

PRAVNI FAKULTET UNIVERZITETA U BEOGRADU

*Biblioteka*  
ZBORNICI

11



PRAVNI KAPACITET SRBIJE ZA EVROPSKE INTEGRACIJE

Zbornik radova

Knjiga IV

Priredio prof. dr Stevan Lilić

---

*Izdavač*

Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu  
Centar za izdavaštvo i informisanje

*Za izdavača*

prof. dr Mirko Vasiljević, dekan

*Urednik Biblioteke*

prof. dr Dragan M. Mitrović,  
upravnik Centra za izdavaštvo i informisanje

*Lektor i korektor*

Irena Popović

*Priprema i štampa*

Dosije studio, Beograd

ISBN 978-86-7630-212-3

*Tiraž*

500

*Zbornik je rezultat istraživanja u okviru realizacije projekta  
„Pravni kapacitet Srbije za evropske integracije“  
Pravnog fakulteta u Beogradu, koji podržava  
Ministarstvo nauke i zaštite životne sredine  
Republike Srbije (951-03-516/2006-01/149040D).*

© Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2009.

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](http://www.ius.bg.ac.rs)

# PRAVNI KAPACITET SRBIJE ZA EVROPSKE INTEGRACIJE

ZBORNIK RADOVA

Knjiga IV

*Priredio*

*Prof. dr Stevan Lilić*

Beograd, 2009

LEGAL CAPACITIES  
OF SERBIA  
FOR EUROPEAN  
INTEGRATIONS

COLLECTION OF ARTICLES

Volume IV

*Editor*  
*Prof. dr Stevan Lilić*

Belgrade, 2009

## SADRŽAJ

Predgovor .....	7
Forward .....	8
<i>Vesna Besarović</i> Nove tendencije u razvoju prava intelektualne svojine u Evropskoj uniji .....	9
<i>Stevan Lilić</i> Nacrt zakona o upravnim sporovima Srbije u kontekstu evropskih standarda .....	24
<i>Marija Draškić</i> Pravo deteta na saznanje porekla .....	37
<i>Branko A. Lubarda</i> Revidirana evropska socijalna povelja – potvrđivanje, obaveze Srbije, kontrola primene .....	51
<i>Dragica Vujadinović, Gašo Knežević</i> Deklaracija o političkom pomirenju između Demokratske stranke i Socijalističke partije Srbije i perspektive evropskih integracija Srbije .....	72
<i>Milena Polojac</i> <i>Lex aquilia</i> u interpretaciji klasične jurisprudencije .....	94
<i>Dejan Đurđević</i> Blagonaklono i dopunjujuće tumačenje testamenta .....	108
<i>Marija Karanikić-Mirić</i> Nepravične odredbe u potrošačkim ugovorima .....	128
<i>Nikola Bodiroga</i> Platni nalog Evropske unije .....	147
<i>Mirjana Drenovak</i> Načelo opreza ( <i>precautionary principle</i> ) i vanredno ukidanje rešenja .....	158
<i>Valentina Cvetković</i> Rimsko pravo u svetlu evropskih integracija .....	170
<i>Dušan Rakitić</i> Susret slobode vere, mišljenja i izražavanja sa zabranom diskriminacije – primer Srbije 2009. godine .....	181

## TABLE OF CONTENTS

Predgovor .....	7
Forward .....	8
<i>Vesna Besarović</i>	
New Tendencies in the Development of Intellectual Property Rights in the European Union .....	9
<i>Stevan Lilić</i>	
Serbian Draft Law on Administrative Disputes and European Standards .....	24
<i>Marija Draškić</i>	
Right of Child to Knowledge of Origin .....	37
<i>Branko A. Lubarda</i>	
Revised European Social Charter – Ratification, Undertakings, Control .....	51
<i>Dragica Vujadinović, Gašo Knežević</i>	
Declaration on Political Reconciliation Between SPS and DS and the Perspectives of European Integration of Serbia .....	72
<i>Milena Polojac</i>	
<i>Lex Aquilia</i> in the Interpretation of Classic Jurisprudence .....	94
<i>Dejan Đurđević</i>	
Favorable and Supplementary Construction of Will .....	108
<i>Marija Karanikić-Mirić</i>	
Unfair Terms in Consumer Contracts .....	128
<i>Nikola Bodiroga</i>	
EU Payment Order .....	147
<i>Mirjana Drenovak</i>	
Precautionary Principle and Extraordinary Cancellation of Administrative Acts .....	158
<i>Valentina Cvetković</i>	
Roman Law in the Light of European Integrations .....	170
<i>Dušan Rakitić</i>	
The Encounter of the Freedoms of Religions, Thought and Expression With an Anti-Discrimination Statute – the Example of Serbia in 2009 .....	181

## PREDGOVOR

Publikacija *Pravni kapacitet Srbije za evropske integracije – knjiga 4* predstavlja zbornik radova koji su rezultat istraživanja u okviru istoimenog petogodišnjeg projekta čija se realizacija finansira na osnovu ugovora Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu zaključenog sa Ministarstvom nauke Srbije. Zbornik je nastao kao rezultat potrebe za ispitivanjem stepena usklađenosti različitih oblasti srpskog pravnog sistema sa pravnim standardima Evropske unije.

Nakon otpočinjanja tranzicije 2000. godine, Srbija se našla u novoj situaciji koja je zahtevala temeljnu rekonstrukciju pravnog sistema čijoj su neefikasnosti doprinosile prevaziđene koncepcije koje su dominirale devedesetih godina. Cilj istraživačkog rada na Projektu je da se teorijski razmotri i kritički analizira stanje u pravnom sistemu Srbije u izrazito osetljivoj fazi priključivanja naše zemlje evropskem integracijama.

Nakon perioda od devet godina tokom kojeg su vršene izmene u pozitivnom zakonodavstvu, postoji potreba da se izvrši evaluacija do sada urađenog, kao i da se ukaže na one segmente pravnog sistema čija je reforma delimično ili potpuno izostala.

Kako bi rezultati istraživanja bili dostupni široj naučnoj i stručnoj javnosti, prilozi učesnika na projektu *Pravni kapacitet Srbije za evropske integracije* predstavljeni su u ovom četvrtom po redu Zborniku, sa ciljem da se dâ doprinos daljoj reformi i izgradnji pravnog sistema Srbije koji je zasnovan na evropskim vrednostima.

Redaktor

## FORWARD

The publication *Legal Capacities of Serbia for European Integrations – volume 4* represents a collection of contributions resulting from research within the framework of a project of the same title financed on the basis of a contract between the Faculty of Law of the University of Belgrade and the Serbian Ministry of Science.

After the beginning of the transition in 2000, Serbia has found itself in a new situation which called for a substantial reconstruction of its legal system, whose inefficiency was supported by outdated concepts, so dominant during the 90's. The goal of the project's research is to analytically and critically debate the state of the legal system of Serbia in this particularly sensitive stage of ascension of our country in regard to European integration processes.

After a period of nine years of change in the legal system, there is need of evaluating what has been done to date, as well as indicating the areas of the legal system in which reforms have partially or totally been neglected.

In order for the results to be accessible to the academic and wider public, the contributions of the members of the *Legal Capacities of Serbia for European Integrations* project team are presented in this fourth collection with the aim of contributing to the further reform and development of the legal system of Serbia based on European values.

The Editor



## NOVE TENDENCIJE U RAZVOJU PRAVA INTELEKTUALNE SVOJINE U EVROPSKOJ UNIJI

### Apstrakt

*Sistem prava intelektualne svojine koncipiran je tako da doprinosi društvenoj zajednici kao celini, odnosno uspostavlja osetljivu ravnotežu između potreba stvaralaca i korisnika. Glavni faktori koji utiču na intelektualnu svojinu i koji imaju mogući uticaj na stvaranje i korišćenje prava intelektualne svojine su: globalizacija privrede, razvoj novih tehnologija, Internet veze, politizacija prava intelektualne svojine, porast privrednog značaja netehnološkog biznisa i promene koje su nastale u vođenju samog poslovanja firmi. Tekuća i nova pitanja u ovoj oblasti su: potreba za svetskim patentnim sistemom, upotreba žigova na Internetu, materijalnoppravna i procesnopravna međunarodna harmonizacija u oblasti dizajna i zaštita audio-video emitera. Nova pitanja koja su pred nama za rešavanje su: zaštita okoline i biološka različitost, uticaj klimatskih promena na pravo intelektualne svojine, opšte zdravlje i zaštita podataka. Sporovi iz oblasti intelektualne svojine mogu se rešavati pred redovnim sudovima, arbitražama i putem medijacije.*

*Ključne reči: Elektronska baza podataka. – Biotehnologija. – Konvencija o biološkoj različitosti. – Pravne privilegije klijenata. – Globalizacija ekonomije. – Klimatske promene. – Arbitraža. – Medijacija.*

Jedna od osnovnih karakteristika prava intelektualne svojine kao grane prava je neobično dinamično kretanje, tj. razvoj. Može se reći da se gotovo iz godine u godinu broj pravnih izvora koji regulišu ovu granu prava povećava i u međunarodnim i u nacionalnim okvirima. Takođe je neverovatna aktivnost međunarodnih organizacija kao što je Svetska trgovinska organizacija (sa najvažnijim Sporazumom iz ove oblasti – Sporazumom o trgovinskim aspektima prava intelektualne svojine TRIPS-om, koji je profilisao pravo intelektualne svojine kao granu prava, na nov način, uvođenjem sankcija (za države u kojima se ova prava ne poštuju po standardima Sporazuma). Zatim, veoma je aktivna i Svetska organizacija za intelektualnu svojinu, koja sistematično i kontinuirano radi na donošenju novih izvora prava, obavezujućih za države članice. Živu aktivnost sprovodi i Međunarodna trgovinska komora u Parizu, koja u okviru svoje Komisije za intelektualnu svojinu, permanentno radi na pokretanjima inicijativa za omogućavanje pravne zaštite novim kategorijama prava intelektualne svojine. Dalje, uočljiv je opšti trend usavršavanja postoje-

\* Dr Vesna Besarović, redovni profesor Pravnog fakulteta u Beogradu. Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta *Pravni kapaciteti Srbije za evropske integracije* Pravnog fakulteta u Beogradu koje podržava Ministarstvo nauke Republike Srbije.

ćih vidova zaštite, odnosno njihovo prilagođavanje novonastalim zahtevima zainteresovanih lica i zemalja.. Najzad, kao jedan od najaktivnijih i najuspešnijih promotora na putu razvoja i stalnog usavršavanja prava intelektualne svojine je nesumljivo aktivnost Evropske komisije i drugih organa Evropske unije koji u brojnim direktivama i pravilnicima profilišu pravo intelektualne svojine, stvarajući unificirano pravo unutar EU (pravilnici), odnosno harmonizujući pravo između samih zemalja članica (direktive). Aktivnost Evropske unije na unifikaciji i harmonizaciji prava u velikoj meri utiče i na susedne zemlje u odnosu na zemlje EU, kao i na zemlje koje su u postupku pripremanja za ulazak u EU.

Prava intelektualne svojine su pod velikim uticajem globalizacije kao opšteg trenda savremenog društva, ubrzanog razvoja novih tehnologija i zahteva savremenog tržišta.

Najzad, sve veći broj sporova iz oblasti intelektualne svojine zahteva da se pitanje njihovog rešavanja posmatra na način koji odražavaju prirodu ovih sporova.

To su teme o kojima će biti reči u ovom članku.

## 1. Nove kategorije u oblasti prava intelektualne svojine

**Elektronske baze podataka** postaju sve značajnija „imovina“ onih koji ih poseduju u obavljanju poslovnih aktivnosti. Autorsko pravo pruža pravnu zaštitu samo jednoj kategoriji baze podataka, tj ne štiti neoriginalne baze podataka koje su rasprostranjene i imaju značajnu ekonomsku vrednost. Evropska unija je putem Direktive o bazama podataka inicirala *sui generis* zaštitu zabranjujući nedozvoljeno korišćenje pojedinih delova baze ili ponovno korišćenje bitnih delova baze. Zemlje Evropske unije su, naravno, prihvatile ovaj prošireni koncept pravne zaštite baze podataka, ali mnoge zemlje još uvek imaju rezerve prema ovom konceptu zaštite baze podataka. Na primer, u pravu SAD baza mora da poseduje minimum originalnosti da bi uživala pravnu zaštitu, jer se zaštita zasniva na principima autorskog prava koji se zasnivaju na originalnosti predmeta zaštite. Od 1996. godine u okviru Svetske organizacije za intelektualnu svojinu priprema se međunarodni sporazum o zaštiti baza podataka koji bi predvideo širu, neuslovljenu originalnošću, zaštitu. Međutim, pošto to stanovište nije prihvaćeno od većine zemalja u svetu, međunarodni sporazum još uvek nije donet.<sup>1</sup>

Predmet zaštite ovog inače srodnog autorskog prava se, prema našim propisima, razlikuje od samih podataka koji čine bazu a koji mogu, a ne moraju, da predstavljaju autorsko delo. U prvom slučaju, takvi podaci uživaju autorsku zaštitu kao svako drugo delo. Međutim, pravo proizvođača baze podataka, kao fizičkog ili pravnog lica, na ovo srodno pravo opravdava se kao društvena nagrada za uložena sredstva, trud i angažovanje. To je imovinsko

1 Pravo baze podataka kao srodno pravo bilo je prvi put regulisano Zakonom o bazama podatak od 1998. godine. Sada je regulisano Zakonom o bazama podataka iz 2004. godine.

autorsko pravo.<sup>2</sup> Direktiva EU o bazama podataka<sup>3</sup> predviđa i *sui generis* pravo koje zabranjuje nedozvoljeno korišćenje pojedinih delova jedne baze za proizvodnju druge baze i ponovno korišćenje bitnih delova baze, odnosno stavljanje na raspolaganje javnosti. Važeći Zakon Republike Srbije je u velikoj meri usklađen sa odredbama Direktive ali, pažljivom analizom, može se zaključiti da je zaštita koju predviđa Direktiva šira. Aktivnosti koje su sada u toku idu u pravcu daljeg širenja pravne zaštite za neoriginalne baze podataka. Postavlja se pitanje gde su te granice, da li će svaki podatak uživati pravnu zaštitu i da li autorsko i srodna prava mogu da obezbede takvu zaštitu ne narušavajući svoj osnovni koncept originalnosti.

U razvijenom delu sveta raste ekonomski interes za posebne vrste biljki i životinja, tradicionalne veštine i znanja i druge resurse karakteristične za određena podneblja, zemlje i regione. Postojeći sistem pravne zaštite intelektualne svojine kritikuje se zbog toga što individualizuje zaštitu tj. omogućava pojedincima, fizičkim i pravnim licima da privatizuju i ekonomski eksploatišu opšte vrednosti koji pripadaju javnom sektoru. Otvara se i dilema da li monopolska, isključiva prava koja se stiču o okviru prava intelektualne svojine uopšte odgovaraju zaštiti javnih dobara ili je potrebno stvoriti, prilagođenu, *sui generis*, zaštitu ovih dobara izvan opšteprihvaćenih principa intelektualne svojine. Nesumljivo je suvereno pravo države nad resursima koji su na njenoj teritoriji, međutim mora se uzeti u obzir i razvoj nacionalnih ekonomija i zainteresovanost stranog kapitala za tradicionalna znanja i posebne vrste biljki i životinja koji predstavljaju realnost i značajan potencijalni izvor prihoda za te zemlje. Traženje odgovarajućih pravnih rešenja koja bi izašla u susret različitim, na prvi pogled suprotnim interesima aktuelan je i komplikovan zadatak za pravnike. Posebno se ističe potreba da se na tom zadatku angažuju zemlje koje su manje privredno razvijene, u kojima su tradicionalna znanja manje eksploatisana i koje raspolazu biljnim i životinjskim vrstama koje su retke i dragocene za ostali deo civilizacije.

**Biotehnologija** obuhvata kompleksan zbir tehnologija koje koriste ćelijске i biomolekularne postupke za rešavanje problema u vezi ljudskog zdravlja, poljoprivrede, hrane i okoline. To su novi proizvodi, usluge i informacije od privrednog i društvenog značaja. Upravo, na primeru podataka iz oblasti genetike dolazi do izražaja problem pravne zaštite u pojedinim oblastima prava intelektualne svojine. U kojoj meri treba dozvoliti slobodnu difuziju ovih podataka bez koje nema naučnih istraživanja i usavršavanja na globalnom planu a kako, s druge strane, izaći u susret investitorima koji žele isključivost u korišćenju ovih podataka tj. pravnu zaštitu. Ako investicije u istraživanja i razvoj (R&D investicije) u oblasti genetike i biotehnologije postanu rizične zbog neodgovarajuće pravne zaštite, to će neminovno imati posledice na opadanje ili gubljenje interesa za ovakva istraživanja što će, sa svoje strane, dovesti do nesagledivih posledica za celu društvenu zajednicu.

2 Vesna Besarović, *Intelektualna svojina*, 2005, Beograd, str. 345.

3 Direktiva EU o bazama podataka, doneta 1996, reguliše pravnu zaštitu baze podataka kao kombinaciju zaštite autora nad podacima u bazi i autora baze.

U želji da se ova suprotnost interesa prevaziđe, Međunarodna trgovinska komora (MTK) iz Pariza<sup>4</sup> predlaže u svom Vodiču da se prilikom zaštite biotehnologije pravom intelektualne svojine poštuju odgovarajući standardi za pravnu zaštitu, kao na primer korisnost pronalaska koji se želi zaštititi, način sticanja tog pronalaska, odnos javnog i privatnog interesa kod prijavljenog pronalaska, uloga tajnih podataka, novi metodi za difuziju tehnološkog znanja, izuzeci od ključivosti prava nad podacima kada je reč o istraživanju i pitanje licenci. U oblasti zaštite podataka Preporuka MTK za zemlje članice nedvosmisleno glasi da se mora ojačati pravna zaštita na nacionalnom i međunarodnom planu kao ključni faktor R&D istraživanja i privrednog rasta. Takođe, ukazuje se na jednu novu situaciju – da se mnoga mala i srednja preduzeća bave istraživanjima i da bez odgovarajuće pravne zaštite ona ne mogu da opstanu na tržištu velikih kompanija koje ulažu ogromna sredstva i monopolizuju zatim rezultate istraživanja! S druge strane, mora se obezbediti slobodan protok informacija i podataka iz oblasti biotehnologije i genetike jer, u suprotnom, društvo, kao celina, prestaje da se razvija!

Shvatanje značaja prirodne sredine uticalo je na donošenje **Konvencije o biološkoj različitosti**<sup>5</sup> koja ima za zadatak da očuva biološku različitost, da promovise njenu upotrebu i da obezbedi pravičnu podelu koristi koje se ostvaruju tom upotrebom. Pri tome, Konvencija priznaje suverenost država članica nad genetskim resursima koji se nalaze unutar odnosnih teritorija i definiše uslove pod kojima zemlje dozvoljavaju jedna drugoj pristup tim resursima. To naročito pogađa zemlje u razvoju koje raspolažu bogatim genetskim resursima. Zbog toga su te zemlje preuzele inicijativu za revidiranje Sporazuma TRIPS Svetske trgovinske organizacije sa ciljem da se on uskladi sa odredbama Konvencije o biološkoj različitosti. Jedna od predloženih, važnih izmena je o objavljivanju izvora ili porekla biološkog materijala koji se navodi u patentnoj prijavi. Takođe, treba imati u vidu da, iako su države članice gotovo jedinstveno prihvatile sadržaj odredbi Konvencije o biološkoj različitosti, veoma mali broj je do sada doneo odgovarajuće zakonske propise tako da sama efektivna primena u tim zemljama članicama Konvencije kasni.

Neodgovarajući sistem zdravstvene zaštite u većini zemalja i rastuća opasnost od epidemija ozbiljnih bolesti uticali su na to da države potraže rešenja na međunarodnom planu. Tako je doneta **Deklaracija Svetske trgovinske organizacije o javnom zdravlju**<sup>6</sup> kojom se unose izmene u Sporazum TRIPS u smislu rešavanja međugraničnih obaveznih licenci i pruža pomoć manje razvijenim zemljama u oblasti javnog zdravlja. Sledeći taj pravac međunarodnog delovanja, 2004. godine je osnovana specijalizovana Komisija Svetske trgovinske organizacije<sup>7</sup>, koja se bavi odnosom prava intelektualne svojine,

4 International Chamber of Commerce iz Pariza je izdala Vodič za poslovne ljude za 2007. god., A Roadmap for business and policy makers, u kome predlaže neka rešenja!

5 Do sada je 189 zemalja pristupilo Konvenciji uključujući i EU. SAD nije pristupila Konvenciji.

6 WTO Declaration on TRIPS and Public Health, 2005.

7 WHO Commission on Intellectual Property Rights, Innovation and Public Health, CIPIH; Izveštaj za 2006. god. sadrži 60 preporuka koje se odnose na intelektualnu svojinu i

pronalascima u oblasti medicine i javnim zdravljem. Akcenat je u iznalaženju odgovarajućeg modaliteta pravne zaštite za istraživanja i nove lekove protiv bolesti koje su prisutne naročito u manje razvijenim zemljama. Svetska trgovinska organizacija je iz tih razloga 2006. godine donela rezoluciju kojom je formirala Međuvladinu radnu grupu o javnom zdravlju i pronalascima a koja ima za zadatak da pripremi strategiju i akcioni plan u ovoj oblasti.

**Privilegije klijenata prilikom konsultovanja iz oblasti intelektualne svojine** je novi fokus u međunarodnim profesionalnim krugovima, a nastao je kao posledica nedostataka jednobraznih pravnih pravila u nacionalnim zakonima zemalja članica koji se odnose na komunikaciju između klijenata i savetnika za intelektualnu svojinu. Pod savetovanjem se podrazumevaju svi oblici konsaltinga i advokatske usluge u oblasti zaštite, očuvanja i odbrane intelektualne svojine. Nedostatak pravnih pravila dovodi do gubitka poverenja klijenata u savetnika i advokata koji ga zastupa u materiji intelektualne svojine zbog mogućnosti povrede poverljivosti informacija koje se razmenjuju između klijenta i savetnika. Ako privilegija klijenta na poverljivost nije pravno regulisana, savetnik može objaviti ili učiniti dostupnim javnosti podatke koje mu je saopštio klijent. Takvim postupkom, tržišna vrednost saopštenih poverljivih informacija se smanjuje ili nestaje što u svakom slučaju prouzrokuje štetu klijentu i negativno se odražava na njegovo poslovanje.

Akciju za legalizaciju režima koji se odnosi na podatke koje klijent saopštava savetniku pokrenula je Svetska organizacija za intelektualnu svojinu, WIPO, tražeći da se uspostave međunarodno prihvaćeni standardi. „Privilegija“ treba da obuhvati svaki vid profesionalne komunikacije između klijenata i savetnika bez obzira na to da li savetnik posluje kao advokat, konsultantska kuća ili kao privatno lice. Na ovu temu je održana i konferencija WIPO maja 2008. god. na kojoj su izneti problemi koje komunikacija između klijenata i savetnika otvara u mnogim zemljama. Međunarodna trgovinska komora iz Pariza se pridružila ovoj akciji i pripremila nacrt Protokola o saradnji u izradi zakona o zaštiti nedozvoljenog objavljivanja profesionalnih saveta iz oblasti intelektualne svojine. Protokol ima za zadatak da utiče na harmonizaciju nacionalnih odredbi o ovom pitanju i pripremi zemlje članice na donošenje međunarodnog sporazuma od strane WIPO o privilegijama klijenata. Istim Protokolom se definiše i pojam „privilegije“ – kao načina za ostvarivanje pravne zaštite od nedozvoljenog objavljivanja sadržaja komunikacije koju je klijent saopštio profesionalnom savetniku za intelektualnu svojinu.

## 2. Faktori koji utiču na razvoj i transformaciju prava intelektualne svojine

Želeći da definišemo koji su to opšte prisutni faktori koji utiču na menjanje postojećeg koncepta prava intelektualne svojine, dolazimo do nekoliko činilaca, svesni da je lista više egzemplifikativna nego limitativna. To su globalizacija ekonomije, razvoj novih tehnologija, širenje Internet mreže, rastući privredni značaj netehnološkig poslovnih inovacija i resursa koji nisu zaštiće-

ni postojećim sistemom pravne zaštite prava intelektualne svojine, klimatske promene koje utiču na prava intelektualne svojine, politizacija intelektualne svojine i promene pravila po kojima biznis funkcioniše.

**Tendencija globalizacije ekonomije** dobila je dodatni impuls sa razvojem elektronske trgovine koja kompanijama omogućava da posluju još jednostavnije na međunarodnom tržištu. Time se otvara i pitanje izbora primene prava i jurisdikcije na međunarodne transakcije u oblasti intelektualne svojine. To govori u prilog intenziviranju harmonizacije prava intelektualne svojine između različitih zemalja. Ali, pošto su zahtevi tržišta takve prirode da ne trpe odlaganja koje harmonizacija kao proces nužno nosi, zainteresovane države zaključuju bilateralne sporazume o slobodnoj trgovini u kojima se stipulišu i standardi pravne zaštite pojedinih prava intelektualne svojine.<sup>8</sup> U tom smislu se koriste i tzv. *soft law instruments*, kao što su preporuke, smernice i sl. kojima se definišu novi standardi pravne zaštite a koji, u sledećem koraku, putem međunarodnih konvencija ili bilateralnih sporazuma, postaju obavezujući. U tom kontekstu je i pitanje iscrpljenja prava.<sup>9</sup> Većina nacionalnih propisa predviđa da nosilac prava intelektualne svojine gubi svoje pravo da kontroliše, prodaje i raspolaze uopšte određenim proizvodom pošto ga je već jedanput, svojom voljom, ustupio. Međutim, ovo pravilo ima izuzetak kod paralelnog uvoza, tj. da neki proizvodi ne mogu biti prodati na određenom tržištu bez dozvole nosioca prava iako su ti isti proizvodi na tržištu u drugoj zemlji. Poslovnim krugovima je bliži stav da nastave da kontrolišu protok svojih proizvoda na različitim tržištima opravdavajući to shvatanjem da svaki proizvod nije za svako tržište i da potrošači, generalno, nemaju koristi od primene principa „iscrpljivanja prava“.<sup>10</sup>

**Komercijalna primena novih tehnologija**, naročito digitalnih i komunikacionih tehnologija dovela je do nastanka novih proizvoda i usluga kao i do novih načina povreda prava. S jedne strane imamo informatičko društvo, kao globalno društvo, a s druge strane, lanac nacionalnih zakona o intelektualnoj svojini koji je onoliko jak koliko je jaka njegova najslabija karika! Naime, zbog globalnog karaktera koji imaju prava intelektualne svojine, koherentnost zaštite, od velikog značaja je usvajanje istih ili približno istih standarda u nacionalnim zakonima. To se srećemo i sa problemom primene prava koju moraju da obezbede nacionalni organi, pravosudni, inspekcijski, carinski i policijski, a gde je uloga međunarodne zajednice prilično ograničena gotovo marginalna.

8 SAD su do sada zaključile više sporazuma o slobodnoj trgovini sa Čileom, Kolumbijom, Peruom u kojima su regulisale i zaštitu prava intelektualne svojine, po standardima koji su stroži od standarda koje predviđaju odredbe TRIP-a i njihovi nacionalni propisi.

9 Pojam iscrpljenja prava označava da ukoliko je patentirani proizvod legalno stavljen u promet, onda pribavilac tog proizvoda može taj proizvod upotrebljavati dalje bez traženja dozvole od nosioca prava, koji je svoje isključivo pravo upotrebe „iscrpeo“ stavljanjem proizvoda u promet.

10 Castell B., *L'epuement du droit intellectuel en droit allemand, francais et communautaire*, Pariz, 1999, str. 80.

Postavlja se pitanje da li su postojeći zakoni o intelektualnoj svojini odgovarajući s obzirom na rastuću pirateriju i na laku dostupnost različitim podacima zahvaljujući **Internetu**. Preovladava mišljenje da su zakonski propisi od zemlje do zemlje uglavnom zadovoljavajući ali da njihova primena nije odgovarajuća. Uloga Interneta u savremenom životu dodatno komplikuje primenu propisa jer je otkrivanje počinioca povrede mnogo teže. Usavršavanja softverskih paketa i obučenosn korisnika čini da su dela piraterije teža za otkrivanje a time i za sankcionisanje. Dalje, upotreba Interneta ne poznaje nacionalne granice, a važeći sistemi zaštite, pored svih konvencija i sporazuma, nacionalnog su karaktera. Ta ambivalentnost naročito dolazi do izražaja u slučaju sporova koji imaju za predmet zloupotrebe podataka na Internetu jer treba odrediti nacionalno i procesno pravo, kao i sudsku nadležnost za spor koji ima tačke vezivanja za više od jedne zemlje.

Nezavisno od činjenice da se pravo intelektualne svojine permanentno menja i transformiše, svedoci smo postojanja nekih važnih pitanja u ovoj oblasti koja, za sada, nisu našla svoju pravnu formu pa su uticala na stvaranje novih, *sui generis* oblika zaštite ili su nametnula šire tumačenje već postojećih instituta intelektualne svojine. Najbolji primer za stvaranje *sui generis* zaštite jeste zaštita baza podataka koju je koncipirala Evropska unija kroz pomenu-tu Direktivu, a zatim zemlje članice implantirale u svoje zakone. Primer za šire tumačenje možemo naći u pravu SAD i Japana, koji, zahvaljujući takvom tumačenju, omogućavaju patentnu zaštitu za pronalaskes koji se odnose na kompjuterske programe a koja kao takva ne postoji u njihovim nacionalnim propisima.<sup>11</sup> Treba konstatovati i to da tradicionalni koncept prava intelektualne svojine ima težak zadatak da odgovori zahtevima za obezbeđivanje pravne zaštite za resurse koji se nalaze u zajedničkoj svojini u manje razvijenim zemljama. To su genetski materijal, tradicionalni lekovi, malo poznate biljne i životinjske vrste itd.

**Klimatske promene** u svetu utiču i na razvoj poslovnih aktivnosti kompanija, zahtevajući sve više energije, prilagođavanja novonastalim situacijama u zemljama i regionima što se sve više odražava na investicije i razvoj novih tehnologija koje opet, sa svoje strane, zahtevaju odgovarajuće pravne okvire i zaštitu putem prava intelektualne svojine. Poznato je da je karakter pravne zaštite koji obezbeđuju prava intelektualne svojine u jednoj zemlji od odlučujućeg značaja za razvoj istraživanja, tehnologije i investicionu delatnost pogotovu kada se radi o projektima sa povećanim rizikom kao što je energija, biotehnologija i sl. Međunarodna trgovinska komora je posebno aktivna u donošenju standarda kojima se postojeća pravila u oblasti pravne zaštite intelektualne svojine moraju prilagođavati i novonastalim klimatskim promenama u svetu.

**Politizacija prava intelektualne svojine** je zapravo traženje ravnoteže između interesa stvaralaca i interesa korisnika. To pitanje postaje naročito ak-

---

11 Kompjuterski programi uživaju pravnu zaštitu u okviru autorskog prava i to je opšteprihvaćeno i u uporednom i u međunarodnom pravu. Međutim, patentna zaštita je iako kraćeg trajanja, kvalitetnija zaštita, tj. nosiocu pruža veći stepen pravne sigurnosti te ka tome teže stvaraoci, tj. firme koje se bave stvaranjem programa.

tuelno sa prihvatanjem shvatanja da su prava intelektualne svojine značajan deo imovine društva, kompanija i pojedinaca. Tim pitanjima se bavi i Svetska trgovinska organizacija već godinama kao jednim od najvažnijih pitanja. Bilateralni trgovinski sporazumi koji regulišu i prava intelektualne svojine upravo iz razloga politizacije prava intelektualne svojine, često uvode standarde koji se razlikuju od tradicionalnih i postojećih pravnih standarda. Naime, treba pronaći osetljivu ravnotežu između prejake zaštite koja se pruža nosiocima prava i zaštite koja se omogućuje korisnicima prava. U suprotnom, ako stvaraoci nisu zadovoljni kvalitetom zaštite, oni neće prijavljivati rezultate svoga stvaralaštva koji će onda ostati tajni tj. društvena zajednica neće koristiti rezultate tehnološkog napretka.

Pravo intelektualne svojine se godinama unazad posmatra kao način za regulisanje tržišta, proizvodnje i prenosa tehničkog znanja. Danas, međutim, prevladuje njegova uloga kao važne imovine pojedinca ili kompanije, koja povećava knjigovodstvenu vrednost kompanije, utiče na porast vrednosti hartija od vrednosti i sredstvo obezbeđenja prilikom uzimanja kredita.

### 3. Prava intelektualne svojine koja treba da budu predmet revizije

Osim novih kategorija koje traže svoje mesto u sistemu pravne zaštite intelektualne svojine, tradicionalne kategorije – prava intelektualne svojine, pod uticajem faktora o kojima je bilo reči, transformišu se, dobijaju nove karakteristike i time menjaju postojeće koncepte pojedinih prava intelektualne svojine. Te promene nisu ni brze ni lake i često nailaze na protivljenja samih država, kao zaštitnika opšteg interesa i pojedinaca, nosioca i korisnika prava kao branioca pojedinačnih interesa. U debatama koje se vode povodom širenja i menjanja koncepta pojedinih prava intelektualne svojine otpor pružaju i pravници, strahujući da će tradicionalne kategorije zaštite biti narušene. Ali život, pre svega poslovni krugovi i investitori veoma su uporni u svojoj borbi i suprotstavljaju se različitim vrstama otpora koji se pruža prema menjanju koncepta prava intelektualne svojine.

Jedno od najčešće pokretanih pitanja je potreba za stvaranjem univerzalne patentne zaštite, sistema prijavljivanja pronalazaka i odobravanja patenata od strane jednog organa, na međunarodnom nivou, sa dejstvom u velikom broju zemalja ako ne u svim zemljama, članicama Svetske trgovinske organizacije. Decenijama se već radi na tome i postignuti su izvesni rezultati kao što je donošenje Konvencije o evropskom patentu<sup>12</sup>, kojom se omogućava pravna zaštita u više evropskih zemalja na osnovu jednog postupka odobravanja. Takođe, doneti su Ugovor o saradnji u oblasti patenata, Strazburški aranžman

12 Konvencija o evropskom patentu (1973) je međunarodni ugovor kojim je ustanovljena Evropska organizacija za patente i sistem za izdavanje patenta koji imaju pravno dejstvo u onim zemljama članicama Konvencije, koje je podnosilac zahteva naveo. Republika Srbija još nije postala punopravni član Konvencije.



o međunarodnoj klasifikaciji patenata, Budimpeštanski sporazum o međunarodnom priznavanju depozita mikroorganizama radi postupka patentiranja i Sporazum o patentnom pravu.<sup>13</sup> Svi ti međunarodni sporazumi predstavljaju važne korake na putu harmonizacije patentnog prava, ali zapravo još nije donet međunarodni sporazum kojim se ustanovljava sistem univerzalne međunarodne patentne zaštite, gde svaki zainteresovan prijavilac može da dobije, ukoliko njegov pronalazak ispunjava predviđene uslove, zaštitu u svim zemljama u kojima želi. Evropska unija je, inače, za ostala prava industrijske svojine već ustanovila pravnu zaštitu na teritoriji EU – jedna prijava, jedan postupak, jedinstvena zaštita u svih 27 zemalja članica! Što se tiče patenata, decenijama se već radi na uvođenju sistema EU i za patente, ali za sada taj cilj nije dostignut.

Razloge treba tražiti u privrednom značaju koji imaju patenti za nacionalnu privredu, tj. u nastojanju zemalja članica Evropske unije ali i svih drugih zemalja, da sačuvaju suverenost u odobravanju patenata. Zbog toga se napori nastavljaju u Evropskoj uniji i u Svetskoj organizaciji za intelektualnu svojinu koja je uspela da 2000. godine donese Sporazum o patentnom pravu (Patent Law Treaty) kojim se omogućava delimična harmonizacija materijalnog prava država članica. Kada zemlje članice WIPO-a ratifikuju taj Sporazum, što Republika Srbija još nije učinila, to će biti značajan korak ka univerzalnosti sistema patentne zaštite. Uz sav optimizam treba uzeti u obzir da su razlike između zemalja ogromne i izražene u raznim aspektima, od stepena privrednog razvoja, političkih i društvenih faktora do konceptualnih razlika u sistemu same patentne zaštite.<sup>14</sup> Razlike postoje i u obimu zaštite koje pojedine zemlje odobravaju, kao na primer u slučaju patenata za kompjuterske programe ili za biološki materijal, za nove biljne i životinjske vrste itd. Interesantan primer za različitosti u sistemu odobravanja patente zaštite je pitanje nove upotrebe poznatih komponenti jednog proizvoda. Naime, latinoameričke zemlje, članice Andskog pakta, predviđaju da se, za jedanput poznatu komponentu, nezavisno od toga da li je ona patentabilna ili ne, mora ispuniti uslov originalne upotrebe da bi se mogla zaštititi; nova upotreba poznate komponente tretira se kao otkriće i ne može se zaštititi. Takav pristup ne odgovara manje razvijenim zemljama i malim i srednjim preduzećima koja nemaju finansijske i infrastrukturne mogućnosti da se bave istraživanjem novih komponenti za lekove, već samo mogu da razvijaju nove primene tj. upotrebe poznatih komponenti, prilagođene često lokalnim potrebama. U tom smislu je i nama bliži koncept dozvoljenosti nove upotrebe poznatih komponenti pod opštim uslovima za sticanje patenta.

Postupak harmonizacije patentnih zakona i prakse u izdavanju patenta nadležnih organa dovešće i do stvaranja mreže regionalnih zavoda koji će, na

13 Poslovni krugovi su pozdravili Sporazum o patentnom pravu koji je donela Svetska organizacija za intelektualnu svojinu 2005. Do sada je pristupilo 14 zemalja, što je malo s obzirom na potrebe upravo poslovnih krugova. Sporazumom se harmonizuje postupak prijavljivanja pronalazaka, ali ne i izdavanje patenata,

14 U SAD se patent odobrava prvom pronalazaču, a u ostalim zemljama prvom podnosiocu patentne prijave!

osnovu istog postupka, odobravati patente. Visina taksi za odobravanje patentata će se takođe ujednačiti, jer sada postoje ogromne razlike, od zemlje do zemlje. Takođe razlike su i u efikasnosti nacionalnih zavoda koji odobravaju zaštitu.

Glavna „bitka“ u procesu harmonizacije patentnih zakona se ipak odvija između predstavnika Zavoda za patente i žigove SAD, Patentnog zavoda Japana i Evropskog patentnog zavoda, nazvana je krizom Trilaterale.<sup>15</sup> Napori Svetske organizacije za intelektualnu svojinu za donošenje kompleksnijih pravila o materijalnom patentnom pravu će se teško krunisati uspehom dok se, na načelnom planu, ne donese strateška odluka o harmonizaciji te tri, u patentnom svetu, najznačajnije institucije.

U oblasti pravne zaštite žigova nekoliko pitanja su konstantno na dnevnom redu međunarodnih organizacija. To je upotreba žigova na Internetu i problemi koji se otvaraju takvom upotrebom. Najčešće je to nova upotreba već registrovanog žiga na ime drugog nosioca prava, kao, na primer, unošenje u svoj website tuđih žigova, kako bi se privukli potrošači. Zatim različite upotrebe žiga prilikom reklamiranja proizvoda otvaraju poglavlje šta je zapravo povreda tuđeg žiga ili koji će se zakon o žigu primeniti na povredu preko Interneta ili sudu koje države se može podneti tužba za povredu prava kada je reč o međudržavnim povredama.

Ime domena ili Internet adresa je jedno od koneksnih prava žigovnog prava. Internet adresa označava mesto u virtuelnom kibernetском prostoru na kome se nalazi određena informacija o vlasniku adrese. Ako se informacija odnosi na privrednu delatnost, onda adresa dobija funkciju privrednog obeležja, sličnog žigu. Preduzeća-korisnici Interneta su od devedesetih godina počela da registruju svoje žigove i firme kao nazive domena drugog nivoa<sup>16</sup> i tako su stvorili pometnju na tržištu Interneta, jer su međusobno konkurali jedni drugima. Problem se rešava sistemom registracije Internet adrese kod ovlašćene institucije koja primenjuje princip prioriteta i distinktivnosti.<sup>17</sup> Poslovni krugovi su odmah postavili pitanje, da li legalni nosilac žiga ima prioritarno pravo na registraciju Internet adrese koja u nazivu drugog nivoa sadrži takav žig u odnosu na sve druge potencijalne korisnike. Upotrebom Internet adrese se može povrediti pravo na žig drugog lica na dva načina: izazivanjem zabune u privrednom prometu u vezi sa poreklom robe koja se nudi putem Interneta ili „razvodnjavanjem“ reputacije tuđeg žiga kojom se slabi reklamna snaga koju uživa poznati žig kod potrošača.

Adekvatna zaštita geografskih oznaka porekla proizvoda je veoma važna za pojedine zemlje manje privredno razvijene, kao i za poljoprivredne zemlje i, naravno, za razvijene zemlje koje žele da zaštite alkoholna pića, lokalne pro-

15 S. Marković, „Global Administrative Crisis of the Patent System“, *Annals of the Faculty of law*, Belgrade, 2007, str. 77.

16 Svaka internet adresa se sastoji od najmanje dva nivoa oznaka, prvi nivo ima opšti, generički karakter, dok drugi nivo bira sam korisnik jer ga on individualizuje.

17 Od 1999. godine poslove registracije Internet adresa preuzela je specijalizovana organizacija sa sedištem u SAD– Internet Corporation for Assigned Names and Numbers – ICANN.

zvode i *know how*. Svetska trgovinska organizacija se zalaže za uspostavljanje multilateralnog sistema za notifikaciju i registraciju geografskih oznaka za vina i alkoholna pića, kao blažeg oblika pravne zaštite u odnosu na oznake porekla koje izdaju nacionalni zavodi. To bi omogućilo proizvođačima da brže i jeftinije registruju svoje proizvode, odnosno da ih zaštite od konkurencije na tržištu na lakši način. Ovo pitanje bi bilo veoma značajno za proizvođače u Srbiji koji bi identifikovali svoje proizvode na domaćem i izvoznom tržištu i sprečili neloyalnu konkurenciju.

Postojeće razlike u materijalnopравnim pravilima u oblasti pravne zaštite dizajna, kao, na primer, kriterijuma za sticanje zaštite, postupka odobravanja, pravnih sredstava kod povrede prava i slično otežavaju položaj vlasnika dizajna da dobiju međunarodnu zaštitu. Situacija je bolja za pripadnike zemalja koje su pristupile Haškoj konvenciji za međunarodno registrovanje dizajna<sup>18</sup> i od 2003. godine za pripadnike zemalja članica Evropske unije koje zahvaljujući Pravilniku o komunitarnom dizajnu mogu da dobiju jedinstvenu zaštitu u 27 zemalja članica. Pristupanjem Evropske unije Haškoj konvenciji 2006. godine komunitarna registracija dizajna može da postane i međunarodna registracija. Naravno sve te pogodnosti su rezervisane za pripadnike EU dok vlasnici dizajna čije države nisu pristupile Konvenciji imaju samo nacionalnu zaštitu dizajna, od zemlje do zemlje i ukoliko je njihova zemlja pristupila Haškoj konvenciji, konvencijsku zaštitu. Zbog toga su poslovni krugovi inicirali donošenje jednog međunarodnog sporazuma o pravu na dizajn koji bi na univerzalnom nivou obezbedio pravnu zaštitu dizajna na osnovu jednog postupka i jedne registracije. Sporazum TRIPS je takođe obezbedio standard minimalne zaštite dizajna i uveo neka pravila koje zemlje članice moraju da uključe u nacionalna zakonodavstva radi harmonizacije zakonodavstva. Za poslovne ljude se pokazalo kao veoma važno lako pristupanje podacima o međunarodno registrovanim dizajnim kako bi se izbegle povrede već registrovanih dizajna. U pojedinim zemljama to je veoma teško izvodljivo i to je ma koliko pragmatično izgledalo, jedno od važnih pitanja koje se u oblasti zaštite dizajna mora rešiti. Svetska organizacija za intelektualnu svojinu je kreirala elektronski registar za dizajn. Sada se radi na standardizaciji sistema kako bi on bio dostupan svim zainteresovanim korisnicima.

U oblasti autorskog i srodnih prava, problemi na planu pravne zaštite su drugačije prirode, budući da se ova prava ne registruju, odnosno ne podležu postupku ocenjivanja i odobravanja. Treba istaći da je veoma značajno da su dva međunarodna sporazuma, koja je 1996. godine donela Svetska organizacija za intelektualnu svojinu, o zaštiti autorskog prava i o zaštiti interpretatora i fonogramskih organizacija, stupila na snagu 2002. godine a da je svakom od njih pristupio 60 zemalja, uključujući i Republiku Srbiju. Očekuje se da će se ovaj broj još povećati, kao i da će sve zemlje koje su pristupile implementirati odredbe sporazuma u svoje nacionalno zakonodavstvo.

---

18 Haški sporazum ustanovljava sistem međunarodnog prijavljivanja i registrovanja dizajna, gde se na osnovu jedne prijave ostvaruje zaštita u više zemalja.

Doprinos delatnosti koje su zasnovane na autorskom i srodnim pravima nacionalnim ekonomijama je u konstantnom porastu. Te činjenice nisu uvek svesni oni koji donose odluke o adekvatnoj zaštiti i u implementaciji te zaštite u nacionalnim okvirima. Zbog toga se ističe značaj dobrog i efikasnog sprovođenja pravne zaštite, koji kao svoj minimum mora da zadovolji zahteve postavljene Sporazumom TRIPS. To je naročito važno u novom tehnološkom okruženju koje stalno pruža nove mogućnosti za iskorišćavanje autorskih dela, kao, na primer, onlajn korišćenje dela. Sistemi digitalnih prava i porast tražnje od strane korisnika zahtevaju da se tradicionalni modaliteti pravne zaštite stalno prilagođavaju. Tako se kreiraju novi pojmovi kao kolektivno licenciranje na dobrovoljnoj osnovi, koje uz poštovanje principa efikasnosti, transparentnosti i lojalnog korišćenja, treba da obezbede masovno iskorišćavanje autorskih dela bez traženja saglasnosti i plaćanja naknade, ali uz pristanak nosioca prava i poštovanje uslova korišćenja.

Audio-vizuelni izvođači već duže vreme traže da se pravna zaštita koju oni uživaju osavremeni na međunarodnom planu, pogotovu od kada je Svetska organizacija počela da radi na donošenju Sporazuma o Internetu o kome je raspravljano na diplomatskoj konferenciji 2000. godine, ali bez daljih aktivnosti. Poslovni krugovi su sve glasnjiji u traženju reformi u ovoj oblasti, osavremenjivanju pravne zaštite za umetnike izvođače i audio-vizuelnu produkciju kako bi obe strane bile adekvatno zaštićene od piraterija raznih oblika i time optimalizovale svoje finansijske efekte. Iza svega stoje velika investiciona ulaganja i očekivanja da se investicija isplati! Ovim zahtevima su se pridružila i emisiona preduzeća, koja takođe traže menjanje pravnih pravila o zaštiti njihovih prava kao odgovor na zahteve tržišta i tehnološki razvoj. Rimska konvencija<sup>19</sup>, kao najznačajniji izvor međunarodne zaštite, postala je delom prevaziđena i Svetska organizacija za intelektualnu svojinu radi na donošenju Sporazuma o pravima emisionih preduzeća (emitera) – Broadcasters' Rights Treaty.

#### 4. Rešavanje sporova u oblasti intelektualne svojine

Sporovi koji imaju za predmet prava intelektualne svojine su iz godine u godinu sve brojniji i raznovrsniji po svojoj sadržini. S obzirom na njihovu prirodu, prisutnost tehničkih elemenata, visoku specijalizaciju i vrlo čest međunarodni karakter, traže se načini za njihovo efikasno rešavanje. Sudije moraju da budu poznavaoци prava intelektualne svojine, što zahteva specijalizovana veća ili specijalizovane sudove.<sup>20</sup> Pored posebnog znanja koje je potrebno za rešavanje sporova iz oblasti intelektualne svojine, često se moraju angažovati sudski veštaci i eksperti, zatim strane u sporu su zainteresovane

19 Konvencija o zaštiti umetnika izvođača, proizvođača fonograma i organizacija za radio-difuziju, nazvana Rimska konvencija, po mestu donošenja, doneta je 1961. god. i broji 79 država članica. Republika Srbija je članica Konvencije od 2002. godine.

20 U pojedinim zemljama, kao što su Velika Britanija i SR Nemačka, postoje specijalizovani sudovi, a drugim – Francuska, Švajcarska – specijalizovana veća.

za brzo i efikasno postupanje foruma, što sve govori u prilog tome da se ova vrsta sporova sve češće poverava arbitražama i postupku medijacije.

Arbitraža, kao što je poznato, ima sledeće karakteristike: to je privatni mehanizam za rešavanje sporova; to je alternativa u odnosu na redovne sudove; to je uvek rezultat volje i izbora stranaka u sporu; i to je konačna i obavezujuća odluka koja je po svojoj pravnoj snazi jednaka sudskoj odluci. Arbitražna odluka se primenjuje na osnovu odredbi Njujorške konvencije o izvršenju arbitražnih odluka u 140 zemalja u svetu. Stranke imaju i mogućnost izbora arbitara, kao stručnjaka i osoba koje uživaju poverenje, što je sporovima iz oblasti intelektualne svojine veoma značajno. Naime, ove sporove često karakteriše poverljivost podataka i obaveza čuvanja poslovne tajne naročito kada su patenti i *know how* u pitanju ili kada je reč o poslovanju kompanija. Vrste povreda prava intelektualne svojine mogu da budu različite, od svojinskih, do osporavanja važnosti prava, zloupotrebe dozvoljenog korišćenja i povrede tuđeg prava. Čest predmet sporova su i licence, ugovori o transferu prava, ugovori o istraživanju i ugovori između zaposlenih i poslodavca povodom prava intelektualne svojine koja su nastala za vreme trajanja radnog odnosa.

Međutim, nadležnost arbitraže kao poželjnog foruma za rešavanje sporova iz oblasti intelektualne svojine nije univerzalno primenjiva. Ukoliko u ugovoru o prenosu prava ili ustupanju korišćenja, kao i u slučaju povreda koje nastaju van ugovornog odnosa, nije predviđena arbitražna klauzula strane u sporu se moraju, po nastanku spora, dogovoriti da određenoj arbitraži povere spor u rešavanje. To uglavnom nije slučaj. Zatim, arbitraža se manje koristi kao način za rešavanje sporova ako jedna strana želi da prema povrediocu njegovog prava odmah traži privremenu meru koja se odnosi na poslovanje ili prodaju robe svog konkurenta. U većini zemalja je, u slučaju kada se inicira arbitražni spor, moguće obratiti se redovnom sudu nadležnom za izricanje privremenih mera. Imamo situaciju i da postoji validan arbitražni sporazum između stranaka ali da spor nije arbitrabilan, tj. da pravno ne može biti rešen arbitražom. U mnogim pravnim sistemima postoje ograničenja u pogledu predmeta spora, tj. neki sporovi se ne mogu izuzeti od redovnih sudova i poveriti arbitraži. Takođe, u nekim zemljama postoje ograničenja u pogledu vrste sporova koji se mogu poveriti arbitraži. To se pravda javnopravnim karakterom registracije i odobravanja isključivog prava od strane zavoda, agencije ili sličnog organa koji imaju isključivu nadležnost da odobre, promene ili ukinu pravo, kao i da odrede njegov obim. Zbog toga sporovi koji se odnose na samo postojanje ili punovažnost prava intelektualne svojine, po prirodi stvari, nisu arbitrabilni. Ostali sporovi su, u principu, arbitrabilni i to, po pravilu, sporovi koji nastaju iz ugovora o ustupanju prava. Švajcarska i SAD su primeri zemalja gde se prihvata najšira arbitrabilnost sporova iz intelektualne svojine. U mnogim zemljama pravi se, pak, razlika između prava koja se moraju registrovati (patenti, žigovi, dizajn) i prava koja postoje nezavisno od registracije (autorska i srodna prava). Sporovi koji se odnose na prava koja se moraju registrovati mogu da budu arbitrabilni, ali se može dogoditi da doneta arbitražna odluka nema uticaja na prava trećih lica.

Institucija koja iz godine u godinu ima sve veći broj sporova iz oblasti intelektualne svojine je Međunarodna trgovinska arbitraža u Parizu.<sup>21</sup> Problem dozvoljenosti izricanja privremene mere od strane redovnog suda iako postoji arbitražni sporazum je u mnogim zemljama prihvaćen. Drugi problem – izvršenje arbitražne odluke uglavnom je rešen, pri čemu postoje značajne razlike od zemlje do zemlje u pogledu brzine sprovođenja, nadležnosti organa za sprovođenje, samog postupka itd. Postoje i specijalizovane arbitraže za sporove iz oblasti intelektualne svojine koje okupljaju stručnjake i u stanju su da pruže vrhunsku „pravosudnu uslugu“. Veoma je značajno da se široko prihvati UNCITRAL-ov Model zakona o međunarodnim trgovinskim arbitražama jer on, na fleksibilan način, reguliše ovu materiju, odnosno ostavlja dovoljno prostora i za rešavanje sporova iz oblasti intelektualne svojine.

Kod medijacije, medijator kao neutralna, treća strana u sporu, nastoji da reši nastali sporni odnos međusobnim sporazumom tj. dogovorom stranaka u sporu. On pomaže strankama da utvrde sporna pitanja, predlaže alternativna rešenja i kompromise kako bi se došlo do zajednički prihvatljivog rešenja nastalog spora. Kompromisno rešenje koje se postigne samo ugovorno obavezuje stranke na izvršenje. Prednost medijacije kod sporova iz oblasti intelektualne svojine je u činjenici da one same mogu pregovorima da dođu do rešenja a medijator nije obavezan kao sudija ili arbitar da primenjuje određeno pravo, dogovaranje može da ima poverljiv karakter, da traje koliko stranke žele i da sačuva njihove poslovne odnose, tj. da oni nastave da posluju pošto zajednički reše jedno sporno pitanje. Kao i kod arbitraže, da bi medijacija bila moguća, stranke moraju da pristanu na takav način rešavanja spora.<sup>22</sup> Međutim, u nekim slučajevima medijacija nije moguća kao na primer kod namernog krivotvorenja i piraterije, kada ne može očekivati da će počinitelj povrede pristati na postupak medijacije, s jedne strane i kada lice čiji je interes povređen želi obeštećenje.

## NEW TENDENCIES IN THE DEVELOPMENT OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS IN THE EUROPEAN UNION

### Summary

*The intellectual property system is designed to benefit society as a whole, striking a delicate balance to ensure that the needs of both the creator and the user are satisfied. The main forces changing the intellectual property landscape today and their possible impact on the creation and exploitation of intellectual*

21 Godišnje 10% sporova povodom kojih se vode arbitraže pred Međunarodnom trgovinskom komorom otpada na sporove u oblasti intelektualne svojine, ICC: Current and emerging intellectual property issues for business, Pariz, 2007, str. 49.

22 Federalni sudovi u SAD i Patentni sud SR Nemačke rade na unapređenju medijacije kao načina za rešavanje sporova u oblasti intelektualne svojine, tj. upućuju stranke da iskoriste medijaciju pre nego što se upuste u spor pred ovim institucijama.

*property are: the globalization of the economy, the development of new technologies, Internet connectivity, the politization of intellectual property issues, the growth in economic importance of non-technological business and changes in the ways business operate. Current and emerging issues are: need for worldwide patent system, use of the trademarks on the Internet, substantive and procedural international harmonization of design and protection of broadcasters. New issues are: the environment and biological diversity, client legal privilege, impact of climate changes on the law of intellectual property, healthcare and data privacy. The intellectual property disputes can be resolved by national courts, arbitration and mediation.*

**Key words:** *Electronic Data Basis. – Biotechnology. – Convention on Biological Diversity. – Client Legal Privilege. – Globalization of the Economy. – Climate Changes. – Arbitration. – Mediation.*

## NACRT ZAKONA O UPRAVNIM SPOROVIMA SRBIJE U KONTEKSTU EVROPSKIH STANDARDARDA

### Apstrakt

*Do uvođenja upravnog spora došlo je zbog toga što administrativna kontrola uprave kao takva nije mogla u dovoljnoj meri da garantuje ostvarivanje načela zakonitosti u radu uprave, posebno ostvarenje i zaštitu prava građana od nezakonitih postupaka i odluka uprave. Prema ovlašćenjima suda, upravni sporovi dele se na upravne sporove za poništaj upravnog akta i upravne sporove pune jurisdikcije. Dok u sporu za poništaj upravnog akta sud samo vrši kontrolu zakonitosti upravnog akta, u sporu pune jurisdikcije sud, osim kontrole zakonitosti, vrši i kontrolu sadržine tog upravnog akta. Strategija reforme državne uprave u Srbiji obuhvata i reformu upravnog zakonodavstva u oblasti upravnog spora. Međutim, Srbija još nije donela svoj zakon o upravnim sporovima, tako da je još uvek na snazi raniji savezni Zakon o upravnim sporovima iz 1996. Na veb-sajtu Ministarstva za državnu upravu i lokalnu samoupravu istaknut je Nacrt Zakona o upravnim sporovima. Taj Nacrt, međutim, ne ispunjava evropske standarde u ovoj oblasti, između ostalog, zbog toga što ne propisuje obaveznu usmenu raspravu, ne uvodi spor pune jurisdikcije kao pravilo, ne predviđa žalbu kao pravno sredstvo itd. Iz tih razloga, ovaj Nacrt ZUS-a treba povući iz procedure.*

*Ključne reči: Upravni spor. – Nacrt Zakona o upravnim sporovima Srbije. – Evropski standardi u upravnom sporu. – Evropski upravni prostor.*

### I. Upravni spor

Strogo uzevši, prema koncepciji podele vlasti, sudska kontrola uprave ne bi bila u skladu sa ovim principom. Međutim, kao i u mnogim drugim situacijama u pravu, pokazalo se da je životna stvarnost superiorna u odnosu na formalno-logičke pravne konstrukcije ljudi. U tom smislu je i pojava upravnog spora, kao osnovnog oblika sudske kontrole uprave, jedan od najrečitijih dokaza *trijumfa života nad pravom*. Upravni spor nije institut antičke pravne misli, već izum savremenog prava. Upravni (administrativni) spor nastao je kao posledica suštinskih nedostataka raznih oblika upravne kontrole uprave,

---

\* Dr Stevan Lilić, redovni profesor Pravnog fakulteta u Beogradu ([www.slilic.com](http://www.slilic.com)). Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta *Pravni kapaciteti Srbije za evropske integracije* Pravnog fakulteta u Beogradu koji podržava Ministarstvo nauke Republike Srbije.



posebno onih koji se temelje na hijerarhijskom principu, s jedne, i potrebe da se na odgovarajući način obezbede ostvarivanje i zaštita prava građana u odnosu na upravu, s druge strane.

