељење и другачија правна дејства. С друге стране, постоје мале разлике у практичним трговачким потребама и зато преговарачи у свим националним правима имају начина да учине своје сапреговараче одговорним. Општа правила о одговорности за скривљено понашање у преговорима гарантују да ће несавестан преговарач одговарати за штету чак и када се не може исходovati закључење уговора или када то није целисходно са становишта понуђеног.

За случај недостатка изричите или прећутне воље понудиоца у погледу важења понуде, треба установити диспозитивно правило. У савременим условима пословања, разумно је претпоставити њену неопозивост. Као што смо видели, право треба да подржи разумна очекивања пословних субјеката па, будући да је опстајање понуде у једном примереном року оно што најчешће бива, оправдано је предвидети и диспозитивно правило у том смислу.

80 М. Орлић (1993), 322–323.

81 Упор. А. Јакшић, С. Стојановић, 56–57, где се наводи да просто саглашавање са предложеним условима није довољно садржајно за једно преображајно право, а да понекад сама изјава понуђеног није довољна да доведе до настанка уговора. Разлози за прву тврдњу остају нејасни, док се у другом случају не може радити о правој понуди.

Miloš Vukotić*

REVOCABILITY OF OFFER IN THE CONTEXT OF EUROPEAN LEGAL THEORY

Summary

The subject of this work is revocability of offer i.e. the question whether legal effects of an offer can be ended by a subsequent declaration of the offeror. The answer to that question depends on many circumstances, most important of which are fundamental legal principles and traditional doctrines which lie in the basis of the theoretical legal notion of offer in any given national law. The main dilemmas arising in connection with the effect and legal nature of offer are expounded through comparative and dogmatic legal analysis of the most characteristic European national legal systems, with a special reference to the relationship of Serbian law to traditional European doctrines.

Key words: *Legal effects of offer. Revocability of offer. Precontractual liability. Culpa in contrahendo. Formation of contract.*

* Miloš Vukotić, graduate third year student, Faculty of Law, University of Belgrade.

Lektor i korektor

Irena Popović

Tehnički urednik

Zoran Grac

Korice

Marija Vuksanović

Priprema i štampa

Dosije studio, Beograd

ISBN 978-86-7630-431-8

Tiraž

500

Adresa redakcije

Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu

Centar za izdavaštvo i informisanje

Bulevar kralja Aleksandra 67

Tel./faks: 30-27-725, 30-27-776

e-mail: centar@ius.bg.ac.rs

web: www.ius.bg.ac.rs

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