Razloge za uvođenje upravnog spora, pre svega, treba tražiti u okolnostima što administrativna kontrola uprave kao takva nije mogla u dovoljnoj meri da garantuje ostvarivanje načela zakonitosti u radu uprave, a još manje da garantuje ostvarenje i zaštitu prava građana od nezakonitih postupaka i odluka uprave. Kako se ističe (N. Stjepanović), ...među upravnim organima, ma na kojoj lestvici hijerarhije se oni nalazili, postoji prilično ujednačenje gledišta, istim su duhom zadahnuti, imaju iste rukovodne misli i jednako shvataju upravne ciljeve. Niži upravni organi su u krajnjoj zavisnosti od viših; oni rade obično ono što im viši savetuju i sugerišu, rešavaju prema njihovim uputstvima i cirkularima. Normalno, administrativna kontrola, sama po sebi, nije zadovoljavala. Trebalo je onda tražiti zaštitu na drugom mestu, kod drugih organa i kod drugih vlasti.<sup>1</sup>

Te okolnosti su dovele do stanovišta da su samo sudovi zaista u stanju da ocene pravnu stranu upravne delatnosti, da ispitaju i reše da li je uprava postupila saobrazno zakonu, da li je i koliko povredila neku pozitivnu pravnu normu. U tom smislu, ...neke su države poverile taj zadatak već postojećim sudovima. U nekima su, opet, istaknuti krupni razlozi protiv takvog rešenja. Učinjeni su prigovori i načelne i praktične (pravno-političke) prirode. Sudska kontrola uprave poremetila bi, ako ne i sasvim zbrisala, princip podele vlasti, koji u prošlom veku niko nije hteo da žrtvuje. Uprava ne bi onda bila potčinjena samo zakonodavnoj, nego i sudskoj vlasti. Šta bi ostalo od njene samostalnosti? Praktično bi bilo nezgodno poveriti redovnim sudovima tu funkciju jer sudije malo znaju administrativne propise, ne razumeju duh uprave i okolnosti pod kojima ona dela; suviše civilistički nastrojeni (vasпитani u duhu civilno-pravnih teorija), teško ulaze u posebne probleme upravnog prava i sa velikim protivljenjem usvajaju posebne javnopravne institucije. Ako je bilo potrebno osnovati naročite trgovačke sudove zbog posebnih uslova, još pre će biti potrebni naročiti upravni sudovi jer su pravni odnosi u upravi sasvim drukčiji nego u privatnoj sferi građana.<sup>2</sup>

Srbija je u upravnim sporovima ima dugu tradiciju koja je bila vezana za položaj i ulogu Državnog saveta.<sup>3</sup> Kako se ističe, ...istorija srpskog administrativnog sudstva, u stvari je istorija razvitka Državnog saveta. Kao što je poznato, Državni savet ima svoj začetak još za vreme Karađorđeve vlade. To je bio najviši organ ondašnje državne uprave u kome je bila usredsređena celokupna državna vlast: zakonodavstvo, uprava i sudstvo bili su u njegovim rukama. (...) Sa pojavom Ustava (iz 1888), kojim Srbija postaje ustavna monarhija, udareni su temelji administrativnom režimu, pa prema tome i osnov

1 Nikola Stjepanović, *Upravno pravo II*, Beograd, 1973, str. 241.

2 Nikola Stjepanović, *Upravno pravo II*, Beograd, 1973, str. 241.

3 Uporedi: Dragaš Denković, *Državni savet u Srbiji i Jugoslaviji*, Jugoslovenska revija za međunarodno pravo, Beograd, br. 1-3, 1973.

pravnoj državi. Upravna vlast dolazi sada pod zakonodavnu i sudsku kontrolu. Sudsku kontrolu nad upravnom vlašću vrši Državni savet, koji se sada prvi put javlja kao administrativni sud.<sup>4</sup>

U Kraljevini Jugoslaviji upravni spor regulisan je *Zakonom o državnom savetu i upravnim sudovima* (1922).<sup>5</sup> Ovaj Zakon, kako se ističe, ...u pogledu presuda upravnih sudova i Državnog saveta, usvojio je princip *zasebne upravno-sudske jerarhije*. To znači da je upravno sudstvo izdvojeno iz aktivne administracije i da između aktivne uprave i upravnog sudstva nema *jerarhijskog kontinuiteta*, tj. da su to dve *zasebno organizovane vlasti, sa odvojenom nadležnošću*.<sup>6</sup>

U Jugoslaviji stvorenoj 1945. godine nakon Drugog svetskog rata, Državni savet i upravni sudovi ne samo da nisu preuzeti, već su izričito bili ukinuti. U tom periodu, nije postojala sudska kontrola uprave, a kontrola rada uprave u osnovi se svodila na pojedine oblike političke i administrativne kontrole karakteristične za sisteme administrativnog socijalizma (npr. kontrola od strane viših upravnih organa, nadzor predstavničkih organa državne vlasti, nadzor kontrolnih komisija, sporadičan nadzor sudova i sl).<sup>7</sup>

Ipak, s obzirom na postojeću tradiciju, Jugoslavija je, donošenjem *Zakona o upravnim sporovima* 1952. godine, prva od tzv. socijalističkih zemalja uvela sudsku kontrolu uprave i upravni spor kao redovan i sistematski vid kontrole zakonitosti upravnih akata, što je, između ostalog, i u svetu tada veoma dobro primljeno.<sup>8</sup> Drugi *Zakon o upravnim sporovima* donet je 1977. godine. Nakon prestanka (raspada) socijalističke Jugoslavije (1991) i stvaranja nove Savezne Republike Jugoslavije (1992), oktobra 1996. godine donet je i nov jugoslovenski *Zakon o upravnim sporovima* (1996), koji je objavljen u „Službenom listu SRJ“, br. 46/96.<sup>9</sup>

Nova pravna situacija u odnosu na zakonodavstvo u oblasti upravnih sporova nastaje usvajanjem *Ustavne povelje državne zajednice Srbija i Crna Gora* (Sl SCG, 1/2003). Dotadašnja Savezna Republika Jugoslavija prestaje da postoji, a zajedno sa tim prestao je da važi Ustav SRJ iz 1992. godine, kao i postojeće savezno zakonodavstvo.<sup>10</sup> U tom kontekstu, na nivou državne zajednice prestao je da važi i savezni *Zakon o upravnim sporovima* (1996), s tim da se, dok države članice ne donesu nove zakone iz ove oblasti, primenjuje

4 Danilo Danić, *Razvitak administrativnog sudstva u Srbiji*, Beograd, 1926, str. 5, 28.

5 Uporedi: Mihailo A. Krstić, *Političko-upravni zbornik (zakona, uredaba i pravilnika) I*, Beograd, 1935, str. 58–65. i dr.

6 Ljubomir Radovanović, Božidar Protić, *Iz upravno-sudskog postupka*, Beograd, 1928, str. 7.

7 Nikola Stjepanović, *Upravno pravo II*, Beograd, 1973, str. 245–246.

8 Uporedi: Nikola Stjepanović, *Judicial Review of Administrative Acts in Yugoslavia*, The American Journal of Comparative Law, no. 1, 1957.

9 Uporedi: Stevan Lilić, *Upravno sudstvo i novi Zakon o upravnim sporovima*, Zbornik „Aktuelna pitanja jugoslovenskog sudskog, radnog i upravnog zakonodavstva“ (Budva), Beograd, 1998, str. 261–276.

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

kao republički zakon.<sup>11</sup> Crna Gora je donela svoj nov *Zakon o upravnom sporu* u oktobru 2003.<sup>12</sup>

Nakon sprovođenja Referenduma o nezavisnosti Crne Gore (21. maja 2006), prestala je da postoji državna zajednica SCG. Po automatizmu koji je bio predviđen Ustavnom poveljom SCG (čl. 60), Srbija je postala nezavisna država koja je zauzela svoje mesto među članicama Ujedinjenih nacija. Međutim, Srbija još nije donela svoj zakon o upravnim sporovima, tako da je još uvek na snazi raniji savezni *Zakon o upravnim sporovima* iz 1996<sup>13</sup> (uz „deaktiviranje“ onih odredaba koje su se odnosile na savezne institucije – npr. o nadležnosti za postupanje po nekim pravnim sredstvima).

## II. Upravni spor za poništaj upravnog akta i upravni spor pune jurisdikcije

Prema ovlašćenjima suda, upravni sporovi se dele na upravne sporove za poništaj upravnog akta i upravne sporove pune jurisdikcije. Spor za poništaj upravnog akta naziva se još i spor o zakonitosti upravnog akta. U tom smislu, upravni spor za poništaj upravnog akta (odnosno spor o zakonitosti upravnog akta) ima isključivo za cilj poništaj upravnog akta u slučaju njegove nezakonitosti (i, po pravilu, vraćanje predmeta organu koji je doneo upravni akt na ponovno rešavanje), dok se u upravnom sporu pune jurisdikcije nakon poništaja upravnog akta zbog nezakonitosti predmet ne vraća organu koji je doneo akt na ponovno odlučivanje, već o tom upravnom predmetu odlučuje sud koji je poništio upravni akt. Dok u sporu za poništaj upravnog akta sud samo vrši kontrolu zakonitosti upravnog akta, u sporu pune jurisdikcije sud, osim kontrole zakonitosti, vrši i kontrolu sadržine tog upravnog akta. Drugim rečima, u sporu za poništaj upravnog akta sud raspravlja samo o sudskoj stvari (tj. o zakonitosti upravnog akta), dok u sporu pune jurisdikcije sud, osim o pitanjima zakonitosti upravnog akta (kao sudskoj stvari), odlučuje i o samoj sadržini upravnog akta, tj. i o upravnoj stvari.

Prema našem važećem *Zakonu o upravnim sporovima* iz 1996. godine, predmet upravnog spora za poništaj upravnog akta može biti samo zakonitost konkretnog i pojedinačnog upravnog akta. S druge strane, to istovremeno znači da, prema našim propisima, predmet upravnog spora za poništaj upravnog akta ne može biti celishodnost upravnog akta, kao i to da predmet ovog spora ne mogu biti opšti akti uprave (upravni propisi), upravni ugovori i materijalni akti uprave (upravne radnje).<sup>14</sup>

11 Ljubodrag Pljakić, *Zakon o upravnim sporovima u praksi*, Pravni informator, br. 2, februar 2007.

12 Uporedi: *Zakon o upravnom sporu*, Službeni list RCG, br. 60/2003.

13 *Zakon o upravnim sporovima*, Službeni list SRJ, br. 46/96.

14 Određena novina uneta je u *Zakon o upravnom sporu* Crne Gore koji predviđa da se u upravnom sporu ne odlučuje samo o zakonitosti upravnog akta, već „i o zakonitosti dru-

Iako podela upravnih sporova na sporove za poništaj upravnog akta i sporove pune jurisdikcije ima posebnog značaja u francuskom pravu (npr. u vezi sa tužbama protiv neizvršenja administrativnih ugovora)<sup>15</sup>, ova podela ima određenog značaja i u našem pravu. Međutim, kako je u našem pravu upravni spor za poništaj upravnog akta pravilo, a upravni spor pune jurisdikcije izuzetak, to kod nas ova podela ima više principijelan nego praktičan značaj. Razlog tome je okolnost da, iako je pod određenim uslovima spor pune jurisdikcije moguć i prema našim važećim propisima, naši ga sudovi u svojoj praksi izbegavaju i praktično ne primenjuju. Kao posledica toga, u našoj upravno-sudskoj praksi sreće se uglavnom upravni spor za poništaj upravnog akta, a ne i spor pune jurisdikcije.

Prema važećim propisima, u sporu za poništaj upravnog akta sud ispituje samo zakonitosti upravnog akta i, ukoliko nađe da je akt nezakonit, on ga svojom presudom poništava. Po svojoj prirodi spor za poništaj upravnog akta je spor kasacionog karaktera jer se u njemu odlučuje samo o zakonitosti upravnog akta, koji se, u slučaju da je nezakonit, poništava. U tom slučaju, prema konkretnim okolnostima, nakon poništavanja upravnog akta moguće su dve situacije: ili se na osnovu sudske presude predmet vraća organu koji je doneo poništeni upravni akt, sa obavezom da donese novi upravni akt u skladu sa presudom suda, ili će na osnovu sudske presude za upravni organ koji je doneo poništeni upravni akt nastati obaveza da se uzdrži od donošenja novog akta.

Za spor pune jurisdikcije karakteristično je da sud u upravnom sporu, osim o zakonitosti upravnog akta kao sudskoj stvari, odlučuje i o upravnoj stvari, koja inače spada u nadležnost organa uprave, a ne suda. Po svojoj prirodi, upravni spor pune jurisdikcije je spor meritornog karaktera jer se u njemu ne odlučuje samo o zakonitosti upravnog akta, već i o samoj sadržini spornog upravno-pravnog odnosa (tj. o upravnoj stvari). U upravnom sporu pune jurisdikcije odlučuju se dve stvari. S jedne strane, uvek se odlučuje o zakonitosti upravnog akta (kao i u sporu za poništaj upravnog akta), a s druge, u sporu pune jurisdikcije odlučuje se i o samoj upravnoj stvari iz nadležnosti organa uprave koji je doneo akt zbog kojeg se vodi upravni spor.

Prema našim važećim propisima, spor pune jurisdikcije načelno je moguće voditi u slučaju kada sud oceni da *priroda stvari* to dozvoljava i kada *podaci pružaju pouzdani osnov*. Ako su ti uslovi ispunjeni, zakon propisuje da sud svojom presudom može rešiti upravnu stvar, kao i da presuda u svemu zamenjuje poništeni upravni akt. U našoj upravno-sudskoj praksi, međutim, sudovi ovo veoma izbegavaju (između ostalog, sa neformalnim obrazloženjem da bi se time *de facto* uveo treći upravni stepen, čime bi se teret upravnog odlučivanja masovno prebacio na sud).<sup>16</sup>

---

gog pojedinačnog akta kada je to zakonom određeno“. Vidi: Sretan Ivanović, *Komentar Zakona o upravnom sporu*, Podgorica, 2003, str. 32–38.

15 Slavoljub Popović, *Upravni spor u teoriji i praksi*, Beograd, 1968, str. 36.

16 Prema *Zakonu o upravnom sporu Crne Gore*, za spor pune jurisdikcije dovoljno je da *priroda stvari* to dozvoljava i taksativno određuje situacije kada sud može meritorno od-

### III. Strategija reforme državne uprave Srbije

Značaj reforme državne uprave istaknuta je u dokumentu Vlade Srbije pod nazivom *Strategija reforme državne uprave Srbije*<sup>17</sup>, u kojoj se, između 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, opterećena nizom problema nagomilanih tokom više decenija. Da bi transformacija ovog sektora dala pozitivne rezultate ona mora da bude pažljivo osmišljena i opšteprihvaćena i ni u jednom trenutku ne sme da bude dovedena u pitanje trenutnim odnosom političkih snaga u državi. Preduslov za to je postojanje strategije reforme državne uprave zasnovane na opštim principima *Evropskog administrativnog okvira* (European Administrative Space) i tzv. „dobre vladavine“ (good governance), kao i konceptu tzv. „otvorene uprave“ (open government). Krajnji cilj reforme je obezbediti visok kvalitet usluga građanima i stvoriti takvu državnu upravu u Srbiji koja će značajno doprinosti ekonomskoj stabilnosti i kvalitetu životnog standarda, što je od presudnog značaja za kvalitet i efikasnost ekonomskih i socijalnih reformi.

Prema Strategiji, reforma državne uprave uključuje i reformu upravnog zakonodavstva. Sa svoje strane to uključuje i reformu zakonodavstva o upravnom sporu. Tako, reforma zakonodavnog okvira u oblasti državne uprave znači donošenje propisa koji će predstavljati pravni okvir za funkcionalnu i organizacionu reformu državne uprave zasnovanu na strateškim principima. Kao prvo, to podrazumeva skup zakona i pratećih propisa kojima se postavljaju osnovi državne uprave u Srbiji, kao što su novi Zakon o državnoj upravi i Zakon o javnim službenicima. Istovremeno sa ovim zakonima, deo zakonodavnog okvira čine i zakoni kojima se uređuje procesno postupanje organa državne uprave i kontrola zakonitosti i pravilnosti njihovog rada – Zakon o opštem upravnom postupku i Zakon o upravnim sporovima. Kao što je poznato, Srbija je dužna da odmah nakon potpisivanja Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju započne postupak usklađivanja domaćih propisa sa komunitarnim propisima, u oblastima određenim ovim sporazumom. Vlada Republike Srbije je već usvojila mehanizam za ocenu usklađenosti koji treba da služi kao merilo uspešnosti i preciznosti akcionih planova. Analiza efekata propisa pre njihove izrade i nakon njihove primene (impact assessment) predstavlja meru koja mora biti deo zakonodavne reforme. Pod time se podrazumeva proces u kome se identifikuju, predviđaju i procenjuju mogući efekti, kako pozitivni tako i negativni, koje propis može da ime na javni i privatni sektor i iznalaze načini za smanjivanje negativnih uticaja. U Srbiji je predviđeno obrazovanje posebnog Upravnog suda, koji bi bio isključivo nadležan za sporove koji se odnose na kontrolu zakonitosti upravnih akata. Do po-

---

lučiti o predmetnoj stvari. Vidi: *Zakon o upravnom sporu*, Službeni list RCG, br. 60/2003, član 35.

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

četka rada ovog suda, koji je, zbog materijalnih problema vezanih za njegovo osnivanje, odložen do 1. januara 2010. godine, sudsku kontrolu rada uprave vrše okružni sudovi i Vrhovni sud Srbije.

Zamisljiva je okolnost da je prema *Akcionom planu za sprovođenje reforme državne uprave, za period 2004. do 2008. godine*, bilo predviđeno da se Zakon o upravnim sporovima (kao i Zakon o opštem upravnom postupku) usvoji u poslednjem kvartalu 2004. godine. To do danas nije učinjeno. Predlog Zakona o izmenama i dopunama Zakona o opštem upravnom postupku nalaze se u skupštinskoj proceduri od februara 2009. godine (ali još nije stavljen na dnevni red Narodne skupštine), dok je nov Zakon o upravnim sporovima još uvek u fazi „radne verzije“ (nacrt). Za razliku od toga, usvojeni su svi ostali „upravni zakoni“ predviđeni Akcionim planom (npr. o državnoj upravi, o državnim službenicima, o zaštitniku građana itd.) .

#### IV. Upravni spor u kontekstu važećeg zakonodavstva

U pravom poretku Srbije, upravi spor je ustavna kategorija. Tako, prema Ustavu Srbije (2006): Zakonitost konačnih pojedinačnih akata kojima se odlučuje o pravu, obavezi ili na zakonu zasnovanom interesu podleže preispitivanju pred sudom u upravnom sporu, ako u određenom slučaju zakonom nije predviđena drugačija sudska zaštita. (čl. 198. st. 2).<sup>18</sup> Ustav, takođe predviđa da sud sudi u veću, a zakonom se može predvideti da u određenim stvarima sudi sudija pojedinac (čl. 142, st. 6).

Prema nedavno usvojenom *Zakonu o uređenju sudova* (jednom u „setu pravosudnih zakona“ iz 2008. godine)<sup>19</sup>: Sudska vlast je jedinstvena na teritoriji Republike Srbije. Sudska vlast u Republici Srbiji pripada sudovima opšte i posebne nadležnosti. Sudovi opšte nadležnosti su osnovni sudovi, viši sudovi, apelacioni sudovi i Vrhovni kasacioni sud. Sudovi posebne nadležnosti su privredni sudovi, Privredni apelacioni sud, prekršajni sudovi, Viši prekršajni sud i Upravni sud (čl. 11). Privredni apelacioni sud, Viši prekršajni sud i Upravni sud osnivaju se za teritoriju Republike Srbije, sa sedištim u Beogradu. Viši prekršajni sud i Upravni sud mogu imati odeljenja izvan sedišta, u skladu sa zakonom, u kojem trajno sude i preduzimaju ostale sudske radnje. (čl. 13).

Osim toga, *Zakon o uređenju sudova* predviđa da je Vrhovni kasacioni sud neposredno viši sud za Privredni apelacioni sud, Viši prekršajni sud, Upravni sud i apelacioni sud (čl. 15, st. 1), da Upravni sud sudi u upravnim sporovima i da vrši druge poslove određene zakonom (čl. 29), kao i da Vrhovni kasacioni sud, Privredni apelacioni sud, Upravni sud i Viši prekršajni sud počinju da rade 1. januara 2010. godine (čl. 89).

18 *Ustav Republike Srbije*, Službeni glasnik RS, br. 86/2006.

19 *Zakon o uređenju sudova*, Službeni glasnik RS, br. 116/2008.

## IV. Nacrt zakona o upravnim sporovima

### *Veb-sajt Ministarstva*

Na veb-sajtu Ministarstva za državnu upravu i lokalnu samoupravu istaknut je *Nacrt Zakona o upravnim sporovima* (<http://www.drzavnauprava.gov.rs/news/newsitem.php?id=1666>).<sup>20</sup> Prema obaveštenju sa sajta, novi Nacrt ZUS-a izradila je „posebna radna grupa za pripremu teksta Nacrta“ čiji je rukovodilac pomoćnik ministra za državnu upravu i lokalnu samoupravu Vladana Jović i koju čine profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu Zoran Tomić, državni sekretar u Ministarstvu pravde Gordana Pualić, sudije Vrhovnog suda Srbije Dušanka Marjanović i Snežana Živković, kao i viši savetnik u Republičkom sekretarijatu za zakonodavstvo Željko Čurguz, pomoćnik ministra u Ministarstvu za telekomunikacije i informaciono društvo Nebojša Vasiljević, sudija Okružnog suda u Beogradu Slađana Bojović, pomoćnik ministra za državnu upravu i lokalnu samoupravu Bratislav Đokić i savetnik u Ministarstvu za državnu upravu i lokalnu samoupravu Radojka Veljić.

Na sajtu Ministarstva istaknuto je da se „u periodu od 23. oktobra do 11. novembra sprovodi javna rasprava o Nacrtu zakona o upravnim sporovima“, kao i da „učesnici u javnoj raspravi i druge zainteresovane strane mogu da dostave primedbe i predloge Ministarstvu na imejl ili poštom“.

Osima toga, Ministarstvo je u saradnji sa Kancelarijom Saveta Evrope u Beogradu organizovalo i Okrugli sto „Predstavljanje i diskusija o Nacrtu zakona o upravnim sporovima“ u Centru „Sava“ kojem su prisustvovali članovi radne grupe za izradu zakona, sudije Vrhovnog suda Srbije, dekani i profesori pojedinih fakulteta i drugi.

### *Javna rasprava / rasprava u javnosti*

Prema *Zakonu o državnoj upravi* (Službeni glasnik RS, br. 79/05, član 77) „Ministarstvo i posebna organizacija dužni su da u pripremi zakona kojim se bitno menja pravni režim u jednoj oblasti ili kojim se uređuju pitanja koja posebno zanimaju javnost sprovedu javnu raspravu.“

Sudeći prema formulacijama u tekstu *Nacrta Zakona o upravnim sporovima* (Nacrt ZUS-a), po činjenici da Nacrt ZUS-a *ne sadrži obrazloženje*, kao i po okolnosti koji pravni eksperti iz oblasti upravnog prava nisu pozvani da učeštvuju na Okruglom stolu, može se zaključiti da prave „javne rasprave“ zapravo nije ni bilo. Umesto toga, pre bi se reklo da je organizovana neka vrsta „rasprave u javnosti“. Razlika između „javne rasprave“ i „rasprave u javnosti“ je u tome što je kod prave javne rasprave predlagatelj zakona (tj. Ministarstvo, odnosno njegov stručni tim) dužan da pred opštu i stručnu javnost izađe sa argumentovanim i ubedljivim obrazloženjem o razlozima, motivima i solucijama novog zakonskog projekta, kao i da argumentovano i ubedljivo odgovori

20 Ministarstvo za državnu upravu i lokalnu samoupravu, *Nacrt Zakona o upravnim sporovima*. Dostupno na <http://www.drzavnauprava.gov.rs/news/newsitem.php?id=1666>.

na sva bitna pitanja vezana za nov zakonski projekt koja se u toku javne debate postave. Za razliku od toga, kada je u pitanju „rasprava u javnosti“, takve obaveze ne postoje, pa se i „stručna rasprava“ najčešće svede na „neobavezan razgovor“. Cinici bi rekli da je „rasprava u javnosti“ vešt manevar da se pomoću „smokvinog lista“ pokrije nešto što javnost ne treba da vidi.

Kao prilog javnoj raspravi o Nacrtu Zakona o upravnim sporovima koje je izradila posebna grupa Ministarstva za državnu upravu i lokalnu samoupravu, izložićemo analizu Nacrta ZUS-a koje treba uzeti u obzir, ukoliko se u Srbiji zaista želi jedan kvalitetan zakonski tekst, odnosno efikasno sredstvo zaštite prava građana i zakonitosti u skladu sa evropskim standardima.

## V. Analiza nacrta Zakona o upravnim sporovima

### *Nacrt ZUS-a i uprava kao servis građana*

Jedan od ciljeva donošenja novog Zakona o upravnim sporovima jeste transformacija tradicionalne državne administracije u servis građana. To je posebno istaknuto *Strategiji reforme državne uprave Srbije*, u kojoj se, između ostalog, ističe da: „...postoje očigledni trendovi koji se ne mogu izbeći, a koji se tiču sledećih procesa (...) shvatanje državne uprave kao servisa građana, a ne kao moćnog oruđa vlasti, ali i na Okruglom stolu „Predstavljanje i diskusija o Nacrtu zakona o upravnim sporovima“, gde je šef delegacije Evropske komisije u Srbiji Vincent Degert (Vansan Dežer), između ostalog, rekao: „Ovakvi zakoni unapređuju život građana i menjaju tradicionalnu državnu administraciju u servis građana.“ Međutim, jedna formulacija u Nacrtu ZUS-a govori suprotno. Tako u članu 4. piše: „Upravna stvar, u smislu ovog zakona, je pojedinačna nesporna situacija od javnog interesa u kojoj neposredno iz pravnih propisa proizlazi potreba da se autoritativno pravno uredi.“ Navođenje autoritativnosti kao obeležja upravne stvari, znači da autori Nacrta ZUS-a ne podržavaju transformaciju državne uprave u „servis građana“, već stoje na stanovištu da je uprava vlast iznad građana. Uključivanje „autoritativnosti“ kao obeležja upravne stvari, verovatno se može pripisati stavu jednog od članova „posebne radne grupe“ koji u svojim radovima uporno insistira na tome da je upravno odlučivanje manifestacija „upravne vlasti“, a ne da je uprava „javna služba“ koja pruža javne usluge građanima. Tako, prof. Zoran Tomić ističe: „Suština je u shvatanju upravne delatnosti kao skupa isključivo državno-autoritativnih aktivnosti. (...) Uprošćeno, uprava, tj. upravni rad se kvalifikuje jednim od ogranaka („funkcija“) državne vlasti, čime se želi istaći da se u njegovom obavljanju (...) koriste, u prvom redu, autoritativna ovlašćenja.“<sup>21</sup>

### *Nacrt ZUS-a i predmet upravnog spora*

Svaki sudski postupak mora imati jasno određen „predmet spora“, tj. šta se može „napasti“ tužbom. Međutim, u Nacrtu ZUS-a u vezi sa predmetom spora postoji protivrečnost koja se u pravu naziva *contradictio in adjecto* (su-

21 Upređi: Zoran Tomić, *Upravno pravo*, Beograd, 1991, str. 12.



protnost po sebi). U članu 2. stav 2. Nacrta ZUS-a piše: „U upravnom sporu sud odlučuje i o zakonitosti konačnih pojedinačnih akata kojima se rešava o pravu, obavezi ili na zakonu zasnovanom interesu, u pogledu kojih u određenom slučaju zakonom nije predviđena drugačija sudska zaštita.“ Ova formulacija bi bila u redu, da u članu 15. stav 2. Nacrta ne stoji sledeće: „Upravni spor ne može da se vodi protiv pojedinačnih akata donetih u stvarima o kojima neposredno na osnovu ustavnih ovlašćenja odlučuje Narodna skupština ili predsednik Republike“. Znači, prema jednom članu Nacrta (čl. 15) upravni spor se ne može voditi, dok se prema drugom članu istog Nacrta upravni spor ipak može voditi (čl. 2. st. 2). Ovakve protivrečnosti u zakonu su nedopustive.

S druge strane, iako se ističe da Nacrt ZUS-a sadrži bitne novine u odnosu na važeći ZUS, takvih razlika nema kada je reč o predmetu upravnog spora. Recimo, bitna razlika Nacrta ZUS-a u odnosu na postojeći ZUS bi postojala kada bi se proširio predmet spora, pa bi se, osim o zakonitosti upravnih akata, odlučivalo i o „drugom pojedinačnom aktu“ (kao što to predviđa ZUS u Crnoj Gori<sup>22</sup>), o „upravnim ugovorima“ ili o „ustavnosti i zakonitosti opštih akata regionalnih i lokalnih tela“ (npr. kao što predviđa Nacrt ZUS-a Hrvatske<sup>23</sup>).

### *Nacrt ZUS-a i usmena rasprava*

Prilikom ratifikacije *Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda*, naša zemlja (tada državna zajednica Srbija i Crna Gora) stavila je četiri rezerve na član 6. Konvencije. U međuvremenu neke su rezerve otpale, ali je i dalje na snazi ona koja se odnosi na **neodržavanje usmene rasprave** u upravnom sporu u Srbiji. Da bi se uskladio Nacrt ZUS-a sa članom 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima, neophodno je da se usmena rasprava uvede kao obavezno pravilo (što je učinjeno u ZUS-u Crne Gore, odnosno što predviđa Nacrt ZUS-a Hrvatske). Međutim, autori Nacrta ZUS-a usmenu raspravu nisu predvideli kao obavezu. Umesto toga upotrebljena je sledeća formulacija: „U upravnim sporovima sud, **po pravilu** rešava posle održane usmene rasprave“ (čl. 31). To znači da usmena rasprava u upravnom sporu nije uvedena kao obaveza, već kao mogućnost („po pravilu“). Posledica ova-

22 *Zakon o upravnom sporu*, Službeni list RCG, br. 60/2003, član 1.

23 *Prijedlog Zakona o upravnim sporovima – Nacrt*, Ministarstvo pravosuđa, Zagreb, lipanj 2009. Dostupan na: [http://www.vlada.hr/hr/content/download/94071/1342574/file/86\\_03.pdf](http://www.vlada.hr/hr/content/download/94071/1342574/file/86_03.pdf). Uporedi član 3. „Predmet upravnog spora“. Tako, „(1) Predmet upravnog spora je: 1. ocjena zakonitosti pojedinačne odluke kojom je javnopravno tijelo odlučilo o pravu i obvezi u upravnoj stvari protiv kojih nije moguće izjaviti redovni pravni lijek i ostvarivanja prava obveze i pravni interes stranke, 2. ocjena zakonitosti postupanja javnopravnog tijela kojim je u upravnim stvarima protiv kojih nije moguće izjaviti redovni pravni lijek povrijeđeno pravo, obveza i pravni interes stranke, 3. ocjena zakonitosti sklapanja i raskidanja te izvršavanja upravnih ugovora. (2) Upravni spor može se pokrenuti i kada javnopravno tijelo nije u zakonom propisanom roku odlučilo o zahtjevu ili žalbi stranke ili postupilo prema propisu. (3) Predmet upravnog spora je i ocjena ustavnosti i zakonitosti općih akata jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave i pravnih osoba koje imaju javne ovlasti koja nije u nadležnosti Ustavnog suda Republike Hrvatske (u daljnjem tekstu: opći akt).“

kve formulacije je da nema osnova za ukidanje rezerve na član 6. jer po pitanju usmene rasprave Nacrt ZUS-a nije u potpunosti usklađen sa Evropskom konvencijom o ljudskim pravima.

### *Nacrt ZUS-a ne predviđa žalbu*

Pravo na žalbu smatra se velikom „demokratskom tekovinom“ koja stoji na raspolaganju građanima u odnosu na odluke državnih organa. Zato je i prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima pravo na žalbu jedna bitna komponenta ostvarivanja principa „pravičnog suđenja“. Međutim, prema članu 6. stav 2. Nacrta ZUS-a: „Protiv presude donete u upravnom sporu ne može se izjaviti žalba.“ To je odstupanje čak i u odnosu na važeći ZUS koji, iako u ograničenom obimu, ipak predviđa pravo na žalbu. Usled nepostojanja obrazloženja Nacrta ZUS-a, naša, ali i evropska ekspertska javnost ostala je uskraćena po pitanju motiva i razloga koji su rukovodili radnu grupu da iz Nacrt ZUS-a izostavi pravo na žalbu. Naročito zbog toga što je veoma teško zamisliti uspešnu harmonizaciju našeg upravnog zakonodavstva sa zahtevima evropskog *acquis communautaire*-a na taj način što se ukida pravo na žalbu. Takođe ne stoji i argument da je žalba u upravnom sporu isključena jer „iznad Upravnog suda nema više instance“. Prema *Zakonu o uređenju sudova* (čl. 15, st. 1), „Vrhovni kasacioni sud je neposredno viši sud za Privredni apelacioni sud, Viši prekršajni sud, Upravni sud i apelacioni sud.“ Po prirodi stvari, „neposredno viši sud“ odlučuje o pravnim sredstvima protiv odluka „nižeg suda“, što uključuje i žalbu, kao redovno pravno sredstvo.

### *Nacrt ZUS-a ne predviđa spor pune jurisdikcije*

U duhu Evropske konvencije o ljudskim pravima, da bi upravni spor ostvario svoj pun efekat, sudovi bi trebalo da donose odluke koje u potpunosti zamenjuju administrativna rešenja (puna jurisdikcija). Iako važeći ZUS predviđa mogućnost upravnog spora pune jurisdikcije, sudska praksa u Srbiji nije prihvatila, i ne koristi ovaj institut efikasnog ostvarivanja prava i pravne zaštite. Umesto toga, kod nas se upravni spor svodi na „papirni spor“ u kojem se ne ulazi u meritum upravne stvari, već samo ispituje zakonitost upravnog akta. U tom pogledu, Nacrt ZUS-a se praktično ne razlikuje od važećeg ZUS-a (npr. za razliku od ZUS-a Crne Gore i Nacrta ZUS-a Hrvatske) jer spor pune jurisdikcije svodi na potencijalnu mogućnost koja se u praksi ne realizuje. Budući da Nacrt ZUS-a ne predviđa „punu jurisdikciju“ kao pravilo, mora se konstatovati da Nacrt ZUS-a nije u punoj meri usklađen sa zahtevima evropskog *acquis communautaire*-a i duhom člana 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima.

### *Nacrt ZUS-a ne predviđa sudiju pojedinca*

Opšte je poznato da se u upravnim sporovima rešava veoma veliki broj predmeta. To dovodi do prepterećenja sudova koji o upravnim sporovima odlučuju, posebno do masovne povrede principa „prava na suđenje u razu-

mnom roku“, što je inače izričito propisano članom 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima. Jedan od načina da se obezbedi efikasnost u upravnim sporovima je i uvođenje „sudije pojedinca“. Nacrt ZUS-a ne uvodi sudiju pojedinca, iako to za ne samo što postoji potreba, već je ta mogućnog izričito i predviđena Ustvom (čl. 142, st. 6) i Zakonom o uređenju sudova (čl. 35, st. 1). Regionalna reformska rešenja u oblasti upravnog spora pokazuju drugačiju praksu.<sup>24</sup>

### *Nacrt ZUS-a i hitnost postupka usvajanja*

U više navrata javnosti je predočeno kako se Nacrt ZUS-a mora hitno usvojiti, uz objašnjenje da novoformirani Upravni sud ne može da otpočne sa radom dok važi postojeći ZUS. Ovaj argument, međutim, nije ubedljiv jer i sam Nacrt ZUS-a predviđa primenu sada važećeg ZUS-a. Prema članu 66. Nacrta ZUS-a: „Neokončane postupke po tužbama i pravnim sredstvima, podnetim do dana stupanja na snagu ovog zakona sprovede nadležni sud po pravilima postupka koja su važila do stupanja na snagu ovog zakona.“ To znači da će u velikom broju predmeta, novi Upravni sud i dalje primenjivati „stari“ ZUS.

## VI. Zaključak

U Izveštaju SIGME Serbia, *Administrative Legal Framework Assessment* (maj 2009), između ostalog, konstatuje se da je „Postupak sudske kontrole upravnih akata u Srbiji samo delimično usklađen sa procesnim standardima koji proističu iz preporuka Saveta Evrope“ (str. 17). Ostavljajući ovom prilikom po strani brojne jezičke i pravne nepreciznosti u tekstu Nacrta ZUS-a (npr. umesto „tužba“ za ponavljanje postupka, treba da stoji „zahtev“ za ponavljanje postupka itd.), mora se istaći i osnovni nedostatak u vezi sa Nacrtom ZUS-a. Naime, opšte je poznato da je Zakon o upravnim sporovima (ZUS) organski vezan za Zakon o opštem upravnom postupku (ZUP). To znači da kada se donosi nov ZUS, treba doneti i nov ZUP (i obrnuto). Ovde to nije slučaj, jer se u postupku pred Narodnom skupštinom nalazi Predlog Zakona o izmenama i dopunama ZUP-a. Imajući u vidu ovu okolnost, bilo bi logično da se umesto izradi Nacrta ZUS-a, pristupilo izradi Nacrta Zakona o izmenama i dopunama ZUS-a, jer nije logično da se pristupi izradi novog ZUS-a, a da se nije pristupilo izradi i novog ZUP-a. U traženju rešenja za ovu nelogičnu situaciju treba biti pragmatičan i racionalan.

Nacrt ZUS-a treba povući iz procedure i umesto toga pristupiti izradi teksta o izmenama i dopunama postojećeg ZUS-a. Ta solucija je, sa jedne strane pragmatična, jer smo pokazali da tekst Nacrta ZUS-a, koji je izradila pomenuta radna grupa, u osnovi nije usklađen sa evropskim standardima u ovoj oblasti (nema obavezne usmene rasprave, ne postoji pravo na žalbu, puna

<sup>24</sup> Tako, prema *Nacrtu Prijedloga Zakona o upravnim sporovima Hrvatske* (čl. 15. st. 2) „Upravni sud odlučuje po sucu pojedincu“.

jurisdikcija nije pravilo), a postojeći ZUS će se primenjivati u brojnim slučajevima koji su u toku. S druge strane, ova solucija je istovremeno i racionalna, jer bi se nov tekst ZUS-a radio zajedno sa novim tekstom ZUP-a, čime bi se osigurala međusobna usklađenost ta dva značajna upravna zakona.

## SERBIAN DRAFT LAW ON ADMINISTRATIVE DISPUTES AND EUROPEAN STANDARDS

### Summary

*Administrative disputes were introduced because administrative supervision was not capable of guaranteeing the principle of legality in administrative activity and, in particular, the realization and protection of citizen's rights before administrative agencies. In view of the authority of the courts, administrative disputes are classified as administrative disputes of cassation and administrative disputes of full jurisdiction. In administrative disputes of cassation, the court only supervises the legality of the administrative acts, while in administrative disputes of full jurisdiction; the court also controls the content of the administrative act, i.e. the administrative matter. The Reform Strategy of the State Administration in Serbia also provides for the reform of the administrative legislation, including the Law on the Administrative Disputes. However, Serbia still has not adopted a new Law on Administrative disputes, and the former (1996 federal) Law is in force. The Ministry of State Administration and Local Self-Government posted on its web-site a Draft Law on Administrative disputes. This Draft, however, does not meet the European standards in this field, because, among other deficiencies, it does not provide for mandatory oral hearings, does not introduce full jurisdiction as a principle, does not provide for complaints as regular legal remedies, etc. For these reasons, the Draft Law on Administrative disputes should be withdrawn from further legislative procedure.*

**Key words:** *Administrative Dispute. – Draft Law on Administrative Disputes of Serbia. – European Standards in Administrative Disputes. – European Administrative Space.*

## PRAVO DETETA NA SAZNAVJE POREKLA

### Apstrakt

*Pravo deteta na saznavje sopstvenog porekla privuklo je mnogo pažnje u poslednjim godinama. Ovaj članak procenjuje kompatibilnost srpskog prava sa najvažnijim međunarodnim instrumentom u oblasti ljudskih prava – Konvencijom Ujedinjenih nacija o pravima deteta – i sudskom praksom Evropskog suda za ljudska prava. Tekst, najpre, trasira put kojim je pravo na saznavje porekla zaštićeno na međunarodnom planu, potvrđujući u čemu se ono sastoji i koje interese štiti (psihološki, medicinski i pravni). Potom se prikazuje kompleksnost samog prava u kontekstu sukoba interesa do kojih dolazi u primeni prava na saznavje porekla u situacijama prirodnog rađanja, usvajanja, začeca uz pomoć biomedicine i anonimnog porođaja. Najzad, razmatrajući sve sukobljene interese, tekst pokazuje da nijedan od ovih interesa i prava ne treba da bude smatran apsolutnim i sugerise načine na koji oni treba da budu usklađeni.*

Ključne reči: *Prava deteta. – Pravo deteta na saznavje porekla.*

### 1. Prava deteta: istorija

Tokom 20. veka u pravnom uređenju odnosa roditelja i dece dogodile su se promene, veće i značajnije nego bilo kada ranije u istoriji ljudskog društva. Patrijarhalni model uređenja porodičnih odnosa definitivno je napušten, uspostavljena je ravnopravnost žene i muškarca u sticanju i vršenju svih porodičnih prava, deci rođenoj izvan braka priznata su sva prava koja pravni sistem garantuje deci rođenoj u braku. Umesto instituta očinske ili roditeljske vlasti, prihvaćena je ustanova roditeljskog prava, odnosno roditeljskog staranja, kao zakonski pojam za skup prava i obaveza koje u porodičnom pravu postoje između roditelja i dece. Najzad, već početkom prošlog veka formiralo se uverenje da prava dece treba da budu priznata i zaštićena na poseban način i putem specijalnih međunarodnih dokumenata.<sup>1</sup>

Proces internacionalizacije prava dece odvijao se kroz sazrevanje uverenja da se na prava dece mogu i moraju primenjivati standardi usvojeni od međunarodne zajednice. Prvi korak u tom pravcu bila je Deklaracija o pravima deteta („Ženevska deklaracija“), koju je usvojila Skupština Društva naro-

---

\* Dr Marija Draškić, redovni profesor Pravnog fakulteta u Beogradu. Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta *Pravni kapaciteti Srbije za evropske integracije* Pravnog fakulteta u Beogradu koji podržava Ministarstvo nauke Republike Srbije

1 Tako V. Čok, „Smisao i sadržina posebnih prava deteta“, *Pregled*, br. 10/1979, str. 1143.

da 1924. godine. Deklaracija je sadržavala sedam principa koji su bili opšti, ali je princip da u slučaju opasnosti pomoć treba ukazati najpre deci od tada postao fundamentalni princip u borbi za prava dece. Sledeći važan događaj u istoriji međunarodne zaštite prava dece bilo je usvajanje nove Deklaracije o pravima deteta na Generalnoj skupštini Ujedinjenih nacija 1959. godine. U toj Deklaraciji je izložena sasvim određena i čvrsta koncepcija o tome kakva i koja bi trebalo da budu prava dece, obuhvatajući i pravno definišući, prvi put u jedinstvenom aktu, sve situacije koje utiču na položaj deteta. Prava dece su, do tada, uvek bila tretirana kao „dodatak“ uz materiju koja je predstavljala glavni predmet međunarodnopravnog regulisanja prava čoveka. Od donošenja Deklaracije, naprotiv, prava deteta se mogu smatrati posebnom kategorijom prava čoveka, čiji je smisao u tome da od samog rođenja budu obezbeđena prava koja opredeljuju pravni položaj deteta i bitno utiču na njegov život u detinjstvu, ali su jednako važna i za njegov kasniji život i doba potpune psihičke i fizičke zrelosti.

Međutim, posmatrana iz ugla obaveze država da poštuju i štite prava deteta, Deklaracija Ujedinjenih nacija malo je pridodala onome što je već bilo učinjeno četvrt veka ranije. Budući da je bila reč o deklaraciji, a ne o međunarodnom ugovoru, i ovaj dokument je ostao samo svečana preporuka principa kojih bi trebalo da se pridržavaju – ali nisu ni na koji način pravno obavezne da to čine – sve zemlje članice Ujedinjenih nacija. Zbog toga je sedamdesetih godina započela diskusija o mogućnosti da se u okviru Ujedinjenih nacija formuliše jedna konvencija koja bi se odnosila na prava deteta i koja bi postala deo međunarodnog prava. Posle skoro desetogodišnjeg rada na pripremi odgovarajućeg teksta Generalna skupština Ujedinjenih nacija usvojila je Konvenciju o pravima deteta 1989. godine.<sup>2</sup> Sadržina Konvencije raspoređena je u Preambulu i tri posebna dela. Preambula, najpre, detaljno objašnjava načela na kojima treba da budu zasnovana prava deteta i uspostavlja vezu sa drugim međunarodnim instrumentima koji se odnose na ljudska prava. Među načelima u Preambuli pominje se, na prvom mestu, priznavanje urođenog dostojanstva i jednakih i neotuđivih prava svih pripadnika ljudske zajednice, što predstavlja izvorište same ideje ljudskih prava. Otuda nikakva državna prinuda ne može ni da daruje ni da oduzme neka osnovna i neotuđiva prava i slobode. Iz takvog poimanja čoveka i ljudskog dostojanstva proističe i načelo nediskriminacije, koje je toliko važno za uživanje ljudskih prava. Načelo nediskriminacije znači da čoveku ne mogu biti uskraćena njegova prava samo zbog toga što poseduje neko urođeno svojstvo (kao što su, na primer, rasa ili pol), ili zbog toga što se objektivno svrstava u neku društvenu grupu (kao što su nacija ili religija) ili, napokon, zbog toga što je neko njegovo svojstvo plod njegovog slobodnog opredeljenja (kao što je, recimo, političko uverenje). Tekst Konvencije, potom, izlaže katalog zaštićenih prava deteta, kao i prava, obaveze i odgovornosti roditelja i obaveze

2 Prema najnovijim podacima, Konvenciju o pravima deteta ratifikovale su 192 države članice Ujedinjenih nacija. To nisu učinile samo još Sjedinjene Američke Države i Somalija. Videti <http://www.ohchr.org>.

država. Prvih pet članova Konvencije predstavlja, u izvesnom smislu, uvodne odredbe i načela kojima će se međunarodna zajednica rukovoditi ustanovljavajući i štiteći osnovna prava deteta. Dete se definiše kao „ljudsko biće koje nije navršilo osamnaest godina života, ako se, na osnovu zakona koji se odnosi na dete, punoletstvo ne stiće ranije.“<sup>3</sup> Konvencija polazi od načela da su u svim aktivnostima koje se tiču dece na prvom mestu interesi deteta.<sup>4</sup> U skladu s tim, države koje prihvate ovaj međunarodni ugovor obavezuju se da poštuju i obezbeđuju prava sadržana u Konvenciji svakom detetu pod njihovom jurisdikcijom, a ne samo deci koja su njihovi državljani, vodeći računa da striktno poštuju načelo nediskriminacije.<sup>5</sup> Osim toga, države se obavezuju da poštuju odgovornosti, prava i dužnosti roditelja, odnosno članova šire porodice ili zajednice, ako je to predviđeno lokalnim običajima, kao i zakonskih staralaca i drugih osoba zakonski odgovornih za dete.<sup>6</sup> Prava deteta svrstana su u tri šire kategorije pravâ. To su prava na obezbeđenje, prava na participaciju i prava na zaštitu.

*Prava na obezbeđenje* odnose se na osnovno pravo dece na život i razvoj. Ona, zatim, uključuju i pravo na ime i državljanstvo, pravo deteta da zna ko su mu roditelji i pravo na njihovo staranje, pravo na obrazovanje, pravo na očuvanje sopstvenog identiteta, pravo na zdravstvenu zaštitu i zdravu okolinu, pravo na izdržavanje, pravo na usvojenje itd. Konvencija čini nedvosmišlenom činjenicu da je najbolji interes deteta da ga odgajaju njegovi roditelji, a da država ima obavezu da im u tome pomogne.

*Prava na participaciju* obuhvataju građanska i politička prava dece kao aktivnih učesnika u društvu, kao što su pravo deteta da traži, prima i daje informacije svih vrsta, pravo na slobodu mišljenja, savesti i veroispovesti, pravo na slobodu udruživanja i mirnog okupljanja, pravo deteta da formira i izrazi sopstveno mišljenje u svim pitanjima koja ga se tiču u skladu sa njegovim godinama i zrelošću itd.

Najzad, *prava na zaštitu* odnose se na zaštitu deteta od svake fizičke, seksualne i psihološke eksploatacije (nezakonito odvođenje i nevraćanje dece iz inostranstva, zlostavljanje, zanemarivanje, ekonomska eksploatacija, upotreba opojnih droga, seksualna zloupotreba, trgovina decom itd.), kao i od bilo ka-

3 Videti čl. 1. Konvencije o pravima deteta (Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori, br. 15/1990).

4 Videti čl. 3. st. 1. Konvencije o pravima deteta.

5 „1. Države članice ove konvencije poštuju i obezbeđuju prava sadržana u Konvenciji svakom detetu pod njihovom jurisdikcijom, bez ikakve diskriminacije i bez obzira na rasu, boju kože, pol, jezik, veroispovest, političko ili drugo ubeđenje, nacionalno, etničko ili socijalno poreklo, imovno stanje, onesposobljenost, rođenje ili drugi status deteta ili njegovog roditelja ili zakonitog staratelja.

2. Države članice preduzimaju sve potrebne mere kako bi se obezbedila zaštita deteta od svih oblika diskriminacije ili kazne zasnovane na statusu, aktivnostima, izraženom mišljenju ili ubeđenju roditelja, zakonitih staratelja ili članova porodice deteta.“ (čl. 2. Konvencije o pravima deteta.)

6 Videti čl. 5. Konvencije o pravima deteta.

kve diskriminacije ili drugog postupka štetnog za dete.<sup>7</sup> U skladu sa odredbama Konvencije osnovan je i Komitet za prava deteta, kome su države članice obavezne da podnose redovne izveštaje o merama koje su usvojile kako bi doprinele ostvarivanju prava koja su priznata Konvencijom.

## 2. Pravo deteta na saznanje porekla: istorija

Ideja o priznavanju i zaštiti prava deteta da sazna sopstveno poreklo na međunarodnom planu potekla je od Vlade Argentine. Naime, Argentina se između 1975. i 1983. godine suočila sa strahotama tzv. „prljavog rata“, u kome je mnogo dece nestalo, mnogo dece je bilo oteto, odnosno ubijeno i sahranjeno bez ikakvih oznaka u akcijama tajnih policija, a jedan broj dece koja su rođena u tajnim prihvatnim centrima i vojnim bolnicama oduzeta su majkama odmah nakon rođenja. Kasnije su se pojavili dokazi (delimično i zahvaljujući akcijama organizacije „Majke sa Plaza de Mayo“) da su mnoga od ove nestale dece bila nezakonito predavana na staranje porodicama bez dece istaknutih policijskih i vojnih zvaničnika. Stoga se demokratska Vlada Argentine, koja je formirana nakon pada vojne hunte 1983. godine, snažno zalagala za ustanovljavanje mehanizma u međunarodnom pravu koji će sprečavati otimanje dece i obavezivati države da zaštite pravo deteta na sopstveni identitet.<sup>8</sup>

Drugi korak u istom pravcu načinio je Savezni ustavni sud Nemačke u januaru 1989. godine. Naime, prema ranijim par. 1596. i 1598. nemačkog Građanskog zakonika, dete je moglo osporavati bračno očinstvo u roku od 2 godine od sticanja punoletstva samo ukoliko je bio ispunjen i jedan od sledećih uslova: ako je muž majke umro ili je proglašen za umrlog, ako je brak razveden ili poništen, ako je majka sklopila novi brak sa prirodnim ocem deteta, ako je osporavanje moralno opravdano zbog nečasnog ili nemoralnog načina života ili ozbiljnog propusta muža prema detetu i, najzad, ako je osporavanje moralno opravdano zbog teške nasledne bolesti. U postupku koji je vođen za ocenu ustavnosti ovih odredaba Nemačkog građanskog zakonika, međutim, Savezni ustavni sud Nemačke proglasio je obe ove odredbe neustavnim, smatrajući da u prevelikoj meri ograničavaju pravo deteta na saznanje sopstvenog porekla, koje je sastavni deo opšteg prava ličnosti i garantovano je čl. 1. i 2. nemačkog Ustava. Tako se sada u nemačkom pravu može osporavati očinstvo muža majke bez ikakvih prethodnih uslova, u roku od 2 godine od dana saznanja za činjenicu da muž majke nije njegov otac.<sup>9</sup>

7 Opširnije o sadržini Konvencije o pravima deteta, videti M. Draškić, „Prava dece i Konvencija UN o pravima deteta“, *Pravni zbornik*, br. 2–3/1995, str. 40–42.

8 Videti opširnije G. Van Bueren, *The International Law on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/London, 1998, str. 119.

9 Videti odluku Saveznog ustavnog suda Nemačke, br. 124 od 31. januara 1989. Videti i par. 1600b nemačkog Građanskog zakonika. Opširnije videti R. Frank, „Germany: Parentage Law Reformed“, *The International Survey of Family Law*, 1997, str. 167–173.



Najzad, Konvencija o pravima deteta, krajem 1989. godine, po prvi put uvrstila je pravo deteta na saznanje sopstvenog porekla u katalog zaštićenih prava deteta u jedan međunarodni instrument.

Isti put sledile su potom i mnoge druge države članice Ujedinjenih nacija, pa je tako u Švajcarskoj, na osnovu referenduma iz 1992. godine, uvršćena u Ustav odredba koja predviđa pravo svake osobe na pristup podacima o njenim precima<sup>10</sup>, a slično je postupio i Ustav Srbije iz 2006. godine, izlazeći tako u susret standardima zaštite prava deteta koji su se već bili formirali na međunarodnom planu.

### 3. Pravo deteta na saznanje porekla: pozitivno pravo

U pozitivnom pravu Srbije pravo deteta na saznanje sopstvenog porekla jemči, najpre, Ustav Srbije, odredbom o tome da svako dete ima pravo da sazna svoje poreklo i očuva svoj identitet.<sup>11</sup> Pravo deteta da sazna svoje biološko poreklo, međutim, deo je opštijeg prava na očuvanje sopstvenog identiteta. Novi srpski Ustav je, naime, prvi domaći ustavni tekst koji je prihvatio koncept da prava dece treba da budu priznata i zaštićena kao posebna kategorija ljudskih prava. Smisao priznavanja prava deteta jeste u tome da od samog rođenja detetu budu obezbeđena prava koja bitno utiču na njegov život u detinjstvu, a koja su jednako važna i za njegov kasniji život i doba potpune fizičke i psihičke zrelosti.

Pravo na saznanje biološkog porekla priznato je, kao što je već rečeno, i u jednom međunarodnom ugovoru koji je ratifikovala naša zemlja, odnosno u najvažnijem međunarodnom ugovoru u oblasti prava deteta, a to je Konvencija o pravima deteta. Formulacija koja je upotrebljena u Zakonu o ratifikaciji Konvencije o pravima deteta, doduše, garantuje ovo pravo sa ograničenjem prema kome dete ima pravo da zna ko su mu roditelji „ako je to moguće“. Engleski izraz „*as far as possible*“ koji je upotrebljen u članu 7. Konvencije, međutim, bilo je, po mom mišljenju, bolje prevesti na srpski jezik sintagmom „uvek kada je to moguće“, jer bi to više odgovaralo izvornom značenju izraza na engleskom jeziku, koje implicira mnogo strožu i manje subjektivnu kvalifikaciju mogućnosti (za saznanje porekla).<sup>12</sup>

Najzad, pravo deteta da sazna ko su mu roditelji ima svako dete, bez obzira na uzrast i, prema Porodičnom zakonu Srbije, pravo deteta da zna ko su mu roditelji može biti ograničeno samo ovim zakonom. Takođe, dete koje je navršilo 15. godinu života i koje je sposobno za rasuđivanje može izvršiti uvid u matičnu knjigu rođenih i u drugu dokumentaciju koja se odnosi na njegovo poreklo.<sup>13</sup>

10 Videti čl. 24. Ustava Švajcarske. Opširnije videti O. Guillod, „Switzerland: Choosing Its Own Way or Following Others“, *The International Survey of Family Law*, 1995 Edition, str. 492.

11 Videti član 64. stav 2. Ustava.

12 U tom smislu i *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, UNICEF, Geneva, 2002, str. 117.

13 Videti član 59. Porodičnog zakona (Službeni glasnik Republike Srbije, br. 18/2005).

#### 4. Koji je interes deteta da sazna svoje biološko poreklo?

Razlozi zbog kojih može biti važno saznanje istine o sopstvenom poreklu mogu se označiti kao psihološki, medicinski i pravni.

Najpre, psihološki gledano, identitet jedne osobe predstavlja, u suštini, potvrdu njene egzistencije, način na koji takva osoba postaje prepoznatljiva i vidljiva u društvu, a važna komponenta te prepoznatljivosti jeste i to što se može trasirati put prema sopstvenim biološkim precima. Naprotiv, osujećenje mogućnosti da se sazna sopstveno biološko poreklo stvara kod ljudi veoma snažna osećanja marginalizacije, socijalne isključenosti, frustriranosti, nesigurnosti, konfuzije. Mnogobrojne studije su pokazale da gotovo svi ljudi koji se nađu u situaciji neizvesnosti u pogledu svoga porekla manifestuju snažno osećanje da „imaju pravo da znaju istinu“, a da preko 90% onih kojima je saopštena informacija o poreklu ne pokazuje više nikakve znake anksioznosti ili stresa.<sup>14</sup>

Najnovija medicinska istraživanja nedvosmisleno pokazuju, s druge strane, koliko je za ljude važno da poznaju svoje genetsko nasleđe, ne samo iz psiholoških nego i iz zdravstvenih razloga, budući da postoje mnoge bolesti koje su genetski uslovljene i samim tim nasledne, od relativno bezazlenih kao što je, recimo, psorijaza, pa do teških autoimunih bolesti i nekih vrsta malignih bolesti, čije dijagnostikovanje i lečenje može biti znatno uspešnije i sa boljom prognozom ako se trasira put njihovog prenošenja na vreme.

Najzad, u nekim slučajevima, postoje i pravni razlozi, kao što su sticanje prava na izdržavanje, nasleđivanje, penziju itd., koji mogu biti legitimni za saznanje o sopstvenom biološkom poreklu.<sup>15</sup>

#### 5. Kada biološko poreklo deteta može biti sporno?

**5.1. Prirodno rođenje.** Pravo deteta da sazna svoje poreklo može biti sporno, najpre, u slučajevima prirodnog začeca i rođenja. Iako je u najvećem broju situacija u životu prirodno rađanje deteta praćeno i istovremenim utvrđivanjem materinstva i očinstva, postoje neke situacije u životu kada dete neće moći da ostvari ovo svoje pravo zbog toga što roditelj objektivno ne može da bude identifikovan (na primer, dete je nađeno bez ikakvih indikacija o njegovom poreklu, majka se koristila pravom na anonimni porođaj, majka uopšte ne zna ko je otac deteta itd.), ili zbog toga što postoji neka subjektivna prepreka (na primer, majka ne želi da saopšti ime oca deteta) odnosno zakonska zabrana utvrđivanja porekla (na primer, zabrana pristupa informacijama o biološkim roditeljima usvojene dece ili dece koja su rođena uz pomoć biomedicine, zabrana radi zaštite prirodne majke od ekstremnih formi socijalne osude, postojanje zakonskih rokova za tužbe za utvrđivanje očinstva

14 Videti A. Bainham, *The Modern Law*, Jordan Publishing, Bristol, 1998, str. 237–238.

15 Videti G. Kovaček-Stanić, Pravo deteta da zna svoje poreklo, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, 1997, str. 11–12.

itd.). Zbog toga Porodični zakon Srbije, upravo da bi takve prepreke sveo na najmanju moguću meru, pravo deteta na tužbu za utvrđivanje, odnosno osporavanje materinstva i očinstva nije vezao ni za kakav rok, izlazeći na taj način maksimalno u susret nalogu Konvencije o pravima deteta da pravo na saznanje porekla bude – uvek kada je to moguće – dostupno i neograničeno onim čime ne mora, po prirodi stvari, biti ograničavano.<sup>16</sup>

S druge strane, Porodični zakon Srbije je predvideo da se materinstvo utvrđuje, prema izričitoj zakonskoj odredbi, tako što se majkom deteta smatra žena koja ga je rodila.<sup>17</sup> Na ovaj način materinstvo se utvrđuje nezavisno od toga da li je majka bila u braku u trenutku porođaja ili je dete rodila izvan braka, jer bi činjenica kako se vanbračno materinstvo ne utvrđuje samim faktom rođenja deteta, kao što je to slučaj sa bračnim materinstvom, predstavljala povredu prava na poštovanje porodičnog života

Upravo takvu povredu konstatovao je Evropski sud za ljudska prava u čuvenom slučaju Marks. Naime, Aleksandra Marks rođena je 16. oktobra 1973. godine kao vanbračna ćerka Paule Marks, belgijske državljanke. Paula Marks je, u skladu sa tadašnjim belgijskim zakonodavstvom, najpre priznala svoju ćerku 26. oktobra 1973. godine i tako automatski postala njen zakonski zastupnik, a potom je oktobra 1974. godine i usvojila, kako bi između njih u potpunosti nastao odnos majke i ćerke. Nakon toga, Paula Marks je pokrenula postupak pred Evropskim sudom za ljudska prava, smatrajući da je njeno pravo na poštovanje porodičnog života (član 8. Evropske konvencije o ljudskim pravima) bilo povređeno time što belgijsko pravo nije predviđalo da se materinstvo vanbračnog deteta utvrđuje samim rođenjem (kao što je to slučaj sa bračnim materinstvom) i što se utvrđivanjem vanbračnog materinstva na osnovu priznanja nije mogla uspostaviti potpuna pravna veza između majke i deteta, a nije se uopšte mogao formirati pravni odnos između majčinih srodnika i deteta. Dete, dakle, prema ovakvom rešenju belgijskog prava, nije

16 Videti član 249. stav 1, član 250. stav 1. član 251. stav 1 i član 252. stav 1. Porodičnog zakona.

17 Videti čl. 42. Porodičnog zakona. Slična odredba postoji danas i u većini stranih prava. Videti, na primer, čl. 53. hrvatskog Obiteljskog zakona, čl. 252. st. 1. švajcarskog Građanskog zakonika, čl. 250. italijanskog Građanskog zakonika, čl. 1463. st. 2. grčkog Građanskog zakonika, čl. 31. st. 1. Porodičnog zakona Bugarske itd. U francuskom pravu akt rođenja mora biti potkrepljen i činjenicom da se žena koja je upisana kao majka oduvek smatrala majkom deteta (*possession d'état*). Videti čl. 337. francuskog Građanskog zakonika. Najzad, prema čl. 2. Evropske konvencije o pravnom statusu dece rođene izvan braka (1975), materinstvo deteta koje je rođeno kao vanbračno sme se utvrđivati jedino na osnovu činjenice rođenja deteta.

Naprotiv, prema ranijem važećem srpskom pravu, materinstvo se utvrđivalo na isti način kao i očinstvo, ukoliko iz prirode stvari nije proizilazilo nešto drugo. To znači da se bračno materinstvo utvrđivalo pomoću pravne pretpostavke koju zakon predviđa za bračno očinstvo. Kako se ocem deteta rođenog u braku, kao i u roku od 300 dana po prestanku braka, smatrao muž majke deteta, moglo bi se reći da se majkom deteta rođenog u braku smatrala žena koja ga je rodila u braku ili u roku od 300 dana od dana prestanka braka. S druge strane, budući da se vanbračno očinstvo utvrđivalo priznanjem i sudskom odlukom, na isti način je trebalo da bude utvrđivano i vanbračno materinstvo. Videti čl. 100. ranijeg Zakona o braku i porodičnim odnosima.

imalo pravo zakonskog nasleđivanja srodnika po majci; majku je moglo da nasleđuje samo izuzetno (*successeur irrégulier*), i to na osnovu sudske odluke koja treba da ga postavi u položaj naslednika; najzad, čak i majčino raspolažanje testamentom u korist deteta moglo mu je obezbediti najviše tri četvrtine onog naslednog dela koji bi dobilo da je rođeno u braku. Ukratko, dete koje je rođeno kao vanbračno moglo je steći položaj i prava bračnog deteta tek nakon usvajanja.

Evropski sud za ljudska prava je, najpre, po ko zna koji put, ponovio da član 8. Evropske konvencije o ljudskim pravima ne pravi nikakvu razliku između bračne i vanbračne porodice, te da je, stoga, između Aleksandre i Paule Marks postojala prava porodična veza. Takvo tumačenje proizilazi iz člana 14. Evropske konvencije, koji izričito zabranjuje diskriminaciju po osnovu rođenja u pogledu uživanja prava i sloboda sadržanih u Konvenciji. To, drugim rečima, znači da kada jedna država određuje u svom nacionalnom zakonodavstvu režim koji se primenjuje na određene porodične veze – kao što je veza između neudate majke i njenog vanbračnog deteta, ta država mora da vodi računa da im dopusti da vode normalan porodični život. Poštovanje porodičnog života, u očima Suda, podrazumeva postojanje pravnih mehanizama u domaćem pravu koji će obezbediti da dete od trenutka svog rođenja uživa mogućnost potpune integracije u svoju porodicu. Drugim rečima, činjenica da se vanbračno materinstvo nije moglo utvrditi samim faktom rođenja deteta, isto onako kako se utvrđuje bračno materinstvo, kvalifikovana je kao povreda prava na poštovanje porodičnog života. Sud je odbio da podnositeljicama predstavke dosudi novčanu naknadu neimovinske štete, nalazeći da je sudska odluka koja je potvrdila postojanje povrede prava na poštovanje porodičnog života sama po sebi dovoljna da se postigne adekvatna pravična satisfakcija.<sup>18</sup>

Slično je postupio Evropski sud za ljudska prava i u jednom holandskom slučaju, u kome se kao sporno postavilo pitanje zakonskog ograničenja holandskog prava za osporavanje bračnog očinstva i tome onemogućavanje deteta i njegovog prirodnog oca da i pravno bude utvrđen njihov međusobni odnos deteta i oca.

Naime, podnosioci predstavke u ovom slučaju bili su Katarina Kron, holandska državljanka rođena 1954. godine, njen vanbračni partner Ali Zeruk, marokanski i holandski državljanin, rođen 1961. godine, i njihov sin Samir M'Halem Dris, rođen 1987. godine. Oni su naveli da je gospođa Kron sklopila brak sa gospodinom Omarom M'Halem Drisom, marokanskim državljaninom, 1979. godine. Odnosi između supružnika su se vrlo brzo pokvarili, tako da su oni već krajem 1980. godine prestali da žive zajedno; suprug je napustio Amsterdam u januaru 1986. godine i od tada njegovo prebivalište nije poznato. Njihov brak razveden je jula 1988. godine. U međuvremenu, gospođa Kron je zasnovala vanbračnu zajednicu sa Ali Zerukom, u kojoj je rođen najpre Samir, a potom još troje zajedničke dece stranaka, ćerka Nadia 1989.

18 Videti *Case of Paula and Alexandra Marckx v. Belgium*, No. 6833/74 od 24. oktobra 1978.

godine i blizanci Džamal i Džamila 1992. godine. Pravni problem proizašao je otuda što je Samir rođen u vreme dok je gospođa Kron još uvek formalno bila u braku sa svojim suprugom, tako da je u matičnu knjigu rođenih Samir bio upisan kao bračno dete gospođe Kron i gospodina Omara M'Halem Drisa. Budući da u holandskom pravu očinstvo deteta koje je rođeno u braku može da osporava samo muž majke – koji u ovom slučaju to nije učinio niti se znalo gde se uopšte nalazi – prirodni otac deteta Ali Zeruk nije imao nikakvu mogućnost da pravno utvrdi svoje očinstvo. To je bio razlog zbog koga su se podnosioci predstavke obratili Evropskom sudu za ljudska prava, navodeći da okolnost da se ne može pravno utvrditi da Samirov otac nije Omar M'Halem Dris, suprug majke u vreme rođenja deteta, nego Ali Zeruk, vanbračni partner njegove majke, predstavlja povredu prava na poštovanje porodičnog života (član 8. Evropske konvencije o ljudskim pravima).

Evropski sud za ljudska prava je, najpre, podsetio da pojam „porodični život“ ne može biti određen samo bračnim vezama te da može obuhvatiti i razne druge *de facto* porodične veze u kojima stranke žive zajedno izvan braka. Dete koje je rođeno u takvoj zajednici smatra se učesnikom u porodičnom životu svojih roditelja od trenutka rođenja. Prema tome, zaključuje Sud, nema sumnje da između Samira i njegovog prirodnog oca postoji takva veza koja ulazi u pojam „porodičnog života“. U nastavku, Sud podseća da je smisao člana 8. Evropske konvencije o ljudskim pravima u tome da zaštiti pojedinca od arbitrarnih akata javne vlasti, kao i da državama članicama Konvencije mogu biti nametnute i pozitivne obligacije kako bi ispunile taj zadatak. Sud je, najzad, zaključio da u je u ovom konkretnom slučaju postojala obaveza Holandije da pravno obezbedi formiranje kompletnih porodičnih veza između gospodina Zeruka i njegovog sina Samira, a da je propuštanjem holandskog prava da to učini došlo do povrede prava na poštovanje porodičnog života podnosioca predstavke. Sud je odbio zahtev za naknadu neimovinske štete, smatrajući da je sama činjenica da je utvrđeno postojanje povrede Evropske konvencije o ljudskim pravima zadovoljavajuća i pravična satisfakcija.<sup>19</sup>

**5.2. Usvojenje.** Saznavanje istine o biološkom poreklu deteta posebno je osetljivo kada je reč o usvojenom detetu, a pitanje tajnosti usvojenja jedan je od najdelikatnijih i najsloženijih aspekata ustanove usvojenja uopšte. U uporednom pravu mogu se, uslovno govoreći – budući da sve klasifikacije uvek pate od jedne vrste nedoslednosti i nepotpunosti – razlikovati dva osnovna pristupa.

Prvi je princip istinitosti, odnosno otkrivanja podataka o biološkom poreklu usvojenog deteta. Uprkos rasprostranjenom uverenju usvojitelja da je, radi ostvarenja osnovne svrhe usvojenja, neophodno da prekid veza usvojenika sa njegovim krvnim srodnicima, a pre svega sa njegovim roditeljima, bude potpun i definitivn te da se taj cilj najlakše ostvaruje prikrivanjem činjenice usvojenja potpunom tajnošću i nastojanjem da prirodni roditelj deteta i samo

19 Videti *Case of Kroon and Others v. The Netherlands*, No. 18535/91 od 20. septembra 1994.

dete nikada ne saznaju za usvojenje, najširu podršku među autoritetima u oblasti dečje psihologije uživa stav da je neophodno usvojenom detetu saopštiti istinu o njegovom poreklu u najranijem detinjstvu. Drugim rečima, istina rečena u pravo vreme, na odgovarajući način i od najpogodnije osobe veoma mnogo doprinosi stabilnosti odnosa usvojitelja i usvojenika, oslobađajući ih hroničnog straha da će usvojenik, ipak, nekako saznati za činjenicu usvojenja, odnosno da će prirodni roditelj usvojenika otkriti ko je usvojio dete i gde se ono nalazi.

Naše pravo, kao i većina prava u uporednom pravu, nesumnjivo, favorizuje princip istinitosti u zasnivanju usvojenja. Ovo proizlazi kako iz zakonske norme koja posebno apostrofira obavezu službenog lica organa starateljstva da budućim usvojiteljima ukaže na značaj obaveštenosti usvojenika o pravoj prirodi njihovog odnosa i da im pruži odgovarajuću savetodavnu i stručnu pomoć u vezi s tim,<sup>20</sup> tako i iz garantovanog prava deteta da sazna ko su mu roditelji i da, nakon što navršši 15. godinu života, izvrši uvid u matičnu knjigu rođenih i u drugu dokumentaciju koja se odnosi na njegovo poreklo.<sup>21</sup> Pritom, suprotno rasprostranjenom mišljenju laičke javnosti, ali i pojedinih pravnih pisaca koji govore o „brisanju“ ranijeg upisa, treba skrenuti pažnju na to da se raniji upis prilikom usvojenja deteta ne poništava u matičnoj knjizi rođenih nekim aktom koji definitivno prekida vezu između ranijeg upisa (učinjenog u vreme rođenja deteta) i novog upisa (učinjenog u vreme zasnivanja usvojenja). Naprotiv, raniji upis usvojenog deteta poništava se tako što se precrtava dvema unakrsnim crtama u matičnoj knjizi rođenih, a u rubrici rezervisanog za naknadne upise i zabeleške upisuje se broj i datum donošenja rešenja organa starateljstva kojim je zasnovano usvojenje, kao i tekući broj i godina novog upisa. Isto tako, pored činjenice usvojenja koja se upisuje kao novi upis, dodaje se broj i datum rešenja organa starateljstva kojim je zasnovano usvojenje, kao i tekući broj i godina ranijeg upisa. Na taj način uspostavlja se trajna komunikacija između ranijeg i novog upisa rođenja u matičnoj knjizi rođenih.<sup>22</sup> U istom je cilju i nastojanje nekih stranih prava da ostvare tzv. otvoreno usvojenje (*open adoption*), koje omogućava da prirodni roditelji upoznaju adoptivne roditelje prilikom usvajanja deteta i da zadrže pravo na kontakt sa detetom ako je to u njegovom najboljem interesu (na primer, u slučajevima kada je usvojenik dovoljno odrastao da ima dugogodišnje iskustvo kontakta sa članovima prirodne porodice), uprkos tome što nemaju više nijedno pravo iz sadržine roditeljskog prava.

Princip tajnosti usvojenja suprotan je pristup, koji nekada omogućava i falsifikovanje podataka o rođenju deteta koje je usvojeno (prava Rusije, Gruzije, Kirgistan, Tadžikistan itd.), a motivisan je željom da se prirodna majka zaštititi od ekstremnih formi socijalne osude zbog toga što je pristala na usvojenje (kao što je ostrakizam, telesno povređivanje ili smrt). Tako je, prema

20 Videti član 322. stav 1. Porodičnog zakona.

21 Videti član 59. stav 3. Porodičnog zakona.

22 Videti tačku 41. Uputstva o vođenju matičnih knjiga i obrascima matičnih knjiga (Službeni glasnik SR Srbije, br. 48/1990).

rešenju ruskog prava, na primer, usvojitelju dozvoljeno da zahteva da u matičnu knjigu rođenih bude upisano drugo mesto i datum rođenja usvojenika, pod uslovom da odstupanje u pogledu datuma rođenja nije veće od 3 meseca i da dete nije starije od godinu dana, a bez pristanka usvojitelja zabranjeno je davati bilo kome bilo kakve podatke iz kojih bi se videlo da usvojitelj nije krvni srodnik usvojenika.<sup>23</sup>

**5.3. Biomedicinski potpomognuto oplođenje.** U oblasti biomedicinski potpomognutog oplođenja metodama koje uključuju doniranje genetskog materijala – jajne ćelije ili spermatozoida – pitanje prava na saznanje biološkog porekla deteta, odnosno podataka o donoru, takođe je posebno delikatan. I ovde se mogu razlikovati različiti pristupi u uporednom pravu.

Prema prvom, koji je u najčistijem obliku poznat u švedskom pravu, budući da je Švedska bila prva zemlja koja je napustila princip anonimnosti – koji je, inače, vladao do pre dvadesetak godina u svetu – dete začeto uz pomoć biomedicine ima neograničeno pravo da dobije identifikacione podatke o donoru, a time i da sazna istinu o svom biološkom poreklu.<sup>24</sup> To, naravno, ne znači da dete može steći bilo kakvo pravo prema svom genetskom roditelju, već samo može zadovoljiti psihološki, ili eventualno i medicinski, interes u pogledu ličnosti svog biološkog pretka. Uprkos početnim oklevanjima i strahu da bi najveći broj donora mogao odustati od svoje humane i altruističke misije, u Švedskoj se to nije dogodilo. Naprotiv, prema podacima iz literature, promenio se samo profil donora, tako da su se umesto mlađih i neoženjenih muškaraca pojavili kao donori stariji, oženjeni muškarci, čije su porodice bile u potpunosti upoznate sa činjenicom da bi oni jednoga dana mogli biti izloženi mogućnosti da upoznaju sopstveno dete začeto uz pomoć biomedicine.<sup>25</sup>

Drugi mogući pristup demonstriran je, najpre, u pravu Velike Britanije i sastoji se u tome da se detetu mogu otkriti samo neidentifikacioni podaci o donoru.<sup>26</sup> To su podaci o fizičkim karakteristikama, porodičnom poreklu, obrazovanju, sposobnostima, interesovanjima, socijalnom statusu i zdravstvenoj istoriji. Prema mišljenjima iznetim u pravnoj literaturi, ovo rešenje se na prvi pogled čini prihvatljivim i kompromisnim, na pola puta između preovlađujućeg interesa donora da ostanu anonimni i potrebe deteta da sazna ko je njegov genetski predak, ali je njegova opasnost u tenziji koju stvara kod deteta, koje je svesno da identifikacioni podaci o donoru postoje, ali su mu nedostupni.<sup>27</sup>

Najzad, zakonska zabrana saznavanja bilo kakvih podataka o davaocu genetskog materijala, kao otelovljenje principa anonimnosti donora, ne dozvoljava otkrivanje bilo kakvih podataka o donoru, osim eventualno medicinskih, i služi zaštiti potencijalnih donora, a time i njihove spremnosti da

23 Videti čl. 135. i 139. Porodičnog zakonika Rusije.

24 Videti član 4. Zakona o inseminaciji Švedske (1984).

25 Videti G. Kovaček Stanić, *op. cit.*, str. 130.

26 Videti paragraf 31. Zakona o humanoј fertilizaciji i embriologiji (1990).

27 Videti G. Douglas, *Law, Fertility and Reproduction*, Sweet & Maxwell, 1991, str. 136.

doniraju svoj biološki materijal i tako obezbede, iz potpuno altruističkih motiva, pomoć parovima koji ne mogu prirodnim putem da dođu do sopstvenog potomstva.<sup>28</sup> Ovo rešenje je prihvaćeno i u nedavno usvojenom srpskom Zakonu o lečenju neplodnosti postupcima biomedicinski potpomognutog oplodjenja, koji predviđa da dete začeto postupkom BMPO reproduktivnim ćelijama donora ima pravo da iz medicinskih razloga od Uprave za biomedicinu traži podatke od medicinskog značaja koji se odnose na donora polnih ćelija, kada napuni 18 godina života, a izuzetno i kada napuni 16 godina života ako je steklo poslovnu sposobnost.<sup>29</sup>

**5.4. Anonimni porođaj.** Poreklo deteta, konačno, može biti sporno u još jednom slučaju, koji doduše ne poznaje naše pravo, ali je taj institut poznat u nekim evropskim zemljama, a to je pravo na tzv. anonimni porođaj. U francuskom pravu, na primer, žena prilikom prijema u zdravstvenu ustanovu radi porođaja ima pravo da zatraži od te ustanove da činjenica o njenom prijemu i identitetu ostane skrivena. Tako ona prolazi kroz proceduru porođaja bez ikakve identifikacije, a nakon porođaja napušta zdravstvenu ustanovu ostavljajući dete službi za socijalno staranje. Žena koja se odluči na skrivanje svog identiteta može zatražiti, odnosno može pristati na psihološku pomoć i podršku. No, u svakom slučaju, majka obavezno dobija informacije o svim pravnim posledicama tog akta, kao i o značaju koji saznanje o sopstvenom biološkom poreklu ima za život svakog čoveka. Majka može, ako želi, da ostavi u zapečaćenom kovertu podatke o svom zdravlju i zdravlju oca deteta, kao i o okolnostima porođaja i o svom identitetu. Odluka majke da se koristi pravom na anonimni porođaj, međutim, definitivno sprečava dete da u kasnijem sudskom postupku utvrdi svoje poreklo u odnosu na majku, a time i u odnosu na oca.<sup>30</sup>

Etički stavovi o prihvatljivosti prava na anonimni porođaj, međutim, potpuno su podeljeni. S jedne strane, postojanje instituta anonimnog porođaja opravdava se sprečavanjem čedomorstva, abortusa ili napuštanja novo-

28 Pravo Francuske demonstrira eksplicitni princip anonimnosti donora. Francuski Bioetički zakon 94-654 iz 1994. zabranjuje davanje informacija koje bi identifikovale donora budućim roditeljima i obrnuto, tako da je anonimnost donora prihvaćena kao princip. Ipak, u slučaju terapijske neophodnosti lekar može dobiti neidentifikacione informacije koje se odnose na par davalaca kada se radi o doniranom embrionu. Videti opširnije J. Rubellin-Devichi, *France: Reforms and Controversies*, The International Survey of Family Law, 1994 Edition, str. 241.

29 Videti član 64. stav 1. Zakona o lečenju neplodnosti postupcima biomedicinski potpomognutog oplodjenja (Službeni glasnik Republike Srbije, br. 72/2009).

30 Videti čl. 326. francuskog Građanskog zakonika i čl. 222-6 francuskog Zakonika o socijalnoj delatnosti i porodicama. Opširnije o kontroverzama koje su pratile uvođenje ove odredbe u zakonodavstvo, videti J. Rubellin-Devichi, *op. cit.*, str. 251. Slične odredbe poznaju i italijansko i luksemburško pravo. Naprotiv, odredba čl. 47. španskog Zakona o građanskom statusu, koja je takođe dozvoljavala majkama da u matičnu knjigu rođenih za dete bude upisano „majka nepoznata“, ukinuta je kao neustavna na osnovu odluke Vrhovnog suda Španije iz 1999. godine. U Nemačkoj je predlog Zakona o anonimnom porođaju odbijen u Bundestagu u maju 2002. godine, ali je praksa „bebi kutija“ prihvaćena u više nemačkih gradova. Isti postupak dozvoljen je u medicinskoj praksi i u Mađarskoj.



rođene dece od žena koje nisu psihološki ili ekonomski spremne da prihvate svoje materinstvo. Drugim rečima, u odlučivanju između zaštite života i zaštite prava na saznanje porekla prirodno je da treba zaštititi pravo na život i razvoj deteta kao najveću vrednost. Zbog toga je pravo na anonimni porođaj legitimno i etički prihvatljivo. S druge strane, protivnici ovog instituta ističu da je neprihvatljivo za dete da dođe na svet bez roditelja te da etička dilema o tome da li treba zaštititi pravo deteta da zna svoje poreklo ili majku koja je u stresu, treba bez razmišljanja da bude razrešena u korist deteta.

O ovom pitanju imao je priliku da se izjasni i Evropski sud za ljudska prava. Naime, u slučaju *Odièvre v. France* spor je pokrenula francuska državljanica koja je rođena 1965. godine u Parizu i čija je majka prilikom porođaja zatražila da se koristi pravom na anonimni porođaj. Ta činjenica ju je sprečila da dođe do podataka o svom biološkom poreklu, što je, po njenom mišljenju, povreda njenog prava na poštovanje porodičnog života. U društvu koje posebno vodi računa o odgovornosti za prokreaciju, prirodnoj majci ne sme biti dopušteno da se odrekne materinstva i zbog toga je odgovornost Francuske – koja je ustanovila zakonodavstvo koje to dopušta – nesporna po njenom mišljenju. Veće Evropskog suda za ljudska prava kome je predstavka dostavljena na odlučivanje ustupilo je predmet Velikom veću, u smislu člana 30. Evropske konvencije o ljudskim pravima, nalazeći da se tom predstavkom pokreće ozbiljno pitanje od značaja za tumačenje Konvencije.

Veliko veće Evropskog suda za ljudska prava izrazilo je mišljenje da svi ljudi imaju vitalni interes da primaju informacije koje su im neophodne da bi razumeli sopstveno detinjstvo i rani razvoj i kako bi sprečili psihološke traume koje bi zbog nedostataka takvih informacija mogle da nastupe. Sa druge strane, Sud podvlači da se ne može ignorisati interes žene da sačuva anonimnost radi zaštite svog zdravlja prilikom porođaja. „U ovom konkretnom slučaju, majka podnosioca predstavke nikada nije otišla u bolnicu da vidi svoje dete i izgleda da je odluku o njihovom razdvajanju primila sa potpunom ravnodušnošću. Nikada kasnije ona nije pokazala ni najmanju želju da se sretne sa svojom ćerkom. Cilj ovog Suda, dakle, nije da sudi takvom ponašanju, već samo da ga uzme u obzir. Dva privatna interesa sa kojima je Sud konfrontiran u ovom slučaju ne mogu se lako pomiriti; štaviše, oni se ne odnose na odraslu osobu i dete, nego na dve odrasle osobe koje imaju sopstvenu slobodnu volju.“ Sud je, nadalje, u obrazloženju svoje odluke naveo da podnositeljka predstavke sada ima 38 godina, da je usvojena kada je imala 4 godine te da bi otkrivanje podataka o njenom poreklu moglo prouzrokovati određeni rizik, ne samo za majku nego i za usvojitelje koji su je odgajili, za njenog prirodnog oca i njegove srodnike, a svako od njih takođe ima pravo na poštovanje svog privatnog i porodičnog života. Mora se takođe imati u vidu – po nalaženju Suda – da je francusko zakonodavstvo dosledno pokušalo da zaštititi zdravlje majke i deteta tokom trudnoće i porođaja te da izbegne abortuse, posebno ilegalne abortuse, kao i napuštanje dece u korist odgovarajuće zakonske procedure. Pravo na poštovanje života predstavlja, dakle, vrednost koja je više vrednovana u Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima nego

pravo na saznanje porekla, a isti je slučaj i sa francuskim zakonodavstvom. Da li pravo da se sazna implicira obavezu da se otkrije istina? Sud misli da to nije slučaj i da francusko zakonodavstvo pokušava da uspostavi ravnotežu i osigura proporciju između dva suprotstavljena interesa. Državama članicama Konvencije mora biti ostavljeno da odrede sredstva koja će one smatrati najpogodnijim da pomire ta dva različita interesa. Iz tih razloga, Evropski sud za ljudska prava je tesnom većinom (10 prema 7 glasova) zaključio da Francuska u ovom konkretnom slučaju nije povredila polje svoje slobodne procene (*margin of appreciation*) u kompleksnoj i osetljivoj prirodi pitanja pristupa informacijama o sopstvenom poreklu.<sup>31</sup>

## RIGHT OF CHILD TO KNOWLEDGE OF ORIGIN

### Summary

*The child's right to know his/her origins and the fundamental interests underlying it have attracted a lot of attention in recent years. This article assesses the compatibility of the Serbian law with the most important international human rights instrument in this field – the UN Convention on the Rights of the Child – and the case law of the European Court of Human Rights. It starts by tracing the origins of the process of enactment of this right at the international level, restating what the right consists in and what interests it protects (psychological, medical and legal). It then reveals the conflicts of interests and complexity that lie at the heart of the implementation of the right to know in the cases of naturally born child, adopted child, child conceived after medically assisted conception and anonymous birth and reveals different approaches reflected in national legal orders in Europe. After considering the competing interests present, the article argues that none of these interests and rights should be regarded as absolute and suggests ways in which they can be balanced against each other.*

Key words: *Rights of the Child. – Child's Right to Know His/Her Origins.*

---

31 Videti *Case of Odièvre v. France*, No. 42326/98 od 13. februara 2003.

## REVIDIRANA EVROPSKA SOCIJALNA POVELJA

### – POTVRĐIVANJE, OBAVEZE SRBIJE, KONTROLA PRIMENE –

#### Apstrakt

*U radu se ukazuje na obaveze koje je Srbija preuzela potvrđivanjem Revidirane evropske socijalne povelje (2009), na ulogu socijalnih partnera u implementaciji evropskih radnih standarda, kao i na značaj tripartitnih institucija. Razmatra se mehanizam kontrole na osnovu nacionalnih izveštaja i kolektivnih žalbi.*

Ključne reči: *Savet Evrope. – Povelja, socijalna prava, ratifikacija.*

### I. Ratifikacija Revidirane evropske socijalne povelje

Republika Srbija je potvrdila Revidiranu evropsku socijalnu povelju 2009. godine. Zakonom o potvrđivanju Srbija je preuzela veoma veliki broj odredbi Revidirane evropske socijalne povelje, što je svrstava u red država članica Saveta Evrope koje su u vrhu lestvice po broju članova, odnosno odredbi Povelje koje su prihvaćene instrumentom o ratifikaciji.

Za razliku od evropske sudske zaštite ljudskih prava predviđenih Evropskom konvencijom o pravima čoveka, koja se obezbeđuje pred Evropskim sudom za ljudska prava, nije predviđena evropska sudska zaštita socijalnih prava sadržanih u Revidiranoj evropskoj socijalnoj povelji – ideja o osnivanju evropskog suda za socijalna prava ostaje za sada samo u akademskim krugovima. Posredno, međutim, sudska zaštita socijalnih prava sadržanih u Revidiranoj evropskoj socijalnoj povelji obezbeđuje se pred nacionalnim sudovima država članica Saveta Evrope koje ratifikuju Povelju. U zavisnosti od koncepta monizma (npr. Francuska, Italija, Srbija) ili koncepta dualizma (npr. Velika Britanija), nacionalni sudovi se u svojim presudama mogu neposredno pozivati na odgovarajuće odredbe ratifikovane Evropske socijalne povelje kao dela unutrašnjeg prava, budući da ratifikacijom Evropska socijalna povelja dobija snagu zakona, odnosno onu snagu koju joj određuje ustav države članice. Ustav Srbije (2007) prihvata koncept monizma, odnosno predviđa da su „potvrđeni međunarodni ugovori sastavni deo pravnog poretka Republi-

---

\* Dr Branko Lubarda, redovni profesor Pravnog fakulteta u Beogradu. Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta *Pravni kapaciteti Srbije za evropske integracije* Pravnog fakulteta u Beogradu koji podržava Ministarstvo nauke Republike Srbije.

ke Srbije i neposredno se primenjuju.“ Osim toga, „Ustavom se jemče, i kao takva, neposredno se primenjuju ljudska i manjinska prava zajemčena opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava, potvrđenim međunarodnim ugovorima i zakonima.“ Od posebnog je značaja i Ustavna odredba o tome da se odredbe o ljudskim pravima tumače „saglasno važećim međunarodnim standardima ljudskih i manjinskih prava, kao i praksi međunarodnih institucija koje nadziru njihovo sprovođenje.“ Praksa međunarodnih institucija u pogledu evropskih nekomunitarnih /radnih/ standarda uključuje, razume se, ne samo praksu Evropskog suda za ljudska prava, već i praksu Evropskog komiteta za socijalna prava – nadzorne institucije Saveta Evrope za praćenje primene Revidirane evropske socijalne povelje.

Treći vid međunarodne zaštite socijalnih prava počiva ne na pravu pojednca (zaposlenog) da sudski (pred međunarodnim – evropskim ili nacionalnim sudom) zaštiti svoje pravo, već na postupku ispitivanja redovnih izveštaja i kolektivnih žalbi, čije je predviđanje, od donošenja Protokola o kolektivnim žalbama iz 1991. godine, imalo za cilj da i socijalnim partnerima prizna aktivnu procesnu legitimaciju u postupku pred nadzornim organima Revidirane evropske socijalne povelje. Srbija, međutim, nije ratifikovala ovaj Protokol, tako da socijalni partneri nemaju mogućnost da podnesu kolektivnu žalbu ako smatraju da je povređeno pravo iz Revidirane evropske socijalne povelje.

Imajući u vidu da je Srbija instrumentom o ratifikaciji preuzela obaveze iz gotovo svih odredbi RESP, ovde se ukazuje na zakonodavnu aktivnost od značaja za primenu RESP-a, odnosno za kontrolni mehanizam, imajući u vidu da se prvi izveštaj posle ratifikacije dostavlja u roku od tri godine – dakle tek 2012. Vlada Srbije (uz konsultovanje socijalnih partnera) treba da dostavi izveštaj Savetu Evrope (Evropskom komitetu za socijalna prava).

## II. Sadržina Revidirane evropske socijalne povelje

Evropska socijalna povelja sadrži niz načela, odnosno socijalnih prava. Povelja iz 1961. godine sadrži 19, a Revidirana Evropska socijalna povelja 31 načelo kojim se garantuju socijalna prava.<sup>1</sup> Socijalna povelja ostavlja određenu slobodu državama članicama Saveta Evrope da prilikom ratifikacije izaberu načela i socijalna prava koja će ih pravno obavezivati. U Socijalnoj povelji se, dakle, klasifikuju načela i socijalna prava na najznačajnije (tzv. tvrdo jezgro Povelje) – izdvaja sedam najznačajnijih i obavezuje državu koja vrši ratifikaciju da izabere najmanje pet od tih sedam načela, odnosno socijalnih prava, koja, tako, dobijaju pravno obavezujuću snagu.<sup>2</sup> Na taj način, Evropska socijalna povelja se javlja istovremeno kao međunarodni instrument pravno obavezujućeg (u pogledu prava koja su ratifikacijom prihvaćena) i programskog karaktera (u pogledu socijalnih prava koja nisu ratifikacijom obuhvaćena).<sup>3</sup>

1 D. Harris, *European Social Charter*, 1984, str. 313–330; J-P. Pancraccio, *op. cit.*, str. 180.

2 D. Harris, *op. cit.*, str. 9–10; J-P. Pancraccio, *op. cit.*, str. 184.

3 Th. Ohlinger, *op. cit.*, str. 45–47.

U pogledu Revidirane evropske socijalne povelje, države članice koje žele da izvrše njenu ratifikaciju dužne su da izaberu 16 od 31 socijalnog prava, s tim da je među tih 16 neophodno da bude prihvaćeno najmanje šest od devet načela koja su proglašena kao osnovna.<sup>4</sup>

U red ovih devet osnovnih načela (tzv. tvrdog jezgra), pored onih šest koja su preuzeta iz Evropske socijalne povelje, dodata su još tri osnovna socijalna prava: pravo dece i omladine na zaštitu (čl. 7), pravo porodice na socijalnu, pravnu i ekonomsku zaštitu (čl. 16) i pravo na jednakost šansi i postupanja u oblastima zapošljavanja i zanimanja bez diskriminacije po osnovu polne pripadnosti (čl. 20). U pogledu tzv. tvrdog jezgra Revidirane evropske socijalne povelje, Srbija je ratifikovala u celini članove 1 (pravo na rad), 5 (pravo na organizovanje), 12 (pravo na socijalnu sigurnost), 13 (pravo na socijalnu i medicinsku pomoć), 16 (pravo porodice na socijalnu, pravnu i ekonomsku zaštitu) i 20 (pravo na jednake mogućnosti i jednak tretman u pitanjima zapošljavanja i rada bez diskriminacije po osnovu pola), dok u pogledu člana 6 – pravo na kolektivno pregovaranje, izjava o prihvatanju nije obuhvatila stav 4, koji se odnosi na „pravo radnika i poslodavaca na kolektivnu akciju, u slučaju sukoba interesa, uključujući pravo na štrajk, u skladu sa obavezama koje mogu da proisteknu iz kolektivnih ugovora koje su prethodno zaključili“, ali samo „u odnosu na profesionalne pripadnike Vojske Srbije“. Naime, Zakon o policiji Srbije (2005<sup>5</sup>) predviđa pravo na štrajk policijskih službenika, uz obavezu očuvanja minimuma procesa rada (definisano samim ovim Zakonom). Osim toga, izjava o ratifikaciji nije obuhvatila obaveze države iz člana 17 – pravo dece i omladine na socijalnu, zakonsku i ekonomsku zaštitu (alineja 1a), „da osiguraju da deca i omladina, uzimajući u obzir prava i dužnosti njihovih roditelja, dobiju brigu, pomoć, obrazovanje i obuku koji su im potrebni, naročito kroz obezbeđivanje osnivanja i održavanja ustanova i službi dovoljnih i odgovarajućih za ovu namenu“. Najzad, instrumentom o ratifikaciji nisu obuhvaćeni, iz člana 19 – pravo radnika migranata i njihovih porodica na zaštitu i pomoć, stavovi 11 i 12. Drugim rečima, Srbija nije preuzela obavezu da „za potrebe radnika migranata i njihovih porodica unapredi ili omogući nastavu nacionalnog jezika zemlje prijema, ili ukoliko postoji nekoliko zvaničnih jezika u toj zemlji, jednog od ovih jezika“ (čl. 19, st. 11), niti „da, za potrebe dece radnika migranata unaprede ili omoguće, koliko god je to izvodljivo u praksi, nastavu maternjeg jezika radnika migranta“ (čl. 19, st. 12).

Od posebnog značaja za širenje skale socijalnih prava koja su priznavana u Revidiranoj socijalnoj povelji jeste navođenje novih socijalnih prava koja su data u Revidiranoj evropskoj socijalnoj povelji (u odnosu na Evropsku socijalnu povelju). Naime, Revidirana evropska socijalna povelja sadrži nova socijalna prava: pravo na zaštitu u slučaju prestanka radnog odnosa; pravo na zaštitu potraživanja zaposlenih u slučaju insolventnosti poslodavca; pravo na dostojanstvo na radu; pravo radnika sa porodičnim obavezama na jedna-

4 J-P. Pancracio, *op. cit.*, str. 188.

5 Službeni glasnik RS, br. 101/2005, 63/2009.

kost šansi i tretmana u zapošljavanju i na radu; pravo na informisanje i konsultovanje u slučaju kolektivnog otpuštanja; pravo radničkih predstavnika na olakšice u radu i na posebnu zaštitu po osnovu obavljanja (sindikalnih) aktivnosti; kao i pravo na stan i zaštitu od siromaštva i isključenosti iz društva.<sup>6</sup> Osim toga, Revidirana evropska socijalna povelja uspostavlja viši nivo radnih (socijalnih) standarda u odnosu na Evropsku socijalnu povelju – npr. za razliku od ESP koja predviđa pravo na plaćeni godišnji odmor u trajanju od najmanje dve nedelje, RESP predviđa pravo na plaćeni godišnji odmor u trajanju od najmanje četiri nedelje<sup>7</sup>, što je već uvažio Zakon o radu (2005). Slično je i u pogledu odnosa između (univerzalnih) međunarodnih radnih standarda i evropskih (nekomunitarnih) radnih standarda – standardi iz RESP su, po pravilu, uspostavljeni na nešto višem nivou u odnosu na standarde Međunarodne organizacije rada (npr. Konvencija br. 132 o plaćenom godišnjem odmoru iz 1970, koju je Srbija ratifikovala 2000, predviđa pravo na tri nedelje plaćenog godišnjeg odmora<sup>8</sup>, dok RESP predviđa pravo na četiri nedelje).

#### A. Osnovna socijalna prava (tzv. tvrdo jezgro) *Revidirane evropske socijalne povelje*

Pošto je Srbija potvrdila Revidiranu evropsku socijalnu povelju, od ključnog značaja je sagledati saglasnost radnog zakonodavstva u Srbiji sa stanovišta devet socijalnih prava koja se izdvajaju u korpus najznačajnijih (tzv. tvrdo jezgro Povelje), među kojima ratifikacijom svakako treba obuhvatiti šest prava, a Srbija je gotovo u celini preuzela obeveze u pogledu svih devet osnovnih socijalnih prava.

U pogledu odredbi tzv. tvrdog jezgra Revidirane evropske socijalne povelje, odnosno odredbi devet članova o osnovnim socijalnim pravima, može se uočiti da većina ovih odredbi koincidira sa osam konvencija Međunarodne organizacije rada (MOR) koje su, posle donošenja Deklaracije o osnovnim principima i pravima iz 1998. godine izdvojene u okviru MOR-a. Tako, konvencije o zabrani prinudnog rada (29, 105) uspostavljaju standarde koji su takođe predviđeni odredbom člana 1. RESP-a (pravo na rad), kao i odredbom člana 4. Evropske konvencije o ljudskim pravima; konvencije o zabrani diskriminacije (100, 111) uspostavljaju standarde koji su predviđeni i u RESP-ovim članovima 1 (pravo na rad) i 20 (pravo na jednake mogućnosti i jednak tretman u pitanjima zapošljavanja i rada bez diskriminacije po osnovu pola); konvencije o slobodi udruživanja i kolektivnom pregovaranju (87 i 98) imaju za svoj evropski ekvivalent u RESP-ovom članu 5 (pravo na organizovanje) i članu 6 (pravo na kolektivno pregovaranje); i, najzad, konvencije o zabrani dečijeg rada (138 i 182) imaju svoj evropski izraz u RESP-ovom članu 7 (pravo dece i omladine na zaštitu). Sve to upućuje na sinergiju međunarodnih i evropskih radnih standarda i prakse međunarodnih institucija koje nadziru njihovo sprovođenje (Komiteta eksperata MOR-a, Komiteta za slobodu

6 R. Blanpain, F. Hendrickx, eds., *op. cit.*, str. 371–373.

7 L. Samuel, *op. cit.*, str. 46–54.

8 N. Valticos, *op. cit.*, str. 145–146.

udruživanja MOR-a<sup>9</sup>; Evropskog komiteta za socijalna prava). Štaviše, RESP je bila inspiracija za uređivanje osnovnih socijalnih prava u Evropskoj uniji, prilikom donošenja Povelje o osnovnim pravima u EU iz 2000. (posebno poglavlje Solidarnost), koja je, posle ratifikacije Lisabonskog sporazuma 2009, dobila istu pravnu snagu kao i Ugovori (čl. 6. Lisabonskog sporazuma). Uz to, Lisabonski sporazum predviđa da će EU, koja je zadobila svojstvo pravnog lica, pristupiti Evropskoj konvenciji o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda. Na taj način, EU još čvršće afirmiše zajedničke vrednosti država članica, među kojima i nediskriminaciju, solidarnost, pravdu, jednakost između žena i muškaraca, u nastojanju da se ostvare ciljevi EU: blagostanje i mir, u uslovima socijalne tržišne ekonomije, puna zaposlenost, socijalni progres, borba protiv socijalne isključenosti, iskorenjivanja siromaštva, ekonomske, teritorijalne i socijalne kohezije.

*Pravo na rad* ne podrazumeva samo zabranu prinudnog rada i zabranu diskriminacije, već i obavezu države (ali ne i da garantuje posao svakom licu-tražiocu zaposlenja) da obezbedi odgovarajuća sredstva za omogućavanje slobodnog izbora zanimanja, pune zaposlenosti, pristupa besplatnim službama za zapošljavanje, profesionalnu orijentaciju i profesionalno obrazovanje.<sup>10</sup> U pogledu ocene harmonizovanosti radnog zakonodavstva Srbije značajno je ukazati da odredbe Zakona o zapošljavanju i osiguranju za slučaj nezaposlenosti iz 2009. godine sadrže više odredbi kojima se afirmiše koncept aktivnog tražioca zaposlenja i aktivnih mera politike zapošljavanja. Aktivne mere obuhvataju i mere koje iziskuju značajnija sredstva – profesionalno obrazovanje (prekvalifikacija, dokvalifikacija), subvencije, samozapošljavanje, javni radovi, ali i mere koje ne iziskuju tako velika sredstva, a koje daju veoma dobre rezultate u zapošljavanju – klubovi za zapošljavanje, poslovni centri itd.

U pogledu slobode izbora zanimanja (i zaposlenja), Zakon o zapošljavanju može se oceniti sa stanovišta Revidirane evropske socijalne povelje kao usklađen, s tim što se eventualno postavlja pitanje usklađenosti sa Poveljom, kao i same ustavnosti (sa stanovišta slobode rada, koja uključuje i slobodu izbora zanimanja), odredbe Zakona kojom se definiše pojam odgovarajućeg posla. Naime, tokom prvih 12 meseci od uvođenja u evidenciju Nacionalne službe za zapošljavanje, pod odgovarajućim zaposlenjem se podrazumeva „zaposlenje u okviru stečenog nivoa i vrste obrazovanja.“ Po isteku 12 meseci, odgovarajuće zaposlenje „jeste zaposlenje na poslovima na nižem nivou u okviru iste ili srodne vrste stečenog obrazovanja, u skladu sa individualnim planom zapošljavanja, uzimajući u obzir radno iskustvo i stanje na tržištu rada.“ Praksa Evropskog komiteta za socijalna prava dopušta da posle inicijalnog perioda nezaposlenosti kad se odgovarajuće zaposlenje shvata na uži način (u istom stepenu stručne spremlje), ovaj pojam shvata u širem smislu – u okviru zanimanja, uzimajući u obzir stanje na tržištu rada i druge okolnosti.<sup>11</sup>

9 Blize: N. Valticos, *International Labour Law*, 1979; L. Betten, *International Labour Law*, 1994; D. Harris, *European Social Charter*, 1984; L. Samuel, *European Social Charter – Case Law of European Committee for Social Rights*, 2002.

10 L. Samuel, *Fundamental social rights, Case law of the European Social Charter*, Strasbourg, 2002, str. 13.

11 L. Samuel, *op. cit.*, str. 19.

U pogledu službi za zapošljavanje – javnih i privatnih (agencija), Zakon o zapošljavanju se može oceniti kao usklađen sa Poveljom, pošto dosledno proklamuje načelo besplatnosti za radnike (nezaposlena lica).

*Pravo na organizovanje i pravo na kolektivno pregovaranje* ima ne samo značaj sa stanovišta osnovnih socijalnih prava već su *conditio sine qua non* uspostavljanja i funkcionisanja /demokratskih, pluralističkih/ industrijskih odnosa. Sloboda udruživanja uključuje i svoj pozitivan i negativan vid, a u pogledu negativnog vida slobode udruživanja i dopuštenosti *closed shop* klauzule, Komitet za socijalna prava ima manje kategoričan stav u odnosu na praksu Evropskog suda za ljudska prava u slučaju *James, Young i Webster*, odnosno ne smatra apsolutno nedopuštenom klauzule sindikalne sigurnosti (*closed shop*).

Pravo na sindikalno organizovanje podrazumeva i pravo sindikata da preuzima sindikalne aktivnosti, što podrazumeva zaštitu od diskriminacije po osnovu članstva i učešća u sindikalnim aktivnostima (uključujući i zaštitu od otkaza po ovim osnovima).<sup>12</sup>

Najzad, pravo na sindikalno organizovanje državnih službenika – uključujući i profesionalne pripadnike vojske i policije, shodno Revidiranoj evropskoj socijalnoj povelji, može da uvaži određene specifičnosti zbog potrebe da se zaštite javni poredak (odbrana zemlje) i javna bezbednost. Pri tom, Komitet za socijalna prava smatra da zakonodavstvo država članica koje zabranjuje pripadnicima policije da osnivaju sindikat ili da mu pristupe, kao i zakonsko obavezivanje pripadnicima policije da stupe u sindikat ne bi bilo u skladu sa Poveljom. Ovaj stav Komiteta za socijalna pitanja ima poseban značaj u postupku zakonskog regulisanja radnih odnosa državnih službenika u Srbiji, koja je i pre ratifikacije Revidirane evropske socijalne povelje Zakonom o policiji (2005) priznala ne samo pravo na sindikalno organizovanje, već i pravo na štrajk policijskim službenicima (uz obavezu obezbeđivanja minimuma procesa rada).<sup>13</sup>

Koncept prava na kolektivno pregovaranje u Evropskoj socijalnoj povelji postavljen je na jedan širok način – obuhvata ne samo kolektivno pregovaranje u užem smislu (zaključivanje kolektivnih ugovora o radu), već i kolektivno pregovaranje u širem smislu – pregovaranje uz učešće treće strane, odnosno mirne metode rešavanja kolektivnih radnih sporova (mirenje i arbitražu).

U pogledu prava na kolektivno pregovaranje u užem smislu, Zakon o radu (2005) je uredio kvalitativne (slobodan izbor organa i načina delovanja; finansijska autonomija) i kvantitativne (brojnost članstva) uslove za priznavanje reprezentativnosti socijalnih partnera, vrste kolektivnih ugovora o radu, pravno dejstvo i proširenje dejstva, pri čemu ministar za rad i socijalnu politiku donosi (konačno) rešenje o proširenju dejstva, uzimajući u obzir mišljenje Socijalno-ekonomskog saveta. Tako, Socijalno-ekonomski savet je usvojio Mišljenje kojim se ministru za rad i socijalnu politiku preporučuje da potpiše prošireno dejstvo Opšteg kolektivnog ugovora, koje je stupilo na snagu 1. januara 2009. godine.

12 L. Samuel, *op. cit.*, str. 103–134.

13 Zakon o policiji, Službeni glasnik RS, br. ??/200?.



Povelja sadrži obavezu države članice da unapređuje osnivanje i pribegavanje mehanizmu mirenja i dobrovoljne arbitraže, što je i bio jedan od ciljeva odmah posle potpisivanja RESP za pripremanje Zakona o mirnom rešavanju radnih sporova u Srbiji, kojim je osnovana Republička agencija za mirno rešavanje radnih sporova<sup>14</sup>. U proteklom periodu Republička agencija za mirno rešavanje sporova razvijala je svoje institucionalne kapacitete, uspostavila Imenik miritelja, arbitara, ostvarila početne rezultate u rešavanju individualnih radnih sporova (veći uspeh u pogledu sporova povodom neisplate minimalne zarade, dok je u alternativnom rešavanju sporova povodom individualnog otkaza ugovora o radu postignut simboličan uspeh), uz određene rezultate u rešavanju kolektivnih radnih sporova, kao i u rešavanju kolektivnih radnih sporova u vitalnim službama.<sup>15</sup> Potreba za daljim jačanjem uloge Republičke agencije i podsticanje socijalnih partnera da svoje sporove rešavaju mirnim putem uz pomoć miritelja i arbitara doveli su do usvajanja Zakona o izmenama i dopunama Zakona o mirnom rešavanju radnih sporova krajem 2009.<sup>16</sup> Tako, u nameri da se ojača autoritet arbitraže, odnosno arbitara, predviđen je dopunski uslov, odnosno da za arbitra može biti izabrano lice koje ima položen pravosudni ispit ili je redovni profesor fakulteta iz pozitivno-pravnih predmeta. Dopuna Zakona se ogleda u osnaženoj ulozi Socijalnoekonomskog saveta, kome Republička agencija dostavlja obaveštenja o podacima o kojima vodi evidencije, a u slučaju da direktor Agencije donosi rešenje o brisanju iz Imenika, dužan je da zatraži mišljenje Socijalno-ekonomskog saveta. Socijalno-ekonomski savet RS je osnovao i Stalno radno telo za kolektivno pregovaranje i mirno rešavanje radnih sporova.

Sve to je u vezi sa pravom na kolektivnu akciju koju Evropska socijalna povelja vezuje za rešavanje interesnih kolektivnih radnih sporova. Premda RESP izričito ne spominje pravo poslodavaca na lokaut, to pravo je implicitno sadržano u Povelji u okviru „prava na kolektivnu akciju poslodavaca“, što upućuje na potrebu za odgovarajućom harmonizacijom radnog zakonodavstva Srbije, pošto je još uvek na snazi Zakon o štrajku iz 1996. godine, koji poslodavcima ne priznaje pravo na lokaut.

U kontekstu prava na kolektivno pregovaranje spominje se i zajedničko konsultovanje, koje, shodno mišljenju Komiteta za socijalna prava, obuhvata oblasti uslova rada, ekonomska pitanja, ali i pitanja socijalne sigurnosti (dopunskog socijalnog osiguranja – kolektivni ugovori o socijalnoj sigurnosti). Najzad, kolektivno pregovaranje u javnom sektoru pretpostavlja zakonsko uređivanje učešća države (javne vlasti), kao poslodavca i kao osnivača javnih službi i javnih preduzeća u ovom postupku.

14 Zakon o mirnom rešavanju radnih sporova, Službeni glasnik RS, br. 125/2004.

15 Bliže: Izveštaj o radu Republičke agencije za mirno rešavanje radnih sporova za period 2005–2009, iz koga se vidi da je rešeno oko 3600 individualnih sporova, da su rešena 42 kolektivna radna spora, kao i da je smanjen broj štrajkova, posebno u delatnostima od opšteg interesa (28).

16 Zakon o izmenama i dopunama Zakona o mirnom rešavanju radnih sporova, Službeni glasnik RS, br. ??/2009.

*Pravo dece i omladine na zaštitu* podrazumeva standarde u pogledu minimalne životne dobi za zasnivanje radnog odnosa; ograničenog trajanja radnog vremena; prava na pravednu zaradu; odgovarajuće trajanje godišnjeg odmora; zabranu zapošljavanja na poslovima koji su rizični, uključujući fizičke i moralne rizike. Izuzetno, deci mlađoj od 15 godina može biti dopušten rad u oblasti umetnosti (film, pozorište), uz dodatne zaštitne uslove.<sup>17</sup>

U pogledu *prava na socijalnu sigurnost* Evropska socijalna povelja upućuje na Konvenciju MOR-a br. 102 o minimalnim standardima socijalne sigurnosti, tako da obaveza država ugovornica koje ratifikacijom obuhvate i ovaj član nalaže uspostavljanje sistema socijalne sigurnosti najmanje na nivou koji sadrži Konvencija MOR-a br. 102<sup>18</sup>, koju je Srbija ratifikovala. To pravo podrazumeva osnivanje i održavanje sistema socijalne sigurnosti, kao i postepeno poboljšanje sistema socijalne sigurnosti, kao i jednak tretman državljanina drugih država članica u pogledu socijalne sigurnosti.<sup>19</sup> Države članice, pri tom, imaju slobodu da se odluče o tome koji će model (koncept) biti prihvaćen – preovlađujući Bizmarkov ili Beveridžev, odnosno kombinaciju obeležja i instituta ovih modela.

U pogledu *prava na socijalnu i medicinsku podršku (pomoć)* licima koja nemaju odgovarajuće prihode („lica u stanju socijalne potrebe“), čije daleko poreklo treba tražiti u ideji i praksi milosrđa (uloga crkve), što je izraz tzv. moralne pravde, Evropska socijalna povelja ističe da lica koja su korisnici socijalne i medicinske pomoći ne smeju zbog toga da trpe u pogledu ostvarivanja drugih socijalnih i političkih prava. Treba ukazati da je Savet Evrope doneo i Evropsku konvenciju o socijalnoj i medicinskoj pomoći, na koji upućuje i Evropska socijalna povelja (načelo jednakog tretmana).<sup>20</sup>

Pravo na davanja od strane službi socijalnog blagostanja (ustanova socijalne zaštite) podrazumeva, pored ostalog, uspostavljanje ustanova koje se bave socijalnim radom radi integrisanja i pojedinca i grupa u socijalna okruženja, i to pre svega savetodavnim uslugama, pružanjem individualne pomoći, a manje odobravanjem socijalne pomoći (materijalnog obezbeđenja). Savetodavna i materijalna pomoć odnose se na posebno ugrožene kategorije stanovništva, što uključuje, pored ostalih, lica koja su bila na izdržavanju kazne zatvora, žrtve nasilja, zavisnike od droga i alkohola, izbegla (i raseljena) lica, radnike migrante (ekonomska migracija) itd. Od suštinskog značaja je postojanje dovoljno raširene mreže ustanova za pružanje socijalne pomoći, koja uključuje dovoljno osposobljenog (obučenog) kadra – socijalnih radnika.<sup>21</sup>

*Pravo porodice na socijalnu, pravnu i ekonomsku zaštitu* ima za cilj da podstakne razvoj porodice, kao osnovne jedinice zajednice, što od država članica nalaže preduzimanje mera za unapređenje ekonomske, pravne i socijalne

17 L. Samuel, *op. cit.*, str. 171–204.

18 *Ibid.*, str. 287–289.

19 *Ibid.*, str. 283–303.

20 *Ibid.*, str. 305–331.

21 *Ibid.*, str. 333–340.

zaštite porodičnog života – dečji dodaci, poreske olakšice, podrška za stanovanje, podrška novim supružnicima itd.<sup>22</sup>

*Pravo na jednakost šansi i postupanja u oblastima zapošljavanja i zanimanja bez diskriminacije po osnovu polne pripadnosti* uključuje pitanja od pristupa zaposlenju, profesionalne orijentacije, obrazovanja, do uslova rada i napredovanja na radu.<sup>23</sup>

*B. Osvrt na druga socijalna prava iz  
Revidirane evropske socijalne povelje*

Odredbe RESP koje su u funkciji zaštite prava na rad

*Pravo na zaštitu u slučajevima prestanka radnog odnosa – član 24. RESP*

Pravo na zaštitu u slučaju prestanka radnog odnosa RESP koncipira na način koji je prihvaćen u Konvenciji MOR br. 158 o otkazu radnog odnosa na inicijativu poslodavca, a koja je ratifikovana od strane Srbije /SRJ/ 2000. godine. Praksa Evropskog komiteta za socijalna prava predviđa da naknada za nezakoniti otkaz treba da uključi reintegraciju ili naknadu štete koja je dovoljno odvratajuća za poslodavca, kao i dovoljna satisfakcija za zaposlenog. Otuda, Zakon o radu Srbije (2005) ne predviđa više obaveznu reintegraciju (sem posebno zaštićenih kategorija zaposlenih lica – zaposlenih za vreme trudnoće ili porodijskog odsustva; radničkih predstavnika), pošto predviđa mogućnost da poslodavac umesto reintegracije nezakonito otpuštenom radniku isplati naknadu štete u visini do 36 prosečnih zarada /što je dovoljno odvratajuće/, a zaposlenom koji ne želi da se vrati na rad kod poslodavca priznaje se naknada štete u visini do 18 prosečnih zarada /što je dovoljna satisfakcija/.

Što se tiče zahteva RESP-a da se obezbedi pravo radnicima (koji smatraju da im je radni odnos prestao bez valjanog razloga) na žalbu nepristrasnom telu, što je u vezi i sa pravom na pravedno suđenje i suđenje u razumnom roku koji proklamuje Evropska konvencija za ljudska prava (član 6), novi Zakon o uređenju sudova (koji je donet 2009, a primenjuje se od 1. januara 2010) predviđa da je za rešavanje individualnih radnih sporova (zaposleni – poslodavac) u prvom stepenu nadležan osnovni sud, u drugom stepenu – Apelacioni sud, a u trećem stepenu po vanrednim pravnim lekovima /revizija/ – Vrhovni kasacioni sud. Ideja specijalizacije došla je delom do izražaja u postupku rešavanja radnih sporova, pošto Zakon o parničnom postupku (2004) predviđa odeljak o posebnom parničnom postupku, kako bi se osigurala hitnost rešavanja radnih sporova. U nastojanju da se poveća efikasnost rešavanja radnih sporova, ZPP predviđa da u ovim sporovima sud i stranke nastoje da se spor reši posredovanjem (medijacijom), a Zakon o mirnom rešavanju radnih sporova (2004, izmene i dopune 2009) nastoji da afirmiše alternativne metode rešavanja individualnih (povodom otkaza, neisplate minimalne zarade) i kolektivnih radnih sporova, posebno putem arbitraže (i u

22 Ibid., str. 353–365.

23 Ibid., str. 445–449.

tom cilju se zahteva da arbitar ispunjava uslove i u pogledu položenog pravosudnog ispita).

U pogledu prava na zaštitu od neopravdanog razloga prestanka radnog odnosa državnih službenika, koji zasnivaju radni odnos rešenjem starešine državnog organa (upravnim aktom), predviđena je najpre interna zaštita prava na rad. Po žalbi državnog službenika /na izvršilačkim radnim mestima/ protiv prvostepenog rešenja odlučuje Žalbena komisija Vlade, a protiv konačnog rešenja (upravnog akta), državni službenik može pokrenuti tužbom upravni spor pred Vrhovnim sudom Srbije, odnosno pred Upravnim sudom (od 1. januara 2010).

#### *Pravo na informisanje i konsultovanje u sučajevima kolektivnog otpuštanja – član 29. RESP*

Ovo pravo u RESP-u, koje je na sličan mada detaljniji način uređeno i u Direktivi 75/129/EEC, Direktiva 92/56, detaljno je razrađeno u Zakonu o radu (2005), u kome se predviđa pravo reprezentativnog sindikata da bude obavешten i konsultovan kada poslodavac, koji namerava da pribegne kolektivnom otpuštanju u određenim rokovima donosi program. Isto tako, program se dostavlja Nacionalnoj službi za zapošljavanje, kako bi mogla dati svoje mišljenje, da bi se uvođenjem mera, odnosno prava sveo na minimum broj zaposlenih kojima prestaje radni odnos, odnosno vrši raspoređivanje ili preuzimanje /na rad kod drugog poslodavca/; obezbeđuje prekvalifikacija ili dokvalifikacija. Za zaposlene kojima, ipak, prestane radni odnos, obezbeđuje se isplata otpremnina u zavisnosti od radnog staža. Od značaja za ocenu ispunjenja obaveza Srbije u pogledu prava na informisanje i konsultovanje u slučaju kolektivnog otpuštanja jesu i odredbe Opšteg kolektivnog ugovora (2008), koji bliže uređuje pitanje merila (kriterijuma) za određivanje zaposlenih za čijim radom je prestala potreba (rezultati rada, kao osnovni; imovno stanje kao korektivni), pri čemu je tim Ugovorom utvrđen viši iznos otpremnine (jedna trećina zarade, ne niža od 50% prosečne u Republici na dan isplate otpremnine) u odnosu na minimalni utvrđen Zakonom o radu (2005).

#### *Pravo radnika na zaštitu njihovih potraživanja u slučaju insolventnosti poslodavca – član 25. RESP*

Premda Srbija nije ratifikovala Konvenciju MOR br. 173 o zaštiti potraživanja zaposlenih u slučaju insolventnosti, Zakon o radu (2005) je gotovo u celosti preuzeo standarde iz Direktive 80/987/CEE, čime su ispunjeni uslovi koje postavlja i član 25. RESP. Naime, u drugom stečajnom redu (odmah posle troškova stečajnog postupka) nalaze se potraživanja zaposlenih koja imaju za cilj obezbeđivanje dostojanstvene egzistencije (do devet minimalnih zarada; naknada zarade za godišnji odmor u visini minimalne zarade; tri otpremnine zaposlenom koji je ispunio uslove za pravo na starosnu penziju; naknada štete zbog povrede na radu), a predviđeno je, odnosno došlo je do osnivanja i garantne institucije – Fonda solidarnosti, iz kojeg se vrši isplata

zaštićenih potraživanja zaposlenih ukoliko stečajni upravnik nema sredstva za isplatu privilegovanih potraživanja.

Uzged, samu visinu minimalne zarade, na osnovu Zakona o radu (2005), utvrđuje Socijalno-ekonomski savet RS, koji je postizao konsenzus o iznosu za period od šest meseci sve do juna 2009, kad je odluka o visini minimalne zarade prepuštena Vladi (što je u vezi sa uticajem /svetske/ ekonomske krize na uređivanje ovog prava zaposlenih).

Odredbe RESP-a u funkciji zaštite zdravlja i bezbednosti na radu

### *Pravo na bezbedne i zdrave radne uslove – član 3. RESP*

U kontekstu člana 3, ali i odredbe člana 4. RESP: *Pravo na pravedne uslove rada*, predviđeni su i standardi o zaštiti zdravlja i bezbednosti na radu. Pravni režim zaštite zdravlja (koje se i modernim ustavima proklamuje i garantuje<sup>24</sup>) i bezbednosti na radu karakteriše izraženost heteronomnih pravnih elemenata, koji se ogledaju u donošenju zakonskih i podzakonskih opštih akata – uredbi i naročito brojnih pravilnika o (tehničkim standardima) bezbednosti i zdravlju na radu od strane nadležnih ministarstava. Propisi o zaštiti zdravlja i bezbednosti na radu spadaju u kategoriju /relativnog/ socijalnog javnog poretka.<sup>25</sup> Razlikuju se opšti i posebni pravni režimi zaštite.<sup>26</sup> Opšti režim se odnosi na sve poslodavce, a posebni važe *ratione materiae* ili *ratione personae*. Opšti pravni režim redovno se zasniva na donošenju zakona kojim se oblast zaštite zdravlja i bezbednih uslova rada uređuje na jedan opšti način, promovišući kulturu prevencije: Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu Srbije<sup>27</sup>; britanski Zakon o zdravlju i sigurnosti na radu<sup>28</sup>; američki Zakon o profesionalnoj sigurnosti i zdravlju<sup>29</sup>; francuski Zakon o prevenciji nesreće na radu;<sup>30</sup> švedski Zakon o radnom okruženju<sup>31</sup>; japanski Zakon o radnim standardima.<sup>32</sup> I u međunarodnom radnom pravu najznačajniji opšti instrument koji je doneo MOR jeste Konvencija br. 155 o profesionalnoj sigurnosti

24 Pravo na zaštitu zdravlja /građana/ proklamovano je Preambulom Ustava Francuske; J. Rivero, J. Savatier, *Droit du travail*, Paris, 1987, str. 620.

Ustav Srbije garantuje nepovredivost fizičkog i psihičkog integriteta (čl. 25), kao i to da „svako ima pravo na zaštitu svog fizičkog i psihičkog zdravlja“ (čl. 68, st. 1).

25 R. Blanpain, Ch. Engels, *op. cit.*, str. 219.

26 G. H. Camerlynck, G. Lyon-Caen, J. Pelissier, *Droit du travail*, 1986, str. 475.

27 Službeni glasnik RS, br. 101/2005.

28 *Health and Safety at Work Act* iz 1974. godine; L. Wedderburn, *The Worker and the Law*, London, 1983, str. 416.

29 *Occupational Safety and Health Act* iz 1970. godine; G. H. Joel III, *Every Employee's Guide to the Law*, 2002, str. 194; A. L. Goldman, *Labor Law and Industrial relations in the U.S.A.*, 1984, str. 340.

30 *La loi relative a la prevention des accidents du travail* iz 1976. god.; J. Rivero, J. Savatier, *op. cit.*, str. 624; G. H. Camerlynck, G. Lyon-Caen, J. Pelissier, *op. cit.*, str. 472–473.

31 *Work Environment Act* iz 1977. godine; S. Edlund, B. Nystrom, *Developments in Swedish Labour Law*, 1993, str. 69–70.

32 T. A. Hanami, *Labour Law and Industrial relations in Japan*, 1988, str. 65.

i zdravlju iz 1981. godine (koja je svrstana u korpus ratifikovanih 2000. godine<sup>33</sup>), praćena istoimenom Preporukom br. 164.<sup>34</sup> Osim toga, MOR je doneo Konvenciju br. 187 o promotivnom okviru bezbednosti i zdravlja na radu (iz 2006, koju je Srbija ratifikovala 2009)<sup>35</sup>, kako bi se naglasio značaj neprekidnog unapređivanja nacionalne preventivne kulture bezbednosti i zdravlja na radu, sa ciljem prevencije profesionalnih povreda, bolesti i smrtnih slučajeva. Razume se, nacionalna politika bezbednosti i zdravlja treba da promoviše načela procene profesionalnih rizika i opasnosti na radu; borbu protiv profesionalnih rizika ili opasnosti na izvoru; razvoj nacionalne preventivne kulture, koji uključuje informisanje, konsultovanje i obuku, uz dijalog /reprezentativnih/ socijalnih partnera. Neophodno je uspostavljanje, održavanje i razvijanje nacionalnog sistema bezbednosti i zdravlja na radu, koji podrazumeva odgovarajući normativni okvir /zakoni, podzakonski akti, kolektivni ugovori o radu/, sistem organa ili tela nadležnih za bezbednost i zdravlje, kao i mehanizme za praćenje primene zakona i propisa, uključujući posebno sistem inspekcije rada. Srbija je ratifikovala i Konvenciju br. 81 o inspekciji rada u industriji i trgovini, kao i Konvenciju br. 129 o inspekciji rada u poljoprivredi, a u pripremi je i donošenje posebnog zakona o inspekciji rada.

Premda je zakonski okvir bezbednosti i zdravlja na radu u Srbiji značajno unapređen, još uvek se javlja potreba za većom komplementarnošću između koncepta prevencije (radno zakonodavstvo o zaštiti zdravlja i bezbednosti na radu) i koncepta reparacije (socijalno osiguranje za profesionalne rizike) – potrebno je doneti i Zakon o osiguranju od povreda na radu i profesionalnih bolesti.

*Pravo učešća u odlučivanju o radnim uslovima i radnoj sredini i njihovom poboljšanju – član 22. RESP*

Odredba člana 22. RESP komplementarna je sa odredbom člana 3. RESP: *Pravo na bezbedne i zdrave radne uslove*, odnosno dodatnom odredbom RESP naglašava se pravo radnika i njihovih predstavnika da doprinose poboljšavanju radnih uslova, organizaciji rada i radnoj sredini, kao i zaštiti zdravlja i bezbednosti u preduzeću, te organizaciji društveno-kulturnih službi i pogodnosti u okviru preduzeća. Implementaciji te odredbe RESP doprinosi ne samo Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu (2005), već i odredbe Opšteg kolektivnog ugovora o zaštiti zaposlenog na radu (čl. 13. i 14), uključujući i

33 Bivša SFRJ je spadala u krug svega 15 država članica MOR koje su do 1992. godine ratifikovale Konvenciju br. 155; L. Betten, *op. cit.*, str. 231.

Srbija je ratifikovala i niz drugih konvencija MOR: Konvenciju br. 119 o zaštiti mašina; Konvenciju br. 121 o davanjima za slučaj nesreće na poslu i profesionalnih bolesti; Konvenciju br. 136 o zaštiti od trovanja benzolom; Konvenciju br. 139 o profesionalnom raku; Konvenciju br. 148 o zaštiti radnika od profesionalnih rizika u radnoj sredini prouzrokovanih zagađenjem vazduha, bukom i vibracijom; Konvenciju br. 161 o službama zaštite zdravlja na radu; Konvenciju br. 162 o azbestu; Konvenciju br. 167 o bezbednosti i zdravlju u građevinarstvu.

34 *Occupational Safety and Health Convention*; L. Betten, *op. cit.*, str. 230.

35 Službeni glasnik RS, *Međunarodni ugovori*, br. 42/2009.

odredbe o prevenciji radne invalidnosti i rekreativnom odmoru zaposlenih (čl. 35 OKU-a), solidarne pomoći (čl. 36 OKU-a).

### *Pravo na dostojanstvo na radu – član 26. RESP*

Pravo na dostojanstvo na radu, sadržano u članu 26. RESP, ima za cilj sprečavanje seksualnog uznemiravanja na radu, kao i sprečavanje /psihičkog/ zlostavljanja na radu (mobinga). U pogledu ovog prava, Srbija je posvetila odgovarajuću pažnju sprečavanju seksualnog uznemiravanja na radu u okviru Zakona o radu iz 2005, dok je u pogledu sprečavanja zlostavljanja na radu pripremljen Predlog zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu (2009), čije se usvajanje očekuje do kraja 2009. godine. Na taj način potvrđuje se Ustavom Srbije proklamovano načelo da je ljudsko dostojanstvo neprikosnoveno i da su svi /dakle i poslodavci i zaposleni/ dužni da ga poštuju i štite.

Mobing je način ponašanja na mestima rada, kojim jedno (ređe) ili više (grupa) lica (po pravilu više od četiri lica) – drugih zaposlenih, nadređenih /ređe podređenih/ sistematski psihički zlostavlja ili zastrašuje drugo lice, u relativno dužem periodu (gotovo svakodnevno ili periodično više meseci), sa namerom osporavanja profesionalnog ugleda i moralnog integriteta zaposlenog – profesionalnog i ljudskog dostojanstva (svojevrсна stigmatizacija, „agresivna manipulacija“), u /relativno/ dužem periodu, sa ciljem stvaranja nepodnošljivih uslova rada (neprijateljskog i neetičkog okruženja, komunikacije), pri čemu se žrtva mobinga nalazi u gotovo bespomoćnom položaju, sa ciljem da sam zaposleni otkáže radni odnos, čime se izbegava isplata naknade zbog otpuštanja od strane poslodavca /iz ekonomskih razloga/, kao i mogućnost vođenja radnog spora.<sup>36</sup> Predlog zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu Srbije (2009) definiše zlostavljanje kao „svako aktivno ili pasivno ponašanje prema zaposlenom ili grupi zaposlenih kod poslodavca koje se ponavlja, a koje za cilj ima ili predstavlja povredu dostojanstva, ugleda, ličnog i profesionalnog integriteta, zdravlja, položaja zaposlenog i koje izaziva strah ili stvara neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje, pogoršava uslove rada ili dovodi do toga da se zaposleni izoluje ili navede da na sopstvenu inicijativu otkáže ugovor o radu ili raskine radni odnos.“

Predlog zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu urađen je imajući u vidu rešenja iz uporednog prava, kao i standarde sadržane u Evropskom okvirnom kolektivnom ugovoru o sprečavanju zlostavljanja i nasilja na radu (2007). Ovim Predlogom zakona se uređuje zabrana zlostavljanja na radu; mere za sprečavanje zlostavljanja i unapređenje odnosa na radu; postupak zaštite lica izloženih zlostavljanju na radu, uključujući postupak posredovanja, kao i sudsku zaštitu i teret dokazivanja (na poslodavcu, ako zaposleni učini verovatnim da je izvršeno zlostavljanje). Na taj način se omogućuje unapre-

36 Sličnu definiciju daje industrijski psiholog i medicinski naučnik u oblasti psihijatrije, koji je istraživao mobing još osamdesetih godina 20. veka u Švedskoj: H. Leymann, *The Mobbing Encyclopedia, Psychological terrorization – the problem of terminology*, file 11130e, 12100e, 12220e. Takođe: K. Westhues, *Workplace Mobbing in Academe*, Department of Sociology, University of Waterloo, 2007, str. 1, E. Koić, P. Filaković, L. Mužinić, M. Matek, S. Vondraček, *Mobing, Rad sigur.*, 7/2003, str. 1.

đenje svesti, informisanosti, osim mera sprečavanja ponašanja koje je neprihvatljivo ili izrazito negativno i uvredljivo na radnom mestu ili u vezi sa poslom.

Imajući u vidu moderan koncept Predloga zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu, razumljivo je da je Socijalno-ekonomski savet RS usvojio (2009) Zaključak kojim se daje pozitivno Mišljenje na Nacrt zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu, što je u funkciji ispunjenja obaveza preuzetih ratifikacijom Revidirane evropske socijalne povelje.

Odredbe RESP koje su u funkciji profesionalne i socijalne integracije

*Pravo osoba sa invaliditetom na nezavisnost, socijalnu integraciju i učešće u životu zajednice – član 15. RESP*

Pre ratifikacije RESP, koja je uključila obaveze povodom člana 15. RESP, doneta su dva zakona od značaja za ispunjenje standarda iz RESP: Zakon o sprečavanju diskriminacije osoba sa invaliditetom (2006), kao i Zakon o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba sa invaliditetom (2009). Tim zakonima su uvaženi i univerzalni standardi sadržani u ratifikovanoj Konvenciji MOR br. 159, kao i ratifikovanoj Konvenciji UN o pravima osoba sa invaliditetom iz 2007. Zakon o sprečavanju diskriminacije osoba sa invaliditetom ima za cilj eliminisanje diskriminacije osoba sa invaliditetom u pogledu celine ljudskih prava, dok Zakon o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba sa invaliditetom afirmiše moderan koncept zapošljavanja na otvorenom tržištu rada (tzv. kvotni sistem), uz zadržavanje preduzeća za profesionalnu rehabilitaciju i zapošljavanje (tzv. zaštitnih radionica), radnih centara, socijalnih preduzeća i organizacija.

*Pravo starijih lica socijalnu zaštitu – član 23. RESP*

Revidirana evropska socijalna povelja je značajna i po tome što je prvi međunarodni instrument koji na poseban način pruža zaštitu starijim licima.<sup>37</sup> Priznavanje ovog prava bilo je izraz potrebe da se, usled tendencije starenja stanovništva (u mnogim evropskim državama), rasta udela ove populacije u strukturi stanovništva, starijim licima obezbede odgovarajući prihodi za dostojanstven život i obezbedi da starija lica igraju aktivnu ulogu u javnom, socijalnom i kulturnom životu, odnosno da im se omogući slobodan izbor životnog stila i nezavisan život, uz pružanje odgovarajućeg nivoa zdravstvene zaštite, podrške zadovoljenju stambenih potreba, kao i, u slučaju potrebe, odgovarajućih uslova za smeštaj u geronološkim centrima.

Slične demografske tendencije prate i naše društvo, a ratifikacija ove odredbe RESP nalaže dodatne napore države, teritorijalne autonomije, lokalne samouprave, drugih aktera, da se starim licima obezbedi dostojanstven i što nezavisniji i aktivniji (profesionalni) život, sve dotle dok stara lica imaju očuvane intelektualne, fizičke i psihičke kapacitete. Otuda, Zakon o radu (2005) ne predviđa da radni odnos prestaje po sili zakona navršenjem odre-

37 L. Samuel, *op. cit.*, str. 457.



đenih godina života (i staža osiguranja), pošto poslodavac i zaposleni mogu zaključiti (aneks) ugovor o radu, odnosno korisnik penzije (kao stečenog prava po osnovu staža osiguranja i godina života) može biti istovremeno u radnom odnosu. Osim toga, odgovarajuće odredbe o zaštiti starih lica koja nemaju očuvane kapacitete za radnoaktivne aranžmane, mogu koristiti usluge odgovarajućih centara (gerontoloških), čiji osnivač može biti ne samo lokalna samouprava (grad) već i pravna i fizička lica (ako ispunjavaju zakonom propisane uslove). U uporednom pravu predviđaju se zakonska rešenja o tzv. socijalnoj penziji, koja ne zavisi od doprinosa (npr. Italija, Španija). Nemački sistem obezbeđenja socijalnih usluga predstavlja uravnoteženu kombinaciju javne – odgovornosti lokalne samouprave, nedržavnog sektora – dobrovoljnih, socijalnih organizacija, uključujući posebno značajne verske organizacije. Izražen je trend decentralizacije socijalnih usluga. Ove tendencije su delom došle do izražaja u domaćem Zakonu o socijalnoj zaštiti i obezbeđivanju socijalne sigurnosti građana (1991), koji ide korak napred u zakonodavnom okviru sa izmenama i dopunama Zakona iz 2005. godine.

#### Odredbe RESP koje nisu ratifikovane

Jedina dva člana RESP koja nisu (u celini) obuhvaćeni instrumentom o ratifikaciji jesu članovi 27. i 31. Povelje.

#### *Pravo radnika sa porodičnim obavezama na jednake mogućnosti i jednak tretman – član 27. RESP*

Član RESP koji u celini nije obuhvaćen instrumentom o ratifikaciji jeste član 27 – *Pravo radnika sa porodičnim obavezama na jednake mogućnosti i jednak tretman*. Naime, ma da je Srbija ratifikovala Konvenciju MOR br. 156 o radnicima sa porodičnim obavezama iz 1981 jos 2000. godine, i premda je u dobroj meri Zakon o radu bliže uredio prava zaposlenih sa porodičnim obavezama, kako u pogledu jednakosti mogućnosti i tretmana zaposlenih sa porodičnim obavezama i drugih zaposlenih, tako i u pogledu obezbeđivanja da porodične obaveze ne mogu da predstavljaju valjan razlog prestanka radnog odnosa, verovatno je razlog za neratifikaciju čl. 27. RESP i obaveza države da „razvije ili da unapredi usluge, javne ili privatne, posebno u domenu čuvanja dece ili drugih oblika dečje zaštite“. Usled tendencije promena tradicionalne porodice (veći broj samohranih roditelja; starenje stanovništva), i pored donošenja Zakona o socijalnoj zaštiti i obezbeđivanju socijalne sigurnosti građana (1991, 2005) procenjeno je da još uvek nije moguće u celini ispuniti obaveze u domenu čuvanja dece ili drugih oblika dečje zaštite, što je u vezi sa finansijskim mogućnostima države, kao i raspoloživim sredstvima lokalne samouprave kao osnivača ustanova socijalne i dečje zaštite.

#### *Pravo na stanovanje – član 31. RESP*

Uspešna politika socijalnog stanovanja podrazumeva i transparentna merila za ocenu životnih – stambenih, radnih i kulturnih potreba svih socijalnih grupa u naselju. Da bi se omogućila primena standarda RESP u pogledu (socijalnog) stanovanja, treba doneti Zakon o socijalnom stanovanju,

kao i Nacionalnu strategiju socijalnog stanovanja (kao i Zakon o izmenama i dopunama Zakona o izbeglicama) koji omogućavaju i podsticu javno-privatno partnerstvo, uvažavajući zahteve regionalnog, odnosno prostornog razvoja Srbije, odnosno ublažavanje izrazito neravnomernog regionalnog razvoja i nepovoljnih demografskih tendencija<sup>38</sup>, što je od značaja za proces evropskih integracija, takođe.

Instrumentom o ratifikaciji nisu obuhvaćeni: iz člana 2. stav 4; iz člana 6. tačka 4 (u odnosu na profesionalne pripadnike Vojske Srbije); iz člana 10. stav 5 (profesionalna obuka); iz člana 17. stav 1a (pravo na brigu, pomoć, obrazovanje i obuku dece i omladine osnivanjem ustanova i službi za ovu namenu); iz člana 19, stavovi 11 (jezik države prijema) i 12 (jezik radnika migranta).

#### IV. Mehanizam kontrole primene Revidirane evropske socijalne povelje

U pogledu mehanizma kontrole i zaštite socijalnih prava sadržanih u Evropskoj socijalnoj povelji, postupak kontrole primene Evropske socijalne povelje, odnosno Revidirane evropske socijalne povelje počiva na ispitivanju izveštaja i postupku po osnovu kolektivnih žalbi, što znači da je postupak kontrole inspirisan redovnim mehanizmom kontrole koji je predvidela Međunarodna organizacija rada. Srbija je ratifikovala do 2010. ukupno 71 Konvenciju MOR, među kojima i Konvenciju br. 144 o tripartitnom konsultovanju (doneta 1976, a ratifikovana 2005).<sup>39</sup> Konvencija br. 144 predviđa standarde za uspostavljanje tripartitnog mehanizma za promociju implementacije međunarodnih radnih standarda, pri čemu su predstavnici zaposlenih i poslodavaca predstavljeni na jednakoj osnovi. Tripartitno konsultovanje uključuje ne samo pitanja od značaja za donošenje međunarodnih radnih standarda (konvencija), već i kontrolu njihove primene na osnovu izveštaja.

Kontrola primene RESP, odnosno zaštita socijalnih prava zasniva se na dva osnovna postupka: postupak ispitivanja izveštaja i postupak po kolektivnim žalbama. Značaj sistema nadzora ogleđa se u tome što su države članice često menjale zakonodavstvo i/ili praksu, kako bi ih uskladili sa Revidiranom evropskom socijalnom poveljom, kao i praksom Evropskog komiteta za socijalna prava. Sekretarijat Povelje svake godine objavljuje pregled promena u zakonodavstvu i praksi država članica, odnosno u kojoj meri je zakonodavstvo država članica u skladu sa Poveljom.

##### *Postupak ispitivanja nacionalnih izveštaja*

Na osnovu čl. 22. Evropske socijalne povelje, postupak kontrole zasniva se na ispitivanju izveštaja koje dostavljaju države članice Saveta Evrope, u po-

38 Zaključci i stavovi Republičke agencije za prostorno planiranje, Urbanističkog zavoda Beograda i organizacija civilnog društva – Palgo centra i Grupe 484 iz 2009. sa skupa „U susret nacionalnoj strategiji razvoja socijalnog stanovanja“.

39 Službeni list SCG, *Međunarodni ugovori*, br. 1/2005.

gledu primene (u zakonodavstvu i praksi) odredbi Evropske socijalne povelje koje su ratifikacijom prihvatile. Države članice (vlade) dužne su da dostavljaju periodične izveštaje Saveta Evrope<sup>40</sup>, koje takođe dostavljaju i reprezentativnim nacionalnim organizacijama radnika i poslodavaca. Reprezentativni socijalni partneri mogu da zahtevaju da se njihovi komentari na vladin izveštaj dostave, odnosno prilože vladinom izveštaju.<sup>41</sup> Osim toga, generalni sekretar Saveta Evrope dostavlja nacionalne izveštaje i reprezentativnim međunarodnim nevladinim organizacijama, koje imaju konsultativni status u okviru Saveta Evrope.<sup>42</sup>

Postupak ispitivanja izveštaja se odvija uz učešće Komiteta nezavisnih eksperata (Evropskog komiteta za socijalna prava), Komiteta vladinih predstavnika, Parlamentarne skupštine Saveta Evrope, kao i uz učešće Komiteta ministara. Premda ovaj postupak ima svoj određeni značaj, ističe se da najveća prepreka u poboljšanju primene Evropske socijalne povelje ostaje odsustvo aktivnije uloge reprezentativnih socijalnih partnera (organizacija poslodavaca i radnika na nacionalnom i evropskom nivou).<sup>43</sup> Taj nedostatak se nastoji ublažiti donošenjem Dodatnog protokola kojim se odnosi na sistem kolektivnih žalbi iz 1995. godine, koji daje odgovarajuće mesto reprezentativnim socijalnim partnerima u postupku zaštite prava sadržanih u Povelji.

Komite nezavisnih eksperata (kasnije Komitet za socijalna prava) ispituje da li države članice koje su ratifikovale Povelju ispunjavaju svoje preuzete obaveze, shodno klauzulama fleksibilnosti, koje daju izvesnu slobodu u izboru odredbi koje mogu biti prihvaćene. Drugim rečima, Komitet utvrđuje da li su nacionalno zakonodavstvo i praksa države ugovornice u skladu sa (revidiranom) Evropskom socijalnom poveljom. Komitet radi na dokumentacionoj osnovi, odnosno pregleda (ispituje) nacionalne izveštaje (i priložene komentare na nacionalni izveštaj koje mogu dati reprezentativne organizacije poslodavaca i sindikata). U radu Komiteta učestvuje i predstavnik MOR, bez prava glasa, odnosno sa konsultativnim pravima.<sup>44</sup>

Komite nezavisnih eksperata ima obavezu da dostavi svoj izveštaj sa zaključcima Komitetu vladinih eksperata i Parlamentarnoj skupštini Saveta Evrope. Ovaj izveštaj sadrži, osim opšteg uvoda – osvrt Komiteta na razvoj u pogledu određenih oblasti regulisanih Poveljom (politika zapošljavanja, jednakost postupanja, sindikalne slobode, kolektivno pregovaranje itd), dva dela: prvi deo – razmatranje mera koje država preduzima radi poštovanja odredbi

40 Zbog povećanja broja članica Saveta Evrope i nemogućnosti da se u toku jedne godine ispitaju svi izveštaji, od 1985. godine je došlo do izmene koja se sastoji u tome što polovina država šalje izveštaje jedne, a druga polovina država članica koje su ratifikovale Evropsku socijalnu povelju druge godine; L. Betten, *op. cit.*, str. 417.

41 L. Betten, *op. cit.*, str. 415–416; Th. Ohlingen, *op. cit.*, str. 52–53.

42 Th. Ohlingen, *op. cit.*, str. 53.

43 L. Betten, *op. cit.*, str. 426–427; Th. Ohlingen, *op. cit.*, str. 53–54.

44 Th. Ohlingen, *op. cit.*, str. 54; L. Betten, *op. cit.*, str. 416; 437.

Povelje (član po član); drugi deo – procenu mesta (pozicije) koje država članica zauzima s obzirom na stanje primene prava iz Povelje.<sup>45</sup>

Komiteet vladinih predstavnika sastoji se samo od predstavnika vlada država članica, pri čemu države članice Saveta Evrope koje nisu ratifikovale Evropsku socijalnu povelju imaju svoje predstavnike sa konsultativnim ovlašćenjima (bez prava glasa).<sup>46</sup> Komiteet vladinih predstavnika je ovlašćen da dostavi svoj izveštaj Komiteetu ministara da bi Komiteet ministara mogao doneti svoje preporuke.<sup>47</sup> Preporuke (zaključci) sadrže svojevrstne političke sankcije prema državama članicama koje ne ispunjavaju obaveze iz (ratifikovane) Povelje i naznačavaju mere koje država treba da preduzme radi poštovanja (primene) Povelje.

Izveštaj i zaključci Komiteeta eksperata dostavljaju se i Parlamentarnoj skupštini (koja se do 1974. godine nazivala Savetodavna skupština), koja dostavlja svoje mišljenje o zaključcima Komiteetu ministara (u skladu sa čl. 28. Povelje). Mišljenje Parlamentarne skupštine pravno ne obavezuje Komiteet ministara.

Parlamentarna skupština je nastojala da prevaziđe zastoj u odnosima između Komiteeta eksperata i Komiteeta vladinih predstavnika, tražeći od Komiteeta ministara da prihvati odgovarajuće preporuke eksperata koji bi bili poslati državama koje ne ispunjavaju svoje obaveze iz Povelje.<sup>48</sup>

### *Postupak na osnovu kolektivnih žalbi*

Postupak na osnovu kolektivnih žalbi, inspirisan odgovarajućim postupkom u okviru MOR i radi podizanja nivoa zaštite socijalnih prava sadržanih u Povelji<sup>49</sup>, predviđen je na osnovu Dodatnog protokola uz Evropsku socijalnu povelju iz 1995. godine (koji je stupio na snagu 1998. godine).<sup>50</sup> Njegove odgovarajuće odredbe našle su mesto u Revidiranoj evropskoj socijalnoj povelji iz 1996. godine (član D).<sup>51</sup> Jedan od osnovnih ciljeva Dodatnog protokola, odnosno inaugurisanja sistema kolektivnih žalbi, jeste jačanje uloge socijalnih partnera – menadžmenta i rada, kao i odgovarajuće učešće nevladinih organizacija u postupku zaštite prava utvrđenih Evropskom socijalnom poveljom. Naime, aktivnu procesnu legitimaciju imaju međunarodne organizacije

45 L. Betten, *op. cit.*, str. 416; Th. Ohlingen, *op. cit.*, str. 54.

46 Th. Ohlingen, *op. cit.*, str. 55.

47 Ibid., str. 418.

48 Th. Ohlingen, *op. cit.*, str. 55; L. Betten, *op. cit.*, str. 422; D. Harris, *op. cit.*, str. 249–253.

49 Slabost kontrolnog mehanizma zasnovanog na ispitivanju izveštaja ogleđa se u tome što u njemu ne učestvuju socijalni partneri, s jedne, i u preterano dugom trajanju postupka kontrole, s druge strane; R. Harris, *op. cit.*, str. 263–265.

50 R. Blanpain, F. Hendriks, eds., *op. cit.*, str. 357–360.

Inače, država članica Saveta Evrope ne može izjaviti da prihvata obaveznu primenu ovog Protokola, ako prethodno ili istovremeno nije ratifikovala Evropsku socijalnu povelju (član 13, st. 2. Dodatnog protokola); *ibid.*, str. 360.

51 Ibid., str. 375.

poslodavaca (UNICE/EUROBUSINESS, IOE) i sindikata (ETUC, CESI), kao i odgovarajuće međunarodne nevladine organizacije koje imaju savetodavni status u okviru Saveta Evrope (i koje se nalaze na posebnoj listi Vladinog komiteta), kao i reprezentativne nacionalne organizacije poslodavaca i sindikata, u okviru (sudske) nadležnosti države ugovornice protiv koje je podneta kolektivna žalba (čl. 1. Protokola, odnosno član D Revidirane evropske socijalne povelje iz 1996. godine),<sup>52</sup> te nacionalne nevladine organizacije u zemljama koje su posebno pristale na takvo rešenje (do 2003. samo Finska). Država ugovornica može da izjavi da prihvata pravo i drugoj reprezentativnoj nevladinoj organizaciji u njenoj jurisdikciji, koja se bavi pitanjima koja su uređena Evropskom socijalnom poveljom, da može podneti žalbu protiv nje, s tim da ovo pravo može da bude vremenski ograničeno. Izjava države ugovornice se dostavlja generalnom sekretaru Saveta Evrope, koji kopije izjave dostavlja stranama ugovornicama i objavljuje ih (čl. 2. Protokola).

Žalba se dostavlja na posebnom formularu u pisanom obliku, na engleskom ili francuskom jeziku (kao službenim jezicima u Savetu Evrope) generalnom sekretaru, koji potvrđuje njen prijem, obaveštava državu ugovornicu protiv koje je žalba podneta i prosleđuje žalbu Komitetu nezavisnih eksperata (odnosno Evropskom komitetu za socijalna prava). Na zahtev Komiteta nezavisnih eksperata, od podnosioca žalbe i/ili države ugovornice može da se zahteva dostavljanje pismenih obaveštenja i razjašnjenja (npr. o tome da li podnosilac žalbe ima svojstvo reprezentativnosti u nacionalnim okvirima) od značaja za dopuštenost (prihvatljivost) žalbe.

Ako Komitet nezavisnih eksperata utvrdi da su ispunjeni uslovi za dopuštenost (prihvatljivost) žalbe, o tome, posredstvom generalnog sekretara, obaveštava državu ugovornicu Povelje i podnosioca žalbe, ostavljajući im rok u kome mogu da dostave svoja pismena obaveštenja i razjašnjenja, odnosno komentare (čl. 7, st. 1. Protokola). Komitet nezavisnih eksperata odlučuje na osnovu pristiglih objašnjenja, informacija ili primedbi koje su blagovremeno podnele stranke, s tim što Komitet može pozvati predstavnike stranaka u sporu na (ročiste za) usmenu raspravu (član 7, st. 4), koja, ako to Komitet odluči, može da bude i javna rasprava.

Komitet nezavisnih eksperata donosi odluku o meritumu žalbe, odnosno sastavlja svoj izveštaj sa zaključcima o tome da li država ugovornica na zadovoljavajući način primenjuje odredbu Povelje na koju se odnosi žalba, odnosno da li je prekršila svoju obavezu iz Povelje. Svoj izveštaj Komitet eksperata dostavlja Komitetu ministara, a prosleđuje kopiju izveštaja i državi ugovornici u pitanju i podnosiocu žalbe. Osim toga, izveštaj se dostavlja Parlamentarnoj skupštini i objavljuje u isto vreme kad i rezolucija Komiteta ministara.

Komitet ministara usvaja rezoluciju većinom glasova, a ako izveštaj Komiteta nezavisnih eksperata sadrži stav o nezadovoljavajućoj primeni odredbe Povelje, Komitet ministara može usvojiti dvotrećinskom većinom preporuku,

52 Ibid., str. 357. i 375.

koja se dostavlja državi ugovornici u pitanju.<sup>53</sup> Država članica kojoj je dostavljena preporuka dužna je da u svom narednom izveštaju (koji dostavlja na osnovu člana 21. Povelje) pruži obaveštenja o merama preduzetim sa ciljem realizacije preporuke Komiteta ministara.<sup>54</sup>

## REVISED EUROPEAN SOCIAL CHARTER

### – Ratification, undertakings, control –

#### Summary

*The paper deals with undertakings of the Serbia and the role of social partners in implementations of Revised European Social Charter after the ratification by Serbia 2009. The instrument of ratification has included the vast majority of rights and principles guaranteed by the Charter, except Article 27 (The right of workers with family responsibilities to equal opportunities and equal treatment) and Article 31 (The right to housing), and several numbered paragraphs (Art. 2, para. 4, Art. 6, para. 4, Art. 10, para. 5, Art. 17, para. 1a, Art. 19 para 11 and 12). Serbia is bound by all nine articles of so-called hard-core provisions of the Charter (1, 5, 6, 7, 12, 16, 19, 20) with exemption of few numbered paragraphs – that means very ambitious undertakings.*

*Methods of implementation shall include not only laws or regulations but collective agreements between representative social partners, as well as other appropriate means. That's why the author stresses the particular importance of social partners in implementation of Charter, and gives the panorama of tripartite and multipartite institutions established at Republican and local level according on Law on Socio-economic councils (2004), by Law on Employment and Unemployment Insurance (2009), etc.*

*The paper contains legal analysis and comments on compatibility of Serbian Labour and Social Law in force with selected numbers of hard core provisions and non-hard core provisions of the Charter. The authors stresses also the need for more active role of social partners and NGO-s in implementation of standards setting by Revised European Social Charter, having in mind that the social dialogue and the system of collective agreements is not enough developed, more particularly at the sectoral level. The role of Republican and local socio-economic council should be of particular importance in the process of implementation of the RESC.*

*The system of supervision of the application of Revised European Social Charter is treated in details. The system is based on examination of the national reports which the Serbia bound by the Charter submit at regular inter-*

53 U oba slučaja glasaju samo članovi Komiteta ministara država članica Saveta Evrope koje su ratifikovale Evropsku socijalnu povelju, odnosno prihvatile ovaj Dodatni protokol; R. Blanpain, F. Hendrickx, eds., *op. cit.*, str. 359.

54 Ibid.

vals – each year either on hard core provisions or on a selection of non-hard core provisions.

*The author gives some comments on the Additional Protocol providing for a system of collective complaints (1995), providing that in addition to the procedure of examination of governmental reports, collective complains (submitted by employers and workers organisations, non-governmental organisation at national or international level) against alleged violation of the Charter may be dealt with, but Serbia did not ratified this Protocol.*

Key words: Council of Europe. – Charter, Social Rights, Ratification.

## DEKLARACIJA O POLITIČKOM POMIRENJU IZMEĐU DEMOKRATSKE STRANKE I SOCIJALISTIČKE PARTIJE SRBIJE I PERSPEKTIVE EVROPSKIH INTEGRACIJA SRBIJE

### Apstrakt

Osnovna ideja ovog teksta je da Deklaracija o pomirenju između Demokratske stranke (DS) i Socijalističke partije Srbije (SPS) ima neadekvatan naziv, jer ono što je sadržano u Deklaraciji o pomirenju predstavlja saglasnost o strateškim političkim, ekonomskim i socijalnim ciljevima budućeg razvoja Srbije, a ne strategiju prevazi- laženja dubokih ideološko-političkih raskola i suočavanja s teškim nasleđem bliske prošlosti. Osim što nije primeren naziv pomenute Deklaracije, ovaj dokument nije trebalo doneti iz više razloga: prvo, preambiciozni su nameravani ciljevi Deklara- cije u odnosu na projektovane potpisnike, jer SPS je nakon Miloševićeve vladavine marginalizovana i marginalna stranka na političkoj sceni Srbije, dok van domašaja ostaje i Srpska radikalna stranka (SRS), koja je u vreme kampanje oko Deklaracije bila najjača pojedinačna stranka, kao i stranka koja će nadalje postati jedna od naj- jačih političkih partija – Srpska napredna stranka (SNS), koja do potpisivanja De- klaracije nije ni postojala, jer je formirana u oktobru 2008. godine od dvotrećinskog dela bivše SRS; drugo, ono što bi morao da bude smisao političkog pomirenja, nije ni pomenuto u ovoj Deklaraciji, a to je suočavanje s ulogom SPS (kao i SRS) u ne- davnoj prošlosti Srbije, obeleženoj retrogardnim procesima i spram „spolja“ i spram „unutra“. Treće, način na koji je doneta ova Deklaracija – „odozgo“, birokratsko- elitistički – nije primeren pretpostavljenim zahtevima istorijskog pomirenja između građana Srbije rukovođenih suprotstavljenim ideologijama; on čak ne doseže ni do potreba, afiniteta, težnji ka pomirenju partijskih članstava dveju referentnih strana- ka, već ostaje na nivou dogovora partijskih lidera i stranačkih elita i, time, a priori promašuje cilj i modalitete primerene ostvarenju ideje istorijskog pomirenja.

Ključne reči: *Pomirenje. – Konsenzus. – Suočavanje s prošlošću. – Evropske integracije.*

Deklaracija o političkom pomirenju između Socijalističke partije Srbije (SPS) i Demokratske stranke (DS), najavljena je početkom jula 2008. godine iz vrhova obe stranke, a to je bio momenat u kome postaje izvesno formira- nje proevropske Vlade, nakon parlamentarnih izbora iz 2008. godine<sup>1</sup>, ali uz

\* Dr Dragica Vujadinović, redovni profesor Pravnog fakulteta u Beogradu. Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta *Pravni kapaciteti Srbije za evropske integracije* Pravnog fakulteta u Beogradu koji podržava Ministarstvo nauke Republike Srbije.

\*\* Dr Gašo Knežević, redovni profesor Pravnog fakulteta u Beogradu. Rad je rezultat istra- živanja u okviru projekta *Pravni kapaciteti Srbije za evropske integracije* Pravnog fakulteta u Beogradu koji podržava Ministarstvo nauke Republike Srbije.

1 Na parlamentarnim izborima, održanim 11. maja 2008. godine, udruženo su nastupile proevropski orijentisane stranke DS, G17 plus, SPO, LSV Nenada Čanka, SDP Rasima



učješće SPS (i koalicije SPS-PUPS-JS<sup>2</sup>). Vlada Srbije je formirana 4. jula 2008. godine i u nju je, osim koalicije „Za evropsku Srbiju“ (ZES), na čelu sa DS, ušla i koalicija SPS-PUPS-JS, na čelu sa SPS.<sup>3</sup>

Odmah nakon formiranja zajedničke Vlade, krenula su pominjanja Deklaracije o pomirenju DS i SPS.<sup>4</sup> Međutim, najavljujvano „brzo“ potpisivanje

---

Ljajića, pod imenom koalicija „Za evropsku Srbiju“ (ZES). Pri tom, istovremeno s parlamentarnim, održani su i lokalni izbori na svim nivoima, i regionalni izbori za pokrajinsku skupštinu Vojvodine.

Koalicija ZES je na parlamentarnim republičkim izborima dobila od oko 4 miliona i dvesta hiljada izašlih na izbore oko 1,5 milion glasova, tj. 38,75% glasova ili 102 mandata (od toga G17 plus 25 poslanička mesta, SPO i SDP po 4, LSV 3). Rezultati izbora su sledeći: ZES 102 poslanička mesta, SRS 78, DSS-NS 30, SPS-PUPS-JS 20, LDP 13, manjine 7.

Mađarska koalicija je dobila 4 mandata, Bošnjačka lista – 2, Koalicija Albanaca Preševske doline 1 mandat. Manjine su, dakle, ukupno dobile 7 mandata. Romske partije su išle razjedinjeno i usitnjeno i izgubile sva mesta (u prethodnom sazivu Parlamenta, dve romske partije su imale po jednog poslanika). (Videti: D. Vujađinović, Srbija na prekretnici strateških opredeljenja – Pobjeda proevropske i proreformske opcije?, u: Lilić, S. (ur.) *Pravni kapacitet Srbije za evropske integracije*, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2008; videti takođe: [www.cesid.org](http://www.cesid.org)).

2 Koalicija Socijalističke partije Srbije, Partije udruženih penzionera Srbije i Jedinственe Srbije.

3 Narodnjačka koalicija (DSS i NS) i radikali (SRS) su tokom postizbornog perioda u maju tvrdili da su postigli dogovor sa SPS o formiranju republičke vlade; međutim, prepreka dogovoru bio je stav ovih stranaka da treba poništiti sporazum sa EU – Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju EU (SAA). Najpre je lider Jedinственe Srbije (JS) Dragan Marković insistirao na stavu da ne sme da se poništava SAA, da bi, zatim, i SPS i čitava koalicija oko SPS podržala stav o neophodnosti produženja procesa evropskih integracija Srbije. SPS i koalicija oko njega distancirali su se od SRS i Narodnjačke koalicije upravo na osnovu stava da su protiv poništavanja ugovora SAA.

Zbog toga su se oni okrenuli saradnji sa demokratama, odnosno naknadno su usvojili inicijativu lidera JS Dragana Markovića Palme da se prekinu pregovori sa DSS i SRS i otpočinu sa Demokratskom strankom. Nadalje je usvojena politička platforma o načelima saradnje SPS i DS, zasnovana na proevropskoj politici i idejama socijalne pravde.

Međutim, kao dokaz da je je proevropska politika SPS bila veoma „tanka i krivudava, ili prekidljiva nit“, može simbolički da posluži i to što je lider SPS Ivica Dačić još 25. maja 2008. godine izjavljivao da je „SPS pred teškim trenutkom u kome treba da oceni da li da krene ‘tradicionalnim ili novim putem’, navodeći da nije lako praviti Vladu sa onima koji su ih hapsili i zatvarali, a da tu misli na DS. (*Blic Online*, [ww.blic.rs/politika.php?id?=42323](http://ww.blic.rs/politika.php?id?=42323))

4 Socijalisti u javnost izlaze sa stavovima da ih DS-u približava socijalistička/socijaldemokratska ideja socijalne pravde, kao i proevropska ideja, kao i gravitiranje socijalista ka Socijalističkoj internacionali, kojoj DS već pripada. S druge strane, u javnost su probijale nepotvrđene i nedemantovane vesti o tome da je Dačićev uslov za saradnju sa demokratama bio rehabilitacija porodice Slobodana Miloševića, da je tražio da se odustane od zahteva upućenog Rusiji za izručenje supruge i sina Slobodana Miloševića, Mirjane i Marka; da je odgovor demokrata bio da SPS u tom slučaju mora da pristane na punu saradnju sa Tribunalom u Hagu. S druge strane, demokrate, pre svega Tadić, izlaze u javnost s idejama da su socijalna pitanja i briga o siromašnima i svim građanima, odnosno briga za socijalnu pravdu i evropske integracije zajedničko opredeljenje demokrata i socijalista. Pri tom, on već u pregovorima za formiranje zajedničke vlade anticipira ideje i opravdanja ideje o političkom pomirenju dveju stranaka opterećenih dubokim konfliktima u međusobnim odnosima: „Zalažemo se za društvo koje se ravnomerno ekonomski razvija i povećava svoje kapacitete za odbranu Kosova. Mislim da postoji i dodatna dimenzija

Deklaracije o političkom pomirenju ipak je izostalo. O njemu se intenzivno govorilo zaključno s intervjuom predsednika Borisa Tadića, datog medijima 17. jula, a onda je oko mesec dana prestalo pominjanje dokumenta. Stvoren je utisak da se – zbog oštrih kritika s kojim se odreagovalo iz krugova stranka demokratske orijentacije – odustalo od navedene ideje. Međutim, krajem avgusta ponovo iz vrhova DS i SPS počinje da se nagoveštava „skoro“ potpisivanje ove Deklaracije.

Do „zatišja“ je, dakle, došlo da li zbog velikih kontroverzi koje je Deklaracija izazvala ili zbog toga što je nesmotreno bila predviđena kao deo „paketa“ formiranja vlasti sa SPS, koje je, međutim, obavljeno i bez istovremenog potpisivanja ove kontroverzne Deklaracije. Ideja je nepripremljeno i isforsirano puštena u javnost, bez jasne i jake argumentacije i preciznog značenja. Ostavila je ogroman prostor za nagađanja, velika nezadovoljstva i nelagode, različita tumačenja. Najveću zabunu je unosila činjenica da se o Deklaraciji govori u situaciji kada je u međuvremenu Koalicioni sporazum o principima funkcionisanja zajedničke Vlade i parlamentarne većine potpisan (4. jula 2008. godine), a pogotovo kada je poznato da su animoziteti između tih stranaka veoma duboki i istorijsko pamćenje obeju izrazito konfliktno.

U međuvremenu je napravljen politički sporazum o principima saradnje, ne samo sa SPS već i sa LDP<sup>5</sup>.

Javnom mnjenju je bilo potpuno nejasno zašto DS i SPS (DS pozadinski, a SPS izraženije) insistiraju na potpisivanju takvog političkog dokumenta. Nejasno je bilo iz više razloga: prvo, takav dokument nije bio neophodan za funkcionisanje koalicije ZES sa SPS na svim nivoima vlasti; drugo, taj dokument nije blagovremeno obznanjen i nije prethodno bio dostupan ni kritičkoj javnosti ni partijskim članstvima, već se neprikriveno prezentuje na elitistički i birokratski način kao „pitanje“ koje se tiče vrhova partijskih nomenklatura i o kome će se legitimno odlučivati „odozgo“; treće, taj dokument je izazivao velike nedoumice među demokratski opredeljenim građanima, kojima niko nije objašnjavao niti je imao nameru da objasni smisao „pomirenja“, meru

---

ove saradnje koja nimalo nije beznačajna. Stvorili bi uslove da, s jedne strane, ubrzano podižemo životni standard ljudi, a s druge, da započnemo proces istorijskog pomirenja“. Tadić je rekao i sledeće: „Srbija je, istorijski gledano, bremenita mnogobrojnim podelama koje su uslovlila dešavanja u našoj daljoj i bližoj povesti. Ova kampanja je pokazala da ni DS ni SPS ne žele da iko građane obeležava kao ‘izdajnike’ i ‘neprijatelje’, i da poziva na linč neistomišljenika. Želimo da izbacimo jezik mržnje iz političkog života i da radimo konkretno, na rešavanju problema zemlje i građana.“ (Arhiv „Vesti“, B92, 15. maj 2008)

- 5 Poslanički klubovi Demokratske stranke (DS) i Liberalno-demokratske partije (LDP) najavili su, 14. jula 2008. godine, da će zajednički delovati u Skupštini Srbije prilikom donošenja zakona i uspostavljanja evropskih standarda u Srbiji. U zajedničkom saopštenju poslaničkih klubova navedeno je da su DS i LDP „izrazili obostranu želju da izgrade partnerstvo u svim evropskim poslovima koji se moraju obaviti u Srbiji“. Stranke su saglasne s tim da „sve te poslove, kao i jačanje evropskih vrednosti kroz partnerstva evropskih snaga, nije moguće obaviti bez demokratizacije i slobode medija, kroz odgovarajuće promene, pre svega, u medijima s državnim kapitalom“. Kako je navedeno, zajednički prioriteti su donošenje seta zakona iz oblasti pravosuđa, usvajanje opšteg antidiskriminacionog zakona i zakona o bezbednosti saobraćaja. (*Građanski list*, 15. jula 2008; objavljeno na sajtu gradjanski.rs)

zadiranja u nasleđe prošlosti (u smislu da li se radi o opraštanju, zaboravu svega suštinski lošeg što je vladavina Miloševića i SPS donela Srbiji i demokratskim snagama, da li se radi o amnestiji za zločine iz „rata i mira“ pretrodnog autoritarnog režima; ili se, pak, namera da se sve raspoložive političke i društvene snage usredsrede na zajedničko pregnuće ka demokratskim reformama i evropskim integracijama, sa stavljanjem, trenutno, u drugi plan nasleđa prošlosti, recimo, prema španskom modelu tranzicije iz Frankovog režima u liberalno-demokratski poredak, ili, pak, prema mutiranom modelu (mutiranom s obzirom na kašnjenje od dvadesetak godina, i s obzirom na drugačiji političko-istorijski kontekst) onoga što je primenjenom 1989. godine u zemljama bivšeg „real-socijalizma“ centralne i istočne Evrope, tzv. „Okruglih stolova“ tadašnje demokratske opozicije i snaga do tada vladajućeg komunističkog režima.

### Najave iz vrhova DS i SPS u medijima

Povodom potpisivanja Koalicionog sporazuma o funkcionisanju Vlade i Skupštine 4. jula, napravljenog između DS i koalicije ZES, na jednoj strani, i SPS i koalicije SPS-PUPS-JS, na drugoj strani, predsednik SPS Ivica Dačić je rekao da će se vladajuća koalicija zalagati za očuvanje teritorijalnog integriteta, za nastavak evropskih integracija, uz zaštitu nacionalnih i državnih interesa, za ekonomski razvoj i postizanje socijalne pravde. On je, takođe, izjavio da će sledeće nedelje DS i SPS potpisati Deklaraciju o političkom pomirenju i zajedničkoj odgovornosti u rukovođenju Srbijom u narednim godinama. „To je politički dokument koji ćemo potpisati posle izbora nove vlade Srbije i koji se odnosi na zajedničku odgovornost ostvarivanja vizije Srbije kao celovite, demokratske, ekonomski i kulturno razvijene i socijalno odgovorne države“. (*Danas*, nedelja 5/6. juli 2008)

Predrag Marković, istoričar i član političkog saveta DS, kazao je da je verovatno namera da se tim dokumentom pomire patriotske i državotvorne ideje s reformističkim i idejama integracije u EU, da više ne bude podela „ili Evropa ili Srbija“. On kaže: „Međutim, politička prošlost ne treba da se pamti kroz istoriju sukoba, proganjanja i neprijateljstava. Trebalo bi da postoje i druge političke uspomene. Naš politički život nije počeo 1991. i ne mogu tih nekoliko godina da nam budu jedini standard. Ne možemo političku budućnost graditi na najgorim godinama.“ (*Blic*, petak 11. juli 2008)

Mogli bismo da primetimo da Marković, verovatno u nameri da opravda svoju političku funkciju, upotrebljava argumente istorijske struke na veoma konfuzan i kontroverzan način. Poenta je da je upravo politička prošlost devedesetih godina prošlog veka bila obeležena sukobima, progonima i neprijateljstvima koje je izazivao Miloševićev režim, odnosno politika zasnovana na etnonacionalističkoj ideologiji SPS (u saradnji sa SRS). Tačno je da politička budućnost ne može da se gradi na najgorim godinama, ali ni na zanemarivanju tih najgorih godina i njihovih tvoračkih snaga. Takođe, poenta je i u tome

kakvu poruku plasiraju i istorijska nauka i praktična politika, tj. istorijske i političke elite, jer upravo one javnosti pružaju određeno tumačenje prošlosti. Prošlost, naime, nikada nije datost, faktičko stanje stvari, ona je uvek interpretacija. S druge strane, uvek postoje referentni događaji, koje nijedno tumačenje ne može da zaobiđe kada se bavi prošlošću. U tom smislu, interpretacija referentnih događaja iz devedesetih bitno obeležava ukupno tumačenje bliske prošlosti ovog podneblja i bitno određuje obrise i pravce oblikovanja sadašnjosti i budućnosti na ovim prostorima. Zbog toga, istoričari koji pretenduju da pripadaju građanskoj opciji moraju mnogo ozbiljnije i delikatnije da se pozabave pitanjem smisla, sadržaja i modaliteta političkog pomirenja generalno uzev, a pogotovo primenjeno na konkretne ideje o političkom pomirenju između DS i SPS.

U intervjuu koji je Boris Tadić dao nakon uspešno formirane Vlade, on konstatuje da je DS prvi put u svojoj istoriji u situaciji da određuje i spoljnu i unutrašnju politiku i da je, utoliko, odgovornost DS-a ogromna. „Da bismo postigli naš spoljnopolitički cilj – a to je članstvo u EU – mi moramo potpuno da izmenimo strukturu ove države i to nabolje: moramo da uvedemo novi stil rada, da reformišemo administraciju, usvojimo nove zakone, da izgradimo novu infrastrukturu i jedan novi socijalni poredak koji liči na evropske... Sve to ne da nije lako nego predstavlja najveći reformski napor s kojim se Srbija suočava u poslednjih sto godina, a sve moramo da uradimo u veoma kratkom roku.“

O aktuelnoj ideji pomirenja, Tadić u ovom intervjuu kaže: „Zato sam, nakon što sam poslao poruku o potrebi nacionalnog pomirenja, preuzeo na sebe da na praktičnom nivou preduzmem ono što je u mojoj moći i što mogu da ostvarim u saradnji s našim političkim partnerima.... Stoga sam pokrenuo proces političkog pomirenja s našim partnerima u vladi... Naravno da se kod mnogih pojavila opravdana bojazan da to možda znači amnestiju od zločina, ali to apsolutno nije amnestija. Mireći se, mi u stvari tražimo zajedničke tačke u budućnosti, jer ako ih budemo tražili u prošlosti, nema šanse da se pomirimo. A svako ko je učinio kriminalno delo mora da odgovara, i to na sudu, a ne pred političkim strankama. (*Blic*, nedelja 20. juli 2008)

U kritičkom osvrtu na pomenute ideje, može se primetiti da se odgovornost aktera Miloševićevog režima ne može svesti na kriminogena dela, već su relevantna i sva ona dela i njihovi akteri koji je trebalo da podlegnu lustraciji<sup>6</sup>, kao i sva dela individua i populističkih kolektiviteta koja su dovela u nedavnoj prošlosti do ratova, sankcija, razaranja društva, militarizacije stanovništva i vrednosne anomalije.

U nedeljniku *Danas*, od 26/27. jula, nakon desetak dana pominjanog zahteva, pojavljuje se naslov: „Napisana Deklaracija o pomirenju“. Tekst se osla-

6 U Srbiji je Zakon o lustraciji (Zakon o odgovornosti za kršenje ljudskih prava) usvojen 30. marta 2003. godine, ali se zbog nedostatka političke volje ne primenjuje. Ovaj Zakon bi se primenjivao na sva kršenja ljudskih prava izvršena posle 23. marta 1976. godine, kao dana stupanja na snagu Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, a pod uslovima predviđenim ovim zakonom. (Videti: <http://www.ldp.org.yu/cms/item/politics/sr/lustracija.html>)

nja na izjave jednog od čelnika SPS, potpredsednika stranke i aktuelnog ministra prosvete – Žarka Obradovića – da je predlog teksta Deklaracije napisan i da će vrlo brzo biti i potpisan: „Dokument predviđa principe o saradnji i odgovornosti dve stranke i utvrđuje zajednički stav kakva bi Srbija trebalo da bude u budućnosti. To je država socijalne pravde, ekonomski razvijena, članica EU, sa sistemom vrednosti koji bi za sve građane Srbije bio prihvatljiv i koji bi im doneo boljitak“. Obradović takođe navodi: „Deklaracijom je izražena saglasnost SPS-a i DS-a o tome da na prošlost treba gledati ‘jezikom činjenica.’“ On je ocenio da je značaj dokumenta pre svega u tome da stranke koje su „do juče bile na različitim stranama, imaju snagu i sposobnost da se saglase oko državnih i nacionalnih interesa Srbije“.

Sredinom avgusta, mediji prenose izjave iz vrhova DS i SPS da će Deklaracija o političkom pomirenju između ovih stranaka biti potpisana najkasnije do kraja avgusta. Iako je, prema medijskim izveštajima, Deklaracija ponuđena svim članicama koalicije „Za evropsku Srbiju“, a njeni autori smatraju da bi bilo dobro da se i stranke opozicije pridruže, da tada je bilo izvesno da će dokument prihvatiti samo SPS i DS. (*Blic*, ponedeljak 11. avgust 2008)

Deklaraciju su, prema navodima medija, pisali u ime DS Trivo Inđić, savetnik predsednika Tadića, i Petar Škundrić, potpredsednik SPS. Ona je, dakle, ponuđena svim strankama ZES na potpis, što su javno odbili SPO, Liga socijaldemokrata Vojvodine, G 17 Plus<sup>7</sup>. Postoje indicije da je ovakav dokument inicirao SPS, ali je o njemu prvi progovorio Boris Tadić, rekavši da je u pitanju „objedinjavanje oko zajedničkih ciljeva, umirivanje stanovništva i nesporazuma“. Dačić je opisivao ovaj dokument kao onaj koji se odnosi na zajedničku odgovornost za stvaranje Srbije kao celovite, demokratske, ekonomske i kulturno razvijene i socijalno odgovorne države. (*Danas*, četvrtak, 7. avgust 2008; *Danas*, utorak 12. avgust 2008).

Predsednik SPS Ivica Dačić ponovio je u septembru 2008. godine da će biti potpisana Deklaracija o političkom pomirenju sa DS: „Ta deklaracija će govoriti o tome da svaka partija čuva svoju posebnost, ali i zajedničke imenitelje kao što su očuvanje nacionalnih interesa, konkretna borba za Kosmet, ulazak u EU, borba protiv kriminala i socijalna pravda, što je za SPS veoma bitno.“ (*Blic*, 8. septembar 2008)

## Kritička reagovanja u medijima

Vidno je приметna razlika između apologetskih i šturo obrazloženih ideja podrške samoj ideji Deklaracije o pomirenju, koje dolaze iz vrhova DS i SPS, na jednoj strani, i izrazito kritičkih komentara javnih radnika bliskih DS i koaliciji ZES, kao i iz vrhova svih ostalih partija pripadnih ZES (osim iz DS). Takođe se govori manje ili više glasno i o tome da među članstvom DS po-

7 Članovi G17 govore da ne razumeju o čemu bi ta Deklaracija mogla da govori, kada je već između dve stranke potpisan koalicioni sporazum o principima saradnje, kojim se regulišu zajednički rad u budućnosti i principi na kojima će se on zasnivati. (Videti: *Blic*, 11. juli 2008)

stoji veliko neraspoloženje prema samoj ideji Deklaracije, kao i prema tajnovitosti, elitizmu i ekskluzivizmu u ponašanju vrha DS u vezi sa tim pitanjem. Vočljivo je i to da vrhovi DS i SPS uporno najavljuju ideju; pri tom, samu ideju ostavljaju nejasno ili difuzno (s različitim poentiranjem) formulisanu, a istovremeno uporno ignorišu dobro argumentovane kritičke primedbe, koje bi pomogle pri preispitivanju same ideje i njenom svođenju na pravu meru i smisao.

U *Blicu* od 11. jula, na primer, T. Spaić kaže: „Deklaracija o političkom pomirenju, koju već danima najavljuju lideri DS i SPS, piše se u predsedničkim kabinetima, u tajnosti čak i od užih rukovodstava obe stranke... Misteriozni dokument, donedavno najavljivan čak i kao deklaracija o nacionalnom pomirenju, izaziva mnogo nedoumica u javnosti, ali i među članovima stranaka. Glavna pitanja su da li će taj dokument imati obavezujući ili protokolarni karakter, da li će njime dve stranke pokazati dobru volju da rade na istim ciljevima u budućnosti i sprovode koalicioni dogovor, ili će na neki način podsticati političku amneziju... Među uglednim članovima DS postoji pribojavanje da bi taj dokument mogao biti neka vrsta abolicije donedavnih žestokih političkih protivnika iz SPS.“

Autor navodi u tekstu i stav Nenada Čanka da o pomirenju „ne može da se govori dokgod SPS ne učini otklon od njenog nekadašnjeg lidera Slobodana Miloševića, kao što je i u Sovjetskom Savezu svojevremeno tamošnja partija napravila otklon od Staljina“. Čanak je dodao da „niko nema razloga ni da glorifikuje, ni da relativizuje prošlost, ali da ima razloga da se ubice i zločinci nađu pred licem pravde“.

U istom tekstu se navodi i mišljenje Danice Drašković: „Ne može biti pomirenja i ne treba da ga bude. Zašto bi se mirili s onima koji su ubijali, prebijali i upropastili Srbiju. Predsednik Boris Tadić je dao zakletvu da će se brinuti o Srbiji, a to znači i o onima koji su poginuli, o njihovim porodicama, o žrtvama užasnog vremena koje je proizveo SPS. Da se Dačić odrekao te politike, da je osudio to vreme, možda bi pomirenje imalo smisla, ali ovako je ne samo nepotrebno već znači amnestiranje zločinaca.“

U citiranom tekstu, iz *Blica* od 11. jula, postoji i dodatak, pod naslovom „Šta nikada nećemo zaboraviti“, u kome se najgora događanja iz devedesetih povezuju s tim ko je za vreme njih bio na vlasti:

Ratovi u Sloveniji, Hrvatskoj, Bosni i na Kosovu	SPS
Inflacija i socijalna beda	SPS
Izolacija	SPS
Bombardovanje Srbije 1999	SPS
Između 700 i 900 hiljada raseljenih i izbeglih	SPS, JUL, SRS
Ubistva i atentati (Čuruvija, Pantić, Stambolić, Vuk Drašković)	SPS; SRS; JUL
Hapšenje političkih protivnika (Vuk i Danica Drašković, „Otpor“)	SPS, JUL
Prebijanje građana na demonstracijama – najžešće 1996/97	SPS, JUL
Zatvaranje medija i novinara (1997–98)	SPS, SRS, JUL
Gubljenje teritorija Kosova	SPS, SRS

Potpredsednik SPO Srđan Srećković kaže: „(N)erealno je da SPO potpiše deklaraciju o političkom pomirenju sa SPS, jer suviše su velike žrtve koje smo podneli u borbi za demokratsku Srbiju.“ Takođe, on kaže: „SPO je spreman da stavi tačku na prošlost, ali nismo spremni ni da oprostimo ni da zaboravimo.“ (*Blic*, ponedeljak 11. avgust 2008)

U intervjuu, pod naslovom: „Nisam ovako zamišljao Srbiju“, Nenad Čanak na pitanje – da li će pomirenje zarad vlasti značiti i amnestiju za počinioce svih zločina iz Miloševićevog režima – odgovara: „Ne. Zato što zločini koji su činjeni u Miloševićevo vreme ne zastarevaju i o tome ne treba da se brine DS, već pravosuđe ove zemlje. To nije partijska nego državna stvar, a oni će to da plate kad-tad.“ Nadalje, na pitanje: „Na stotine krivičnih prijava podignuto je posle 5. oktobra, da su one procesuirane danas ne bi bilo ni moralne dileme treba li savez sa socijalistima, pa čak i sa radikalima. Zašto im dajete amnestiju, a niste bili spremni da izvršite lustraciju?“, Čankov odgovor glasi: „Za lustraciju sam glasao još oktobra 2000. godine. I uvek sam na sastancima DOS-a postavljao to pitanje lustracije i procesuiranja prijava. Zašto je to izostalo, ne znam. Ali tačno je da je sve to procesuirano, da je bilo lustracije, danas ne bismo imali dilemu. Da su te stranke zabranjene zbog onoga što su počinile, danas ne bismo imali ovakvu političku situaciju. Nesumnjiva je krivica Koštunice dr Vojislava, kao jataka poraženih snaga 5. oktobra, ali i drugih čelnika DOS-a.“ (*Blic*, nedelja 13. juli 2008)

U tekstu „Dačić duguje izvinjenje građanima“, Irena Radosavljević govori o neophodnom izvinjenju socijalista kao jednoj od suštinskih pretpostavki eventualnog pomirenja. Autorka ovog novinskog članka najpre sumira šta smo sve preživeli sa socijalistima: „Rat u Sloveniji; rat u Hrvatskoj; rat u Bosni; bombardovanje SRJ; sankcije; jedna od najvećih inflacija u istoriji čovečanstva; hapšenje, progon i likvidacija političkih protivnika; uništavanje institucija sistema pravosuđa, carine, policije, DB...; uništenje privrede i ekonomske moći pojedinca i porodice; šverc droge, oružja i nafte pod pokroviteljstvom države; bogaćenje klike na vlasti; pljačka naroda kroz piramidalne banke; stotine hiljada izbeglica, hiljade mrtvih i ranjenih, porušene kuće, zgrade i fabrike; bolnice bez lekova; odlazak čitavih generacija mladih u svet.“ (*Blic*, 20. juli 2008)

Zatim, autorka dodaje: „Vili Brant se na kolenima izvinio svim žrtvama Aušvica, Tadić se izvinio u Srebrenici, Mesić u Jasenovcu, Đukanović zbog Dubrovnika... Samo Ivica Dačić i Socijalistička partija Srbije, koja je opet na vlasti, nemaju nameru da se izvine građanima Srbije za sve što su nam učinili u deceniji njihove vladavine, a našeg stradanja.“ Ova autorka smatra da nacionalno pomirenje koje najavljuju DS i SPS nije ništa drugo do sporazum između dvoje do juče „na nož zavađenih“ političkih protivnika kojim će se urediti njihovo bitisanje zasnovano na ličnim i partijskim interesima. „Ali, taj sporazum može da se baci u koš ukoliko se vinovnici užasa devedesetih javno ne odreknu Miloševićeve politike i pre toga najdublje izvine svim građanima Srbije zbog patnji, izolacije, ratova i stradanja u kojima su mnogi izgubili živote, imovinu, zdravlje.“ (*Ibid*)

Istoričar Čedomir Antić smatra da ovde uopšte nije reč o nacionalnom pomirenju, već o Deklaraciji koja bi trebalo da pruži moralno opravdanje savezu dve partije. Prema njegovom mišljenju, DS i SPS su u očima medija doskora bili najljući protivnici i odatle proističe njihova potreba da se taj čin „sumnjive etičnosti zavije u omot opštenacionalnog interesa, pa još i pomirenja“. Prema Antiću, o besmislenosti tog pomirenja govori i činjenica da je DS napadao manjinsku vladu iz perioda 2004–2007. godine, pre svega zato što ju je podržavao SPS, a sada s istom partijom ulazi u koaliciju. On dodaje da „... ako već žele to pomirenje, onda bi bilo logično da prethodno ukinu Zakon o lustraciji i prekinu s napadima na bivši režim“. (*Blic*, 20. juli 2008)

Branka Prpa, tadašnja direktorka Istorijiskog arhiva Beograda, suprotstavlja se ideji o izvinjenju SPS kao nužnom preduslovu „pomirenja“. Ona smatra da izvinjenje nije dovoljan ustupak stranke poput SPS, koja je „slika i prilika najgorih godina“ za Srbiju. „Ne mislim da bilo koja od političkih strana treba da se izvinjava. Jer nakon izvinjenja sledi i oprost. Žrtve, rasturene porodice i domovi, uništeni životi... sve bi to u jednoj reči bilo zaboravljeno. A nisu stradali političari, već narod, običan čovek, svako od nas... Osim neophodnog sankcionisanja odgovornih, ključno je da se čitav problem istragne iz političkog konteksta... Ovde postoje dve mogućnosti – da se oprost i da se sankcioniše. Ne može niko, nijedan političar na ovom svetu da prima izvinjenje u naše ime, ako mi ne želimo da ga prihvatimo. To nije pitanje političkih elita. Neophodno je da se među građanima, političarima i pojedincima u dijalogu utvrdi odgovornost i odgovori na pitanje šta se zapravo događalo tih godina. Tako delaju ljudi koji misle na budućnost, a ne oni koji misle na privremeni politički brak iz koristi.“ (*Blic*, 20. juli 2008)

Vuk Drašković, u autorskom članku „Nema ni zaborava ni oprostaja“, kaže sledeće: „Od kakvog je materijala to sastavljena Socijalistička partija Srbije i njeno ‘mlado rukovodstvo’ kada je, i dalje, jedan ubica njihova ikona? Kada kažu da je ‘Milošević svetac’, kada kažu da je ‘Milošević u svemu bio u pravu’, i kada se na njegovom grobu i svojim kongresima i konvencijama zaklinju ubici na vernost, onda oni tim svojim rečima i postupcima, Miloševićeve zločine priznaju kao svoje.“

Drašković nadalje kaže: „Zašto to čine? Ovo je i moralno i političko pitanje prvog reda. Uslov svih uslova za njihov ulazak u evropsku Vladu Srbije morao je biti da se odreknu Miloševićevih krvavih tragova i da, pre svega, upute najdublje izvinjenje porodicama žrtava, a i ogromnoj većini građana Srbije, zbog svih smrti, zala i užasa doživljenih u poslednjoj deceniji minulog veka. Oni, nažalost, s takvim uslovima nisu bili suočeni. U ime ‘matematičkog principa’ formiranja parlamentarne većine, evropska i antimiloševićevska Srbija dala im je sve što su zatražili. Tobože zbog njihovog zalaganja za princip ‘socijalne pravde’ dobili su upravu nad policijom, carinom, asfaltom, energentima i sličnim ‘socijalnim’ resorima. Pri tome, ne samo da im nije isporučena menica o zločima Miloševića i njegovog terorističkog poretka, nego je taj Mefisto Srbije obasut i posmrtnim laskanjima. Tako je rečeno i to da je, svojevremeno, bio prihvatio Vens Ovenov plan za BiH da ne bi bilo ni



Srebrenice, samo da se Karadžić nije usprotivio vođi SPS. Istina, međutim, jeste da je Milošević varao i kad je prihvatio taj plan i da ne bi bilo ni Srebrenice, ni Oluje, ni Bljeska, ni Vukovara, ni stotine hiljada mrtvih i raskućenih, samo da nije bilo njega, njegove Mirjane, njihovih generala, njihovih službi, njihovih Markovića i Legija, njihovih Bastilja, kriminalaca i nacionalnih štetočina... Sve se zna, ali nam se nudi 'političko pomirenje' između politike koja je ubijala i onih koji su bili njene žrtve. Nudi nam se zaborav i oprostaj Zla, kao lek za Zlo. Ti koji hoće i da zaborave i da oprostite vlasni su, međutim, da zaborave ili oprostite samo svoje, lično stradanje i bol. Nemaju pravo da to čine u ime bilo koga drugog... Ako se evropska većina nije mogla postići bez SPS, onda je obaveza SPS da ide evropskom stazom, a na njoj ne sme biti Slobodana Miloševića ili za Srbiju neće biti Evrope.“ (*Blic*, 20. juli 2008)

Poenta je, dakle, da SPS mora da se odrekne slavljenja Miloševića i svoje politike iz doba njegove vladavine. Činjenica je, međutim, da se to još uvek formalno i javno nije dogodilo.

### Potpisivanje Deklaracije i aktuelni politički kontekst

Deklaracija o pomirenju je potpisana 18. oktobra 2008. godine. U tekstu Deklaracije naglašena je zajednička odgovornost za ostvarivanje vizije Srbije kao demokratske, slobodne, celovite, ekonomski i kulturno razvijene i socijalno pravedne zemlje. DS i SPS su se sporazumele da njihova buduća saradnja bude utemeljena na zajedničkoj platformi politike prevazilaženja sukoba iz prošlosti, borbe za ostvarenje strateških ciljeva Srbije i njenih građana i stvaranje uslova za nacionalno i političko pomirenje kao osnove za socijalni i ekonomski napredak, prosperitet i bolji život svih građana Srbije.

U Deklaraciji se govori o preispitivanju konkretnih programa obeju političkih stranaka, implicitno o nameri SPS da svoj politički program i delanje usaglasi sa evropskim standardima delanja političkih stranaka levice, jedino u kontekstu navodno nedvosmisleno zajedničke proevropske politike:

„Zajednički smo radili na ratifikaciji i realizaciji Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju (SSP) sa EU. Mi se zalažemo za prekid podela na 'evropske' i 'antievropske' snage, sa uverenjem da je svima u interesu da delimo najbolje evropske vrednosti i merila. U tom smislu želimo preispitati i konkretne političke programe naše dve stranke i prihvatiti sve one inicijative koje nas mogu približiti standardima i normama ponašanja i poslovanja u EU. Zajedničku evropsku kuću vidimo kao socijaldemokratski projekat 'države blagostanja', odgovorne i solidarne socijalne države i društva.“

I još jedino u poglavlju sa neutralnim ili neindikativnim naslovom *Politički život, moderno organizovana država*, pominje se zajedničko buduće delanje na smanjenju unutarpolitičkih tenzija, odnosno na implicitan način se govori o nameri da se SPS upodobi modelu moderne političke stranke:

„Radićemo na smanjivanju unutarpolitičkih tenzija u zemlji, napuštanju svih oblika političke isključivosti i ekstremizma u okviru parlamentarnih in-

stitucija javnog života, relativizovanju podela i konfrontacija političkih blokova i alijansi i njihovog vrednovanja u skladu sa načelima demokratije, pravne države, stvarnih rezultata u ostvarivanju blagostanja i političke stabilnosti zemlje, socijalne sigurnosti i socijalne integracije.

U *Završnoj reči* Deklaracije se kaže: „Političke razlike ne treba da budu tačka narodnog razdora već, time što izražavaju sumu interesa građana, zamajac sve boljih i uspešnijih projekata u neprestanom naporu da unapredimo kvalitet i standard života u Srbiji“. Na osnovu činjenice da se u *Završnoj reči* političke razlike tumače na neutralan i standardan način – kao izraz različitih interesa građana, i na osnovu toga što se nigde u Deklaraciji ne pominju suštinski problemi prelomljeni kroz nedavnu istoriju međusobnih odnosa ovih dveju partija, moglo bi se govoriti o nameri zanemarivanja dubokih istorijsko-političkih razlika i razdora i o svesnom potiskivanju „loše“ prošlosti.<sup>8</sup>

U međuvremenu, odnosno ubrzo nakon parlamentarnih izbora iz maja 2008. godine i formiranja proevropske vlasti, na političkoj sceni Srbije događaju se velike promene zahvaljujući sukobu unutar SRS i raspadu te stranke na SRS i Srpsku naprednu stranku (SNS). Sukob je tinjao tokom i nakon višegodišnjih poraza SRS na parlamentarnim izborima (iako je pojedinačno bila najjača politička stranka, koalicioni potencijal SRS je uvek bio premali da bi preuzela vlast); sukob se, zatim, rasplamsavao sa porazima Tomislava Nikolića u drugom krugu predsedničkih izbora 2004. godine i 2008. godine; naime, oba puta su predsednički izbori okončavani pobedom Borisa Tadića u drugom krugu. Razdor u SRS je suštinski izazvan kontinuiranim izbornim porazima SRS i svešću dela stranačkog vođstva i članstva da antievropska politika SRS nema pobedničku budućnost, s obzirom na to da istraživanja javnog mnjenja od kraja devedesetih pa do danas pokazuju visoku stopu proevropskog opredeljenja stanovništva u Srbiji.<sup>9</sup> Sukob u SRS je kulminirao izlaskom u javnost neslaganja Tomislava Nikolića s Vojislavom Šešeljem početkom septembra 2008. godine, nakon Nikolićeve izjave da će radikali u Narodnoj skupštini Republike Srbije glasati za usvajanje Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju Evropskoj uniji, što je ubrzo demantovano od Šešeljevih pristalica, a po njegovom nalogu. Nikolić je 6. septembra podneo ostavku na sve rukovodeće funkcije u SRS, zatim ga je SRS 12. septembra isključio iz stranke, a on je 10. oktobra registrovao novu Srpsku naprednu stranku (SNS), čiju je osnivačku skupštinu uz podršku Aleksandra Vučića održao 18. oktobra 2008. godine. Nakon toga, snažni sukobi između SNS i SRS potresaju biračko telo bivših ujedinjenih radikala, kao i rad Parlamenta, a sukob se profilise jačanjem SNS (istraživanja javnog mnjenja, kao i vanredni lokalni izbori u nekoliko opština i gradova pokazuju da SNS postaje druga po jačini, odmah

8 Tekst Deklaracije je u Prilogu.

9 U navedenom smislu Vladimir Goati navodi stav autora Dešuvera (Deschouwer): „Izborni neuspesi su majka partijskih promena“. Videti: Goati, V. *Partije i partijski sistemi*, Podgorica: FPN, 2008, str. 253.

iza DS, politička stranka u Srbiji)<sup>10</sup>; takođe, ovaj rascep u stranci vodi marginalizaciji SRS i približavanju biračkog tela bivših radikala a sada pripadnika

10 Američki republikanski institut (IRI) radio je novembra 2009. godine na reprezentativnom uzorku istraživanje izborne volje građana Beograda. Prema tom istraživanju, kada bi sada bili održani izbori u Beogradu, DS bi dobio 32% glasova, SNS 31% glasova, LDP 12% glasova, DSS 11%, SPS i SRS bi bili na ivici cenzusa – sa 5% glasova, a G17 Plus bi dobio 2% glasova. Inače, izlaznost birača na beogradskim izborima danas bila bi oko 54%. (Videti: *Blic*, nedelja 29. novembar 2009)

Upravo zbog ovako bliskih potencijalnih rezultata DS i SNS, veoma intenzivna kampanja se vodi za vanredne lokalne izbore na jednoj od velikih beogradskih opština – na Voždovcu. Ti izbori su održani 6. decembra i u značajnoj meri će biti indikativni za „odnos snaga“ DS i SNS, kao dve najveće političke stranke u Srbiji danas. Beograd je veoma važan sa stanovišta odmeravanja izborne snage SNS – kao većinskog „naslednika“ SRS (donedavno pojedinačno najjače stranke), jer je SRS na poslednjim gradskim izborima bila blizu ostvarenja koalicione vlasti u Beogradu. Prema preliminarnim izbornim rezultatima, na osnovu obrađenih preko 70% glasova u ponoć 6/7. decembra 2009. godine, na Voždovcu je ubedljivo pobedila SNS, sa 34,96% glasova (24 mandata), Koalicija za bolji Voždovac na čelu sa DS je dobila 28,78% glasova (19 mandata), koalicija DSS-NS 8,7% (6 mandata), SPS 6,98% (4 mandata), a LDP 5,14% glasova (3 mandata). Tomislav Nikolić je odmah izjavio da će SNS formirati vlast sa narodnjačkom koalicijom DSS-NS.

(O vanrednim parlamentarnim, gradskim i lokalnim izborima iz maja 2008. godine, videti: Vujadinović, D. *Srbija na prekretnici strateških opredeljenja – Pobeda proevropske i proreformne opcije?*, u: Lilić, S. ur. *Pravni kapacitet Srbije za evropske integracije*, Knjiga III, Beograd, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2008)

Indikativni su rezultati vanrednih parlamentarnih izbora, koji su održani 15. oktobra u opštini Vrbas. Vlada je raspustila lokalni parlament jer vladajuća koalicija, koju su činile DSS, SRS i SPS nije duže od tri meseca održala sednicu Skupštine opštine. Odbornici SPS se, naime, nisu odazivali pozivima na sednice Skupštine opštine Vrbas, čime su onemogućili vladajućoj koaliciji da obezbedi kvorum. Na ovim vanrednim izborima, koalicija „Za evropski Vrbas“ (ZEV) osvojila je, prema preliminarnim rezultatima, najviše – 37,7% glasova i 15 odborničkih mesta; zatim slede koalicija SPS-PUPS-JS sa osvojenih 15,8% (8 mandata) i SNS sa osvojenih 13,45% glasova (6 mandata). Koalicija DSS i NS osvojila je 7,12% glasova (3 mandata), koalicija Liberalno demokratske partije, Lige socijaldemokrata Vojvodine i Lige za selo 5% glasova (2 mandata), SRS je osvojila 6,8% glasova (2 mandata). Na izbore je izašlo 56.31% upisanih birača. (www.google.com)

Dato stanje stvari relativno ubedljive pobede DS treba tumačiti situacijom da je u Vojvodini na poslednjim (vanrednim) regionalnim i lokalnim izborima iz maja 2008. godine, SRS bila teško poražena od demokratskih snaga okupljenih oko Borisa Tadića i da su vlast pretežno formirale koalicije u koje je uz DS ulazila i SPS, iako je i SPS bila loše prošla na pomenutim izborima u Vojvodini. Pri tom, Vrbas je među retkim gradovima u Vojvodini u kojima je nakon konzistentnog piramidalnog formiranja na svim nivoima zajedničke demokratske vlasti DS i SPS, ostala kao vladajuća koalicija DSS, SRS i SPS. Indikativan je podatak da je na ovim naknadnim vanrednim lokalnim izborima, SPS ostvario srazmerno izvanredan izborni rezultat, pogotovo ako se ima u vidu pomenuti podatak o lošem rezultatu SPS na vanrednim regionalnim izborima iz maja 2008. godine. (Videti: Vujadinović, D. *op. cit.*)

Pri tom, indikativni su i rezultati upravo završenih (29. novembra 2009. godine) vanrednih lokalnih izbora u Leposaviću, na severu Kosova, na kojima je DS izvojevao značajnu izbornu prednost u odnosu na SNS. Naime, prema preliminarnim rezultatima, DS je osvojio između 34 i 35% od ukupnog broja izašlih glasača, SNS je na drugom mestu sa 20,48%, dok je treći DSS sa 12,92% osvojenih glasova.

SPS je osvojio 10,38%, Nova Srbija 5,94%, G17 Plus 3,7%, SRS 4,36%, Pokret za Lešak 3,2%, Grupa građana „Koreni“ 2,01%, Narodna stranka 1,91% i Veterani 0,70%.

SNS javnom opredeljenju za evropske integracije. Zahvaljujući rascepu unutar SRS, iz koga je većinski deo nekadašnje podrške građana radikalima preusmeren ka novoformiranom SNS, DS je postao pojedinačno najjača politička stranka i, utoliko, na aktuelnoj političkoj sceni Srbije postavlja se kao ključno pitanje odnosa snaga između DS i SNS.

Može se reći da preorijentacija najpre SPS, a zatim i SNS ka prihvatanju evropskih integracija Srbije značajno osnažuje proevropska opredeljenja i čini realnijim većinski politički konsenzus u Srbiji (kolikogod zakasnelo ili kasnije od drugih zemalja bivšeg „realsocijalizma“), za evropsku i demokratsku reformsku budućnost zemlje. Međutim, to što se SNS opredeljuju za evropsku budućnost ne znači uopšte nužno da će morati kad-tad da se opredeli i za demokratske unutrašnje reforme umesto etnonacionalističke matrice. Uostalom, u Parlamentu Evropske unije sede i predstavnici mnogih ekstremno desničarskih i evroskeptičnih stranaka. To znači da se u dogleđnoj budućnosti ne može očekivati da će DS biti spreman i za potpisivanje deklaracije o političkom pomirenju sa SNS. Za sada ne, sudeći prema izjavama člника DS, da se radi o protivničkoj strani na političkoj sceni. Međutim, sudeći prema iskustvu da je i SPS sličnom putanjom išao na putu menjanja neprijateljske i protivničke strane onom koja je dovela do koalicionog sporazuma o vlasti i političkog pomirenja, u načelu ništa nije isključeno.

Praktično, SRS i SPS su tokom Miloševićeve vladavine predstavljale delove „crno-crvene“ koalicije (stranaka ekstremne desnice i ekstremne levice prema klasičnim reperima definisanja, koje su bile etnonacionalističke i populističke po programatskom opredeljenju i delovanju, a antisistemske prema odbijanju demokratskih reformi i evropskih integracija). Tokom poslednjih godina pa do danas, ove stranke (SPS, SNS) počinju da se pomeraju/menjaju u svojim političkim opredeljenjima spram Evropske unije; najpre to čini SPS, i to već od vremena lojalne saradnje i pružanja parlamentarne podrške manjinskoj vladi Vojislava Koštunice od 2004. godine; a od nedavno, to čini SNS – novostvorena stranka iz „nedara“ SRS. Moglo bi se možda reći da se SPS i SNS pomeraju ka evropskom modelu normalnih/sistemske strane umerene levice/levog centra (SPS) i umerene ili krajnje desnice (SNS). Bitne razlike između pozicije SPS i SNS u odnosu na DS, a i vezano za pominjanu putanju uslovne pacifikacije i prihvatanja evropske orijentacije Srbije, jesu u tome što SPS ne ugrožava DS u dominantnoj poziciji na političkoj sceni i što SPS konvergira Socijalističkoj internacionali<sup>11</sup>, a SNS ugrožava DS kao druga po snazi ili goto-

---

Izlaznost birača bila je 62% od ukupno 11.888 građana sa pravom glasa, odnosno, glasalo je 8.117 građana.

Inače, u opštini Leposavić su održani vanredni lokalni izbori, nakon što je polovinom jula Vlada Srbije raspustila lokalni parlament uz obrazloženje da je bilo nepravilnosti prilikom usvajanja opštinskog budžeta. Na vanrednim izborima u leposavičkoj opštini pravo glasa imalo je 11.888 ljudi, a prijavljeno je ukupno 11 lista, od kojih sedam stranačkih i četiri građanske inicijative. Na vlasti u opštini Leposavić bila je koalicija SRS, DSS, SPS, Srpskog nacionalnog veća i Pokreta za Lešak. U opoziciji su bile DS i Sandžačka demokratska partija.

- 11 U maju 2008. Ivica Dačić putovao je u Atinu, gde je razgovarao sa predsednikom Socijalističke internacionale Jorgosom Papandreuom, koji mu je tom prilikom rekao da je internacionala spremna da započne proces prijema SPS-a.

vo izjednačena po snazi politička stranka u Srbiji danas i, pri tom, gravitira ka Narodnjačkoj internacionali. U tom smislu, „prirodnija“ je konvergencija DS i SPS<sup>12</sup>, a koalicionu saradnju između DS i SNS ne treba očekivati.

U nedavnom intevjuu predsednika države Borisa Tadića, pominje se da je došlo vreme da politički protivnici ne budu više neprijatelji, odnosno da će protivničke/rivalske stranke kao što su DS i SNS moći uzajamno da budu kooperativne, za razliku od DS i SRS. Međutim, rivalski odnos se ne dovodi u pitanje, a naglašava se činjenica da SNS još nije jasno profilisala svoju politiku i da se nije odredila ni prema pitanjima centralizacije/decentralizacije i regionalizacije, kao ni prema suštinskim pitanjima saradnje s Haškim tribunalom i Deklaracije o Srebrenici. (Videti: *Novosti*, nedelja, 29. novembar 2009)

Sledstveno, mnogo manje je verovatna i ideja da će biti ostvareno političko pomirenje DS sa SNS, ali jeste mnogo više verovatna i parlamentarna saradnja i pacifikacija animoziteta između DS i SNS nego što je to bio slučaj u odnosu na nekadašnji jaki (a antisistemski, militantni, agresivni) i sada vidno oslabljeni SRS.

Međutim, sa stanovišta načelne mogućnosti ostvarenja kandidature Srbije za priključenje Evropskoj uniji, EU će, prema svemu sudeći, zahtevati politički konsenzus svih političkih stranaka oko pitanja evropskih integracija. U tom smislu, veoma je značajno to što su stranke SPS, a pogotovo SNS, prihvatile

12 SPS je, po definiciji, pripadao etnonacionalističkoj matrici od vremena Miloševićeve vladavine, a ni do danas je nije u potpunosti napustio jer se još uvek nije oficijelno odrekao nasleđa devedesetih.

Nakon demokratskih reformi iz 2000. godine, SPS postaje marginalizovana stranka na političkoj sceni Srbije. Na parlamentarnim izborima u Srbiji 2000. godine dobija 37 od 250 poslaničkih mandata, na izborima 2003. godine 22 mandata (7% glasova), na vanrednim parlamentarnim izborima januara 2007. godine dobija samo 16 mandata, a na parlamentarnim izborima iz maja 2008. godine dobija s koalicionim partnerima 20 mandata.

Na VI kongresu partije, održanom 2003. godine, SPS prihvata programska opredeljenja ka privatizaciji i evropskim integracijama; međutim, na kongresu se prećutno prelazi preko ocene događaja od 5. oktobra, kao i ocene Miloševićevog nasleđa. Od 2004. godine, od vremena ulaska u aranžman podrške manjinskoj vladi DSS i G17 plus, s premijerom Vojislavom Koštunicom na čelu, SPS zastupa navedene programatske pomake vezane za prihvatanje oročene privatizacije i integracije u EU. Može se reći da SPS od 2004. do 2007. godine lojalno učestvuje u funkcionisanju ove Koštuničine vlade. Takođe, od avgusta 2008. godine, SPS učestvuje u proevropskoj i proreformskoj vladi formiranoj nakon vanrednih parlamentarnih izbora iz maja 2008. godine.

Kao što je rečeno, na parlamentarnim izborima održanim 11. maja 2008. godine, SPS je u koaliciji sa Partijom ujedinjenih penzionera Srbije (PUPS) i Jedinštenom Srbijom (JS) osvojila 7,58% glasova i 20 poslaničkih mesta u Narodnoj skupštini. SPS i njeni koalicioni partneri ušli su u postizbornu koaliciju sa listom „Za evropsku Srbiju“. Mesto potpredsednika Vlade i četiri ministarska mesta, kao i mesto predsednika Skupštine dobijaju predstavnici SPS, na čelu sa Ivicom Dačićem. Mnoga direktorska i rukovodeća mesta u najznačajnijim javnim službama dobijaju članovi SPS već u doba Koštuničine vlasti, a još više nakon ulaska u demokratsku vlast od 2008. godine.

(Videti intervju Vladimira Goatija, u VIKEND *Danasu*, 9–10. avgust 2008; <http://www.danas.co.yu/20080809/vikend2.html#0>; takođe videti: Goati, V., *Partijske borbe u Srbiji u postoktobarskom razdoblju*, Beograd: Friedrich Ebert Stiftung, 2006; videti, takođe: Vujadinović, D. *op. cit.*)

proevropsku politiku; ali, moglo bi se reći da je Evropskoj uniji bitno da i narodnjačka koalicija DSS-NS, kao i SRS, u doglednoj budućnosti prihvate kao svoje ono programsko-političko opredeljenje koje je vezano za evropsku budućnost Srbije. Naime, nedavno je (23. novembra 2009. godine), Jelko Kacin – izvestilac evropskog Parlamenta za Srbiju, na konferenciji za štampu organizovanoj u Skupštini Srbije, tokom prisustva u Beogradu na Petoj konferenciji odbora za integracije zemalja procesa stabilizacije i pridruživanja jugoistočne Evrope, izneo stavove EU povodom intenziviranih glasova iz političkog vrha Srbije o nameri skorašnjeg podnošenja kandidature za EU. On je rekao da je nesvršishodno podnositi kandidaturu za EU bez isporučanja Haških begunaca i aktiviranja dokumenta SAP (Proces stabilizacije i asocijacije)<sup>13</sup>, odnosno da podnošenje aplikacije za članstvo Srbije u EU treba da bude urađeno uz konsultacije s Evropskom komisijom i pod uslovom prethodnog ispunjenja nekoliko koraka. Među tim „koracima“ je implicitno navedena i neophodnost postizanja punog političkog konsenzusa o poželjnosti evropskih integracija: „To je pitanje srpske budućnosti i na to pitanje mora prvo da odgovori koalicija, zatim i vlada, ali u taj proces mora biti uključena i opozicija. Ne radi se o predaji aplikacije, već o dobijanju pozitivnog odgovora koji mora ojačati proevropske snage, ojačati ambicije u regionu i ubrzati taj proces.“

U svojim porukama EU, dakle, dosta jasno govori o tome da je neophodno da se sve političke snage u Srbiji nedvosmisleno izjasne za proevropsku politiku, kao i da stanovništvo i dalje snažno podržava takvu politiku. Pri tom, većinsko opredeljenje stanovništva Srbije za učlanjenje u EU postojalo je čak i nakon NATO bombardovanja Srbije, a održalo se na visokom nivou do današnjeg dana. Ono je, zasigurno, uticalo i na promenu politike SPS i na usvajanje proevropske politike kod većinskog dela (otcepljenog SRS), tj. SNS. Ono što se, dakle, kao sledeće očekuje jeste i da DSS, NS, pa čak i SRS napuste antievropske pozicije.

To stanovište asocira na istorijsku činjenicu da je tranzicijske procese zemalja centralne i istočne Evrope nakon pada Berlinskog zida i urušavanja Sovjetskog Saveza karakterisao minimalni konsenzus, puna saglasnost svih relevantnih političkih aktera i građanstva oko demokratskih reformi i evropskih integracija. U tom smislu bi se trebalo pozabaviti smislom i postignućima institucije „Okruglog stola“, kao modela uspostavljanja minimalnog konsenzusa i kao temelja na kome su se dalje sprovodili uspešni tranzicijski procesi i evropske integracije ovih zemalja bivšeg „realsocijalizma“.

## Preispitivanje smisla i svrhe Deklaracije o pomirenju

Pitanje je – da li je cilj da Deklaracija o pomirenju bude nešto nalik onome što je predstavljala institucija „Okruglog stola“ u tranzicijskim zemljama

13 Kacin je pominjao i da Srbija treba da se prilagodi činjenici da je Kosovo nezavisna država i da mora da krene u proces uspostavljanja dobrosusedskih odnosa. (Videti: [www.vesti.rs/ekonomist/Kacin-i-Mirel-Ne-zuriti-s-kandidaturom-za-EU-video.html](http://www.vesti.rs/ekonomist/Kacin-i-Mirel-Ne-zuriti-s-kandidaturom-za-EU-video.html))

bivšeg „realsocijalizma“ centralne i istočne Evrope. To pitanje se nameće kao ključno, jer su „uspešne tranzicije“ u navedenim zemljama započete 1989. godine na osnovu političkog konsenzusa suprotstavljenih političkih opcija o neophodnosti liberalno-demokratskih reformi i evropskih integracija; odnosno „političko pomirenje“ je bilo baza prelaska na kapitalistički sistem i procesa integracije u EU.

Institucija „Okruglog stola“ je predstavljala mehanizam za okupljanje svih raspoloživih političkih aktera u društvu oko projekta demokratskih reformi i integracijskih procesa. Predstavnici „starog“, komunističkog režima, koji je izgubio legitimitet i bio suočen s neizbežnim gubljenjem vlasti ali je još uvek držao poluge vlasti (u upravi, vojsci, policiji itd.), i opozicioni predstavnici političkih snaga koji su imali masovnu podršku za uspostavljanje novog poretka, u datom prelomnom istorijskom kontekstu nakon rušenja Berlinškog zida 1989. godine, našli su se u situaciji da na minimalnom istorijskom konsenzusu realizuju zajednički projekat od interesa za svoje države. „Okrugli sto“ je omogućio i u Mađarskoj, i u Poljskoj, i u drugim državama bivšeg sovjetskog bloka da okupe i poražene i pobedničke strukture oko zajedničkog projekta ekonomskih i političkih reformi, kao i oko integracije u EU. Porazne snage su imale interes da opstanu egzistencijalno i politički, pobedničke snage su imale interes da tranzicijski procesi teku mirno i kontinuirano.<sup>14</sup>

Zahvaljujući pominjanom konsenzusu, uz sve kontroverze koji je on nosio<sup>15</sup>, kao i naknadne kontroverze koje su se generisale tokom tranzicijskih procesa<sup>16</sup>, države bivšeg „realsocijalizma“ centralne i istočne Evrope jesu us-

- 
- 14 Jedna od suštinskih pretpostavki same mogućnosti uspostavljanja i uspešnog funkcionisanja institucije „Okruglog stola“ u prelomnim momentima za bivše države „realsocijalizma“ krajem devedesetih, bila je ta što su snage komunističkog režima bile bitno oslabljene zbog naglo naraslog otpora stanovništva protiv dotadašnjih komunističkih režima, a s druge strane, snagama „novog“ režima je bila neophodna kolaboracija ovih prvih, jer im je bilo u interesu mirno preuzimanje ključnih poluga vlasti kao što su policija, vojska, pravosuđe, uprava.
- 15 Negde su ostvareni procesi lustracije, otvarani dosije tajnih službi, ali, generalno uzev, procesi preispitivanja političke i kriminalne odgovornosti političkih elita starog realsocijalističkog režima sprovedeni su u različitoj meri i s različitom dozom uspešnosti, a svakako nisu dovršeni; štaviše, u mnogim tačkama su problemi ostali otvoreni, odgovori zakriveni i potisnuti.
- 16 Termini „uspešna tranzicija“, „uspešna integracija u EU“ iskazuju načelno pozitivan rezultat procesa započetih institucijom „Okruglog stola“, kao izrazom istorijskog kompromisa i minimalnog konsenzusa svih relevantnih političkih elita o pravcu kojim se želi i namerava budući razvoj sopstvenih država. Međutim, s druge strane, to su kvalifikacije koje zakrivaju i brojne ekonomske, socijalne, političke probleme, praznine, padove, neuspehe, uključujući i pojavu „post-accession crises“ (Atila Agh), u kojima „gubitnici tranzicije“, recimo u Mađarskoj (a i u Poljskoj, Češkoj), svoje nezadovoljstvo ekonomski lošim položajem ispoljavaju kroz nasilne sukobe s organima vlasti, uz obnavljanje ideološko-identitetskog rascapa, ali sada obojenog ekstremno desnim, klerofašističkim, nacističkim, antisemitskim idejama i rušilačkim porivima. Dakle, linija sukoba se u izvesnoj meri opet pomera na retrogradan način od socioekonomskog rascapa (koji je prisutan i očekivan u konsolidovanim liberalno-demokratskim državama), ka novim ideološko-identitetskim sukobima; pri tom, nije više u pitanju ideološko-identitetski rascap između komunističkih i antikomunističkih snaga, već između proreformskih, proevropskih i pro-

pele da naprave kvalitativni rez, istorijsko-politički diskontinuitet s nasleđem „realsocijalizma“.

Te države su uspele da u ključnom periodu od decenije i po – od kraja osamdesetih pa do 2005. godine – zamene ideološko-identitetske rascepe u društvu (između snaga komunizma i antikomunizma) kao dominantne, uspostavljanjem sada dominacije socijalno-ekonomskih rascepa, kao i da manje ili više uspešno savladaju sve probleme i prepreke procesa tranzicije iz poretka „real-socijalizma“ u liberalno-demokratski, prelaska od kolektivističke prirede ka slobodnom tržištu. A što je najvažnije, te države su uspešno završile proces integrisanja u EU, prijemom novih deset članica 2005. godine.

Načelni problem u slučaju Srbije je taj što je propustila ključnu stvar, a to je da napravi minimalan konsenzus na samim počecima tranzicijskih procesa. Srbija, kao što se zna, nije krajem osamdesetih. krenula mirnim konsensualnim putem formiranja višepartijskog sistema i okupljanja snaga i „starog režima“ uz one koje bi da stvaraju novi poredak. Snage „starog režima“ (ni komunističkog ni Miloševićevog) nisu ni pomišljale krajem osamdesetih, odnosno tačnije 1989. godine, na istorijski kompromis koji bi bio usmeren na demokratske reforme unutar tadašnje Jugoslavije (SFRJ) i Srbije, kao ni na evropske integracije niti Jugoslavije niti Srbije. Uvođenje višepartijskog sistema u bivšoj Jugoslaviji i, posebno, u Srbiji odmah je, naime, stavljeno u funkciju etnonacionalističkih, simboličko-identitetskih raskola, na način koji je vodio ili doprinosa krvavom raspadu zajedničke države. U Srbiji su se snage „starog“ komunističkog režima pretvorile/konvertovale u snage „novog“ etnonacionalističkog režima, s tim što ideje socijalne pravde i ekonomskog egalitarizma, kojima se ranije rukovodio Savez komunista (SK), a na njih se nadovezala Socijalistička partija Srbije (SPS), ulaze u kombinaciju i ukrštaju se sa etnonacionalističkim i klerikalnim idejama ekstremne desnice (na čelu sa Srpskom radikalnom strankom – SRS) i rezultiraju egalitarnim populizmom, zatim antikomunizmom (koji za sobom donosi i relativizovanje ili čak potiranje antifašizma), kao i militantnim etnonacionalizmom.

U borbi građanske opcije dugoj deceniju i više protiv Miloševićevog režima i za uspostavljanje novog poretka usmerenog istovremeno ka unutrašnjim demokratskim socijalno-ekonomskim i političkim refomama i ka evropskim integracijama, kao snage „starog“ režima su se u poslednjoj deceniji 20. veka profilisale grupacije birača i političkih aktera dominantno okupljenih oko SPS i SRS. U Srbiji se dogodila, dakle, zamena jedne antidemokratske političke opcije drugom i drugačijom, ali sa istom antidemokratskom, autoritarnom i populističkom matricom, i ona je odložila za deceniju i više procese koji su se u Centralnoj i Istočnoj Evropi odigravali od kraja osamdesetih i pada Berlinskog zida. U Srbiji, politički uzev, niti je primećeno da je Berlinski zid pao (civilizacijski istorijski rez je ostao bez suštinskog odjeka), niti je iznutra

---

demokratskih snaga, s jedne strane, i ekstremno desnih evroskeptičkih, etnonacionalističkih i antidemokratskih snaga, s druge strane. (Videti: Vujadinović, D. Šta je racionalni nacionalni i državni interes moderne Srbije, u: Vujadinović, D. *Civilno društvo i političke institucije*, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2009.)



u njoj „pao“ (u samoj Srbiji su izostale u epohalnom smislu adekvatne i istorijski primerene posledice te civilizacijske promene).

Nadalje, ni 2000. godine, nakon pobede na parlamentarnim izborima antimiloševićevskih i demokratski opredeljenih snaga, nije bilo pomena niti realnih mogućnosti za uspostavljanje istorijskog konsenzusa između snaga „starog“ (Miloševićevog) i „novog“ (demokratskog) režima oko ideja punih demokratskih reformi i evropskih integracija. Prvi dokaz za to je što su snage „starog“ režima ili udružene snage svih onih kojima nije odgovaralo da se Srbija konačno distancira od etnonacionalizma, da prizna svoju ulogu u ratovima na prostoru bivše Jugoslavije, da preda Haškom tribunalu najveće krivce za teške zločine počinjene u tim ratovima, ubile prvog demokratskog premijera Đinđića; a drugi eklatantan dokaz za to je da od 2004. pa do 2008. godine, upravo deo proklamovane demokratske vlasti – predvođen premijerom Koštunicom i DSS (uz podršku Nove Srbije i njenog predsednika Velimira Ilića), podržava ekonomske reforme, ali suštinski koči proces ukupnih reformi, sprečava pravljenje oštrog reza s Miloševićevim režimom i (nakon jednostranog proglašenja nezavisnosti Kosova i prilično jasne i snažne podrške tom procesu iz većine zemalja EU) otvoreno staje protiv procesa integracije u EU.

Dakle, istorijski kompromis ili zamena za „Okrugli sto“ nije bio moguć ni krajem osamdesetih, ni 2000. godine kada je bio najpotrebniji, a 2003. godine je na najbrutalniji način osporen, dok je 2008, opet na rigidan ali drugačiji način, odbijen od delova demokratske vlasti vezanih za Koštunicu i DSS i NS. Nažalost, izgleda da još nije moguć ni danas, jer decidirano antievropske snage i dalje postoje u političkom polju (narodnjačka koalicija DSS i NS, zatim, oslabljena ali i dalje glasna ekstremno desničarska SRS, kao i antievropske i antimodernizacijske klerikalne i ekstremno-desničarske organizacije i neformalne grupe među stanovništvom).

S druge strane, možda sadašnji momenat – kada je ojačala demokratska opcija nakon poslednjih predsedničkih izbora (januar i februar 2008. godine), a posebno nakon poslednjih parlamentarnih izbora (maj 2008. godine), kada su se SPS i nedavno uspostavljen ali snažan SNS proevropski opredelili, predstavlja značajan korak bliže uspostavljanju istorijskog konsenzusa oko proreformske i evropske budućnosti Srbije.

„Okrugli sto“ – ni kao metafora ni faktički – dakle, nije moguć u Srbiji ni 20 godina nakon što je uspešno funkcionisao u tranzicijskim zemljama centralne i istočne Evrope. Niti ima bazičnog konsenzusa niti ima političke volje da se sprovede suočavanje s pominjanom „lošom“ prošlošću.

Postavlja se pitanje – kada će (i da li će) preostale snage reprezenata etnonacionalističke matrice biti spremne za promenu svoje politike.

U centralnoj i istočnoj Evropi je bilo jasno da su komunisti/predstavnici „starog“ režima morali da pristanu na istorijski kompromis pod pritiskom nezadovoljstva masa i u situaciji kada je Rusija bila nespremna da vojno potpomogne njihov dalji ostanak na vlasti.

U Srbiji danas, promena političkog ponašanja SPS, pa zatim SNS, pokazuje da politički akteri moraju da prate dominantan trend ujedinjavanja Evrope, pogotovo kada je on prepoznat i prihvaćen od većinske Srbije i kada antievropska politika vodi izbornim neuspesima ili neuspesima u osvajanju vlasti. Dakle, u Srbiji izvorno antireformske i antievropske snage menjaju svoje političke profile pod uticajem izbornih neuspeha svojih izvornih politika i pod uticajem sve evidentnije neisplativosti (političke, ekonomske, socijalne) tih politika. Naravno, to nije odgovor na pitanje – kada će i da li će uopšte DSS i NS, a pogotovo SRS odustati od antievropske politike.

S druge strane, činjenica je da dve danas najveće, a međusobno rivalske političke stranke podržavaju proevropsku politiku. U tom smislu, moglo bi se reći da ono što Deklaracijom nije učinjeno – a to je ostvarenje minimalnog političkog konsenzusa oko evropskih integracija Srbije, i što nije ni moglo da bude učinjeno – jer je ovaj dokument postavio preuzak domet neophodnog konsenzusa (između vodeće demokratske partije i marginalizovane partije iz kontrapoliranog političkog polja), postaje u doglednoj budućnosti realno ostvarljivo. Naime, nakon sledećih parlamentarnih izbora SNS će ostvariti i parlamentarnu snagu srazmernu činjenici da su tri četvrtine izbornog tela nekadašnjeg SRS prešle u SNS; pošto se i SNS opredelio za proevropsku politiku, samim tim će uslovi za ostvarenje minimalnog političkog konsenzusa u vezi sa tim strateški važnim pitanjem za budućnost Srbije biti daleko bliži ispunjenju.

Postavlja se pitanje – zašto je potrebna „podrška“ i nosilaca nekadašnje „crveno-crne koalicije“ za profefomski i proevropski projekat; pod kojim uslovima treba da se prihvati ili traži „podrška“ političkih aktera koji su se sistematski suprotstavljali demokratskim reformama i evropskim integracijama; gde je crvena linija poklapanja bazičnog konsenzusa u vezi sa strateškim budućim ciljevima i minimumom/optimumom tolerancije spram snaga koje su na retrogradan način obeležile nedavnu prošlost. „Podrška“ je potrebna, jer uspešnost u ostvarenju strateških ciljeva zahteva maksimum mobilizacije i stanovništva i političkih aktera. Crvena nit preklapanja istorijskog pomirenja i nepraštanja je u širenju savezništva oko strateških razvojnih ciljeva, ali bez potiskivanja i anuliranja istorijske odgovornosti za nedela iz prošlosti, već praćeno jasnim rešavanjem pitanja odgovornosti i lustracijom i kažnjavanjem kriminogenih akata i suočavanjem građana s istinom o režimu koji su oni većinski podržavali, kao i obnovom sistema vrednosti i afirmacijom demokratske političke kulture i kulture ljudskih prava.

Postavlja se takođe pitanje – da je LDP kojim slučajem dobio tri poslanička mesta više na prethodnim parlamentarnim izborima, održanim maja 2008. godine i da, na taj način, ne bi za formiranje demokratske vlasti na čelu sa DS ni bila potrebna podrška SPS<sup>17</sup> – da li bi se uopšte razgovaralo o političkom pomirenju s nekadašnjim protivnicima demokratizacije. Odgovor na to pitanje je u načelu potvrđan jer Srbiji je – idealno-tipski i dugoročno gle-

17 Videti: Vujadinović, D. *op. cit.*

dano – potrebno i neophodno da se ne samo SPS i SNS, već i DSS, pa i SRS pretvore u unormaljene stranke, s političkim programima koji deluju unutar projekta liberalne demokratije i evropskih integracija, umesto isklizavanja (ili makar s manjim isklizavanjem) u etnonacionalističke projekte koji zaustavljaju razvoj i vode ksenofobiji i samoizolaciji.

Ako ostavimo po strani važan detalj da je SPS marginalni reprezent snaga „starog režima“, Deklaracija o pomirenju između SPS i DS može uslovno da dobije legitimnost pod jednom bitnom pretpostavkom, a to je da se SPS neizostavno distancira od nasleđa Miloševićeve vladavine.<sup>18</sup>

Nameće se pitanje da li će SPS zaista napraviti ideološko-politički iskorak ka idejama socijaldemokratije<sup>19</sup>, biti pravi partner u demokratskoj tranziciji i integraciji u EU i odreći se Miloševićevog nasleđa i etnonacionalističke obojenosti. Odgovor na prva dva dela pitanja može, sudeći po više pominjanih indikatora, da bude delom pozitivan.

U ponedeljak 22. jula 2008. godine, mediji su javili da je, pod ingerencijama nedavno postavljenog novog ministra policije Ivica Dačića, uhapšen jedan od glavnih osumnjičenih za ratne zločine i haški begunac Radovan Karadžić. Da li je to bio znak da Ivica Dačić i bezbednosne strukture vlasti pod rukovodstvom kadrova SPS ozbiljno misle da se posvete rešavanju pitanja od strateškog značaja – kao što su obaveze prema Haškom tribunalu, otvaranje dosijea tajnih službi, lustracija, denacionalizacija, antikorupcijski zahvati? U konkretnom slučaju hapšenja odgovor bi mogao biti potvrđan.<sup>20</sup>

S druge strane, distanciranje od „lika i dela“ Miloševića se ne nazire, ali možda bi se moglo očekivati u doglednoj budućnosti. Najmanje je verovatno ostvarenje lustracije, odnosno, Zzakon o lustraciji će i dalje ostati „mrtvo slovo na papiru“, jer kadrovi SPS koji su ponovo ušli i u novoformiranu vlast sasvim sigurno neće preduzimati lustriranje sopstvenih redova.

Međutim, da ponovimo, i pod pretpostavkom da se SPS istinski konzistentno (pre)usmeri ka strateškim ciljevima proreformske i proevropske politike, i dalje je sporna ideja „pomirenja“ koja nema referentan okvir za preispitivanje relevantne prošlosti. Ako bi namera bila da se strateški kompromis, ovakav kakav je impliciran u Deklaraciji o pomirenju između DS i SPS, tu-

18 Na godišnjicu Miloševićeve smrti 2008. godine, ceo vrh SPS (osim Ivica Dačića) bio je na Miloševićevom grobu, i prečesto se čelnici SPS pozivaju na „sveto“ nasleđe. Ako je išta trebalo da bude deo Deklaracije o pomirenju, to je dogovor i obaveza – da se odustane od javnog zaklinjanja u Miloševića i njegovo delo.

19 Na godišnjoj skupštini SPS održanoj 17. jula 2009. godine, doneta je odluka o reformi partije. SPS je najavila novi početak, kao partija moderne levice; to konvergira i vremenski i supstancijalno s ulaskom u koalicinu vlast sa proreformskim i proevropskim snagama.

20 Doduše, Ivica Dačić je neverovatnom brzinom poslao medijima saopštenje o tome da nove strukture MUP-a, na čelu s njim, nisu „odgovorne“ ili bilo na koji način „zaslužne“ za sam čin hapšenja Karadžića. Činjenica je, međutim, da se ni Dačić ni SPS nisu ogradili od hapšenja, a i da su načelno prihvatili obavezu izručivanja haških begunaca.

mači kao da se makar implicitno odnosi i na nasleđe devedesetih, onda bi on značio kodiranje zaborava sporne prošlosti SPS i poziv na nesankcionisanje učinjenih kriminogenih dela i zločina (i onih mirnodopskih, a pogotovo ratnih). Ako, pak, strateški kompromis treba primarno da se odnosi na budućnost, onda naziv „pomirenje“ mora da se promeni.

## Zaključak

Osnovna ideja ovog teksta je da Deklaracija o pomirenju između DS i SPS nije trebalo da bude doneta u ovakvom vidu i na ovakav način, prvo, jer ono što je sadržano u Deklaraciji o pomirenju predstavlja saglasnost oko strateških političkih, ekonomskih i socijalnih ciljeva budućeg razvoja Srbije i, utoliko, naziv pomenute Deklaracije nije primeren; drugo, ono što bi morao da bude smisao političkog pomirenja u slučaju SPS i DS, nije ni pomenuto u ovoj Deklaraciji, a to je suočavanje s ulogom SPS u nedavnoj prošlosti Srbije, obeleženoj retrogardnim procesima i spram „spolja“ i spram „unutra“. Treće, način na koji je doneta ova Deklaracija – „odozgo“, birokratsko-elitistički – nije primeren zahtevima istorijskog pomirenja između delova stanovništva rukovđenih suprotstavljenim ideologijama, a on ne doseže čak ni do potreba, afiniteta, težnji ka pomirenju partijskih članstava, već ostaje na nivou dogovora političkih elita i, time, a priori promašuje cilj i modalitete primerene ostvarenju datog cilja.

Poenta je da pomirenje bez suočavanja s prošlošću znači oproštaj i zaborav izvršenih zločina. Akt koji je donet ne može se zvati Deklaracija o političkom pomirenju; možda bi se mogao zvati – Deklaracija o strateškim ciljevima razvoja Srbije. Strateški dogovor o saradnji na ostvarenju optimalnih razvojnih ciljeva je nešto drugo u odnosu na pretpostavljeni smisao i cilj istorijskog pomirenja; međutim, i strateški konsenzus o budućnosti nema „zdrave“ temelje bez suočavanja s prošlošću etnonacionalizma, populizma, militarizacije, lustracije, otvaranja tajnih dosijea, kažnjavanja za mirnodopske i ratne zločine počinjene za vreme „starog“ režima.

Dokument koji pretenduje da doprinese istorijskom kompromisu i pomirenju ne može se donositi iza debelih zidova i zatvorenih vrata; tajnost i elitizam vrhuški nisu podobni za pravljenje istorijskih konsenzusa.

Uprkos teškom nasleđu skorašnje prošlosti i uprkos tome što su stranke DS i SPS, i ne samo one, bile na suprotstavljenim stranama u kontekstu te „loše“ prošlosti, neophodno je da se uspostavi bazični konsenzus u vezi sa strateškim ciljevima daljih demokratskih reformi i stremljenja ka EU. Srbija se u izvesnom smislu uputila u tom pravcu, ali još su daleko i zvanična politika i relevantni politički akteri i građanstvo od takvog bazičnog ili minimalnog konsenzusa, čak i u deklarativnom a pogotovo u supstancijalnom smislu.

## DECLARATION ON POLITICAL RECONCILIATION BETWEEN SPS AND DS AND THE PERSPECTIVES OF EUROPEAN INTEGRATION OF SERBIA

### Summary

*The main idea is that the Declaration of Reconciliation between the Democratic Party (DS) and the Socialist Party of Serbia (SPS) has an inappropriate name, due to the fact that what has been included in this Declaration refers to consent about the strategic political, economic and social issues of the future development of Serbia, but not to a strategy of overcoming the deep ideological-political cleavages and hard historical memories from Serbia's recent past. Besides the inappropriate name of this document, the Declaration should have not been signed at all, due to multiple reasons: firstly, the intended aims of this Declaration have been too pretentious when viewed from its proposed signatories (SPS has become a marginalized party after the fall of the Milošević regime, while SRS has been left out of any field of interest, although it had represented the strongest particular party at the time of the campaign concerned with the Declaration, as well as its substitute among strong political parties – the Serbian Advanced Party (SNS), which actually had yet not existed at the moment of signing the Declaration, but was formed in October 2009 from two thirds of the previous SRS); secondly, what should have been the essence of the Declaration of Reconciliation – being SPS facing its role (also SRS) in Serbia's recent past, designated by the retrograde processes towards the „outside“ as well as towards the „inside“ – has not even been mentioned in this Declaration! Thirdly, the way in which this Declaration was created and introduced from „above“, and in a bureaucratic-elitist manner, has not been in accordance with the proposed demands of historical reconciliation among the citizens of Serbia, who are led by mutually counterpoised ideologies; it even more so does not match the needs, affinities, and aspirations towards reconciliation among members of political parties, but has been stuck only at a level of the political agreement among party leaders and referential political elite, and, insofar, it omits the main aims and appropriate modes of conducting the idea of historical reconciliation.*

Key words: Reconciliation. – Consent. Facing the Past. – European Integration.

## LEX AQUILIA U INTERPRETACIJI KLASIČNE JURISPRUDENCIJE

### Apstrakt

Između Akvilijeveg zakona i modernog građanskog delikta prouzrokovanja štete postoji veza koja je rezultat viševjekovne interpretacije čuvenog rimskog zakona s početka Republike sve do 19. veka. Ovaj članak se bavi doprinosom rimskih pravnika koji su bili prvi tumači Akvilijeveg zakona. Oni su pošli od zakonskih reči koje su upotrebljene u prvom i trećem poglavlju, kao na primer *occidere, urere, frangere, rumpere, iniuria, damnum, quanti ea res erit etc.* U *titulusu Digesta 9.2. pod nazivom Ad legem Aquiliam*, kao i u Gajevim i Justinijanovim Institucijama nalazi se bogata kazuistika koja nam pokazuje veštinu rimskih pravnika i načine njihovog tumačenja, što je dovelo do konačnog rezultata koji se ogleda u široj primeni zakona. Autor članka ukazuje takođe na neka važnija, po pravilu sporna pitanja koja se u vezi s Akvilijevim zakonom i njegovim tumačenjem javljaju u romanističkoj literaturi.

Ključne reči: *Lex Aquilia*. – Interpretacija. – Rimski jurisprudencija. – Reči zakona: *occidere, urere, frangere, rumpere, iniuria, damnum etc.*  
– *Actio legis Aquiliae*. – *Actio in factum*.

**Uvod.** Naš Zakon o obligacionim odnosima normira slučaj prouzrokovanja štete van ugovora (tzv. deliktna ili vanugovorna odgovornost za štetu) u članu 154 na sledeći način: „Ko drugome prouzrokuje štetu dužan je naknaditi je, ukoliko ne dokaže da je šteta nastala bez njegove krivice.“ (stav 1). Ovaj kratak i jednostavan iskaz Zakona biće bez teškoća razumljiv i laicima. Ali, oni neće uočiti da se u ovoj kratkoj rečenici nalazi nekoliko važnih pojmova, tzv. tehničkih pravnih termina koji nemaju identično značenje kao u svakodnevnom životu i koje zato treba protumačiti. Iz prvog dela norme „Ko drugome prouzrokuje štetu“ proizlaze čak tri takva termina: „štetna radnja“, zatim „prouzrokovanje“ ili nešto komplikovanije „kauzalni neksus“, tj. uzročna veza između radnje i posledice, i konačno „šteta“. Iz drugog dela teksta reč „dužan“ ukazuje na to da je nastala obligacija koja se sastoji u obavezi počinioca da „naknadi štetu“ i to pod uslovom da je šteta nastala njegovom „krivicom“, s tim što se ta krivica pretpostavlja ukoliko dužnik ne dokaže suprotno. Svaki pod navodnicima označeni pojam predstavlja takođe pravno-tehnički termin, koji treba tumačiti prema zahtevima pravničke struke.

---

\* Dr Milena Polojac, vanredni profesor Pravnog fakulteta u Beogradu. Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta *Pravni kapaciteti Srbije za evropske integracije* Pravnog fakulteta u Beogradu koji podržava Ministarstvo nauke Republike Srbije.

Laicima, takođe, nije poznato da je ovaj logičan i razumu blizak propis rezultat viševekovnog tumačenja i proširivanja primene jednog rimskog zakona gotovo s početka rimske pravne istorije. Reč je o čuvenom Akvilijevom zakonu, koji se uobičajeno datira u treći vek pre nove ere. Trebalo je preko 2000 godina, ako računamo od trećeg veka pre nove ere kada je nastao Akvilijev zakon pa do donošenja modernih kodifikacija u 19. veku, da se formuliše jedna opšta norma o građanskoj odgovornosti za štetu.

Iako je ova činjenica poznata prosečnom studentu prava, ipak čak i oni najbolji ne znaju detalje koji su vezani za način rada jurisprudencijata prilikom tumačenja Akvilijevog zakona. To predstavlja značajan propust, jer je upravo pravnička interpretacija ona veština kojoj dugujemo izgradnju pravnog sistema i pravne nauke, a primer tumačenja Akvilijevog zakona verovatno je najbolji i najslikovitiji primer izgradnje nekog instituta veštinom pravičkog tumačenja. To je svakako najvažniji razlog što je romanistička literatura koja se odnosi na Akvilijev zakon veoma obimna, a ova tema jedna od najviše obrađivanih. Ovaj članak se, na detaljniji način nego što je to do sada učinjeno u našoj literaturi, bavi metodom i najvažnijim pitanjima koja su pokrenuli klasični juriprudenti pri tumačenju teksta Akvilijevog zakona i tako u ogromnoj meri doprineli izgradnji jedne pravne građevine čiji su temelji do te mere solidni da su, izgleda, neuništivi.

**Tekst Akvilijevog zakona.** Zakon se sastoji iz tri poglavlja. Drugo poglavlje ostaće van domašaja ovog rada. Sadržaj pojedinih poglavlja citiran je ili reprodukovano u kasnijim izvorima.<sup>1</sup> Prvo poglavlje sankcioniše protivpravno ubistvo roba ili robinje ili četvoronožne životinje iz reda stoke:

D. 9–2.2 pr.–1 (*GAIUS libro septimo ad edictum provinciale*): *Lege Aquilia capite primo cavetur: „Ut qui servum servamve alienum alienamve quadrupedemve pecudem iniuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto“ (1) et infra deinde cavetur ut adversus infortiantem in duplum actio esset.*

U prvom poglavlju Akvilijevog zakona propisano je: „Ko protivpravno (*iniuria*) ubije (*occiderit*) tuđeg roba ili robinju (*servum servamve*) ili četvoronožnu životinju iz reda stoke (*quadrupedes pecudes*), neka bude osuđen da vlasniku plati najveću vrednost koju je ta stvar imala u toj godini.“ (1) I dalje propisuje da će tužba glasiti na dvostruki iznos protiv onoga ko poriče odgovornost.

Zakon je u osnovi arhaičan, s kazuističkim načinom normiranja. To je naročito vidljivo u prvoj glavi u kojoj su zaštitni objekat rob ili robinja (*ser-*

1 Sadržaj prve glave u Gaius, D.9.2.pr–1, Gai Inst. 3.210, Ulpianus, D.9.2.21.pr, Gai Inst.3.214, Just. Inst. 4.3.9, Ulpianus, 9.2.11.6. Sadržaj trećeg poglavlja u Ulpianus, D.9.2.27.5, Ulpianus, D.9.2.29.8, Gai Inst. 3.218, Just. Inst. 4.3.14–15. Na temelju ovih izvora, rekonstrukciju teksta Zakona napravio je M. H. Crawford, *Roman Statues*, I, London, 1996, str. 725. Rekonstruisane odredbe prve i treće glave Zakona glase: Gl. 1: *Si quis servum servamve alienum alienam quadrupedem pecudem iniuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes ero dare damnas esto.*

Gl. 3: *Si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res fuit in diebus triginta proximis, tantum aes ero dare damnas esto.*

vum sevamve) i četvoronožna stoka (*quadrupedes pecudes*), u koju se u vreme donošenja zakona ubrajaju na primer ovce, koze, bikovi, konji, mazge, magarci, ali ne i svinje.<sup>2</sup> Štetna radnja svodi se na ubistvo. Treća glava komplementarna je s prvom i pojavljuje se kao njeno proširenje:

D. 9.2.27.5 (ULPIANUS libro octavo decimo ad edictum): *Tertio autem capite ait eadem lex Aquilia: „Ceterarum rerum, praeter hominem et pecudem occisos, si quis alteri damnnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto.“*

Akvilijev zakon propisuje u trećoj glavi: „Što se tiče ostalih stvari, izuzev ubijenog roba i stoke, ako neko drugome nanese štetu tako što protivpravno (*iniuria*) zapali (*usserit*), polomi (*fregerit*) ili ošteti (*ruperit*) (stvar), neka bude osuđen da vlasniku plati vrednost te stvari u sledećih trideset dana.“<sup>3</sup>

U trećoj glavi, kao proširenje u odnosu na prvu, kažnjavaju se i drugi oblici povreda, pre svega ranjavanje robova i stoke.<sup>4</sup> Zatim se kažnjavaju ubistvo i povrede nanesene drugim životinjama koje ne spadaju u *quadrupedes pecudes*. Konačno, prema ovom poglavlju zakona zaštitni objekt je svaka stvar živa i neživa – *res*. Proširenja zakona odnose se i na štetnu radnju. Kao što je vidljivo iz ovog teksta, primena zakona proširuje se na svaki drugi način nanošenja štete (*urere, frangere, rumpere*).

**Tumačenje Akvilijevog zakona – štetna radnja i uzročna veza.** Ukoliko se reči koje zakon upotrebljava usko, doslovno tumače, onda se odredbe mogu primeniti na mali broj slučajeva. To se može videti na primeru prve glave Akvilijevog zakona: Ko protivpravno (*iniuria*) ubije (*occiderit*) tuđeg roba ili robinju (*servum servamve alienum*) ili četvoronožnu životinju iz reda stoke (*quadrupedes pecudes*) itd. Osim što je zaštitni objekt ograničen samo na robove i domaće četvoronožne životinje iz reda stoke, štetna radnja svodila se samo na ubistvo. Zakonska reč *occidere* podrazumevala je nasilnu i direk-

2 D.9.2.2.2 (Gaius, 7 ad edictum provinciale). Svinje se smatraju četvoronožnom stokom u vreme Labeona. O klasifikacijama životinja vidi opširnije u M. Polojac, *Actio de pauperie and Liability for Damage Caused by Animals in Roman Law*, Belgrade, 2003, str. 20 i sl.

3 Spor izaziva reč *erit* koja ukazuje na to da se, za razliku od prvog poglavlja, vrednost oštećene stvari računa unapred. Dodatnu nedoumicu izaziva i to što Ulpijan u drugom tekstu (D.9.2.29.8) upotrebljava u istom kontekstu *fuit*, a Gaj *fuert* (3.218). U romanistici su mišljenja podeljena. Detaljnije o tome R. Zimmerman, *The Law of Obligations*, Oxford, 1996, str. 967–968. On smatra da je *erit* u tekstu zakona autentična te da pravilo o vremenu računanja treba primeniti unapred.

4 *Gai Inst.* 3.217. Dejvid Daube je izneo tezu po kojoj je originalno treća glava Akvilijevog zakona formulisana po ugledu na prvu, a odnosila se samo na robove i stoku, ali za razliku od prve glave, sankcionisala je slučajeve njihovog ranjavanja. Zbog toga se vreme procene visine štete (*quanti ea res erit*) u trećoj glavi računa unapred, kako bi nakon 30 dana bilo jasno koliko je štetu pretrpeo vlasnik usled ranjavanja njegovih robova ili stoke. Treće poglavlje je prošireno i na nanošenje štete neživim stvarima u drugoj polovini prvog veka pr. n. e. D. Daube, *On the Third Chapter of the lex Aquilia, Law Quarterly Review*, 52, 1936, str. 253–268 = *Collected Studies in Roman Law*, Frankfurt am Main, 1991, str. 3–18. Postoji, međutim, i suprotna teorija koju zastupaju Jolovic i Van Varmelo prema kojoj se treće poglavlje prvobitno odnosilo samo na nežive stvari. O ovome detaljnije R. Zimmermann, *The Law of Obligations*, Oxford, 1996, str. 965.



tnu radnju koja je rezultirala gubitkom života označenog zaštitnog objekta.<sup>5</sup> Tako na primer, prema tekstu zakona i njegovom uskom tumačenju, tužba iz Akvilijevog zakona se može podići kada neko udari roba o stenu i ubije ga, a ne može ako neko robu dà otrov umesto leka, jer se to ne smatra ubistvom:

D. 9.2.7.6–7 (ULPIANUS libro octavo decimo ad edictum): *Celsus autem multum interesse dicit, occiderit an mortis causam praestiterit, ut qui mortis causam praestitit, non Aquilia, sed in factum actione teneatur. unde adfert eum qui venenum pro medicamento dedit et ait causam mortis praestitisse, quemadmodum eum qui furenti gladium porrexit: nam nec hunc lege Aquilia teneri, sed in factum. (7) Sed si quis de ponte aliquem praecipitavit, Celsus ait, sive ipso ictu perierit aut continuo submersus est aut lassatus vi fluminis victus perierit, lege Aquilia teneri, quemadmodum si quis puerum saxo inlisisset.*

Celz kaže da je velika razlika u tome da li je neko (nekoga) ubio (*occiderit*) ili je u obavezi zbog smrti (*mortis causam praestiterit*) jer onaj ko je dužan zbog smrti ne odgovara po Akvilijevom zakonu, nego po *actio in factum*. To se odnosi na onoga ko je (nekome) umesto leka dao otrov jer se tu može reći da je prouzrokovao smrt, isto onako kao i u slučaju kada je neko duševno bolesnom čoveku pružio mač: u tim slučajevima se ne odgovara po Akvilijevom zakonu, nego po *actio in factum*. (7) Ali ako je neko gurnuo nekoga s mosta, Celz kaže da će odgovarati po Akvilijevom zakonu bez obzira na to da li je umro od pada ili se odmah udavio ili je umro boreći se s rečnom strujom, na isti način kao kad neko udari roba o stenu.

Kao što je vidljivo iz ovog teksta Celz, na čije se mišljenje poziva Ulpian, zakonskoj reči *occidere* suprotstavlja sintagmu *mortis causam praestare*:<sup>6</sup> Zakon se može primeniti samo u slučaju ubistva (*occidere*). Jurisprudenti i pretor su svakako osetili da postoji praznina u slučaju prouzrokovanja smrti na drugi način, a ne direktnim, nasilnim aktom. Takvo delo nije moglo da ostane nekažnjeno. U tu svrhu koristi se pretorska *actio in factum* na principima Akvilijevog zakona. Kriterijum za razlikovanje ubistva od slučaja koji se naziva *mortis causam praestare* leži u načinu na koji je smrt prouzrokovana. Naime, guranje roba s mosta jeste direktna, nasilna radnja bez obzira na to da li je rob umro od pada ili zbog davljenja u reci. Davanje robu otrova umesto leka ne može se ovako okarakterisati.

Takođe, i Gaj u Institucijama daje svoj doprinos tumačenju štetne radnje iz prve glave Akvilijevog zakona:

Gai Institutiones, 3.219: *Ceterum placuit ita demum ex ista lege actionem esse, si quis corpore suo damnum dederit; ideoque alio modo damno dato utiles actiones dantur, veluti si quis alienum hominem aut pecudem incluserit et fame*

5 N. H. Andrews, „*Occidere*“ and the Lex Aquilia, *Cambridge Law Journal*, 46, 1987, str. 315–329.

6 Detaljno D. Nörr, *Causa mortis*, München, 1986. Ova monografija se bavi pitanjem porekla i razvoja razlike između *occidere* i *mortis causam praestare*, uz analizu svih raspoloživih latinskih i grčkih literarnih i pravnih izvora. Takođe, U. von Lübtow, *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato*, Berlin, 1971, str. 143–156. Autor se ograničava na analizu poznatih slučajeva rimske jurisprudencije.

*necavent, aut iumentum tam vehementer egerit ut rumperetur; item si quis alieno servo persuaserit ut in arborem ascenderet vel in puteum descenderet, et is ascendendo aut descendendo ceciderit et aut mortuus fuerit aut aliqua parte corporis laesus sit; item si quis alienum servum de ponte aut ripa in flumen proiecerit et is suffocatus fuerit; quamquam hic corpore suo damnum dedisse eo quod proiecerit non difficiliter intellegi potest.*

Misli se, osim toga, da ovaj zakon daje pravo na tužbu samo ako je neko učinio štetu samim svojim telom. Otuda se protiv onoga koji na drugi način nanese štetu daje pretorska *actio utilis*, npr. kada neko zatvori i glađu umori tuđenog roba ili životinju, ili kada neko tuđu stoku tako žestoko goni da ona crkne; takođe ako nagovori tuđeg roba da se popne na drvo ili da siđe u bunar, pa se ovaj, penjući se ili silazeći, surva pa ili pogine ili povredi neki deo tela. Ali, ako neko gurne tuđeg roba s mosta ili obale u reku i ovaj se utopi, nije teško zaključiti da je neposredno svojim telom naneo štetu.

Gaj težište stavlja na razliku da li je neko naneo štetu svojim telom (*corpore suo*) ili je to učinio na neki drugi način (*alio modo*): ako neko gurne roba s mosta u reku i on se utopi, onda se tužba može podići, jer je to nanošenje štete vlastitim telom (*corpore suo*) tj. direktnim kontaktom s oštećenim objektom, a ako neko zatvori i glađu umori tuđeg roba ili životinju, ili nagovori tuđeg roba da se popne na drvo ili siđe u bunar pa on padne i pogine, onda se tužba ne može podići jer šteta nije naneta neposredno, vlastitim telom. Za ove slučajeve prema Gaju bila je predviđena umesto *actio legis Aquiliae* pretorska *actio utilis*.

Posebno je pitanje odnosa između *actio legis Aquiliae* i *actio in factum*. Izvori nam ne daju jasan odgovor na pitanje da li *actio in factum* dovodi do istih posledica kao i zakonska *actio legis Aquiliae*. Naime, kao tužba (pretežno) penalnog karaktera, *actio legis Aquiliae* predviđa kaznu za počinioca u visini najveće vrednosti roba ili životinje, zatim kumulativnu odgovornost u slučaju više počinitelaca, kao i noksalnu varijantu tužbe u slučaju da je počinitelj rob ili lice *alieni iuris*. Nije verovatno, međutim, da je i *actio in factum* koja se u ovom slučaju spominje imala navedene odlike. Ostaje nejasno i to da li su *actio in factum* i *actio utilis* identične po svom dejstvu ili ne.<sup>7</sup>

Kad je reč o tumačenju štetne radnje u trećoj glavi, Gaj uveliko pokazuje svoju veštinu tumačenja sa ciljem proširenja primene zakona:

Gai Institutiones, 3.217: *Capite tertio de omni cetero damno cavetur. Itaque si quis servum vel eam quadrupedem quae pecudum numero est vulneraverit, sive eam quadrupedem quae pecudum numero non est, veluti canem, aut feram bestiam, veluti ursum leonem, vulneraverit vel occiderit, hoc capite actio constituitur. In ceteris quoque animalibus, item in omnibus rebus quae anima carent damnum iniuria datum hac parte vindicatur. Si quid enim ustum aut ruptum aut fractum fuerit, actio hoc capite constituitur, quamquam potuerit sola rupta appellatio in omnes istas causas sufficere; ruptum enim intellegitur quod quoquo modo corruptum est. Unde non solum usta aut fracta, sed etiam*

7 Više o ovim pitanjima, kao i o stavovima u literaturi: U. von Lübtow, *op. cit.*, str. 199–217.

*scissa et conlisa et effusa et quoquo modo vitiata aut perempta atque deteriora facta hoc verbo continentur.*

Treći odeljak se odnosi na sve druge vrste oštećenja. Tako se na osnovu ovog odeljka može podići tužba za slučaj kada neko rani roba ili četvoronožnu životinju koja se ubraja u stoku ili kada ubije ili rani četvoronožnu životinju koja se ne ubraja u stoku, kao što je pas ili divlja zver, npr. medved, lav. Na osnovu toga se može tražiti kazna za protivpravno nanetu štetu ostalim životinjama, kao i neživim stvarima, jer je ovim poglavljem predviđena tužba za sve ono što je izgorelo (*ustum* od *urere*), uništeno (*ruptum* od *rumpere*) ili slomljeno (*fractum* od *frangere*), iako bi sama reč uništeno (*ruptum*) bila dovoljna jer se pod uništenjem podrazumeva oštećenje izvršeno na bilo koji način (*corruptum* od *corrumpere*). Prema tome, pod ovim se podrazumeva ne samo ono što je spaljeno, slomljeno ili razbijeno, nego i ono što je sečeno, zgnječeno, prosuto ili što je na bilo koji način uništeno ili mu je smanjena vrednost.

Iz ovog teksta je vidljivo najpre kako se Zakon proširivao u pogledu zaštitnog objekta, od robova i domaće četvoronožne stoke, preko drugih životinja domaćih i divljih, a zatim i neživih stvari. Tako se zaštitini objekt na kraju mogao definisati pomoću jedne jedine reči – *res*. Što se štetne radnje tiče, Zakon koristi sledeće izraze kojima opisuje štetnu radnju. *Urere*, zapaliti – u izvorima se ova radnja pojašnjava navođenjem slučajeva kao što su bacanje zapaljene baklje na roba (Ulpianus, D.9.2.27.6), paljenje bašte ili seoske kuće (D.9.2.27.7) ili kuće za stanovanje (D.9.2.27.8). Lomljenje (*frangere*) pojašnjeno je pomoću primera zanatlije koji je polomio šolju pripremljenu za obradu (D.9.2.27.29). Primer je i slučaj kada neko polomi ulazna vrata ili demolira građevinu (D.9.2.27.31). Izraz *rumpere* ima slično značenje kao i *frangere*. Obe reči pojavljuju se u Zakonu XII tablica u vezi s deliktima *membrum ruptum* i *os fractum*. *Rumpere* ovde znači osakaćenje, čupanje dela tela, čime se nanosi telesna povreda. U klasičnoj jurisprudenciji u okviru titulusa posvećenog Akvilijevom zakonu (D.9.2) kao primer za ovu štetnu radnju navodi se udarac koji je nanet trudnoj robinji ili kobili zbog kojeg je ona pobacila (Ulpijan citira Bruta i kaže da je to nešto poput *rumpere*, D.9.2.27.22). Međutim, *rumpere* je takođe u vezi s glagolom *corrumpere* koji ima šire značenje: uništiti, upropastiti, pokvariti.<sup>8</sup> Zbog toga se ova reč može odnositi na svaku vrstu nanošenja štete.<sup>9</sup> Time je postupak uopštavanja okončan i kad je reč o štetnoj radnji.

**Iniuria.** Među rečima koje upotrebljava zakon važna je *iniuria*, a njeno tumačenje je doživelo zanimljiv razvoj. Ona nema univerzalno značenje što se jasno vidi iz njene upotrebe ranije u Zakonu XII tablica u formuli *legis actio sacramento in rem*. Osim toga, reč je vezana za privatni delikt normiran u osmoj tablici ovog Zakona.<sup>10</sup>

8 Divković, *Latinsko hrvatski rječnik*, Zagreb, 1900, reprint 1980, str. 255.

9 Detaljnije kod H. Hausmaninger, *Das Schadenersatzrecht der lex Aquilia*, Wien, 1990 (4. izd.), str. 15 i sl. Takođe, U. von Lübtow, *op. cit.*, str. 111.

10 VIII.4: *Si iniuriam alteri faxit viginti quinque poenae sunt.*

Ulpijan ističe da nije dovoljno da su rob ili životinja ubijeni, nego je neophodno da je to učinjeno *iniuria*, dakle *non iure* – bez prava (*non enim sufficit occisum, sed oportet iniuria id esse factum*, D.9.2.3). On, međutim, ne pojašnjava šta pod tim izrazom podrazumeva.

Svoje objašnjenje zakonske reči *iniuria* daje Gaj na sledeći način:

*Gai Institutiones*, 3.211: *Iniuria autem occidere intellegitur, cuius dolo aut culpa id accident; nec ulla alia lege damnum quod sine iniuria datur, reprehenditur; itaque impunitus est, qui sine culpa et dolo malo casu quodam damnum committit.*

Protivpravnim ubistvom se smatra ono koje je izvršeno zlom namerom (*dolo*) ili nepažnjom (*culpa*). Nijedan drugi zakon ne kažnjava štetu koja nije protivpravno naneta (*sine iniuria datum*). Stoga neće biti kažnjen onaj koji odsustvom nepažnje (*culpa*) ili bez zle namere (*dolus*) slučajem prouzrokuje štetu.

U modernom pravu pravi se razlika između protivpravnosti i krivice. Prvi uslov odgovornosti za štetu je objektivni i podrazumeva radnju koja je učinjena bez prava, jer ne postoji opravdan razlog koji bi omogućio delinkventu da se brani. Drugi je subjektivni i podrazumeva odnos učinioca prema delu. Na toj razlici, međutim, prema svemu sudeći, ne insistiraju klasični rimski pravници.<sup>11</sup>

Moguće je Ulpijanovom tekstu pripisati prvo značenje, ali to je samo hipoteza jer Ulpijan ne objašnjava šta pod izrazom *iniuria* podrazumeva niti je moguće izvući zaključak iz konteksta. Gaj, međutim, nedvosmisleno kaže da se protivpravnim ubistvom smatra ono koje je izvršeno zlom namerom ili nepažnjom. Tako se injurija pojavljuje kao sinonim za krivicu, a nanošenje štete se kažnjava kako u slučaju dolusa, tako i u slučaju nepažnje. Prema široko usvojenom mišljenju, *lex Aquilia* je originalno primenjivao princip objektivne odgovornosti za štetu. Ovaj stariji princip je u saglasnosti s vremenom nastanka zakona, kao i sa njegovim često pominjanim arhaičnim osobinama koje se tiču štetne radnje i kauzaliteta, o čemu je već bilo reči.<sup>12</sup> Gajevo objašnjenje zakonske reči *iniuria* govori samo za sebe koliko je interpretacija imala važnu ulogu u široj primeni ovog u osnovi arhaičnog zakona. Osim ovog jasnog, ali načelnog Gajeovog objašnjenja, mnogi fragmenti u Digestama tom

11 Lawson, *Negligence in Civil Law*, 1950, str. 14.

12 Obično se ističe to da je kažnjiva bila samo aktivna radnja, a ne i propuštanje uz uslov da postoji direktna veza između radnje i štete. Na primer: M. Milošević, *Rimsko pravo*, 2. izdanje, Beograd, 2007, str. 409. Ovakvo uvreženo shvatanje dovodi u pitanje Alan Votson tvrdnjom da su ranoklasični pravници tolerisali inidirektniju uzročno-posledičnu vezu nego kasniji pravници te su davali *actio legis Aquiliae* tamo gde bi kasniji pravници davali *actio in factum*. Potvrdu za svoje stanovište nalazi u kazuistici, uzimajući za primer poznati Alfenusov tekst iz Digesta (D.9.2.52.2). Ovde se razmatra mogućnost da goniči mazgi prvih kola koja su se počela kotrljati niz kapitolsko brdo, udarila u kola koja su bila pozadi i pregazila nečijeg roba, odgovaraju po *actio legis Aquiliae*, a ne *utilis* ili *in factum*, iako je jasno da ne postoji direktna uzročno-posledična veza između radnje koja se sastoji u begu goniča mazgi prvih kola i posledice tj. smrti roba kojeg su pregazila druga kola. Klasični pravници bi u ovom slučaju dali *actio in factum*. A. Watson, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford, 1965, reprint 1984, str. 242 i sl.

pitanju pristupaju kazuistički. Slučaj potkresivača drveća je poučan primer veštine dobrog i pravičnog.<sup>13</sup>

U procenjivanju potrebnog stepena krivice (samo *dolus* ili i nepažnja –*culpa*) važno je da li je potkresivač drveća bacio granu i ubio roba na javnom ili privatnom putu ili na mestu gde nema nikakvog puta.

Slučaj goniča mazgi koji zbog svog neiskustva ili slabosti nije mogao zadržati mazge koje su trčale i pregazile tuđeg roba (Gaj, D.9.2.8.1) govori o proširenju pojma nepažnje i na nestručnost i slabost (*imperitia, infirmitas*).

Tako je zakonski izraz *iniuria* sve češće počela zamenjivati reč *culpa*. Osim ovih tekstova koji detaljnije i kazuistički razmatraju šta sve spada u domen skrivljenog ponašanja, postoje i tekstovi koji razmatraju razloge zbog kojih neće doći do odgovornosti po Akvilijevom zakonu, u slučajevima kada je isključena *iniuria* tj. *culpa*:

D.9.2.45.4 (PAULUS libro decimo ad Sabinum): *Qui cum aliter se tueri non possent, damni culpam dederint, innoxii sunt: vim enim vi defendere omnes leges omniaque iura permittunt. sed si defendendi mei causa lapidem in adversarium misero, sed non eum, sed praetereuntem percussero, tenebor lege Aquilia: illum enim solum qui vim infert ferire conceditur, et hoc si tuendi dumtaxat, non etiam ulciscendi causa factum sit.*

Ako neko, ne mogavši da se na drugi način zaštiti, nanese štetu, smatra se nevinim, jer svi zakoni i sva prava dopuštaju da se silom odbije sila. Ali ako ja, braneći se, bacim kamen na protivnika pa ne udarim njega, nego prolaznika, odgovaraću po Akvilijevom zakonu, jer je dozvoljeno raniti samo onoga ko nasilno postupa, i to samo u slučaju kada je to učinjeno u samoodbrani, a ne i zbog osвете.

U ovom fragmentu Paulus govori o slučaju nužne odbrane, pozivajući se na prirodno pravo svakog čoveka dopušteno svim pravnim porecima da se brani (*vim enim vi defendere omnes leges omniaque iura permittunt*). To

13 D.9.2.31 (PAULUS libro decimo ad Sabinum): *Si putator ex arbore ramum cum deiceret vel machinarius hominem praetereuntem occidit, ita tenetur, si is in publicum decidat nec ille proclamavit, ut casus eius evitari possit. Sed Mucius dixit etiam, si in privato idem accidisset, posse de culpa agi: culpam autem esse, cum quod a diligente provideri potuerit, non esset provisum aut tum denuntiatum esset, cum periculum evitari non possit. Secundum quam rationem non multum refert, per publicum an per privatum iter fieret, cum plerumque per privata loca vulgo iter fiat, quod si nullum iter erit, dolum dumtaxat praestare debet, ne immittat in eum, quem viderit transeuntem: nam culpa ab eo exigenda non est, cum divinare non potuerit, an per eum locum aliquis transiturus sit.*

Ako potkresivač drveća baci granu ili to učini onaj koji radi na skelama, pa ubije čoveka koji je tu prolazio, on će odgovarati ako je tu (granu) bacio na javni put i nije tako objavio da se nesreća može izbeći. Međutim, Mucije kaže da se i u slučaju ako se to dogodi na privatnom (putu) može voditi spor zbog nepažnje (*culpa*): nemarnost, naime, postoji u slučaju kada nije bilo preduzeto ono što bi pažljiv čovek mogao predvideti ili je bilo objavljeno tek onda kada se opasnost više nije mogla izbeći. Prema ovom mišljenju nema velike razlike u tome da li je put bio privatn ili javni, jer put često prolazi preko privatnih zemljišta. Ali ako tu nije postojao nikakav put, onda se odgovara samo za *dolus*, da se ne bi namerno bacalo na onoga za koga se vidi da prolazi; u ovakvom slučaju učinocu se ne može pripisati odgovornost za nepažnju (*culpa*), jer on nije mogao kao prorok predvideti da će preko tog zemljišta neko prelaziti.

pravo, međutim, ima svoje granice i ne sme biti prekoračeno (prekoračenje nužne odbrane) kao što se događa kada se povredi drugi, a ne napadač, ili u slučaju osвете.

Slično kao Paulus, ali kazuistički problem nužne odbrane razmatra Alfenus u poznatom slučaju vlasnika radnje, krčmara (*tabernarius*).<sup>14</sup>

O nešto drugačijem problemu govori Ulpijan citirajući Labeona (D.9.2.29.3). Naime, kada se zbog jakog vetra brod zapleo u užad sidra drugoga broda, pa su mornari tu užad presekli, ne može se protiv njih dozvoliti nikakva tužba, ako se ni na kakav drugi način nisu mogli izvući osim sečenjem užeta. Ovde nema krivice mornara, jer su bili u stanju nužde izazvane višom silom, u ovom slučaju nevremenom. Sličan slučaj krajnje nužde, ovaj put izazvane požarom opisuje Ulpijan citirajući Celza:

D.9.2.49.1 (ULPIANUS libro nono disputationum): *Quod dicitur damnum iniuria datum Aquilia persequi, sic erit accipiendum, ut videatur damnum iniuria datum, quod cum damno iniuriam attulerit: nisi magna vi cogente fuerit factum, ut Celsus scribit circa eum, qui incendii arcendi gratia vicinas aedes intercidit: nam hic scribit cessare legis Aquiliae actionem: iusto enim metu ductus, ne ad se ignis perveniret, vicinas aedes intercidit: et sive pervenit ignis sive ante extinctus est, existimat legis Aquiliae actionem cessare.*

Kada se kaže da se na osnovu Akvilijevog zakona potražuje šteta koja je naneta protivpravno, treba shvatiti da je šteta učinjena protivpravno ako je učinjena protivpravnom radnjom, izuzev u slučaju kada je to učinjeno u stanju velike nužde, kao što bi bilo, kako piše Celz, onda kada neko, u nastojanju da zaustavi požar, poruši susedne zgrade. On piše da se ovde ne može podići tužba iz Akvilijevog zakona, s obzirom na to da je opravdano vođen strahom da se vatra ne proširi na njegove stvari porušio susedne zgrade, pa bilo da plamen dođe do njegovih (zgrada) ili bude pre ugašen, Celz smatra da se ne može podići *actio legis Aquiliae*.

U ovom slučaju treba primetiti da se, za razliku od modernog prava, u rimskom pravu ne vodi računa o tome kolika je vrednost žrtvovanog dobra, u odnosu na ono koje je spaseno. U ovom slučaju vlasnik ugrožene zgrade je srušio susedne zgrade u opravdanom strahu da se vatra ne proširi na njegovu. U modernom pravu takav slučaj bi se smatrao prekoračenjem krajnje nužde, što nije slučaj, sudeći prema ovom primeru, u rimskom pravu.

U jednom od svojih mnogobrojnih fragmenata u okviru titulusa posvećenog Akvilijevom zakonu, Ulpijan razgraničiva slučajeve kada magistrat u vršenju svoje javne službe može biti odgovoran na temelju Akvilijevog zako-

14 D.9.2.52.1 (ALFENUS libro secundo digestorum): *Tabernarius in semita noctu supra lapidem lucernam posuerat. quidam praeteriens eam sustulerat: tabernarius eum consecutus lucernam reposcebat et fugientem retinebat: ille flagello, quod in manu habebat, in quo dolo inerat, verberare tabernarium coeperat, ut se mitteret: ex eo maiore rixa facta tabernarius ei, qui lucernam sustulerat, oculum effoderat: consulebat, num damnum iniuria non videtur dedisse, quoniam prior flagello percussus esset. respondi, nisi data opera effodisset oculum, non videri damnum iniuria fecisse, culpam enim penes eum, qui prior flagello percussit, residere: sed si ab eo non prior vapulasset, sed cum ei lucernam eripere vellet, rixatus esset, tabernarii culpa factum videri.*

na, a kada je u takvim slučajevima isključena protivpravnost (D.9.2.29.7). Ako magistrat primeni silu protiv nekoga ko mu se opire kada postupa u skladu sa zakonom, neće biti odgovornosti. Ako, međutim, magistrat na primer zapleni stoku u skladu sa zakonom, ali je nakon toga pusti da uginge od gladi, biće odgovoran na temelju *actio in factum*.

Jedan od razloga za isključenje protivpravnosti je i pristanak oštećenog. Iz kazuistike je poznat primer roba koji je u igri povređen loptom, pa njegov vlasnik ne može tražiti odštetu na temelju Akvilijevega zakona, jer je šteta nastala slučajem (Alfenus, D.9.2.52.4).

Primer štete koja je nastala *gloriae causa et virtutis*, a ne protivpravno (*iniuriae gratia*) je u javnim takmičenjima, rvanju ili pankracijumu, kada nema mesta za primenu akvilijanske tužbe (Ulpianus, D.9.2.7.4).

**Damnum.** Već je rečeno da se opšti pojmovi retko upotrebljavaju u starijim i arhaičnim zakonima. Jedan od njih je, međutim, pojam *damnum* koji je upotrebljen u trećem poglavlju Akvilijevega zakona.<sup>15</sup> Taj izraz je poznat u vanpravnoj, laičkoj upotrebi u značenju izdatak, gubitak. U Zakonu XII tablica pojavljuje se kao fraza *damnum decidere* i označava sporazum koje su strane postigle o visini kazne u vidu dobrovoljne kompozicije.<sup>16</sup> U jeziku klasične jurisprudencije osnovno značenje ovog izraza je fizička šteta na stvari. Prema mišljenju Daubea, međutim, prvi put u trećem poglavlju Akvilijevega zakona *damnum* se javlja u značenju „gubitak koji je pretrpeo vlasnik“.<sup>17</sup> To je izraz prilično uopštenog značenja i ne treba ga prevoditi kao šteta na stvari. Ovo zbog toga što je vlasnik, ukoliko je šteta nastala na stvari, mogao s tim u vezi pretrpeti različite vrste gubitka, kao što su troškovi popravke ili, u slučaju da su u pitanju robovi ili životinje onda su to troškovi lečenja, gubitak zbog smanjene radne sposobnosti i drugo. To, dakle, nije bila samo ukupna ili umanjena vrednost stvari, nego i drugi izdaci ili gubici koji su nastali za vlasnika zbog štete koja je nastala na stvari. Tako gubitak, šteta za vlasnika može predstavljati nešto apstraktno, čiji rezultat nije odmah vidljiv, niti merljiv. Ovako shvaćen izraz *damnum* u uskoj je vezi s principom naknade štete koji su Rimljani nazivali *interesse*. Nasuprot ovome, u prvoj glavi Akvilijevega zakona govori se o ubistvu roba ili životinje koje ima jasan i vidljiv rezultat – smrt, što je dovođio do izricanja kazne. Ta kazna je u slučaju ubijenog roba ili životinje bila u visini najveće vrednosti roba ili životinje u proteklih godinu dana (Ulpianus, D.9.2.21.pr-1). Kako je ideja o naknadi štete iz trećeg poglavlja Akvilijevega zakona sve više jačala, ona je uticala i na tumačenje prvog poglavlja zakona. Postavilo se, naime, pitanje da li se u proceni najviše vrednosti uzima u obzir vrednost ubijenog roba u času smrti (stvarna šteta, *damnum emergens*) ili i vrednost onoga što smo izgubili zato što je on ubijen

15 D. Daube, On the Use of the Term *damnum*, *Studi Solazzi*, Napoli, 1948, str. 93–153; *Collected Studies in Roman Law*, Frankfurt am Main, 1991, str. 279–339.

16 U Zakonu XII tablica postojale tri reči slične sadržine: *noxia*, *damnum*, *poena*. *Noxia* je označavala štetu pričinjenu stvari, *damnum* kaznu u višestrukoj naknadi štete, dok je *poena* značila fiksnu kaznu. D. Daube, *op. cit.*, str. 281.

17 *Op. cit.*, str. 283.

(izmakla dobit, *lucrum cessans*). Dobar primer kada se u vrednost roba tj. pretrpljene štete radi njegovog gubitka može uračunati i izgubljena dobit nazivamo u Ulpijanovom tekstu:

D. 9.2.23.2 (ULPIANUS libro octavo decimo ad edictum):

*Idem Iulianus scribit, si institutus fuero sub condicione „si Stichum manumisero“ et Stichus sit occisus post mortem testatoris, in aestimationem etiam hereditatis pretium me consecuturum: propter occisionem enim defecit condicio: quod si vivo testatore occisus sit, hereditatis aestimationem cessare, quia retrorsum quanti plurimi fuit inspicitur.*

Isto Julijan piše, ako sam bio imenovan za naslednika pod uslovom da manumitiram Stiha i Stih bi bio ubijen nakon smrti testatora, u proceni vrednosti (Stiha) takođe ću tražiti i vrednost nasleđa, jer se zbog ubistva uslov nije ispunio. Ali ako bi on bio ubijen dok je testator živ, ne bi se uzimala u obzir vrednost nasleđa, jer se najveća vrednost računa unazad.

U izračunavanju vrednosti stvari može se uzeti u obzir samo objektivna, tržišna vrednost, a ne i afektivna vrednost (vrednost koju stvar ima za svog vlasnika, Paulus, D.9.2.33.pr).

**Primena Akvilijevog zakona u slučaju ubistva i ranjavanja slobodnog čoveka.** Zaštitni objekt Akvilijevog zakona je u krajnjoj liniji stvar. Zato ne čudi da je stav rimskih jurisprudencata bio načelno negativan kad je reč primeni zakona na slučajeve ubistva i ranjavanja slobodnog čoveka. U slučaju namernog ubistva ili ranjavanja slobodnog čoveka, u primeni su bili Zakon XII tablica i odredbe o injuriji. Neki slučajevi ubistva ili ranjavanja slobodnog čoveka mogli su biti pokriveni kvazideliktnom odgovornošću vlasnika zgrade putem *actio de effussis vel deiectis* ili putem edikta *de feris*. Praznina je, međutim, postojala u slučaju kada je slobodan čovek ubijen ili ranjen nehотиčno. Glavna prepreka bila je u vezi sa terminom *erus*. Naime, pravo na podizanje tužbe ima *erus* tj. *dominus*. Klasičnim jurisprudentima je bilo teško prihvatiti da je žrtva vlasnik svojih delova tela. Ipak, putem interpretacije je uvedena ovakva mogućnost:

D.9.2.13.pr (ULPIANUS libro octavo decimo ad edictum): *Liber homo suo nomine utilem Aquiliae habet actionem: directam enim non habet, quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur.*

Slobodan čovek može koristiti *actio legis Aquiliae utilis* za povredu koja je njemu nanesna: direktnu tužbu ne može koristiti, jer se niko ne može smatrati vlasnikom svoga tela (udova).

Ipak, u ovim slučajevima štetom procenjivom u novcu smatrali su se troškovi izgubljene zarade i troškovi lečenja:

D.9.2.7.pr (ULPIANUS libro octavo decimo ad edictum): *Qua actione patrem consecuturum ait, quod minus ex operis filii sui propter vitiatum oculum sit habiturus, et impendia, quae pro eius curatione fecerit.*



Ovom tužbom otac (*pater familias*) će dobiti naknadu zbog izgubljene zarade njegovog sina (*filius familias*), bez koje je ostao zbog oštećenja oka, i troškove koji su učinjeni zbog njegovog lečenja.<sup>18</sup>

Rimski klasični pravnici su, dakle, uz nešto teškoća prihvatili mogućnost da se tužba primeni u slučaju ranjavanja *filiusa familiae*, jer se u ovom slučaju mogla lakše povući analogija s robovima. Izvori, međutim, ne govore o slučaju ubistva lica *alieni iuris*. Fenstra dokazuje da je svakako poslije Ulpijana bilo moguće podići *actio legis Aquiliae* u slučaju ubistva *filiusa familiae*.<sup>19</sup> Takođe, ranjavanje lica *sui iuris* kao i smrt lica *sui iuris* ostaju otvorena pitanja na koja romanistika daje različite odgovore. Vitman dokazuje da se putem interpretacije primena zakona proširila na ranjavanje slobodnih lica uopšte, dakle i lica *sui iuris*.<sup>20</sup> Fenstra ide korak dalje i smatra da se *actio legis Aquiliae* primenjivala i u slučaju smrti lica *sui iuris*.<sup>21</sup> Naravno, zahtev se mogao odnositi samo na imovinsku štetu.

**Karakter actio legis Aquiliae.** Gaj (Institutiones, 4.9) smatra da je tužba mešovita (*actio mixta*), dok Ulpijan, na primer, tvrdi da je ona penalna (Ulpianus, D.9.2.23.8). Ovo pitanje izaziva sporove u romanistici. Tako, na primer, Kaser smatra da je tužba mešovita<sup>22</sup>, dok jedan broj autora od kojih se naročito izdvaja von Lübtow smatraju ovu tužbu čisto penalnom.<sup>23</sup> Tužba nesumnjivo ima osobine penalnih tužbi, što se ogleda u njenoj pasivnoj nenasledivosti (Ulpianus, D.9.2.23.8, Gai Inst. 4.112). U slučaju više izvršilaca delikta, primenjuje se pravilo o kumulativnoj odgovornosti (Ulpianus, D.9.2.11.2 i 3, Iulianus, 9.2.51.1). U slučaju da je izvršilac delikta rob ili filius familias, a on je to učinio bez znanja vlasnika odnosno pater familiae tužba će biti noksalna (Ulpianus, D.9.4.2.pr-1), u protivnom biće direktna *actio legis Aquiliae* kao i u slučaju kada rob ili filius postupaju po nalogu vlasnika odnosno patera familiae (D.9.2.37.pr.).

Za karakter tužbe je svakako od značaja sankcija. U prvoj glavi Akvilijejevog zakona, o čemu je već bilo reči, propisano je da tuženi mora da plati najveću vrednost stvari (roba ili životinje) u poslednjih godinu dana. Novi-

18 Sličan tekst se nalazi i u kontekstu tužbe *de pauperie*. Kada usled ponašanja domaće životinje „contra naturam“ bude ranjen *pater familias* ili *filius familias*, na temelju *actio de pauperie* mogu se naplatiti troškovi lečenja i izgubljene zarade, ali ne i telesno oštećenje s obrazloženjem da slobodan čovek ne može biti predmet procene (*liberum corpus aestimationem non recipiat*, Gaius, D.9.1.3). Isto pravilo se spominje i u Gajevom tekstu koji se odnosi na *actio de effusis vel deiectis*, D.9.3.7, kao i u Ulpijanovom tekstu iz istog titulusa, D.9.3.1.5).

19 R. Feenstra, „L'application de la loi Aquilia en cas d'homicide d'un homme libre, de l'époque classique à celle de Justinien“, *Mélanges Felix Wubbe*, Fribourg, 1993, str. 153.

20 O tome detaljnije R. Wittmann, *Die Körperverletzung an Freien im klassischen römischen Recht*, München, 1972, str. 98 i sl.

21 *Op. cit.*, str. 157.

22 M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, I, München, 1971, str. 621.

23 U. von Lübtow, *op. cit.*, str. 36 i sl.

na u odnosu na starije civilne delikte (iniuria, furtum) jeste ta da se umesto fiksne kazne pojavljuje fleksibilnija sankcija u vidu novčanog iznosa koji po svom rezultatu predstavlja kompenzaciju vrednosti uništenog objekta. Ipak, nije reč o naknadi štete, nego o kazni. Tako, na primer, vlasnik može dobiti i više od aktuelne vrednosti. U slučaju kada rob slikar koji je izgubio prst bude ubijen u toku jedne godine od nastalog invaliditeta (Ulp. D.9.2.23.3), vlasnik će dobiti novčani iznos u najvećoj vrednosti roba, dakle kada je on bio zdrav.

Treće poglavlje zadaje mnogo više problema jer osim što je sporno kako se računa vreme od trideset dana, unapred ili unazad, sporno je i to da li je tuženi dužan da plati najvišu vrednost stvari u celini ili samo razliku između pune vrednosti stvari i one koja je nastala usled oštećenja, tj. sumu za koju je vrednost stvari umanjena. O ovom problemu nema tekstova rimskih pravnika. Drugi stav uverljivo zastupa Daube. On ima značajan broj pristalica<sup>24</sup>, svakako zahvaljujući tome što je bliže logici i zdravom razumu, a takođe i ideji kompenzacije i naknade štete koja se sve više nametala interpretacijom klasičnih rimskih pravnika.<sup>25</sup> Svakako je za to povoda dao zakonski izraz *damnum* upotrebljen u trećoj glavi Akvilijevog zakona. Dugovan iznos je sve više shvatan kao ukupan interes vlasnika, a ne kao objektivna, tržišna vrednost uništene ili oštećene stvari. Odatle verovatno potiče i Gajev stav da je tužba mešovitog karaktera: penalna i reipersekutorna istovremeno. Praktična posledica toga je da se *actio legis Aquiliae* ne može kumulirati s nekom od reipersekutornih tužbi kao što je vidljivo u poznatom slučaju strogog obučara u kojem konkurišu *actio legis Aquiliae* i *actio locati* (Ulp. D.9.2.5.3).

## LEX AQUILIA IN THE INTERPRETATION OF CLASSIC JURISPRUDENCE

### Summary

*The link between the Roman lex Aquilia and the modern general delict in case of damage exists thanks to the interpretation of the famous Roman early republican statute through centuries up to the 19. century. This article examines the contribution of the Roman jurists who were first to interpret it. They started from the statutory words used in the first and the third chapter like for example occidere, urere, frangere, rumpere, iniuria, damnum, quanti ea res erit etc. A reach Roman casuistry mostly from the Digest title 9.2 Ad legem Aquiliam and the Gaius's Institutions as well as Justinian's, shows the*

24 A. Watson, *op. cit.*, str. 234 i sl, M. Kaser, *op. cit.*, str. 161, H. Hausmanninger, *op. cit.*, str. 29, R. Zimmermann, *op. cit.*, str. 968.

25 Tome u prilog govore sledeći tekstovi: Ulpianus, D.9.2.21.2, Paulus citira Labeona D.9.2.23.4, Just. Inst. 4.3.10.

*skill of jurists and different manners of interpretation. The final result was more general application of the statute. The author also points to the most important questions and controversies in Roman legal science concerning the problem of the lex Aquilia.*

**Key words:** *Lex Aquilia. – Interpretation. – Roman Jurisprudence. – Statutory Words: Occidere, Urere, Frangere, Rumpere, Iniuria, Damnum, etc. – Actio Legis Aquiliae. – Actio in Factum. – Actio Legis Aquiliae Utilis.*

## BLAGONAKLONO I DOPUNJUJUĆE TUMAČENJE TESTAMENTA

### Apstrakt

Rad ima za cilj da ispita da li se u važećem srpskom pravu mogu primenivati pravila o blagonaklonom i dopunjujućem tumačenju testamenta. Odgovoru na ovo pitanje prethodi analiza pravnog osnova za primenu ovih metoda tumačenja testamenta u nemačkom i austrijskom pravu, kao i pravno-političkih ciljeva koji se ostvaruju blagonaklonim i dopunjujućim tumačenjem.

Blagonaklono tumačenje se primenjuje onda kada sud ne može da utvrdi pravu nameru zaveštaoca iza koga je ostao višeznačni testament, pri čemu bar jedno od mogućih značenja vodi ka nedelotvornosti zaveštaoćevog raspolaganja. Cilj blagonaklonog tumačenja jeste da eliminiše ona značenja koja bi imala za posledicu ništavost ili odsustvo pravnih dejstava testamenta. Princip favor testamenti izvire iz slobode testiranja i teorije volje, a cilj mu je da osigura punovažnost i delotvornost testamenta. Član 135. Zakona o nasleđivanju Srbije kojim je ustanovljena teorija volje kao vladajući princip tumačenja testamenta može da predstavlja pravni osnov za primenu principa favor testamenti u srpskom pravu.

Dopunjujućim tumačenjem se popunjavaju neplanirane praznine u testamentarnom raspolaganju na osnovu hipotetičke volje zaveštaoca. Pravila o dopunjujućem tumačenju izvedena su iz teorije volje, tj. iz pravila po kojem se testament tumači u skladu sa pravom namerom zaveštaoca. Ideja dopunjujućeg tumačenja testamenta i hipotetičke volje zaveštaoca nije strana srpskom pravnom poretku, jer je došla do izražaja u pojedinim institutima ZON: sudsko stavljanje testamenta van snage iz čl. 80. st. 2. i sudsko korigovanje veličine naslednih kvota usled preračunavanja zaveštaoca iz čl. 139. ZON. Zbog toga ne postoji prepreka da srpski sudovi prilikom rešavanja konkretnih slučajeva primenjuju dopunjujuće tumačenje testamenta.

Ključne reči: *Princip favor testamenti.* – *Blagonaklono tumačenje testamenta.* – *Dopunjujuće tumačenje testamenta.*

### I – Uvod

Zakon o nasleđivanju Srbije<sup>1</sup> (u daljem tekstu: ZON) u čl. 135. predviđa da se testament tumači: „prema pravoj nameri zaveštaoćevoj“. Kada sud ne može

---

\* Dr Dejan Đurđević, docent Pravnog fakulteta u Beogradu. Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta *Pravni kapaciteti Srbije za evropske integracije* Pravnog fakulteta u Beogradu koji podržava Ministarstvo nauke Republike Srbije.

1 Službeni glasnik RS, br. 46/1995.

da utvrdi pravu nameru zaveštaoca, testament se tumači u smislu: „koji je povoljniji za zakonske naslednike ili one kojima je zaveštanjem naložena kakva obaveza.“ ZON nije normirao pravilo za slučaj kada sud ne može da utvrdi pravu nameru zaveštaoca, a sadržina testamenta ostavlja mogućnost za različita tumačenja, pri čemu neka od njih vode ka nepunovažnosti, odnosno nedelotvornosti testamentarnog raspolaganja. U takvim situacijama u uporednom pravu se primenjuje princip blagonaklonog tumačenja (nem. *wohlwollenden Auslegung*; lat. *benigna interpretatio*; *favor testamenti*), na osnovu kojeg sudovi daju testamentu onaj smisao koji vodi njegovoj punovažnosti, odnosno delotvornosti.<sup>2</sup> Osim toga, važeće srpsko pravo nema pravilo o popunjavanju neplaniranih praznina u testamentu usled kojih on ne može da proizvede pravna dejstva na koja je usmeren. Za takve slučajeve u uporednom pravu je razvijeno učenje o dopunjujućem tumačenju (nem. *ergänzende Auslegung*), prema kome sudovi popunjavaju neplanirane praznine u testamentu na osnovu hipotetičke volje zaveštaoca.<sup>3</sup>

U radu ću analizirati kako su u evropskim državama (posebno u nemačkom i austrijskom pravu) postavljena pravila o blagonaklonom i dopunjujućem tumačenju testamenta, da bih objasnio pravno-političke ciljeve tih interpretativnih metoda i njihov pravni osnov. Takvoj analizi mora da prethodi razmatranje osnovnog metoda tumačenja koji se primenjuje u testamentarnom pravu. Cilj ovog rada je da dâ odgovor na sledeće pitanje: da li u važećem naslednom pravu Srbije postoje potreba i pravni osnov za primenu pravila o blagonaklonom i dopunjućem tumačenju testamenta?

## II – Osnovni metod tumačenja testamenta

Tumačenje testamenta se definiše kao iznalaženje pravno relevantnog smisla zaveštaočeve izjave.<sup>4</sup> Svaki pravni posao podrazumeva postojanje stvarne (unutrašnje) volje i izjavljene volje. U procesu tumačenja testamenta sud treba da utvrdi koji je pravi smisao i domašaj testamentarnih odredbi. Izjava zaveštoca može biti shvaćena na razne načine. Od toga kako je sud shvati, zavisice pravne posledice testamenta. Zbog zaštite pravne sigurnosti sud nije slobodan da tumači testament po svom nahođenju već je vezan načinom tumačenja koji propisuje zakonodavac.<sup>5</sup> Prilikom tumačenja pravnih poslova mogu se primeniti različiti metodi, što zavisi od toga da li zakonodavac vodi računa samo o interesima subjekta koji izjavljuje volju, ili se ori-

2 Vidi § 2084 nemačkog Građanskog zakonika (u daljem tekstu: BGB).

3 Vidi umesto svih: Dirk Olzen, *Erbrecht*, Berlin/New York, 2001, str. 194 i dalje. U austrijskoj literaturi se za dopunjujuće tumačenje koristi izraz hipotetičko tumačenje (nem. *hypotetische Auslegung*). Vidi umesto svih: Bernhard Eccher, *Bürgerliches Recht VI – Erbrecht*, Wien/New York, 2002, str. 46.

4 Vidi umesto svih: Hans Brox, *Erbrecht*, Köln/Berlin/Bonn/München, 2003, str. 124.

5 Uporedi: Armin Ehrenzweig/Adolf Ehrenzweig/Winfried Kralik, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*. 4. Buch – Das Erbrecht, Wien, 1983, str. 119.

jentiše i na zaštitu poverenja prijemnika izjave.<sup>6</sup> U skladu sa tim, razvila su se dva osnovna načina tumačenja pravnih poslova: normativni (objektivno-subjektivni) i subjektivni (prirodni).<sup>7</sup> Za primenu tih metoda relevantna je podela pravnih poslova na: pravne poslove kod kojih izjava volje mora biti saopštena drugome, odnosno primljena od drugoga (nem. *empfangsbedürftige Willenserklärungen*) i pravne poslove kod kojih izjava volje ne mora biti saopštena drugome, odnosno primljena od drugoga da bi proizvela pravna dejstva (nem. *nichtempfangsbedürftige Willenserklärungen*).<sup>8</sup>

Normativni metod tumačenja primenjuje se kod ugovora i ostalih pravnih poslova kod kojih izjava volje mora biti saopštena drugome, odnosno primljena od drugoga da bi proizvela pravna dejstva (na primer, javno obećanje nagrade, otkaz ugovora o zakupu i sl.). Kod takvih pravnih poslova nužno je postojanje adresata (prijemnika) kome je izjava upućena. Da bi nastupila pravna dejstva na koja su usmereni takvi pravni poslovi, nije dovoljno samo to da subjekt izjavi volju već je neophodno da preduzme neku radnju kako bi adresat došao u mogućnost da se sa izjavom volje upozna.<sup>9</sup> Pravni poredak predviđa u kom momentu različite izjave volje počinju da proizvode pravna dejstva, opredeljujući se za teoriju prijema, teoriju otposljanja itd.<sup>10</sup> Tako, na primer Zakon o obligacionim odnosima<sup>11</sup> (u daljem tekstu: ZOO) u čl. 31. st. 1. predviđa da je ugovor: „zaključen onog časa kada ponudilac primi izjavu ponuđenog da prihvata ponudu.“<sup>12</sup> Javno obećanje nagrade obavezuje od onog momenta kada se učini javnim oglasom (čl. 229. st. 1. ZOO). Nezavisno od toga da li je prihvaćena teorija prijema ili teorija otposljanja, ono što je zajedničko za sve ove pravne poslove jeste da kod njih figuriraju izjavilac i adresat. Prilikom tumačenja izjave volje sud mora da vodi računa kako o interesima izjavioca, tako i o zaštiti poverenja njegovog prijemnika.<sup>13</sup> Za tumačenje ugovora i ostalih pravnih poslova kod kojih izjava volje mora da bude saopštena drugome, odnosno primljena od drugog da bi proizvela pravna dejstva relevantna su dva elementa: ono što

6 Hans Brox, *Allgemeiner Teil des BGB*, Köln/Berlin/Bonn/München, 2001, str. 72 i dalje.

7 Teorija tumačenja vuče svoje korene iz antičke Grčke. Grčki retoričari su uobličili objektivni i subjektivni metod tumačenja. O poreklu, recepciji i daljem uobličavanju metoda tumačenja vidi: Theodor Kipp/Helmut Coing, *Erbrecht. Ein Lehrbuch*, Tübingen, 1990, str. 137 i dalje.

8 U tom smislu: Helmut Köhler, *BGB – Allgemeiner Teil*, München, 1991, str. 170 i dalje.

9 Vidi umesto svih: Dieter Leipold, *BGB I – Einführung und Allgemeiner Teil*, Tübingen, 2002, str. 130 i dalje.

10 Vidi umesto svih: Slobodan Perović, *Obligaciono pravo*, Beograd, 1980, str. 280 i dalje.

11 Službeni list SFRJ, br. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 i Službeni list SRJ, br. 31/93.

12 Isto važi i za ponudu. Da bi mogla da proizvede pravno dejstvo ona mora biti saopštena ponuđenom. Više o tome: Miodrag Orlić, *Zaključenje ugovora*, Beograd, 1993, str. 304 i dalje. Uporedi: „Ponuda počinje da obavezuje već od momenta kada je prisepela ponuđenom“ – Aleksandar Jakšić/Srdan Stojanović, *Elementi za jedno ugovorno pravo*, Beograd, 1995, str. 60.

13 Bliže o tome: Dragoljub Stojanović, *Tumačenje ugovora, društvenih sporazuma i društvenih dogovora*, Zbornik Pravnog fakulteta u Nišu, 1977, str. 101 i dalje.

je izjavilac hteo da saopšti i kako je u konkretnim okolnostima (mesto, vreme, način davanja izjave) prijemnik, koji se ponašao u skladu sa običajima u prometu i načelom savesnosti i poštenja, morao razumeti izjavu.<sup>14</sup> Takvo shvatanje se naziva učenjem o „objektivnom horizontu prijemnika“, jer sud ne istražuje kako je prijemnik razumeo izjavu koja mu je prispela, već istražuje kako bi izjavu razumeo savestan i pošten učesnik u pravnom prometu da se našao u situaciji prijemnika.<sup>15</sup> Normativni metod tumačenja ugovora prema horizontu prijemnika došao je do izražaja u Skici za zakonik o obligacijama i ugovora profesora Mihaila Konstantinovića. U čl. 77. st. 2. Skice predviđeno je: „Pri tumačenju spornih odredbi ne treba se držati doslovnog značenja upotrebljenih izraza, nego istraživati zajedničku nameru ugovornika, i odredbu tako razumeti kako se najbolje slaže sa svrhom koju su strane ugovornice imale u vidu zaključujući ugovor“. Način istraživanja zajedničke namere ugovornika uređuje se u čl. 78. st. 1.: „Zajednička namera ugovornika uvrđuje se prema onome što je jedna strana stvarno izjavila i kako je trebala da druga strana ovo razume, prema onome što redovno biva u poštenom prometu.“<sup>16</sup> Nažalost, čl. 78. Skice nije ušao u konačan tekst Zakona o obligacionim odnosima.<sup>17</sup>

Testament je pravni posao kod kojeg ne postoji adresat. Izjava volje testatora ne mora biti saopštena nasledniku, legataru ili nekom drugom adresatu da bi proizvela pravna dejstva.<sup>18</sup> Pravna dejstva testamenta nastupaju u trenutku ostaviočeve smrti, nezavisno od toga da li su korisnici testamentarnog raspolaganja bili u mogućnosti da saznaju da im je nešto ostavljeno. Kako ne postoje prijemnici zaveštaočeve volje čiji bi interese zakonodavac morao da štiti, prilikom tumačenja testamenta sud ne treba da se orijentiše na „horizont prijemnika.“ Pravila tumačenja testamenta prilagođavaju se isključivo interesima zaveštaoca kao izjavioca volje. U testamentarnom pravu se primenjuje subjektivni metod tumačenja, koji se ogleda u tome što je sud usmeren na utvrđivanje stvarne (realne) namere zaveštaoca – teorija volje (nem. *Willensdogma*).<sup>19</sup>

14 Hans-Joachim Musielak, *Grundkurs BGB*, München, 1999, str. 46.

15 Jan Kropholler, *BGB – Studienkommentar*, München, 2003, str. 62–63.

16 Navedeno prema: Mihailo Konstantinović, *Obligacije i ugovori. Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*, Beograd, 1996.

17 Uporedi: čl. 99. – 102. ZOO. Novi Zakon o obligacionim odnosima Crne Gore (Službeni list RCG, br. 74/2008) uredio je materiju tumačenja ugovora po uzoru na Skicu prof. Konstantinovića. Uporedi čl. 96. st. 1. i 2. crnogorskog ZOO sa čl. 78. Skice prof. Konstantinovića.

18 Reiner Frank, *Erbrecht*, München, 2003, str. 83; Lazar Marković, *Gradansko pravo, knj. I – Opšti deo i stvarno pravo*, Beograd, 1927, str. 240.

19 Uporedi: Lutz Michalski, *BGB – Erbrecht*, Heidelberg, 2001, str. 128–129; Manfred Harder/Inge Kroppenber, *Grundzüge des Erbrechts*, Neuwied/Kriftel, 2002, str. 69–70; Dieter Leipold, *Erbrecht*, Tübingen, 2002, str. 123–124; H. Brox, *op. cit.*, str. 124–125; R. Frank, *op. cit.*, str. 83 i dalje; Helmut Koziol/Rudolf Welser, *Grundriss des bürgerlichen Rechts*, Wien, 2007, Bd II, str. 493.

Prema subjektivnoj koncepciji, prilikom tumačenja testameta sud mora da istražuje stvarnu volju ostavioca, a ne da se orijentiše na to kako su zainteresovana lica ili „prosečni ljudi“ razumeli ili mogli da razumeju zaveštaočevu izjavu. U jednoj odluci iz 1993. godine nemački Savezni sud je istakao da prilikom tumačenja testameta uvek treba poći od onoga „što je zaveštalac svojim rečima hteo da kaže.“<sup>20</sup>

U testamentarnom pravu se ne primenjuje pravilo iz čl. 99. ZOO prema kome do tumačenja dolazi samo kada postoje sporne odredbe. Čak i onda kada su upotrebljeni izrazi jasni i nedvosmisleni, testament je podložan tumačenju.<sup>21</sup> U tom slučaju sud ne utvrđuje uobičajeno (objektivno) značenje upotrebljenih izraza, već ono značenje koje je tim izrazima pridavao zaveštalac.<sup>22</sup> Ovaj metod tumačenja se odnosi kako na utvrđivanje korisnika testamentarnog raspolaganja, tako i na utvrđivanje predmeta testamentarnog raspolaganja. U literaturi je istaknuto nekoliko primera kojima se objašnjava subjektivni metod tumačenja testameta. Tako, kada je sačinjen testament u kome stoji: „sve ostavljam majci“, a sud je utvrdio da je zaveštalac svoju suprugu označavao terminom majka, za naslednika će biti oglašena zaveštaočeva žena. Merodavno je ono značenje termina „majka“ koje mu je pridavao zaveštalac.<sup>23</sup> H. Kociol i R. Velzer navode primer u kome je zaveštalac za naslednika imenovao svog „zeca“. Iako *prima facie* deluje da će testament biti poništen, jer za naslednika nije imenovan pravni subjekt, sud je utvrdio da je ostavilac svoju suprugu nazivao „Zec“, tako da je ostaviočeva žena nasledila celu zaostavštinu.<sup>24</sup> Subjektivni metod tumačenja se primenjuje prilikom utvrđivanja predmeta legata. U jednom slučaju zaveštalac je ostavio svom rođaku „biblioteku“. Zaveštaočevi rođaci i prijatelji znaju da je on imao malo knjiga, a da je izraz „biblioteka“ upotrebljavao za označavanje vinskog podruma. Legataru će pripasti flaše, a ne knjige, jer se

20 BGH – IV ZR 160/1991, od 7. X 1992, *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 4/1993, str. 256.

21 Nemački Savezni sud je u jednoj odluci iz 1982. godine formulisao tezu da: „jasni i nedvosmisleni izrazi ne postavljaju granice tumačenja testameta.“ Vidi: BGH – IV a ZR 94/1981, od 8. XII 1982, *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 13/1983, str. 672. Tumačenju su podložni i pravnički termini koje zaveštalac upotrebljava u testamentu (legat, naslednik, nasledstvo, imovina, plodouživalac i sl.), jer laici često nemaju jasnu predstavu o njihovom pravom značenju. U tom smislu: M. Harder/I. Kroppenber, *op. cit.*, str. 70. Uporedi § 2087. st. 1. BGB, koji predviđa da ako zaveštalac svoju zaostavštinu ili njen alikvotni deo ostavi nekom licu, takvo raspolaganje će se smatrati imenovanjem naslednika i onda kada korisnik raspolaganja nije u testamentu označen terminom „naslednik“. U st. 2. § 2087. BGB-a predviđeno je da ako zaveštalac ostavi nekom licu pojedine predmete iz imovine, u sumnji treba uzeti da to lice nije postavljeno za naslednika, čak i onda kada je u testamentu označeno terminom „naslednik“.

22 Za tumačenje testameta je merodavno specifično značenje koje određenim izrazima pridaje zaveštalac, čak i onda kada njegovi naslednici nisu mogli znati za tu činjenicu. Uporedi: odluka nemačkog Saveznog suda – BGH – IV a ZR 94/1981, od 8. XII 1982, *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 13/1983, str. 672.

23 Navedeno prema: H. Brox, *op. cit.*, str. 128.

24 Navedeno prema: H. Koziol/R. Welsler, *op. cit.*, Bd II, str. 494.



prilikom utvrđivanja značenja reči kojom se opisuje predmet testamentarnog raspolaganja, ne uzima u obzir uobičajeno, već ono značenje koje je toj reči pridavao zaveštalac.<sup>25</sup>

Tekst testamenta predstavlja samo polazište za utvrđivanje prave namere zaveštaoca. Prilikom tumačenja testamenta sud nije ograničen isključivo na analizu reči koje su upotrebljene u testamentu, već može uzeti u obzir okolnosti koje se nalaze izvan teksta testamenta.<sup>26</sup> U gore navedenim primerima sud nije mogao samo na osnovu teksta testamenta da utvrdi šta je ostavilac podrazumevao pod terminima „majka“, „zec“ i „biblioteka“, već je morao da se orijentiše na sve okolnosti vezane za zaveštaoca i sam čin sačinjavanja testamenta, kao što su: usmene izjave date u vreme sačinjavanja testamenta, svedočenje sudije ili svedoka koji su učestvovali u postupku sastavljanja testamenta o zaveštaočevim željama i namerama i sl. Prilikom tumačenja prave namere zaveštaoca merodavne su okolnosti koje su postojale u vreme sačinjavanja testamenta.<sup>27</sup> Promene u zaveštaočevoj terminologiji koje su nastupile po sastavljanju testamenta ne uzimaju se u obzir. Međutim, izjave koje je zaveštalac kasnije dao mogu predstavljati indicije za utvrđivanje njegove prave namere u momentu sačinjavanja testamenta.<sup>28</sup>

### III – Blagonaklono tumačenje testamenta

Pravilo o blagonaklonom tumačenju testamenta primenjuje se onda kada testament ima više značenja od kojih bar jedno vodi njegovoj nedelotvornosti, a sudija ne može da utvrdi pravu nameru zaveštaoca.<sup>29</sup> U takvim situacijama, sudija prilikom tumačenja testamentarnih odredbi treba da omogući da testament bude delotvoran. Pravno-političko<sup>30</sup> polazište za primenu tog principa predstavljaju princip slobode testiranja i teorija volje.<sup>31</sup> Ako se testament tumači u skladu sa pravom namerom zaveštaoca, onda u slučaju sumnje da li će testament proizvoditi pravna dejstva treba poći od toga da svaki zaveštalac

25 Navedeno prema: R. Frank, *op. cit.*, str. 83.

26 Wilfried Schlüter, *Erbrecht*, München, 2000, str. 81–82; M. Harder/I. Kroppenber, *op. cit.*, str. 70; D. Leipold, *op. cit.*, str. 125; R. Frank, *op. cit.*, str. 83–84.

27 U tom smislu: A. Ehrenzweig/W. Kralik, *op. cit.*, str. 120; M. Harder/I. Kroppenber, *op. cit.*, str. 72–73; R. Frank, *op. cit.*, str. 84.

28 L. Michalski, *op. cit.*, str. 132.

29 Otto Palandt (Hrsg)/ Wolfgang Edenhofer, *Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar*, München, 1995, str. 1952; A. Ehrenzweig/W. Kralik, *op. cit.*, str. 124.

30 Carsten Thomas Ebenroth, *Erbrecht*, München, 1992, str. 283.

31 Subjektivni metod tumačenja testamenta ima dva značenja. U užem smislu, on označava da je za tumačenje izraza koji su upotrebljeni u testamentu merodavan onaj smisao koji je tim izrazima pridavao zaveštalac. U širem smislu, subjektivni metod označava da prilikom tumačenja testamenta sud treba da afirmiše zaveštaočevu volju, tj. da zaveštaočevu volju učini delotvornom. Bliže o tome: Hannes Glaus, *Irrtumsanfechtung und Auslegung beim Testament. Eine Analyse des schweizerischen Rechts unter Mitberücksichtigung der deutschen und der französischen Rechtsordnung*, Zürich, 1982, str. 106 i dalje.

želi da postigne nešto razborito i dozvoljeno.<sup>32</sup> Princip blagonaklonog tumačenja postavljen je još u rimskom pravu (pravilo *favor testamenti*),<sup>33</sup> a danas je izričito normiran u mnogim građanskim zakonicima. Tako se u § 2084 BGB, iznad kojeg stoji marginalni naslov „Tumačenje u korist delotvornosti“, predviđa: „Ako sadržina testamenta dopušta različita tumačenja, u sumnji se mora dati prednost onom tumačenju kod kojeg testament može imati uspeh.“<sup>34</sup> U literaturi je istaknuto da su pravno-politički ciljevi koji se ostvaruju pravilom o blagonaklonom tumačenju testamenta slični pravno-političkim ciljevima konverzije.<sup>35</sup> Razlika je u tome što se kod konverzije ništav pravni posao pretvara u punovažni, dok se kod blagonaklonog tumačenja formalno punovažnom testamentu pripisuje jedno od više značenja koja sadrži.<sup>36</sup>

Da bi došlo do primene blagonaklonog tumačenja testamenta, neophodno je da budu ispunjena tri uslova. Prvi uslov se sastoji u tome što tekst testamenta treba da bude višeznačan, tj. da bude formulisan tako da se može shvatiti na različite načine. Ako je zaveštalac svoje raspolaganje formulisao jednoznačno, tj. tako da može imati samo jedno značenje, ne postoji prostor za blagonaklono tumačenje testamenta.<sup>37</sup> Na primer, ako zaveštalac imenuje za naslednika određenu životinju, takva će odredba u testamentu biti apsolutno ništava jer životinja nema pravni subjektivitet i ne može biti naslednik. U ovom primeru može doći do konverzije<sup>38</sup> – odredba o imenovanju životinje za naslednika pretvara se u nalog ostavljen zakonskom nasledniku da se stara o toj životinji.<sup>39</sup> Primena blagonaklonog tumačenja je isključena jer testament nije višeznačan. Drugačija situacija postoji onda kada u testamentu stoji da zaveštalac svoju imovinu ostavlja „za zbrinjavanje“ određene životinje, jer način na koji je formulisan testament ostavlja prostor za različita tumačenja (da je životinja imenovana za naslednika, da joj je ostavljen legat

32 Vidi: T. Kipp/H. Coing, *op. cit.*, str. 138. Uporedi: VSH – Gž 3577/1965, od 2. III 1966, koji kaže da prilikom tumačenja testamenta treba imati u vidu: „da ljudi koji su u običnoj mjeri oprezni vode računa pri sastavljanju oporuke o odredbama objektivnog prava i teže da svoju poslednju volju usklade s njima.“ Navedeno prema: Jadranko Crnić, *Zakon o nasljeđivanju s napomenama, objašnjenjima i sudskom praksom*, Zagreb, 1987, str. 192.

33 O razvoju principa *favor testamenti* vidi bliže kod: T. Kipp/H. Coing, *op. cit.*, str. 138.

34 Austrijski pravници princip blagonaklonog tumačenja izvode iz § 655 ABGB, koji predviđa: „Reči se uzimaju i pri isporukama u njihovom običnom značenju, osim ako se dokaže, da je zaveštalac imao naviku, da se izvesnim izrazima vezuje neko naročito njemu svojstveno značenje, ili ako isporuka ne bi inače imala nikakva dejstva (podvukao D. Đ.)“. Odredba citirana prema: Stupar (prir.), *Zbornik građanskih zakonika stare Jugoslavije*, Titograd, 1960. Za primenu principa *favor testamenti* u austrijskom pravu vidi: Wolfgang Zankl, *Erbrecht*, Wien, 2008, str. 62.

35 M. Harder/I. Kroppenbergr, *op. cit.*, str. 73.

36 Uporedi: Ulrich v. Lübtow, *Erbrecht. Eine systematische Darstellung*, Berlin, 1971, Hb I, str. 278.

37 U tom smislu: C. T. Ebenroth, *op. cit.*, str. 284; D. Olzen, *op. cit.*, str. 201; H. Brox, *op. cit.*, 130–131.

38 Uporedi: Heinrich Lange/Kurt Kuchinke, *Erbrecht. Ein Lehrbuch*, München, 2001, str. 777.

39 Arg. iz shodne primene čl. 106. ZOO na osnovu čl. 25. st. 3. ZOO. U tom smislu: Bernd Rütthers, *Allgemeiner Teil des BGB*, München, 1991, str. 91.

izdržavanja ili da je zakonskom nasledniku ostavljen nalog da se stara o toj životinji).<sup>40</sup> U ovom slučaju sud je dužan da primeni princip *favor testamenti*. Od tri moguća značenja koje ima testamentarno raspolaganje, važiće ono koje će omogućiti da testament proizvede pravno dejstvo. Kako dva značenja vode ništavosti testamenta (imenovanje životinje za naslednika i imenovanje životinje za legataru), ona se eliminišu i sud testament tumači u smislu da je zakonskom nasledniku ostavljen nalog da se brine o životinji.

Drugi uslov se tiče postojanja sumnje o pravom značenju testamenta.<sup>41</sup> Blagonaklonom tumačenju mora da prethodi utvrđivanje prave namere zaveštaoca. Kada testament ima više značenja, sud ne može po automatizmu primeniti princip *favor testamenti*, već mora prvo da utvrdi stvarnu volju zaveštaoca. U postupku će biti preduzete aktivnosti koje su na to usmerene, a koje se sastoje u izvođenju različitih dokaza (npr. čitanje isprava, saslušanje svedoka itd.), na osnovu kojih sudija treba da formira zaključak o tome šta je bila zaveštaočeva stvarna volja. Dokazi se cene slobodno, jer do zaključka o pravoj nameri zaveštaoca sud dolazi „po svom uverenju, na osnovu savesne i brižljive ocene svakog dokaza zasebno i svih dokaza zajedno, kao i na osnovu rezultata celokupnog postupka.“ – tzv. slobodno sudijsko uverenje.<sup>42</sup> Međutim, utvrđivanje zaveštaočeve namere u praksi često nailazi na velike teškoće koje proističu odatle što ona predstavlja unutrašnju činjenicu. Zbog toga nije isključena mogućnost da se pojave situacije u kojima sud, uprkos tome što je izveo sve dokaze, nije uspeo da stekne uverenje o tome šta je prava namera zaveštaoca. Takav slučaj se naziva *non liquet*.<sup>43</sup> Odsustvo sudijskog uverenja o postojanju ili nepostojanju određene činjenice ne sme da ima za posledicu uskraćivanje meritornog odlučivanja.<sup>44</sup> Kada ne može da zaključi koje od više značenja testamenta predstavlja pravu nameru zaveštaoca, sud pristupa blagonaklonom tumačenju.<sup>45</sup> Na primer, zaveštalac, koji je strastven lovac i koji ima lovačkog psa Đoleta i komšiju Đoleta sa kojim često ide u lov, sačini testament koji glasi: „Zaostavštinu ostavljam mom drugu iz lova Đoletu.“ Ovaj testament ima dva značenja od kojih je jedno ništavo (imenovanje psa Đoleta za naslednika), a drugo punovažno (imenovanje komšije Đoleta za naslednika). Sud ne može po automatizmu da primeni princip blagonaklonog tumačenja i da za naslednika oglasi ostaviočevog komšiju. Ukoliko se utvrdi da je prava namera zaveštaoca bila da za naslednika imenuje svog psa, odredba o imenovanju naslednika će biti ništava. Ali ako postoji *non liquet* situacija, za naslednika će biti imenovan komšija, jer princip *favor testamenti* nalaže sudu da od dva moguća značenja testamenta eliminiše ono koje je ništavo.

40 Uopredi: odluka Vrhovnog zemaljskog suda Bavarske – BayObLG – BReg 1 Z 64/1987, od 22. IV 1988, *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 43/1988, str. 2742.

41 O. Palandt(Hrsg)/W. Edenhofer, *op. cit.*, str. 1952.

42 Čl. 8. Zakona o parničnom postupku (Službeni glasnik RS, br. 125/2004).

43 Vidi umesto svih: Aleksandar Jakšić, *Gradansko procesno pravo*, Beograd, 2008, str. 398.

44 Vidi umesto svih: Walter Rechberger/Daphne-Ariane Simotta, *Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts-Erkenntnisverfahren*, Wien, 2003, str. 336.

45 Uopredi: J. Kropholler, *op. cit.*, str. 1005.

Treći uslov za primenu blagonaklonog tumačenja ogleda se u tome što od više mogućih značenja testamenta bar jedno mora voditi ka njegovoj ništavosti ili odsustvu pravnih dejstava.<sup>46</sup> Ako formulacija testamenta ima više značenja i svako od tih značenja je punovažno i podobno da proizvede pravno dejstvo, ne primenjuje se pravilo o blagonaklonom tumačenju, već se primenjuju druga dopunska pravila za tumačenje testamenta.<sup>47</sup> Uzmimo, na primer, da zaveštalac koji često ide na pecanje sa sinom Markom i kumom Markom, sačini testament kojim ribolovačku opremu ostavlja Marku. Ovaj testament ima dva moguća značenja (da je za legataru određen sin, odnosno kum), pri čemu su oba punovažna i delotvorna. U ovom slučaju se ne može primeniti pravilo o blagonaklonom tumačenju, već se primenjuje pravilo prema kojem se testament tumači u korist zakonskog naslednika, tako da će pripor za pecanje pripasti zaveštaočevom sinu.

Princip *favor testamenti* ne služi samo za to da u slučaju sumnje dovede do punovažnosti testamenta, već je njegov cilj postavljen šire. Blagonaklono tumačenje služi i za to da u slučaju sumnje omogući da punovažan testament proizvede pravna dejstva. Naime, kod testamenata koji imaju više dozvoljenih značenja blagonaklono tumačenje dovodi do eliminacije onih koja ne mogu da proizvedu pravno dejstvo (opozvana su, upućuju na korisnika testamentarnog raspolaganja koji je umro pre zaveštaoca itd.).<sup>48</sup> Na primer, zaveštalac koji je u momentu sastavljanja testamenta imao na računu američke i kanadske dolare naloži svojim naslednicima da njegovom kumu isplate sa njegovog računa „1000 dolara“, a neposredno pred smrt podigne sa računa sve američke dolare da bi platio troškove lečenja. Ovde postoje dva moguća i dozvoljena značenja testamenta, od kojih je delotvorno samo ono gde su predmet legata kanadski dolari. Ako bi se utvrdilo da je zaveštalac imao nameru da legataru ostavi američke dolare, legat neće proizvoditi pravna dejstva jer je opozvan. Ukoliko sud ne može da utvrdi šta je bila prava namera zaveštaoca, princip *favor testamenti* nalaže da se eliminiše ono značenje koje ne može da ima pravno dejstvo. Sledstveno tome, legataru će pripasti kanadski dolari.

#### IV – Da li se princip blagonaklonog tumačenja testamenta može primeniti u srpskom pravu?

Pravila o tumačenju testamenta koja se danas primenjuju u srpskom pravu postavljena su još 1955. godine u saveznom Zakonu o nasleđivanju, odakle su posle 1974. godine preuzimana u republička zakonodavstva.<sup>49</sup> SZON,

46 Rolf Stürner in: Othmar Jauernig (Hrsg), *Bürgerliches Gesetzbuch – Kommentar*, München, 2003, str. 1740–1741.

47 Uporedi: Walter Erman (Hrsg)/Franz Hense, *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Münster, 1967, Bd II, str. 1403.

48 U tom smislu: D. Leipold, *op. cit.*, str. 132; D. Olzen, *op. cit.*, str. 201.

49 Uporedi: čl. 90. Zakona o nasleđivanju iz 1955. godine (Službeni list FNRJ, br. 20/1955) i čl. 85. Zakona o nasleđivanju Srbije 1974. godine (Službeni glasnik SRS, br. 52/1974).

republički i pokrajinski zakoni o nasljeđivanju bivše SFRJ nisu na izričit način propisivali princip blagonaklonog tumačenja testamenta. Teorija nije na pravi način razumela princip *favor testamenti*, već ga je posmatrala kao suprotnost pravilu prema kome se testament tumači u korist zakonskog nasljednika: „odredba st. 2. čl. 135. ZON, koja govori o tome da se treba držati onoga što je najpovoljnije za zakonskog nasljednika, dosta je restriktivna prema zaveštavanju. Naime, u velikom broju savremenih prava, pravilo je upravo obrnuto: kad god to mogućnosti dopuštaju, zaveštavanje se tumači u prilog zaveštajnom a ne zakonskom nasljeđivanju, odnosno, drugim rečima, ako je zaveštalac sačinio zaveštavanje u ozbiljnoj formi mora se pretpostaviti da je hteo da dođe do zaveštajnog a ne do zakonskog nasljeđivanja.“<sup>50</sup> Takva koncepcija, prema kojoj se princip *favor testamenti* i tumačenje u korist zakonskih nasljednika međusobno isključuju došla je do izražaja u čl. 50. st. 2. Zakona o nasljeđivanju Hrvatske: „U dvojbi o pravoj oporučiteljevoj namjeri treba se držati onoga što je povoljnije za oporučnog, a ne zakonskog nasljednika.“<sup>51</sup> Hrvatski autori ističu da je propisivanjem takve odredbe: „zakonodavac slijedio klasično pravilo *favor testamenti*, po kojem oporučne odredbe treba u dvojbi tumačiti u prilog oporuke, što znači da bi od dvaju jednako mogućih shvaćanja sadržaja oporuke, trebalo izabrati onaj koji je valjan pa time povoljniji za oporučnog nasljednika, a ne onaj koji to nije (pa je povoljniji za zakonskog nasljednika).“<sup>52</sup>

U hrvatskom pravu je primena blagonaklonog tumačenja znatno proširena, tako da je princip *favor testamenti* postao opšte dopunsko pravilo tumačenja testamenta, što je pogrešan pristup.<sup>53</sup> Pravilo sadrži u sebi i jednu logičku protivrečnost, jer dovodi do tzv. začaranog kruga – kada tumači testament sud mora da se prikloni onom značenju koje je povoljnije za testamentarnog nasljednika, a da bi utvrdio ko je testamentarni nasljednik, on mora da tumači testament. Osim toga, takvo pravilo može da otvori prostor za zloupotrebe kada zaveštalac punovažnim, ali neprecizno formulisanim testamentom raspolaže u korist zakonskog nasljednika. U takvoj situaciji lica koja žele da prigrabe nasljedstvo mogu stvoriti slučaj *non liquet* (dovesti sud u nemogućnost da utvrdi šta je prava namera ostavioca) predlaganjem dokaza koji upućuju na to da ostaviočeva namera nije bila da raspolaže u korist zakonskog nasljednika, a u takvom slučaju, sud bi u nedostatku dokaza morao da presudi na štetu zakonskog nasljednika.

Princip blagonaklonog tumačenja testamenta bolje je došao do izražaja u Predlogu Komisije za izradu Građanskog zakonika Republike Srbije, gde je

50 Oliver Antić/Zoran Balinovac, *Komentar Zakona o nasljeđivanju*, Beograd, 1996, str. 404.

51 Narodne novine RH, br. 48/2003.

52 Nikola Gavella/Vlado Belaj, *Nasljedno pravo*, Zagreb, 2008, str. 174.

53 U tom smislu: O. Jauernig (Hrsg)/R. Stürner, *op. cit.*, str. 1739, koji ističu da princip *favor testamenti* „obrađuje uzak krug problematike tumačenja testamenta“. Uporedi: H. Lange/K. Kuchinke, *op. cit.*, str. 777, koji kažu da pravilo o blagonaklonom tumačenju „ne propisuje ništa više, osim da kod različitih mogućnosti tumačenja treba isključiti onu koja vodi nedelotvornosti testamentarnog raspolaganja“.

predviđeno da odredba čl. 135. st. 1. važećeg ZON u budućem Građanskom zakoniku glasi: „Odredbe zaveštanja treba tumačiti prema pravoj nameri zaveštaočevoj i u smislu kako bi se one mogle održati pravovaljanim.“ Komisija predlaže da odredba čl. 135. st. 2. važećeg ZON ostane nepromenjena.<sup>54</sup> Dobra strana ovakvog rešenja sastoji se u tome što je ono pokazalo da princip *favor testamenti* i princip tumačenja testameta u korist zakonskog naslednika ne predstavljaju dve suprotnosti koje se međusobno isključuju. Reč je o različitim dopunskim pravilima za tumačenje testameta koja imaju različito polje primene. Nedostatak rešenja koje je predložila Komisija tiče se izraza „održati pravovaljanim“. Taj izraz upućuje na zaključak da se blagonaklono tumačenje primenjuje samo onda kada jedno od više mogućih značenja testameta vodi njegovoj ništavosti. Princip *favor testamenti* nije ograničen samo na to da u slučaju sumnje spreči poništenje višeznačnog testameta. Taj princip treba da višeznačno testamentarno raspolaganje učini delotvornim. Sledstveno tome, blagonaklono tumačenje primenjuje se i onda kada bar jedno od više mogućih i punovažnih značenja testameta ne može da proizvede pravna dejstva iz bilo kog razloga (opozvano je, ostavljeno je licu koje je umrlo pre ostavioca ili je nedostojno za nasleđivanje). Zbog toga, izraz „održati pravovaljanim“ treba zameniti izrazom „imati pravno dejstvo“.

Odredbe važećeg ZON takođe ostavljaju prostor sudovima da primenjuju princip *favor testamenti*. Pravno-politički osnov za primenu blagonaklonog tumačenja predstavlja čl. 135. st. 1. ZON koji afirmiše teoriju volje time što predviđa da se testament tumači u skladu sa pravom namerom zaveštaoca. U stranoj teoriji je nesporno da blagonaklono tumačenje predstavlja specifičan izraz teorije volje.<sup>55</sup> Osim toga, i način na koji je formulasan čl. 135. ZON ostavlja prostor da se primeni princip blagonaklonog tumačenja testameta. Ako se čl. 135. st. 1. ZON sistemski tumači u vezi sa čl. 135. st. 2. ZON, onda se uočava jedna pravna praznina. Naime, čl. 135. st. 1. ZON glasi: „Odredbe zaveštanja treba tumačiti prema pravoj nameri zaveštaočevoj“, dok st. 2. čl. 135. glasi: „Kad se prava namera zaveštaoca ne može utvrditi, zaveštanje se tumači u smislu koji je povoljniji za zakonske naslednike ili one kojima je zaveštanjem naložena neka obaveza.“ Kao što se vidi u prvom stavu čl. 135. zakonodavac govori o tumačenju „odredaba zaveštanja“, dok se u drugom stavu istog člana govori o „tumačenju zaveštanja“. Ovo razlikovanje u normiranju povlači za sobom značajne pravne posledice.

Treba poći od toga da je u čl. 135. st. 1. ZON zakonodavac računao sa mogućnošću da je testament eventualno ništav, ili da iz nekog drugog razloga ne može da proizvede pravna dejstva. Zbog toga koristi termin „odredbe zaveštanja“. Kada sud dobije ispravu u kojoj je sadržan tekst zaveštaočeve poslednje volje, on još uvek ne zna da li je taj testament punovažan. Opšte je prihvaćeno pravilo da tumačenje testameta prethodi njegovom poništa-

54 Vlada Republike Srbije, *Rad na izradi Građanskog zakonika Republike Srbije. Izveštaj Komisije sa otvorenim pitanjima*, Beograd, 2007, str. 135.

55 C. T. Ebenroth, *op. cit.*, str. 283.

vanju.<sup>56</sup> To znači da sud ne može doneti odluku o poništenju testamenta dok prethodno ne utvrdi pravu nameru zaveštaoca. U čl. 135. st. 2. ZON, zakonodavac polazi od toga da će testament proizvoditi pravna dejstva, ali je sporno kakva će biti ta dejstva i prema kome su usmerena. Zbog toga zakonodavac u ovom stavu ne govori o „tumačenju odredaba zaveštanja“, već o „tumačenju zaveštanja“. Sledstveno tome, primena čl. 135. st. 2. ZON moguća je samo onda kada sud prethodno utvrdi da su sva moguća značenja testamenta punovažna i da mogu da proizvedu pravna dejstva. Međutim, postavlja se pitanje: kako sud treba da postupi kada nisu sva moguća značenja testamenta delotvorna i kada usled toga postoji sumnja da li on može da proizvede pravna dejstva? Tu zakonsku prazninu treba popuniti primenom principa *favor testamenti*. To znači da u slučaju sumnje šta je bila prava namera zaveštaoca sudovi mogu da primenjuju tri dopunska pravila za tumačenje testamenta. Princip blagonaklonog tumačenja će primenjivati onda kada testament ima više značenja, pri čemu su neka nedelotvorna (ništava ili ne mogu da proizvedu pravno dejstvo), tako da sud u slučaju sumnje isključuje ona značenja koja vode ka nedelotvornosti raspolaganja za slučaj smrti. Da bi se primenilo pravilo prema kome se u sumnji testament tumači u korist zakonskih naslednika, neophodno je da testament ima više značenja i da su sva ta značenja punovažna i delotvorna. Samo u takvoj situaciji sud uzima ono značenje koje je povoljnije za zakonskog naslednika. Važno je istaći da u slučaju sumnje da li je testament punovažan ili ništav, sud ne može poništavati testament sa pozivom na to da je takav ishod povoljniji za zakonskog naslednika već mora primeniti pravilo *favor testamenti*. Na primer, ako zaveštalac za naslednika imenuje „Doleta“, u slučaju sumnje da li je zaveštalac mislio na svog psa ili na svog komšijiu, sud ne može tumačiti izjavu u smislu da je za naslednika imenovan pas, sa pozivom na to da je za zakonskog naslednika povoljnije da testament bude poništen.

Na isti način treba postaviti odnos između blagonaklonog tumačenja i pravila po kome se testament tumači u korist lica kome je ostavljena neka obaveza. Tumačenje u korist lica kome je naložena neka obaveza može da se primenjuje samo onda kada testament ima više značenja i sva su delotvorna. Na primer, zaveštalac ostavi svom prijatelju u legat 10.000 dolara, a u zaostavštini se nalazi 100.000 američkih i 100.000 kanadskih dolara. Ovde predmet legata ima dva značenja i oba mogu da proizvedu pravno dejstvo. Kada sud ne može da utvrdi pravu nameru zaveštaoca, on tumači testament na način koji je povoljniji za onerata, tako da će legatar imati pravo da zahteva kanadske dolare. Međutim, ako bi se odredba u testamentu o legatu ili nekom drugom teretu (uslovu, nalogu) mogla shvatiti tako da ima delotvoran sadržaj ili da nema delotvoran sadržaj, u slučaju sumnje sud primenjuje pravilo *favor testamenti*, tako da će ta odredba opstati. Na primer, zaveštalac koji poseduje američke i kanadske dolare napiše testament koji glasi: „Marku ostavljam dolare“, a neposredno pred smrt potroši sve kanadske dolare. Ovde testament

56 D. Olzen, *op. cit.*, str. 199.

ima dva značenja, pri čemu je samo jedno delotvorno, jer ako se utvrdi da su predmet legata bili kanadski dolari testament ne može da proizvede pravno dejstvo zato što legat pada (čl. 153. st. 3. ZON). Kada sud ne može da utvrdi pravu nameru zaveštaoca testament se tumači na način koji će dovesti do njegove delotvornosti. Uzima da su predmet legata američki dolari, tako da će onerat biti dužan da legataru isplati sve američke dolare koji su se u momentu ostaviočeve smrti zatekli u zaostavštini (čl. 153. st. 1. ZON). Pogrešno je shvatanje nekih autora<sup>57</sup> da u takvom slučaju spornu odredbu treba shvatiti u smislu da nema delotvoran sadržaj, jer je za lice kome je naložen teret povoljnije da taj teret ne opstane.

## V – Dopunjujuće tumačenje testamenta

Dopunjujuće tumačenje testamenta se definiše kao popunjavanje praznina u testamentu na osnovu hipotetičke volje ostavioca.<sup>58</sup> U zakonodavstvu ne postoje izričite norme o dopunjujućem tumačenju. Pravila o dopunjujućem tumačenju razvila su se u stranoj teoriji i sudskoj praksi.<sup>59</sup> Kod dopunjujućeg tumačenja polazi se od toga da su okolnosti (činjenične i pravne) kojima se zaveštalac rukovodio prilikom sastavljanja testamenta promenljive. Neke od promena, koje se nezavisno od zaveštaočeve volje dogode od momenta sastavljanja testamenta do otvaranja nasledstva, imaju za posledicu nemogućnost ostvarenja cilja radi kojeg je sačinjeno zaveštajno raspolaganje. Ovde se postavlja pitanje: kako se promenjene okolnosti odražavaju na pravna dejstva jednog punovažnog testamentarnog raspolaganja?

Kada u materiji ugovornog prava nastupe promenjene okolnosti, ugovornici mogu tražiti raskid ili reviziju ugovora. ZOO u čl. 133. st. 1. predviđa da: „ako posle zaključenja ugovora nastupe okolnosti koje otežavaju ispunjenje obaveze jedne strane, ili ako se zbog njih ne može ostvariti svrha ugovora, a u jednom i u drugom slučaju u toj meri da je očigledno da ugovor ne odgovara očekivanjima ugovornih strana i da bi po opštem mišljenju bilo nepravično održati ga na snazi takav kakav je, strana kojoj je otežano ispunjenje obaveze, odnosno strana koja zbog promenjenih okolnosti ne može ostvariti svrhu ugovora, može zahtevati da se ugovor raskine.“ U čl. 4. st. 133. ZOO predviđeno je da se „ugovor neće raskinuti ako druga strana ponudi ili pristane na to da se odgovarajući uslovi ugovora pravično izmene“. Pravilo o raskidu i reviziji ugovora zbog promenjenih okolnosti ne može se primeniti u testamentarnom pravu.<sup>60</sup> Testament je opoziv pravni posao, tako da zaveštalac može svoje raspolaganje sam prilagoditi promenjenim okolnostima. Međutim, ako

57 N. Gavella/V. Belaj, *op. cit.*, str. 174.

58 W. Schlüter, *op. cit.*, str. 83; D. Olzen, *op. cit.*, str. 194; D. Leipold, *op. cit.*, str. 134; H. Brox, *op. cit.*, str. 128.

59 Vidi umesto svih: D. Leipold, *op. cit.*, str. 134 i dalje.

60 Odluka nemačkog Saveznog suda: BGH – IV ZR 147/1991, od 25. XI 1992, *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 13/1993, str. 850.



zaveštalac iz neznanja ili iz nekog drugog razloga ne može da prilagodi testament promenjenim okolnostima, to će učiniti sud primenom pravila o dopunjujućem tumačenju testamenta. Dopunjujuće tumačenje testamenta jednim delom preuzima na sebe onu ulogu koju u ugovornom pravu ima institut raskida i revizije ugovora zbog promenjenih okolnosti.<sup>61</sup>

ZON poznaje slučajeve u kojima sud može da utiče na dejstva testamenta zbog nastupanja promenjenih okolnosti. U čl. 80. st. 2. ZON predviđeno je: da „Kad se bitno izmene prilike koje su u vreme zaveštanja bile zaveštaočeva odlučujuća pobuda, sud može na zahtev zainteresovanog lica, staviti van snage pojedine odredbe zaveštanja ili celo zaveštanje, ako zaveštalac to nije mogao učiniti zbog gubitka sposobnosti za rasuđivanje.“ Ova odredba ima ograničeno područje primene jer ovlašćuje sud isključivo na to da testament u potpunosti ili delimično stavi van snage. To pravilo ne daje sudu mogućnost da revidira testament, tj. da umesto zaveštaoca prilagodi sadržinu testamenta promenjenim okolnostima.

Potreba za revizijom testamenta zbog promenjenih okolnosti može se ilustrovati sledećim primerom. Zaveštalac je sačinio testament kojim je za naslednika imenovao daljeg rođaka. Advokatu i testamentarnim svedocima je obrazložio svoju odluku teškim materijalnim stanjem u kome se nalazi testamentarni naslednik i željom da pomogne školovanje njegove dece. Testamentarni naslednik je poginuo neposredno pred zaveštaočevu smrt. S obzirom na to da primena prava predstavljanja nije moguća kod testamentarnog nasleđivanja, zaostavština bi trebalo da pripadne zakonskim naslednicima. Takav ishod onemogućuje ostvarenje cilja radi kojeg je učinjeno testamentarno raspolaganje (pomaganje dece testamentarnog naslednika). Da bi se ostvarila „prava namera zaveštaočeva“, neophodno je da se testament revidira. Sam zaveštalac nije bio u mogućnosti da prilagodi svoj testament novonastalim okolnostima jer je umro neposredno nakon pogibije testamentarnog naslednika.<sup>62</sup> U ovakvim situacijama dopunjujuće tumačenje omogućuje da se ostvari cilj zbog kojeg je zaveštalac sačinio testament.

## VI – Popunjavanje praznina u testamentu pomoću hipotetičke volje zaveštaoca

Dopunjuće tumačenje se primenjuje onda kada u testamentu postoje neplanirane praznine (nem. *planwidrige Lücke*). Pod prazninama u testamentu podrazumevaju se: naknadne praznine (nem. *nachträgliche Lücke*) i prvobitne praznine (nem. *ursprüngliche Lücke*).<sup>63</sup>

Naknadne praznine predstavljaju takve promene činjenica ili pravnih odnosa koji su postojali u momentu sačinjavanja testamenta, a usled kojih te-

61 H. Lange/K. Kuchinke, *op. cit.*, str. 785.

62 Primer naveden prema slučaju iz nemačke sudske prakse. Vidi: H. Glaus, *op. cit.*, str. 109.

63 D. Olzen, *op. cit.*, str. 194.

stamentarno raspolaganje postaje nedelotvorno ili ne može da ostvari cilj radi kojeg je sačinjeno.<sup>64</sup> Dopunjujuće tumačenje je moguće samo ako zaveštalac prilikom sastavljanja testamenta nije računao na mogućnost promene činjenica.<sup>65</sup> Ako se utvrdi da je zaveštalac računao na mogućnost da se određene činjenice promene i da je, uprkos tome, sastavio testament određene sadržine, u slučaju naknadne promene činjenica ne može se primenjivati dopunjujuće tumačenje. Tako, ako bi se u prethodnom primeru utvrdilo da je zaveštalac računao sa mogućnošću da testamentarni naslednik umre pre njega i da je i pored toga sastavio testament određene sadržine, nema mesta za primenu dopunjujućeg tumačenja. Osim toga, dopunjujuće tumačenje testamenta je dozvoljeno samo onda kada je promena okolnosti tako nastupila da zaveštalac nije mogao sam da revidira svoj testament. U praksi se dopunjujuće tumačenje redovno javlja kada testamentarni naslednik umre neposredno pre zaveštaoca<sup>66</sup> ili kada se neposredno uoči zaveštaoćeve smrti promeni vrednost legiranog predmeta.<sup>67</sup>

Pod prvobitnim prazninama podrazumeva se slučaj u kome je nedelotvorno testamentarno raspolaganje nastalo zbog toga što zaveštaocu u momentu sastavljanja testamenta nije bilo poznato pravo činjenično stanje<sup>68</sup>, odnosno usled toga što zaveštalac ne poznaje dobro pravne propise, pa zarad ostvarenja legitimnog cilja pribegava nepunovažnim odredbama.<sup>69</sup> Na primer, zaveštalac celokupnu zaostavštinu ostavi Katedri za građansko pravo Pravnog fakulteta u Beogradu, jer ne zna da Katedra nije pravno lice i da ne može da bude imenovana za naslednika. Jedan slučaj prvobitne praznine regulisan je u čl. 139. st. 2. i 3. ZON. Reč je o tzv. preračunavanju zavešta-

64 D. Olzen, *op. cit.*, str. 194–195.

65 R. Frank, *op. cit.*, str. 85–86; H. Glaus, *op. cit.*, str. 109.

66 Odluka Vrhovnog zemaljskog suda Bavarske: BayObLG – Breg 1 Z 47/1987, od 16. V 1988, *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 43/1988, str. 2744.

67 D. Olzen, *op. cit.*, str. 195.

68 Nepoznavanje pravog činjeničnog stanja u vreme sastavljanja testamenta može predstavljati razlog za poništenje testamenta zbog zablude (čl. 167. ZON). Međutim poništenje testamenta zbog zablude ne može uvek da dovede do ostvarenja onog cilja kojem je težio zaveštalac kada je sastavljao testament. Na primer, zaveštalac je za naslednika imenovao lice A da bi pomogao školovanje njegove dece, ali nije znao da je lice A u vreme sastavljanja testamenta bilo lišeno roditeljskog prava. Ovaj testament bi se mogao poništiti zbog zablude, ali takav rezultat ne bi afirmisao pravu nameru zaveštaoca, jer bi deca lica A ostala bez materijalnih sredstava koja im je zaveštalac posredno namenio. O odnosu poništenja testamenta zbog zablude i dopunjujućeg tumačenja vidi umesto svih: Hannes Glaus, *Irrtumsanfechtung und Auslegung beim Testament. Eine Analyse des schweizerischen Rechts unter Mitberücksichtigung der deutschen und der französischen Rechtsordnung*, Zürich 1982. Osim toga, nepoznavanje pravog činjeničnog stanja u vreme sastavljanja testamenta ne predstavlja uvek razlog za poništenje. Na primer, zaveštalac za naslednika imenuje lice A da bi pomogao školovanje njegove dece, pri čemu ne zna da je lice A umrlo pre sastavljanja testamenta. Ovde ne postoji pravnozaštitna potreba za poništenjem testamenta jer lice A u svakom slučaju ne može postati zaveštaoćev naslednik.

69 D. Olzen, *op. cit.*, 195–196.

oca.<sup>70</sup> Na primer, zaveštalac je za naslednike imenovao lica A, B, C i D, pri čemu je licu A ostavio 1/2, licu B 1/3, licu C 1/4, a licu D ostatak. Takav testament je nesprovodiv jer je zbir naslednih delova lica A, B i C veći od 1 (jedan). Međutim, u ovom slučaju zakonodavac ne predviđa poništenje testamenta već revidiranje nasledničkih kvota. Nasledni delovi lica A, B i C srazmerno se smanjuju sve dok lice D ne dobije isti nasledni deo kao lice C. Prema tome, važiće testament u kome je lice A dobilo 3/8, lice B 1/4, a lica C i D po 3/16.

Praznine u testamentu sud popunjava na osnovu hipotetičke volje ostavioca. Hipotetička volja zaveštaoca je ona volja koju bi on izjavio da je u momentu sastavljanja testamenta mogao znati za promenu činjenica koja je kasnije nastupila, odnosno ona volja koju bi ostavilac izjavio da je u momentu sastavljanja testamenta znao tačno činjenično stanje i da je poznavao propise.<sup>71</sup> Dopunjujuće tumačenje predstavlja jednu složenu sudsku operaciju koja u sebi objedinjuje dva elementa: 1° tumačenje testamenta i 2° popunjavanje praznina u testamentu.<sup>72</sup>

Element tumačenja sastoji se u tome što sud mora da utvrdi realan cilj koji je zaveštalac postavio u testamentu. Prilikom utvrđivanja tog cilja sud se drži subjektivnog metoda tumačenja. On ispituje pravu nameru zaveštaoca. Za utvrđivanje cilja koji je zaveštalac postavio u testamentu relevantne su činjenice koje su postojale u momentu sastavljanja testamenta.<sup>73</sup>

Element popunjavanja ogleda se u tome što sud menja zaveštaoćeve odredbe u testamentu. Namesto naređenja koja je postavio zaveštalac a koja su postala neprimenjiva, sud postavlja nove testamentarne odredbe, kako bi ostvario onaj cilj kojem je težio zaveštalac kada je pisao svoj testament. Sledstveno tome, neće se primeniti realna volja ostavioca – ona volja koja je izražena u testamentu, već hipotetička volja – ona volja koju bi zaveštalac izjavio da je u momentu sačinjavanja testamenta znao za postojanje prvobitnih praznina, odnosno da je mogao predvideti nastupanje naknadnih praznina.<sup>74</sup> Sud postavlja hipotetičku volju zaveštaoca tako što daje odgovor na sledeće pitanje: kakvu bi odredbu zaveštalac uneo u testament da mu je u momentu sastavljanja testamenta moglo biti poznato postojanje, odnosno nastupanje praznine?<sup>75</sup> Tako, u gornjem primeru sa zaveštaocem, koji je za naslednika imenovao daljeg rođaka da bi pomogao školovanje njegove dece, postavlja se pitanje kakve će biti pravne posledice zaveštaoćeve smrti. Testamentarni naslednik je poginuo pre zaveštaoca tako da ne može da ga nasledi. Prilikom

70 Uporedi: A. Ehrenzweig/W. Kralik, *op. cit.*, str. 125, koji korekciju naslednih kvota do koje dolazi usled preračunavanja zaveštaoca takođe smatraju jednim slučajem dopunjujućeg tumačenja.

71 Vidi: D. Olzen, *op. cit.*, str. 196.

72 U tom smislu: T. Kipp/H. Coing, *op. cit.*, str. 142; H. Lange/K. Kuchinke, *op. cit.*, str. 786.

73 W. Schlüter, *op. cit.*, str. 84; D. Olzen, *op. cit.*, str. 196–197.

74 T. Kipp/H. Coing, *op. cit.*, str. 142; H. Glaus, *op. cit.*, str. 62.

75 Uporedi: odluka Višeg zemaljskog suda Bavarske – BayObLG – Breg 1a Z 32/1966, *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 16/1967, str. 729–730.

pisanja testamenta zaveštalac nije računao na takvu mogućnost. Sledstveno tome postoji naknadna praznina u testamentu koja se popunjava dopunjujućim tumačenjem. Ova operacija se sprovodi u dve etape. 1° Sud utvrđuje realan cilj koji je zaveštalac postavio u testamentu. On će istraživati pravu nameru zaveštaoca u vreme sačinjavanja testamenta da bi odgovorio na pitanje: šta je zaveštalac hteo da postigne time što je imenovao daljeg rođaka za naslednika? *In concreto*, odgovor na to pitanje glasi: da bi pomogao školovanje njegove dece. 2° Pošto je utvrdio realan ostaviočev cilj, sud utvrđuje hipotetičku volju ostavioca tako što daje odgovor na pitanje: kako bi zaveštalac pomogao školovanje dece svog daljeg rođaka da je znao da on neće doživeti trenutak otvaranja nasleđa? Odgovor na to pitanje glasi: ostavilac bi za naslednike imenovao decu daljeg rođaka. Sledstveno tome, zaostavštinu će naslediti deca daljeg rođaka.<sup>76</sup> U slučaju kada je za naslednika imenovana Katedra za građansko pravo, sud će poći od toga kako bi zaveštalac raspola-gao da je znao da Katedra nije pravno lice i da ne može da postane naslednik. Na osnovu takve interpretacije testamenta sud će dodeliti zaostavštinu Pravnom fakultetu, uz nalog da zaostavštinu upotrebi za pomaganje rada Katedre za građansko pravo.<sup>77</sup>

Dopunjujuće tumačenje se primenjuje i onda kada usled promenjenih prilika testamentarno raspolaganje ostaje punovažno i delotvorno, ali uprkos tome ne može da se postigne onaj rezultat koji je zaveštalac želeo u vreme sastavljanja testamenta. Na primer, zaveštalac je legataru ostavio 10.000 evra. U vreme sastavljanja testamenta taj legat je iznosio 10% vrednosti zaveštaočeve imovine. Nakon sastavljanja testamenta, zaveštalac izgubi aktivnu testamentarnu sposobnost a kurs evra naglo poraste, tako da u momentu ostaviočeve smrti taj legat iznosi 80% vrednosti zaostavštine. I u ovom slučaju sud polazi od realnog cilja koji je zaveštalac želeo da ostvari, a to je da legataru nagradi, ali da istovremeno najveći deo njegove imovine ostane zakonskim naslednicima. Da je zaveštalac u vreme sastavljanja testamenta računao na rast kursa evra, on bi legataru ostavio manji iznos. Sledstveno tome, sud će u postupku dopunjujućeg tumačenja testamenta smanjiti novčani iznos koji je ostavljen legataru i prilagoditi ga vrednosti zaostavštine.<sup>78</sup>

## VII – Da li je moguće dopunjujuće tumačenje testamentu u srpskom pravu?

Srpsko pravo nema pravila o dopunjujućem tumačenju testamentu. Opšta pravila o dopunjujućem tumačenju nisu predviđena ni u drugim pravnim

76 U tom smislu vidi: D. Leipold, *op. cit.*, 136–137.

77 Uporedi: odluka Višeg zemaljskog suda u Kelnu – OLG Köln – 2 Wx 49/1985, od 19. II 1986, *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 35/1986, str. 2199–2200.

78 Uporedi primer naveden kod: H. Lange/K. Kuchinke, *op. cit.*, str. 786. U nemačkoj suds-kov praksi dopunjujuće tumačenje je korišćeno radi toga da bi se vrednost novčanog le-gata prilagodila smanjenju vrednosti novca do koje je dolazilo usled visoke inflacije. Vidi: R. Frank, *op. cit.*, str. 87.

porecima. Zbog toga se postavlja pitanje da li srpski sudovi mogu u praksi da primenjuju dopunjujuće tumačenje i u čemu se sastoji pravni osnov za takvo postupanje sudova. Dopunjuće tumačenje testamenta počiva na dve premise: sloboda testiranja i teorija volje.<sup>79</sup> Naime, sloboda testiranja ima prioritet u odnosu na norme zakonskog nasleđivanja. Kada zaveštalc sačini testament, on na taj način prećutno iskazuje nameru da isključi primenu normi o zakonskom nasleđivanju. Ako se nakon sačinjavanja testamenta promeni činjenično stanje tako da testament postane nedelotvoran, biće primenjene norme zakonskog nasleđivanja, što u krajnjem slučaju vodi ka rezultatu koji nije u skladu sa pravom namerom zaveštaoca. Dopunjujućim tumačenjem sud afirmiše pravu nameru zaveštaoca tako što testamentu daje ono značenje koje bi mu dao i sam zaveštalc da je u trenutku sačinjavanja testamenta znao da će se promeniti činjenice kojima se rukovodio. Sledstveno tome, normativni osnov za primenu dopunjujućeg tumačenja predstavlja čl. 135. st. 1. ZON, koji predviđa da se odredbe testamenta tumače prema pravoj nameri zaveštaoca.<sup>80</sup>

Kada je reč o prvobitnim prazninama u testamentu koje čine testamentarno raspolaganje ništavim, osnov za primenu dopunjujućeg tumačenja može predstavljati analogna primena pravila o konverziji.<sup>81</sup> Konverzija je pretvaranje ništavog pravnog posla u drugi punovažan pravni posao, do kojeg dolazi ako ništav pravni posao ispunjava uslove za punovažnost nekog drugog pravnog posla i ako se može pretpostaviti da bi stranka preduzela taj drugi pravni posao da je znala za ništavost (čl. 104. ZOO). Pravno-političko opravdanje konverzije sastoji se u tome da se očuva pravni posao onda kada apsolutna ništavost nije posledica loših namera, već nepoznavanja činjenica ili pravnih propisa.<sup>82</sup> Konverzija takođe počiva na hipotetičkoj volji stranke. Ako je moguće pretvaranje ništavog pravnog posla u punovažan (na primer ugovora o ustupanju i raspodeli imovine za života u ugovor o poklonu), onda bi trebalo dozvoliti mogućnost da se ništava ili nedelotvorna odredba u testamentu pretvori u neku drugu punovažnu, odnosno delotvornu odredbu, ako se može uzeti da bi zaveštalc uneo u testament tu drugu odredbu da je znao za nepunovažnost prve.<sup>83</sup>

## VIII – Zaključak

Princip *favor testamenti* primenjuje se onda kada sud ne može da utvrdi pravu nameru zaveštaoca iza koga je ostao višeznačni testament, pri čemu jedno od mogućih značenja vodi ka nedelotvornosti zaveštaoćevog raspola-

79 Vidi: D. Olzen, *op. cit.*, str. 194.

80 Za uporedno vidi: D. Leipold, *op. cit.*, str. 134; H. Glaus, *op. cit.*, str. 116 i dalje.

81 O odnosu konverzije i dopunjujućeg tumačenja vidi: H. Glaus, *op. cit.*, str 66 i dalje.

82 Slobodan Perović (red.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Beograd 1995, knj. I, str. 219.

83 Dejan Đurđević, *Apsolutna ništavost zaveštanja*, doktorska disertacija odbranjena na Pravnom fakultetu u Beogradu 2005, str. 442 i dalje.

ganja. Cilj blagonaklonog tumačenja jeste da eliminiše ona značenja koja bi imala za posledicu ništavost ili odsustvo pravnih dejstava testamenta. Princip *favor testamenti* izvire iz slobode testiranja i teorije volje koja je vladajuća u testamentarnom pravu, a cilj mu je da osigura punovažnost i delotvornost testamenta. On predstavlja jedan vid ispoljavanja pravila prema kome se testament tumači u skladu sa pravom namerom zaveštaoca, jer u slučaju sumnje uzima se da zaveštalac hoće da utiče na naslednopravne posledice svoje smrti, a ne da kreira nedelotvorno testamentarno raspolaganje. Blagonaklono tumačenje ne protivureći dopunskim pravilima tumačenja testamenta koja su predviđena u čl. 135. st. 2. ZON, tako da se može primenjivati i u srpskom pravu. U slučaju sumnje da li je testament punovažan ili ništav, sud ne može poništiti testament, pozivajući se na to da je takvo rešenje povoljnije za zakonskog naslednika, već mora primeniti blagonaklono tumačenje. Takođe, u slučaju sumnje da li je punovažan ili ništav legat, odnosno nalog, uslov ili neki drugi teret, sud treba da primeni princip *favor testamenti*, a ne da teret poništava sa obrazloženjem da je takav ishod povoljniji za opterećeno lice.

Dopunjujuće tumačenje testamenta sudovi koriste da bi na osnovu hipotetičke volje popunili neplanirane praznine u testamentarnom raspolaganju, usled kojih ne može da se ostvari cilj radi kojeg je zaveštalac sačinio testament. Dopunjujuće tumačenje testamenta je izgrađeno na pravilu po kojem se testament tumači u skladu sa pravom namerom zaveštaoca. Kroz dopunjujuće tumačenje testamenta strani sudovi teže da afirmišu slobodu testiranja i da testamentu daju ono značenje koje bi mu dao zaveštalac da je mogao da predvidi praznine u testamentu. Ideja dopunjujućeg tumačenja testamenta i hipotetičke volje zaveštaoca nije strana srpskom pravnom poretku, jer je došla do izražaja u čl. 80. st. 2. ZON i u čl. 139. ZON. Iz tog razloga ne postoji nijedna prepreka za primenu pravila o dopunjujućem tumačenju testamenta u praksi srpskih sudova.

## FAVORABLE AND SUPPLEMENTARY CONSTRUCTION OF WILL

### Summary

*The main objective of this article is to examine whether there is room to apply the rules on favorable and supplementary construction of wills in Serbian law of inheritance. In order to answer this question, the author engages in comparative analysis of such rules of construction in the laws of Germany and Austria. In addition, the author examines legislative and social policies behind the possibility of favorable and supplementary testamentary interpretation.*

*Favorable interpretation of a will (wohlwollenden Auslegung) applies when the will has more than one meaning, and when at least one of the possible meanings of the will results in lack of its validity. The aim of favorable testamentary interpretation is to eliminate those meanings of the testator's words which would*

cause his will to be null and void, or to have no intended legal effects. The *favor testamenti* principle of interpretation derives from the freedom of testation, and from the ideas of the autonomy of will. Its purpose is to ensure validity and legal effectiveness of the last will and testament. Article 135 of the Serbian Law of Inheritance establishes the autonomy of will as the principal rule of testamentary construction, and may serve as a normative ground for application of the principle *favor testamenti*.

Supplementary interpretation of a will (*ergänzende Auslegung*) fills the unintended gaps in the testamentary devise, on the grounds of the testator's presupposed desires. The rules of supplementary construction derive from the theory of the autonomy of will, i.e. from the idea that the last will and testament should be interpreted in a manner which reflects the true intentions of the testator. The notion of the testator's presupposed (assumed, hypothetical) wishes and desires, and the possibility of supplementary interpretation are already familiar to Serbian lawyers (cf. Article 80 (2) and Article 139 of the Law on Inheritance); therefore, there are no true obstacles for the Serbian courts to apply the rules of supplementary interpretation of wills.

Key words: *Principle Favor Testamenti*. – *Favorable Construction of Wills*. – *Supplementary Construction of Wills*.

## NEPRAVIČNE ODREDBE U POTROŠAČKIM UGOVORIMA

### Apstrakt

*Ovaj rad sadrži prikaz osnovnih rešenja Direktive 93/13/EEC o nepravilnim odredbama u potrošačkim ugovorima i osvrt na pojedina pitanja koja – s obzirom na minimalni karakter Direktive – Srbija može i treba da uredi drugačije. U radu su posebno razmotreni formalni i materijalni kriterijumi za ocenu pravičnosti opštih odredaba u potrošačkim ugovorima, kao i odnos nepravilnih odredaba s nekim drugim ustanovama koje za građanskopravnu posledicu mogu imati apsolutnu ništavost. Autor otvara pitanje da li se pravilima o ništavosti nepravilnih odredaba u potrošačkim ugovorima učvršćuje princip slobode ugovaranja tako što se štite određeni kvaliteti saglasnosti izjavljenih volja koja predstavlja opšti uslov za zaključenje ugovora, ili ova pravila konstituišu značajan izuzetak od načela slobode ugovaranja u svrhu postizanja određenih ciljeva socijalne politike.*

*Ključne reči: Direktiva 93/13/EEC. – Nepravilne ugovorne odredbe. – Potrošački ugovori.*

### I. Uvod

Direktiva 93/13/EEC o nepravilnim odredbama u potrošačkim ugovorima (Direktiva) usvojena je 5. aprila 1993. godine, radi usklađivanja ugovornih prava država članica u pogledu ništavosti nepravilnih opštih odredaba potrošačkih ugovora.<sup>1</sup> Direktiva sadrži takozvanu minimalnu klauzulu, što znači da države članice mogu da donesu ili zadrže stroža pravila o nepravilnim odredbama od onih pravila koja su predviđena Direktivom.<sup>2</sup> Države

\* Dr Marija Karaničić-Mirić, docent Pravnog fakulteta u Beogradu. Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta *Pravni kapaciteti Srbije za evropske integracije* Pravnog fakulteta u Beogradu koji podržava Ministarstvo nauke Republike Srbije.

1 Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, Official Journal L 095, 21/04/1993 P. 0029–0034 (Directive 93/13/EEC). Izvor: <http://eur-lex.europa.eu>. Videti više: Hans-W. Micklitz, *Unfair Terms in Consumer Contracts*, u: Hans-W. Micklitz, Norbert Reich, Peter Rott, *Understanding EU Consumer Law*, 2009, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland, str. 119–150; Hugh Beale, Arthur Hartkamp, Hein Kötz, Denis Tallon (eds.), *Cases, Materials And Text On Contract Law*, 2002, Hart Publishing, Oxford, str. 521–553.

2 „Member States may adopt or retain the most stringent provisions compatible with the Treaty in the area covered by this Directive, to ensure a maximum degree of protection for the consumer.“ Article 8, Directive 93/13/EEC. Više o minimalnoj harmonizaciji:



članice dužne su da obezbede da u ugovorima koje prodavci i pružaoci usluga zaključuju s potrošačima ne bude odredaba koje se kvalifikuju kao nepravične. Kao građanskopravna posledica nepravičnosti opšte odredbe potrošačkog ugovora predviđena je njena ništavost. Odredbama Direktive utvrđeni su kriterijumi za procenu nepravičnosti opštih, to jest standardnih odredaba potrošačkih ugovora a Aneksom Direktive propisana je indikativna lista opštih odredaba koje se mogu smatrati nepravičnim.

U ovom radu ću sasvim sažeto prikazati osnovna rešenja Direktive, a zatim ukazati na pojedina pitanja koja – imajući u vidu minimalni karakter Direktive – Srbija može i treba da uredi drugačije. Posebno mesto u radu namenjeno je formalnim i materijalnim kriterijumima za ocenu pravičnosti odredaba u potrošačkim ugovorima, kao i njihovom odnosu s nekim drugim ustanovama koje za građanskopravnu posledicu mogu imati ništavost ugovorne odredbe ili čitavog ugovora. U pozadini tih ovih razmatranja nalazi se opštije pitanje o društvenoj funkciji procesa harmonizacije pravila o ništavosti nepravičnih ugovornih odredaba na evropskom nivou. To je pitanje da li se ujednačenim pravilima o ništavosti nepravičnih odredaba štite određeni kvaliteti izjavljenih volja i njihove saglasnosti kao opšteg uslova za zaključenje ugovora, čime se učvršćuje princip slobode ugovaranja; ili je tim pravilima ustrojen značajan izuzetak od principa slobode ugovaranja u svrhu postizanja određenih ciljeva socijalne politike.

## II. Kratak prikaz direktive 93/13/EEC

Pravila Direktive primenjuju se na potrošačke ugovore, to jest na ugovore zaključene između prodavca ili pružaoca usluga, s jedne strane, i potrošača, s druge strane. Potrošačem se smatra svako fizičko lice koje zaključuje ugovor s prodavcem, odnosno pružaocem usluga, i to izvan svoje delatnosti, profesije ili zanata. Pod prodavcem, odnosno pružaocem usluga, podrazumeva se svako fizičko ili pravno lice koje zaključuje ugovor s potrošačem u okviru svoje delatnosti, profesije ili zanata. Pravilima same Direktive isključena je mogućnost preispitivanja pravičnosti onih odredaba u potrošačkim ugovorima koje su u skladu s imperativnim propisima.<sup>3</sup>

---

Stephen Weatherill, *Law And Integration in the European Union*, Oxford University Press, Oxford 1995, str. 151–157; Catherine Barnard, *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, Oxford University Press, Oxford, 2007, str. 600 i dalje; F. De Cecco, *Room to Move? Minimum Harmonization and Fundamental Rights*, *Common Market Law Review*, Vol 43, 1/2006, str. 9–30.

3 Značajan broj država članica nije transponovao ovo pravilo u domaća prava (što ne znači da se njegovo važenje u pravima tih država ne može ustanoviti po nekom drugom osnovu). To su Austrija, Belgija, Danska, Finska, Francuska, Grčka, Litvanija, Luksemburg, Malta, Holandija, Poljska, Slovenija i Švedska. Cf. Martin Ebers, *Unfair Contract Terms Directive*, u: Hans Schulte-Nölke (ed.), *Consumer Law Compendium*, Universität Bielefeld, 2008, Prepared for the European Commission under Service Contract No. 17.020100 / 04 / 389299, str. 383. Izvor: [http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/consumer\\_law\\_compendium\\_comparative\\_analysis\\_en\\_final.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/consumer_law_compendium_comparative_analysis_en_final.pdf).

Pravila Direktive ne primenjuju se na posebne pogodbe, to jest na ugovorne odredbe sa sporazumno određenom sadržinom. Naprotiv, Direktiva se odnosi samo na one odredbe u potrošačkom ugovoru o čijoj sadržini prodavac, odnosno pružalac usluga, *nije* posebno pregovarao s potrošačem. Takve ugovorne odredbe – dakle, one čija sadržina nije sporazumno određena – prema pravilima Direktive dele se na: (1) standardne, to jest opšte ugovorne odredbe; i (2) odredbe koje je prodavac, odnosno pružalac usluga, unapred formulisao za potrebe zaključenja ugovora s određenim potrošačem. Prve, *opšte odredbe*, važe za sve potrošače koji stupaju u određeni tip ugovornog odnosa s prodavcem, odnosno pružaocem usluga. Druge, *unapred formulisane odredbe*, posebno su ugovorene s nekim potrošačem, ali tako što im je sadržinu odredio prodavac, odnosno pružalac usluga.

Unapred formulisane ugovorne odredbe dele pravnu sudbinu standardnih, to jest opštih odredaba: ako je sadržinu jedne ugovorne odredbe unapred odredio prodavac, odnosno pružalac usluga, tako da potrošač nije mogao na nju da utiče, smatra se da o sadržini te odredbe nije pregovarano. Ima autora koji tvrde da negativan uslov da potrošač nije mogao da utiče na sadržinu unapred formulisane ugovorne odredbe treba razumeti kao pretpostavku da u redovnim okolnostima potrošač nema uticaja na sadržinu onih odredaba koje je prodavac, odnosno pružalac usluga, unapred sastavio.<sup>4</sup> I kada je sadržina pojedine odredbe nekog ugovora po pristupu sporazumno utvrđena, dopušteno je preispitivanje pravičnosti ostalih odredaba istog formularnog ugovora. Na prodavcu, odnosno pružaocu usluga, leži teret dokazivanja da je o sadržini određene ugovorne odredbe posebno pregovarao s potrošačem.

Države članice su dužne da obezbede da prema pravilima njihovog domaćećeg prava nepravične ugovorne odredbe u potrošačkom ugovoru ne obavezuju potrošača. Ustanova apsolutne ništavosti najbolje odgovara ovoj svrsi, budući da Evropski sud pravde smatra da su domaći sudovi država članica *ex officio* dužni da preispitaju pravičnost odredaba potrošačkih ugovora koji se nađu pred njima, kao i da prava potrošača po ovom osnovu ne podležu domaćim pravilima o zastarelosti.<sup>5</sup> Dakle, građanskopravna posledica postojanja nepravičnih odredaba u potrošačkim ugovorima sastoji se u apsolutnoj ništavosti takvih odredaba. Ipak, ništavost neke ugovorne odredbe ne po-

4 H.-W. Micklitz, *op. cit.*, str. 129.

5 ECJ Case C-473/00, Cofidis v. Fredout, ECR (2002) I-10875; ECJ Joined Cases C-240/98 to C-244/98, Oceano Grupo Editorial SA v. Rocio Murciano Quintero and Salvat Editore SA v. Jose M. Sanchez Alcon Prades et al., (2000) ECR I-04941; ECJ Case C-168/05, Elisa María Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium SL, (2006) ECR I-10421. Izvor: <http://curia.europa.eu>. Bugarska, Estonija, Nemačka, Irska, Portugal, Rumunija, Slovačka, Slovenija i Španija propisale su apsolutnu ništavost nepravičnih odredaba u potrošačkim ugovorima. U Malti, Francuskoj i Luksemburgu propisano je da se smatra da te odredbe ne postoje (*non écrites*). Relativna ništavost nepravičnih odredaba u potrošačkim ugovorima propisana je u Češkoj, Letoniji i Holandiji, dok je u ostalim državama članicama pravna priroda propisane građanskopravne sankcije sporna. Martin Ebers, *Unfair Contract Terms Directive*, u: H. Schulte-Nölke, *op. cit.*, str. 406–409.

vlači ništavost samog potrošačkog ugovora, ako ugovor može opstati bez te odredbe.<sup>6</sup>

Naročito važno je pitanje pod kojim uslovima se, prema pravilima Direktive, ugovorna odredba kvalifikuje kao nepravična. Nepravičnom se smatra ona odredba u potrošačkom ugovoru čija sadržina nije sporazumno određena, ako takva odredba, protivno načelu savesnosti<sup>7</sup>, dovodi do značajne neraszmere uzajamnih prava i obaveza na štetu potrošača.

Kada se prosuđuje da li je odredba potrošačkog ugovora pravična ili ne, uzima se u obzir priroda robe, odnosno usluga koje su predmet ugovorne obaveze, okolnosti pod kojima je ugovor zaključen, ostale odredbe istog ugovora i odredbe drugih ugovora od čijeg postojanja potrošački ugovor zavisi. Ako je ugovorna odredba kojom je određen predmet ugovora<sup>8</sup> napisana jasnim i razumljivim jezikom, ne može se preispitivati njena pravičnost, kao ni srazmera uzajamnih davanja. Na kraju, lista odredaba koja se po slovu zakona mogu smatrati nepravičnim sadržana je u jedinom aneksu Direktive. Ta lista nije zaključena – ona ne predstavlja *numerus clausus* nepravičnih odredaba u potrošačkim ugovorima.

Odredbe ugovora čije zaključenje prodavac, odnosno pružalac usluga, nudi potrošaču u pisanoj formi moraju biti sročene jasnim i razumljivim jezikom. Ako postoji sumnja u značenje pojedine ugovorne odredbe, kao tačno uzima se ono značenje koje je najpovoljnije za potrošača.<sup>9</sup> Međutim, to pravilo tumačenja ne važi u postupcima za zaštitu kolektivnih interesa potrošača.<sup>10</sup> Naime, pravila Direktive obavezuju države članice da usvoje odgovarajuće mehanizme sprečavanja kontinuirane prakse ugovaranja nepravičnih odredaba u poslovanju s potrošačima. U sklopu tih mera, države članice dužne su da propišu pravila sudskog ili upravnog postupka u kojem fizička i pravna lica čiji se legitiman interes ogleda u zaštiti prava i interesa potrošača, mogu da zahtevaju da se utvrdi nepravičnost opštih odredaba potrošačkog ugovora. Reč je o postupcima za zaštitu kolektivnih interesa potrošača koji se mogu voditi protiv pojedinih prodavaca, odnosno pružalaca usluga, protiv nekolicine prodavaca odnosno pružalaca usluga istovremeno, kao i protiv njihovih udruženja koja preporučuju ili podržavaju ugovaranje nepravičnih odredaba u poslovanju s potrošačima. Ovo poslednje dešava se, primera radi, kada

6 U domaćem pravu ustanova delimične ništavosti uređena je odredbama člana 105. Zakona o obligacionim odnosima.

7 *Contrary to the requirement of good faith; En dépit de l'exigence de bonne foi.* Cf. Article 3 (1), Directive 93/13/EEC.

8 *The main subject matter of the contract; L'objet principal du contrat.* Cf. Article 4 (2), Directive 93/13/EEC.

9 Ovde je reč o pravilu tumačenja *in dubio contra stipulatorem*, to jest *contra proferentem*. U domaćem ugovornom pravu ono je propisano članom 100. Zakona o obligacionim odnosima, kao pravilo tumačenja nejasnih ugovornih odredaba u posebnim slučajevima – kada je ugovor zaključen prema unapred odštampanom sadržaju ili kada je ugovor na drugi način pripremljen i predložen od jedne ugovorne strane.

10 ECJ Case C-70/03, *Commission of the European Communities v Kingdom of Spain*, (2004) ECR I-7999.

udruženje trgovaca svojim članovima predlaže upotrebu određenog modela ugovora koji sadrži odredbe koje su nepravične za potrošača. U postupcima za zaštitu kolektivnih interesa potrošača ne primenjuje se pravilo tumačenja koje inače važi za potrošačke ugovore. Drugim rečima, kada se u postupku za zaštitu kolektivnih interesa potrošača prosuđuje da li je neka odredba potrošačkog ugovora pravična ili ne, ona se ne može tumačiti na način koji je najpovoljniji za pojedinog potrošača.<sup>11</sup>

### III. Osvrt na pojedine odredbe direktive 93/13/EEC

#### 1. Opšte odredbe i posebne pogodbe

U odredbama Zakona o obligacionim odnosima koje se tiču opštih uslova formularnih ugovora napravljena je razlika između opštih uslova i posebnih pogodaba. Posebne pogodbe su ugovorne odredbe čiju su sadržinu ugovorne strane sporazumno odredile, dok u opšte uslove spadaju one ugovorne odredbe čiju je sadržinu odredila jedna ugovorna strana. Opšti uslovi mogu biti sadržani u ugovoru po pristupu ili se ugovor može pozivati na njih.<sup>12</sup> Zakon o obligacionim odnosima uređuje obligacionopravne odnose na jedinstven način<sup>13</sup> i ne poznaje kategorije potrošača i potrošačkog ugovora. To znači da su zakonska pravila o opštim uslovima formularnih ugovora ista, bez obzira na to što su strane u ugovornom odnosu pravna ili fizička lica. Pored toga, pravila Zakona o obligacionim odnosima kojima se štiti ekvivalenost uzajamnih davanja kod dvostrano obaveznih ugovora<sup>14</sup> (odgovornost za evikciju, odgovornost za fizičke nedostatke stvari, raskid ili izmena ugovora zbog promenjenih okolnosti, prekomerno oštećenje, zelenaški ugovor) primenjuju se podjednako na ugovore po pristupu i ugovore sa sporazumno određenom sadržinom.

Nasuprot tome, pravila Direktive primenjuju se isključivo na ugovorne odnose između pravnog ili fizičkog lica koje prodaje robu, odnosno pruža usluge u okviru svoje delatnosti, profesije ili zanata, s jedne strane, i fizičkog lica koje kupuje robu odnosno pribavlja usluge izvan svoje delatnosti, pro-

11 Cf. Article 5, Directive 13/93/EEC.

12 O athezionim, to jest formularnim ugovorima u našem pravu videti: Slobodan Perović, *Obligaciono pravo*, 1990, Službeni list, Beograd, str. 217–225. Videti takođe: François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 9<sup>e</sup> edition, 2005, Dalloz, Paris, str. 201 i dalje; Jean Carbonnier, *Droit civil*, Tome 2. Les biens, Les obligations, 2004, P.U.F., str. 1980 i dalje; Philippe Malaurie, Laurent Aynes, Philippe Stoffel-Munck, *Les Obligations*, 2003, Defrénois, Paris, str. 205 i 227–228.

13 Slobodan Perović, *Predgovor, Zakon o obligacionim odnosima*, 1995, Službeni list, Beograd, str. 10–13; Radomir Đurović, *Kratak uporednopravni pregled pitanja jedinstva obligacionog i privrednog (trgovačkog) prava, Ideje prof. dr. Mihaila Konstantinovića pri izradi Skice zakonika o obligacijama i ugovorima i Osnovna rešenja Zakona o obligacionim odnosima na pravcu objedinjavanja normi obligacionog i privrednog prava*, u: *Predgovor, Zakon o obligacionim odnosima*, 2003, Savremena administracija, Beograd, str. VII–XV.

14 Više o upotrebi termina jednostrani i dvostrani, odnosno jednostrano i dvostrano obavezni ugovori: Slobodan Perović, *Obligaciono pravo*, str. 197, fn. 273.

fesije ili zanata. Osim toga, odredbe Direktive izričito ograničavaju vlastitu primenu na (1) standardne, to jest opšte odredbe u potrošačkim ugovorima (odredbe o kojima prodavac odnosno pružalac usluga nije posebno pregovarao s određenim potrošačem) i (2) odredbe koje je prodavac odnosno pružalac usluga unapred formulisao za potrebe zaključenja ugovora s određenim potrošačem tako da ovaj nije mogao da utiče na njihovu sadržinu.

Pojedini savremeni autori pokušavaju da širim tumačenjem odredaba Direktive pokažu da se ona ne odnosi samo na opšte uslove u potrošačkim ugovorima, već i na posebne pogodbe čija je sadržina sporazumno određena, odnosno na ugovorne odredbe o kojima je potrošač pregovarao ili mogao da pregovara s drugom ugovornom stranom.<sup>15</sup> Tu treba uzeti u obzir da Direktiva predstavlja instrument minimalne harmonizacije. To znači da države članice imaju pravo da propišu ništavost svih nepravičnih odredaba u potrošačkim ugovorima – dakle, i onih odredaba čija je sadržina sporazumno određena. Međutim, ako je tačno da je kontrola pravičnosti svih ugovornih odredaba predviđena samom Direktivom i da nam ona izmiče zbog toga što su do danas pravila Direktive preusko tumačena, onda države članice nemaju *pravo* nego *obavezu* da propišu ništavost svih nepravičnih odredaba u potrošačkim ugovorima, a ne samo onih o kojima potrošač nije pregovarao.

U svakom slučaju, minimalni karakter Direktive ostavlja prostor da država koja nastoji da vlastito unutrašnje pravo uskladi s pravom Evropske unije razmotri mogućnost da apsolutnu ništavost propiše kao građanskopravnu posledicu *svih* nepravičnih odredaba potrošačkih ugovora, uključujući posebne pogodbe, to jest one ugovorne odredbe čiju su sadržinu ugovorne strane sporazumno odredile. Kada se sankcionisanje nepravične odredbe potrošačkog ugovora veže za uslov da prodavac odnosno pružalac usluga o sadržini te odredbe nije pregovarao s pojedinim potrošačem, onda se težište rasprave pomera s pitanja pravičnosti određene ugovorne odredbe na pitanje da li je njena sadržina sporazumno uređena. U tom slučaju je prodavac, odnosno pružalac usluga, snažno motivisan da stvori utisak da je o što većem broju ugovornih odredaba pregovarao sa svakim pojedinim potrošačem. Primera radi, prodavac, odnosno pružalac usluga, može unapred da formuliše kakvu ugovornu odredbu i da zahteva da potrošač vlastitim rukopisom tu odredbu unese u ugovor.<sup>16</sup>

Ovo pomeranje fokusa s preispitivanja sadržine ugovora na utvrđivanje načina na koji je ugovor zaključen, otežava poziciju potrošača u odnosu na osnovni slučaj. Pod osnovnim slučajem ovde se podrazumeva činjenica da se klasična pravila ugovornog prava kojima se štiti ekvivalentnost uzajamnih davanja primenjuju podjednako na athezione ugovore i ugovore sa sporazumno određenom sadržinom. Drugim rečima, pravila o zelenaškim ugovorima

15 „The major idea the current author wishes to put forward is that the Directive spells out a common concept of control for all sorts of unfair contract terms be they standardized or not.“ H.-W. Micklitz, *op. cit.*, str. 138.

16 Više o načinima na koje trgovci pokušavaju da dokažu da su o pojedinim ugovornim odredbama posebno pregovarali s potrošačem: Chris Willett, *Fairness in consumer contracts: The Case of Unfair Terms*, 2007, Ashgate Publishing, London, str. 167.

i prekomernom oštećenju primenjuju se i na ugovore sa sporazumno određenom sadržinom; dok je poništaj nepravične odredbe u potrošačkom ugovoru (koja se smatra nepravičnom upravo stoga što, protivno načelu savesnosti, dovodi do nesrazmere uzajamnih ugovornih obaveza) moguć samo ako prodavac, odnosno pružalac usluga, nije pregovarao s potrošačem o njenoj sadržini. U ovoj konstrukciji, utisak da je potrošač mogao da utiče na to da ugovorna odredba glasi drugačije može da dovede to toga da se nepravičnost ugovorne odredbe ne može pravno sankcionisati. Mogućnost potrošačevog uticaja utvrđuje se posteriorno – nakon što je odredba našla svoje mesto u potrošačkom ugovoru. S tim u vezi treba uzeti u obzir da je potrošač po definiciji ekonomski slabija strana, da mu je na raspolaganju daleko manje informacija nego drugoj strani o robi odnosno usluzi koju pribavlja, te da se često dešava da ni u onome o čemu je pregovarao potrošač nije imao ravnopravnu pregovaračku poziciju. Uz sve uvažavanje argumenta da pregovaračke pozicije budućih ugovornih strana nikada nisu sasvim jednake, treba se podsetiti da pretpostavka da je ekonomski položaj potrošača drastično slabiji a informacije kojima on raspolaže bitno skromnije, predstavlja jedan od razloga iz kojih pravo uopšte interveniše u ovoj sferi. Zbog svega navedenog bi, *de lege ferenda*, trebalo imati na umu da minimalni karakter Direktive dopušta da se mogućnost kontrole pravičnosti ugovornih odredaba u potrošačkim ugovorima proširi na ugovorne odredbe čija je sadržina sporazumno određena.<sup>17</sup>

## 2. Pojam potrošača

Potrošačem se, prema pravilima Direktive, smatra svako fizičko lice koje zaključuje ugovor s prodavcem, odnosno s pružaocem usluga, i to izvan svoje delatnosti, profesije ili zanata. Jedino to lice uživa zaštitu u slučaju da s prodavcem odnosno pružaocem usluga ugovori nepravičnu odredbu. Odredba koja bi se inače kvalifikovala kao nepravična nije ništava prema pravilima Direktive, ako se strana na čiju štetu je ova odredba ugovorena ne kvalifikuje kao potrošač.

Evropski sud pravde ostaje pri shvatanju da se pravno lice ne može kvalifikovati kao potrošač.<sup>18</sup> Prema odredbama domaćeg Zakona o zaštiti potrošača, potrošač je fizičko lice koje kupuje proizvode ili koristi usluge za lične potrebe ili potrebe svog domaćinstva, kao i privredno društvo, preduzeće, drugo pravno lice i preduzetnik, kada kupuje proizvode ili koristi usluge za

17 Isto je učinjeno u francuskom pravu: kontrola pravičnosti odredaba u potrošačkim ugovorima proširena je na ugovorne odredbe sa sporazumno određenom sadržinom. Cf. „Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat.“ Article L132-1, *Code de la consommation*. Izvor: <http://www.legifrance.gouv.fr>.

18 „The term ‘consumer’, as defined in Article 2 (b) of Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, must be interpreted as referring solely to natural persons.“ ECJ Joined Cases C-541/99 and C-542/99, *Cape Snc v. Idealservice Srl and Idealservice MN RE Sas v. OMAI Srl*, (2001) ECR I-9049.

sopstvene potrebe.<sup>19</sup> Francuski Kasacioni sud je u većem broju sudskih odluka potvrdio svoje shvatanje da potrošač može biti kako fizičko, tako i pravno lice kada zaključuje ugovor koji nije neposredno povezan (*qui n'ont pas de rapport direct*) s njegovom profesijom.<sup>20</sup> Pojedini autori ističu da su u nekim situacijama preduzetnici i mala preduzeća u nejednakoj pregovaračkoj poziciji s velikim kompanijama – recimo, vlasnik benzinske pumpe koji pregovara s naftnom kompanijom; dok u drugim situacijama fizičko lice ima posebna znanja iz određene oblasti ili uživa savete vrhunskih stručnjaka, pa je teško održati tvrdnju da mu je potrebna zaštita u postupku pregovaranja.<sup>21</sup> Međutim, u svim direktivama koje sadrže definiciju potrošača navodi se da se kao potrošač može kvalifikovati jedino fizičko lice.<sup>22</sup>

Kao ekonomski slabija i lošije informisana strana, potrošač je po pravilu u nejednakoj pregovaračkoj poziciji s prodavcem, odnosno pružaocem usluga. Potreba da se on u takvoj poziciji zaštititi navodi se kao jedan od razloga za usvajanje pravila o ništavosti nepravičnih odredaba u potrošačkim ugovorima.<sup>23</sup> U literaturi se mogu pronaći tvrdnje da je ista zaštita potrebna fizičkim

19 Član 2, *Zakon o zaštiti potrošača*, Službeni glasnik RS, 79/05.

20 Cass. Civ. 28 avril 1987, JCP 1987, II. 20893; Cass. Civ. 24 janvier 1995, Recueil Dalloz Sirey 1995, 327–329;

21 H. Beale, A. Hartkamp, H. Kötz, D. Tallon, *op. cit.*, str. 527.

22 Videti definicije pojma potrošač u navedenim članovima sledećih direktiva: Article 2, Council Directive 85/577/EEC of 20 December 1985 to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises; Article 2 (b), Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts; Article 2 (1) (f), Directive 2008/122/EC of the European Parliament and of the Council of 14 January 2009 on the protection of consumers in respect of certain aspects of timeshare, long-term holiday product, resale and exchange contracts; Article 2 (2), Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts; Article 2 (e), Directive 98/6/EC of the European Parliament and of the Council of 16 February 1998 on consumer protection in the indication of the prices of products offered to consumers; Article 1 (2) (a), Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees; Article 1 (2) (a), Council Directive 87/102/EEC of 22 December 1986 for the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning consumer credit; Article 2 (e), Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market; Article 2 (d), Directive 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 concerning the distance marketing of consumer financial services; Article 2 (a), Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market. Prema svim navedenim odredbama samo se fizičko lice može kvalifikovati kao potrošač. Jedini izuzetak u tom smislu predstavlja starija Direktiva o paket aranžmanima, koja propušta da odgovori na pitanje da li se pravno lice može smatrati potrošačem. Cf. Article 2 (4), Council Directive 90/314/EEC of 13 June 1990 on package travel, package holidays and package tours. Izvor: <http://eur-lex.europa.eu>.

23 „Whereas in accordance with the principle laid down under the heading ‘Protection of the economic interests of the consumers’, as stated in those programmes: *‘acquirers of goods and services should be protected against the abuse of power by the seller or supplier, in particular against one-sided standard contracts and the unfair exclusion of essential ri-*

licima koja otpočinju samostalno bavljenje određenim poslom. Austrija je jedina država članica u kojoj je zakonom propisano da se pravni poslovi fizičkih lica zaključeni u svrhu pribavljanja robe ili usluga koje su neophodne za otpočinjanje neke privredne aktivnosti ne kvalifikuju kao ugovori u privredi. To znači da fizička lica koja zaključuju ugovore radi otpočinjanja kakvog samostalnog posla uživaju zaštitu kao potrošači.<sup>24</sup> Međutim, stanovište Evropskog suda pravde je da se član 13 Briselske konvencije<sup>25</sup> ne može primeniti na fizičko lice koje stupa u ugovorni odnos u svrhu otpočinjanja neke privredne aktivnosti.<sup>26</sup>

U nekim slučajevima fizičko lice pribavlja određenu stvar da bi je koristilo prvenstveno ili pretežno u privatne svrhe, a samo sporadično u okviru svoje delatnosti, profesije ili zanata. Primera radi, neko može da kupi računar za lične potrebe i da ga retko ili povremeno upotrebi u poslovne svrhe. Čini se da bi, *de lege ferenda*, i tim licima trebalo garantovati zaštitu od nepravičnih odredaba u potrošačkim ugovorima. Drugim rečima, potrošača bi trebalo definisati kao fizičko lice koje, pri zaključenju ugovora s prodavcem, odnosno pružaocem usluga, postupa *pretežno* izvan svoje delatnosti, profesije ili zanata. Zahtev da potrošač pribavlja nekakvu stvar da bi je koristio *isključivo* u privatne svrhe uskraćuje zaštitu svakom pojedincu koji je povremeno proveravao poslovnu elektronsku poštu na kućnom računaru ili se nekoliko puta odvezao biciklom na posao. U toj konstrukciji dovoljno je da prodavac odnosno pružalac usluga dokaže sasvim sporadičnu upotrebu prodane stvari u poslovne svrhe, pa da onemogućiti preispitivanje pravičnosti ugovornih odredaba.

---

*ghts in contracts*.” Recital 7, Directive 93/13/EEC. Pod programima, ovde se misli na dva programa Evropske ekonomske zajednice koja se odnose na zaštitu potrošača i politiku obaveštavanja. Cf. OJ No C 92, 25. 4. 1975, p. 1, OJ No C 133, 3. 6. 1981, p. 1.

- 24 Videti više o tome: H.-W. Micklitz, *op. cit.*, str. 133–134; Martin Ebers, *The notion of consumer*, u: H. Schulte-Nölke (ed.), *op. cit.*, str. 729–730. Ovo shvatanje potvrđeno je u Direktivi o prodaji finansijskih usluga na daljinu. Cf. „This Directive is without prejudice to extension by Member States, in accordance with Community law, of the protection provided by this Directive to non-profit organisations and persons making use of financial services in order to become entrepreneurs.” Recital 29, Directive 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 concerning the distance marketing of consumer financial services.
- 25 Article 13, Convention of 27 September 1968 on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters. Ovaj član odgovara članu 15 Regulative Brisel I. Cf. Article 15, Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters.
- 26 „The first paragraph of Article 13 [...] must be interpreted as meaning that a plaintiff who has concluded a contract with a view to pursuing a trade or profession, not at the present time but in the future, may not be regarded as a consumer.” ECJ Case C–269/95, *Francesco Benincasa v. Dentalkit Srl*, ECR (1997) I–03767. Videti takođe: „A trader canvassed with a view to the conclusion of an advertising contract concerning the sale of his business is not to be regarded as a consumer protected by Council Directive 85/577/EEC of 20 December 1985 to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises.” Case C–361/89, *Criminal proceedings against Patrice Di Pinto*, ECR (1991) I–01189. Izvor: <http://eur-lex.europa.eu>.



Budući da je Direktiva minimalnog karaktera, ne postoji pravna prepreka da se potrošač definiše kao fizičko lice koje postupa *pretežno* izvan svoje delatnosti, profesije ili zanata. Osim toga, odredbama Direktive o odgovornosti za štetu od proizvoda s nedostatkom zaštita je garantovana oštećenima koji su pretrpeli štetu na stvarima koje su koristili *pretežno* u privatne svrhe.<sup>27</sup> Evropski sud pravde je smatrao da se članovi 13–15. Briselske konvencije odnose na lice koje je zaključilo ugovor u svrhe koje su delom privatne a delom profesionalne ili poslovne prirode, jedino ako je profesionalna ili poslovna svrha zaključenja ugovora zanemarljiva.<sup>28</sup> Postoji očigledna razlika između norme koja bi propisala da se kao potrošački ugovor kvalifikuje onaj ugovor u koji potrošač stupa *pretežno* u privatne svrhe i norme prema kojoj se ugovor čija je svrha mešovita kvalifikuje kao potrošački samo ako je njegova poslovna svrha zanemarljiva u širem kontekstu. Međutim, navedeno shvatanje Evropskog suda pravde tiče se evropskog procesnog a ne materijalnog prava, pa pojedini autori smatraju da ono ne predstavlja prepreku da se kao potrošački ugovor prepozna svaki ugovor u koji fizičko lice stupa *pretežno* izvan vlastite delatnosti, profesije ili zanata.<sup>29</sup>

### 3. Pravičnost odredbe kojom se određuje predmet ugovora

Ako je ugovorna odredba kojom je određen predmet ugovora napisana jasnim i razumljivim jezikom, njena pravičnost, kao ni jednakost vrednosti uzajamnih davanja, ne mogu biti predmet procene prema pravilima Direktive.<sup>30</sup> Značajan broj država članica propustio je da tu odredbu Direktive transponuje u domaće pravo.<sup>31</sup> Kada se dopusti kontrola pravičnosti odredaba

27 „[...] ‘damage’ means: [...] (b) damage to, or destruction of, any item of property other than the defective product itself [...] provided that the item of property: (i) is of a type ordinarily intended for private use or consumption, and (ii) was used by the injured person *mainly* for his own private use or consumption.“ Article 9, Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products; amended by Directive 1999/34/EC of the European Parliament and of the Council of 10 May 1999.

28 „A person who concludes a contract for goods intended for purposes which are in part within and in part outside his trade or profession may not rely on the special rules of jurisdiction laid down in Articles 13 to 15 of the Convention, unless the trade or professional purpose is so limited as to be negligible in the overall context of the supply, the fact that the private element is predominant being irrelevant in that respect“ ECJ Case C-464/01, Johann Gruber v. Bay Wa AG, ECR (2005) I-00439.

29 Martin Ebers, *The notion of consumer*, str. 727. Najveći broj država članica nema izričitu zakonsku normu kojom bi bilo određeno da li se i pod kojim uslovima ugovori čija je svrha mešovita kvalifikuju kao potrošački ugovori. U austrijskom i belgijskom pravu se kao potrošački kvalifikuju ugovori zaključeni *isključivo* u privatne svrhe; dok se u danskom, finskom, švedskom i nemačkom pravu kao potrošački kvalifikuju i ugovori zaključeni *pretežno* u privatne svrhe. *Ibidem*, str. 728.

30 Cf. Article 4 (2), Directive 93/13/EEC. Još uvek nema odluke Evropskog suda pravde koja tumači ovu odredbu Direktive.

31 Austrija, Danska, Grčka, Letonija, Luksemburg, Rumunija, Slovenija, Španija i Švedska. Martin Ebers, *Unfair Contract Terms Directive*, u: H. Schulte-Nölke, *op. cit.*, str. 344–345, 393–394.

kojima je određen predmet ugovora, nepravilnost takve odredbe znači ništavost ugovora u celini. U takvom slučaju nije moguća primena pravila o delimičnoj ništavosti, budući da ugovor ne može opstati bez odredbe kojom je određen njegov predmet: kada je predmet obaveze neodređen, čitav ugovor je ništav.<sup>32</sup>

Zaštita ugovorne odredbe kojom je određen predmet ugovora od kontrole njene pravičnosti ima za posledicu jačanje ugovora, to jest osnaženje ugovornog odnosa. Ugovor uživa ovu vrstu zaštite samo ako je ugovorna odredba kojom je određen predmet ugovora napisana jasnim i razumljivim jezikom. Iz toga proizlazi da ugovorna odredba kojom je određen predmet ugovora, kao i jednakost vrednosti uzajamnih davanja, mogu biti predmet kontrole bez ograničenja ako je ugovor zaključen usmeno. Na kraju, u Preambuli Direktive se navodi da se predmet ugovora i odnos uzajamnih davanja mogu uzeti u obzir prilikom utvrđivanja pravičnosti ostalih ugovornih odredaba.<sup>33</sup>

Čini se da nema razloga da se ovo pravilo Direktive prenese u domaće pravo. Minimalni karakter Direktive dopušta da se pri transponovanju Direktive ova odredba izostavi, što je značajan broj država članica i učinio. Zaštita prava i interesa potrošača predstavlja jedan od razloga za donošenje Direktive, a prihvatanje ovog pravila u domaćem pravu značilo bi da se potrošaču garantuje slabija zaštita od zaštite koja je po važećim pravilima ugovornog prava garantovana ne samo potrošaču nego svakom kupcu robe odnosno korisniku usluga. Prema odredbama Zakona o obligacionim odnosima, ustanove koje za posledicu mogu da imaju ništavost bilo koje ugovorne odredbe ili ugovora u celini primenjuju se bez obzira na način na koji su formulisane i bez obzira na to što se kvalifikuju kao opšte odredbe ili kao posebne pogodbe. Isto važi za sve ustanove kojima se kod dvostrano obaveznih ugovora štiti ekvivalentnost uzajamnih davanja. Zakonsko rešenje koje bi potrošačima uskratilo prava koja oni u domaćem pravnom sistemu već imaju, ne može se pravdati zaštitom prava i interesa potrošača kao socijalnopolitičkim ciljem.

#### 4. Lista ugovornih odredaba koje se smatraju nepravilnim

Direktiva sadrži samo jedan aneks, u kojem se nalazi ilustrativna indikativna lista opštih odredaba u potrošačkim ugovorima. Svrha liste ogleda se u konkretizaciji pravila iz člana 3 (1) Direktive kojim je utvrđeno opšte merilo za ocenu pravičnosti odredaba potrošačkih ugovora. Ova lista nije konačna: u aneksu su navedeni samo primeri odredaba koje se mogu smatrati nepravilnim. Ugovorna odredba koja se ne nalazi na listi može da bude nepravilna

32 „Kad je predmet obaveze nemoguć, nedopušten, neodređen ili neodrediv, ugovor je ništav.“ Član 47. Zakona o obligacionim odnosima. „Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention: le consentement de la partie qui s'oblige; sa capacité de contracter; un objet certain qui forme la matière de l'engagement; une cause licite dans l'obligation.“ Article 1108, Code Civil. Videti više: Slobodan Perović, *Obligaciono pravo*, str. 311–323; Jean Carbone, *Droit civil*, Tome 2. Les biens, Les obligations, 2004, P.U.F., str. 2008–2017.

33 Recital 19, Directive 93/13/EEC.

a ugovorna odredba s liste to ne mora biti.<sup>34</sup> Primera radi, negativan efekat ugovorne odredbe koja je navedena u aneksu može biti kompenzovan nekom drugom ugovornom odredbom koja je za potrošača naročito povoljna.<sup>35</sup>

Aneks Direktive se zbog svoje indikativne i ilustrativne prirode obično naziva *sivom listom* nepravičnih uslova u potrošačkim ugovorima. U francuskom pravu nepravičnost ugovornih odredaba koje su pobrojane u aneksu oborivo se pretpostavlja.<sup>36</sup> U pojedinim državama članicama zakonom je propisana neoboriva pretpostavka da su pojedine odredbe u potrošačkim ugovorima nepravične i stoga uvek apsolutno ništave.<sup>37</sup> Spisak takvih ugovornih odredaba obično se naziva *crnom listom*. U predlogu nove Direktive o pravima potrošača koji se trenutno nalazi u središtu interesovanja evropske stručne javnosti, predviđene su dve liste nepoštenih odredaba u potrošačkim ugovorima.<sup>38</sup> Prva lista je po svojoj prirodi takozvana *crna lista*. U njoj su navedene ugovorne odredbe koje se uvek – bez obzira na okolnosti – smatraju nepravičnim i, posledično, apsolutno ništavim.<sup>39</sup> Druga lista se naziva *sivom* zato što važi oboriva pretpostavka da su ugovorne odredbe s ove liste nepravične i stoga apsolutno ništave.<sup>40</sup>

34 „[...] It is not disputed that a term appearing in the list need not necessarily be considered unfair and, conversely, a term that does not appear in the list may none the less be regarded as unfair.“ Case C-478/99, Commission of the European Communities v. Kingdom of Sweden, ECR (2002) I-04147. U ovoj odluci se takođe navodi da države članice nisu dužne da propišu ništavost ugovornih odredaba iz indikativne liste, ali su u obavezi da upoznaju javnost s njenom sadržinom.

35 Opinion of Advocate General Geelhoed, 31 January 2002, Case C-478/99, Commission v. Sweden.

36 „Un décret en Conseil d'Etat [...] détermine une liste de clauses présumées abusives; en cas de litige concernant un contrat comportant une telle clause, le professionnel doit apporter la preuve du caractère non abusif de la clause litigieuse.“ Article L132-1, Code de la consommation, Modifié par Loi 2008-776 du 4 août 2008, article 86 (V).

37 Austrija, Belgija, Bugarska, Češka, Estonija, Grčka, Letonija, Litvanija, Luksemburg, Malta, Rumunija, Slovenija i Španija. Cf. M. Ebers, *Unfair Contract Terms Directive*, u: H. Schulte-Nölke, *op. cit.*, str. 396.

38 Annex II and Annex III, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on consumer rights, 08.10.2008, COM(2008) 614/3.

39 Na crnoj listi nalazi se: isključenje ili ograničenje odgovornosti za slučaj smrti ili telesnih povreda potrošača koje su posledica činjenja ili propuštanja trgovca; ograničenje obaveze trgovca da izvrši, odnosno preuzme obaveze koje je u ime ili za račun trgovca privatio njegov punomoćnik, kao i stavljanje ove obaveze pod uslov čije ispunjenje zavisi isključivo od trgovca; isključenje ili ograničenje prava potrošača da pokrene postupak ili da upotrebi drugo pravno sredstvo za zaštitu svojih prava, a posebno obvezivanje potrošača na rešavanje sporova pred arbitražom na način koji je u suprotnosti s odredbama zakona kojim se uređuje arbitražno rešavanje sporova; sprečavanje ili ograničavanje mogućnosti da se potrošač upozna s dokazima; prebacivanje tereta dokazivanja na potrošača u slučaju da teret dokazivanja po zakonu leži na trgovcu; ugovaranje da trgovac ima pravo da utvrdi da li su isporučena roba ili pružene usluge u skladu s ugovorom; kao i ugovaranje da trgovac ima isključivo pravo tumačenja ugovornih odredaba.

40 Siva lista obuhvata: ograničenje ili isključenje prava potrošača prema trgovcu ili trećoj strani u slučaju potpunog ili delimičnog neispunjenja bilo koje ugovorne obaveze trgovca, uključujući ograničenje ili isključenje prava potrošača da prebije potraživanje koje

Kada se pogleda sadržina indikativne liste nepravičnih ugovornih odredaba iz aneksa Direktive, kao i sadržina sive i crne liste nepravičnih ugovornih odredaba iz Predloga direktive o pravima potrošača, može se uočiti da su neke od pobrojanih ugovornih odredaba apsolutno ništave prema klasičnim pravilima ugovornog prava, kao protivne imperativnim propisima, dobrim običajima ili javnom poretku. Primera radi, već je klasičnim pravilima ugovornog prava propisano da se odgovornost dužnika za nameru ili krajnju nepažnju ne može unapred ugovorom isključiti.<sup>41</sup> Isto se može kazati za ugovornu odredbu kojom se određuje da jedna ugovorna strana ima isključivo pravo tumačenja ugovora, ili pravo da utvrdi da li su isporučena roba ili pružene usluge u skladu s onim što je ugovoreno. Na listama se nalazi i obvezivanje potrošača koji je povredio ugovornu obavezu da trgovcu plati naknadu u iznosu koji značajno premašuje iznos pretrpljene štete, iako je od takvih odredaba ugovornik zaštićen klasičnim pravilima.<sup>42</sup> Isto važi za ugovaranje prava trgovca da raskine ugovor zaključen na neodređeno vreme bez ostavljanja primerenog otkaznog roka.<sup>43</sup> Ipak, ovo ne treba razumeti kao kritiku, budući da je cela oblast potrošačkog ugovornog prava nastala na temeljima ustanova klasičnog ugovornog prava.<sup>44</sup> Naprotiv, činjenica da su instituti na

---

ima prema trgovcu s onim što ovaj potražuje od njega; davanje ovlašćenja trgovcu da zadrži ono što je primio od potrošača u slučaju da potrošač povredi ugovornu obavezu ili odbije da zaključi ugovor ako se ne ustanovi isto pravo potrošača u slučaju da trgovac povredi ugovornu obavezu ili odbije da zaključi ugovor; obvezivanje potrošača koji je povredio ugovornu obavezu da trgovcu plati naknadu u iznosu koji značajno premašuje iznos pretrpljene štete; pravo trgovca da jednostrano raskine ugovor kad god hoće, ako isto pravo nije garantovano potrošaču; pravo trgovca da raskine ugovor zaključen na neodređeno vreme bez ostavljanja primerenog otkaznog roka, osim u slučaju da potrošač ne izvršava svoje ugovorne obaveze; prećutno produženje ugovora zaključenog na određeno vreme u slučaju da ga potrošač blagovremeno ne otkáže, ako je ugovoren nesrazmerno dug otkazni rok; pravo trgovca da cenu robe odredi u vreme isporuke, ili da na bilo koji način poveća ugovorenu cenu, ako nije ugovoreno pravo potrošača da u tom slučaju raskine ugovor; obavezivanje potrošača da izvrši sve svoje ugovorne obaveze i u slučaju da trgovac ne izvrši svoje ugovorne obaveze u celini; davanje ovlašćenja trgovcu da prenese svoje ugovorne obaveze na treće lice bez saglasnosti potrošača; ograničavanje prava potrošača da preproudu, tako što se ograničava prenosivost ugovorne garancije koju je dao trgovac; davanje ovlašćenja trgovcu da jednostrano menja sadržinu ugovornih odredaba, uključujući obeležja robe ili usluga; jednostrana izmena ugovornih odredaba koje su potrošaču saopštene na trajnom nosaču zapisa, tako što mu se elektronskim putem saopštavaju nove odredbe s kojima se potrošač nije saglasio.

- 41 Cf. Član 265, stav 1, Zakon o obligacionim odnosima. Videti takođe: Civ., sect. com 15 juin 1959, D. 1960. 97, note Rodère, Henri Capitant, François Terré, Yves Laquette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tom II, 11e édition, 2000, Dalloz, Paris, str. 133 i dalje.
- 42 Cf. Članovi 274, 399. Zakona o obligacionim odnosima.
- 43 Cf. Član 126. stav 2. Zakona o obligacionim odnosima.
- 44 Primera radi, ustanova saobraznosti isporučene robe ugovoru (*Conformity with the contract, Conformité au contrat*) iz Direktive o prodaji robe široke potrošnje i garancijama, oslanja se na klasičnu ustanovu odgovornosti za materijalne nedostatke prodate i predate stvari. Cf. Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees; članovi 478–500, Zakona o obligacionim odnosima. U postupku harmonizacije unu-

koje se oslanjaju pravila o potrošačkim ugovorima dobro poznati u domaćem pravu, može samo da olakša postupak njihovog transponovanja.

Eventualna usaglašenost prakse domaćih sudova s indikativnom listom iz aneksa Direktive ne bi bila dovoljna za donošenje zaključka o usklađenosti domaćeg prava s pravom Evropske unije u ovoj oblasti. Evropski sud pravde smatra da jedino zakon, s obzirom na njegovu javnost i obavezujući karakter, pruža dovoljan stepen pravne sigurnosti prilikom transponovanja pravila neke direktive u domaće pravo.<sup>45</sup> Načelo pravne sigurnosti nalaže da se prilikom utvrđivanja usklađenosti unutrašnjeg prava neke države s pravom Evropske unije na prvom mestu analiziraju njeni zakoni a ne praksa njenih sudova.

## IV. Kriterijum pravičnosti

### 1. Zahtev transparentnosti

Direktivom je propisano da, ako trgovac u pisanoj formi ponudi potrošaču ugovaranje neke odredbe, ta odredba mora biti napisana jasnim i razumljivim jezikom. Pravilima Direktive onemogućena je kontrola pravičnosti ugovorne odredbe kojom je određen predmet ugovora i odnos uzajamnih davanja, izuzev ako je ta ugovorna odredba nejasna i nerazumljiva. Evropski sud pravde smatra da je prodavac, odnosno pružalac usluga, dužan da odredbe potrošačkog ugovora formuliše na jasan i razumljiv način *pre zaključenja ugovora*, kako bi potrošač raspolagao svim neophodnim informacijama prilikom donošenja odluke o stupanju u ugovorni odnos.<sup>46</sup> Uslov da odredba potrošačkog ugovora bude napisana jasnim i razumljivim jezikom naziva se još i *zahtevom transparentnosti*.

Pojedini autori u ovom zahtevu prepoznaju formalni kriterijum pravičnosti ugovornih odredaba, pa nejasnu i nerazumljivu ugovornu odredbu smatraju nepravičnom u formalnom smislu.<sup>47</sup> Zahtev transparentnosti, odnosno obaveza trgovca da odredbe potrošačkog ugovora formuliše na jasan i razumljiv način, kao i apsolutna ništavost nejasnih i nerazumljivih ugovornih odredaba za koje se utvrdi da su nepravične, može se u domaće pravo preneti jedino zakonskom normom. Ujednačena sudska praksa u tom pogledu nije dovoljna.<sup>48</sup>

---

trašnjeg prava s pravom Evropske unije neophodno je, između ostalog, transponovati Direktivu 1999/44, a to će biti umnogome olakšano činjenicom da je unutrašnja logika ustanova uređenih tom direktivom već dugo vremena poznata domaćem zakonodavcu, sudovima, kao i učesnicima u pravnom prometu.

45 ECJ Case C-144/99, *Commission of the European Communities v. Kingdom of the Netherlands*, ECR (2001) I-03541; ECJ Case C-365/93, *Commission of the European Communities v. Hellenic Republic* ECR (1995) I-499; ECJ Case C-415/01, *Commission of the European Communities v. Kingdom of Belgium* ECR (2003) I-2081.

46 ECJ Case C-144/99, *Commission v. Netherlands*, ECR (2001) I-03541; *Opinion of Advocate General Tizzano*, 23 January 2001, Case C-144/99, *Commission v. Netherlands*.

47 H.-W. Micklitz, *op. cit.*, str. 135.

48 ECJ Case C-144/99, *Commission v. Netherlands*, ECR (2001) I-03541. Pravilo da nejasne i nerazumljive ugovorne odredbe treba tumačiti u korist potrošača prihvaćeno je

Pravna posledica ugovaranja nejasne i nerazumljive odredbe sastoji se u primeni pravila tumačenja *contra proferentem*.<sup>49</sup> Direktivom je propisano da se nejasna i nerazumljiva odredba tumači u korist potrošača, i to na način koji je za njega *najpovoljniji*. Pravilo tumačenja *contra proferentem* ne primenjuje se u postupcima za zaštitu kolektivnih interesa potrošača.<sup>50</sup> Kada potrošač zahteva da se utvrdi nepravičnost i posledična ništavost odredbe ugovora koji je on već zaključio s prodavcem, odnosno pružaocem usluga, ta nepravičnost utvrđuje se *in concreto* a ugovorna odredba se tumači na način koji je najpovoljniji za konkretnog potrošača. S druge strane, u postupcima za zaštitu kolektivnih interesa potrošača utvrđuje se nepravičnost opštih uslova u potrošačkim ugovorima. Tu je moguće da se na određenu odredbu, čija se pravičnost dovodi u pitanje, još uvek ne poziva nijedan potrošački ugovor. Stoga se nepravičnost određene ugovorne odredbe u postupcima za zaštitu kolektivnih interesa potrošača utvrđuje *in abstracto* a odredba tumači prema opštim pravilima tumačenja.<sup>51</sup> Međutim, i kada se procenjuje da li je određena ugovorna odredba nejasna i nerazumljiva za konkretnog potrošača (što Evropski sud pravde naziva procenom *in concreto*), kriterijum procene mogao bi da bude objektivizovan ili subjektivizovan. U prvom slučaju, ugovorna odredba bi se kvalifikovala kao netransparentna ako je nejasna i nerazumljiva pažljivom i razumnom učesniku u pravnom prometu, odnosno pažljivom i razumnom prosečnom potrošaču. U drugom slučaju, netransparentnim bi se smatralo ono što je nejasno i nerazumljivo pažljivom i razumnom čoveku potrošačevih znanja i sposobnosti.

U velikom broju država članica netransparentnost ugovorne odredbe ne znači da je ugovorna odredba nužno nepravična. Drugim rečima, moguće je da se nejasna i nerazumljiva odredba, kada se protumači na način koji je najpovoljniji za potrošača, ne kvalifikuje kao nepravična zato što ne dovodi do značajne nesrazmere uzajamnih prava i obaveza.<sup>52</sup> Ako se tumačenjem neke nejasne i nerazumljive ugovorne odredbe *contra proferentem* utvrdi da je ona nepravična, građanskopravna sankcija za njeno ugovaranje biće apsolutna ništavost. U slučaju da je reč o odredbi kojom je određen neki od bitnih

---

u pravima svih država članica. Cf. Martin Ebers, *Unfair Contract Terms Directive*, u: H. Schulte-Nölke, *op. cit.*, str. 417.

49 S tim u vezi treba primetiti da, prema opštim pravilima tumačenja u domaćem ugovornom pravu, pravilo *contra proferentem* važi kao opšte pravilo tumačenja svih atezionih ugovora a ne samo onih koji se kvalifikuju kao potrošački. Cf. Član 100, Zakon o obligacionim odnosima.

50 Izuzev u postupcima za zaštitu kolektivnih interesa potrošača. Cf. Article 5, Directive 93/13/EEC.

51 ECJ Case C-70/03, *Commission v Spain*, (2004) ECR I-7999.

52 Jedino član 6 austrijskog Zakona o zaštiti potrošača propisuje da netransparentne ugovorne odredbe ne proizvode pravno dejstvo. To znači da se nepravičnost netransparentnih odredaba neoborivo pretpostavlja. Cf. Martin Ebers, *Unfair Contract Terms Directive*, u: H. Schulte-Nölke, *op. cit.*, str. 417-418.

elemenata ugovora, ništavost takve odredbe imaće za rezultat ništavost čitavog ugovora.

## 2. Pravičnost u materijalnom smislu

U materijalnom smislu, nepravičnom se smatra ona ugovorna odredba koja, protivno načelu savesnosti, dovodi do značajne nesrazmere uzajamnih prava i obaveza na štetu potrošača. Značajan broj država članica je pravilo o tome kada se odredba potrošačkog ugovora smatra nepravičnom transponovao tako što su izostavile zahtev da značajna nesrazmera uzajamnih davanja bude protivna načelu savesnosti.<sup>53</sup> To rešenje ima za posledicu poboljšanje materijalnopravne i procesnopravne pozicije potrošača. Ono je opravdano zato što tekst Direktive nije sasvim jasan: sporno je da li svako ugovaranje nesrazmerne imovinske koristi na štetu potrošača po sebi predstavlja povredu načela savesnosti. Drugim rečima, otvoreno je pitanje da li je moguć slučaj da ugovaranje nesrazmerne imovinske koristi na štetu potrošača ne predstavlja povredu pomenutog načela.

Zahtev da ugovorna odredba bude protivna načelu savesnosti izostavljen je u francuskom pravu, u kojem se kao nepravične<sup>54</sup> kvalifikuju odredbe koje za cilj ili posledicu imaju značajnu nesrazmeru (*un déséquilibre significatif*) prava i obaveza jedne i druge ugovorne strane. Ako takvih odredaba ima, smatra se da ne postoje, to jest da nisu ni ugovorene (*réputées non écrites*).<sup>55</sup> Umesto da ugovorna odredba stvara ili ima za cilj značajnu nesrazmeru uzajamnih davanja, starije pravilo francuskog prava postavljalo je uslov da je druga ugovorna strana potrošaču nametnula neku odredbu tako što je zloupotrebila svoju ekonomsku moć (*un abus de la puissance économique*) i na taj način za sebe pribavila nesrazmernu korist (*un avantage excessif*).<sup>56</sup> Značaj ove promene umanjen je činjenicom da je Kasacioni sud 1994. godine stao na stanovište da se zloupotreba ekonomske moći od strane profesionalca pretpostavlja kada je reč o potrošačkim ugovorima po pristupu.<sup>57</sup>

53 Francuska, Belgija, Danska, Luksemburg, Grčka, Litvanija i Slovačka. Cf. Martin Ebers, *Unfair Contract Terms Directive*, u: H. Schulte-Nölke, *op. cit.*, str. 393. Primera radi: Article L132-1, Code de la consommation (français), izvor: <http://www.legifrance.gouv.fr>.

54 Francuski zakonodavac ostao je pri terminu *clauses abusive* – ugovorne odredbe kojima se vrši zloupotreba.

55 Article L132-1, Code de la consommation (Loi n°95-96 du 1 février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial, modifié par Loi n°2008-776 du 4 août 2008). Videti više: F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, str. 331-334.

56 Article 35, *Loi Scrivener*, Loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services. Pojam *les clauses abusives* u kontekstu potrošačkih ugovora uveden je u francusko pravo upravo ovim zakonom, petnaest godina pre donošenja Direktive.

57 Cass. Civ. 1, 6 janvier 1994, Bull. n°8; D. 1994, somm. p. 209, obs. Ph. Delebecque; JCP 1994, II, 22237, note G. Paisant Videti takođe: F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, str. 332; H. Beale, A. Hartkamp, H. Kötz, D. Tallon, *op. cit.*, str. 544.

Zakon o obligacionim odnosima poznaje čitav niz ustanova čija se svrha ogleda u zaštiti načela jednake vrednosti uzajamnih davanja.<sup>58</sup> Slučajevi u kojima narušavanje tog načela dovodi do određenih pravnih posledica propisani su zakonom. Ta pravila se primenjuju na sve obligacionopravne ugovore, a ne samo na ugovore između potrošača i prodavaca, odnosno pružalaca usluga. U tom smislu, apsolutna ništavost nepravičnih odredaba u potrošačkim ugovorima može se razumeti kao posebna građanskopravna sankcija za povredu načela ekvivalentnosti uzajamnih davanja. Drugim rečima, ugovorna odredba koja bitno narušava srazmeru uzajamnih obaveza trgovca i potrošača smatra se nepravičnom, a to njeno svojstvo sankcioniše se apsolutnom ništavošću.

Postojanje bitne nesrazmere uzajamnih prava i obaveza trgovca i potrošača mora da postoji u trenutku zaključenja potrošačkog ugovora. Ovo proizlazi ne samo iz člana 4. Direktive, nego i iz unutrašnje logike ustanove apsolutne ništavosti koja nalaže da razlog ništavosti postoji u času zaključenja ugovora. Postojanje bitne nesrazmere uzajamnih davanja u času zaključenja ugovora predstavlja jedno činjenično pitanje. Međutim, pojedini autori smatraju da bitna nesrazmera uzajamnih obaveza na štetu potrošača postoji jedino ako su dispozitivne odredbe domaćeg prava povoljnije za potrošača nego ugovorna odredba o kojoj je reč. To bi značilo da prilikom utvrđivanja bitne nesrazmere sud ne poredi obavezu jedne s obavezom druge strane, nego prava koja su potrošaču garantovana nekom ugovornom odredbom s pravima koja bi on imao po osnovu ugovora da ta konkretna odredba nije ugovorena, to jest da je ugovor zaključen bez nje.<sup>59</sup> Ta konstrukcija je neodrživa, na prvom mestu zato što sama Direktiva predviđa kontrolu pravičnosti odredbe koja određuje predmet potrošačkog ugovora, ako ta odredba nije napisana jasnim i razumljivim jezikom. Štaviše, značajan broj država članica dopušta kontrolu pravičnosti odredbe kojom se određuje predmet ugovora i kada je ta odredba transparentna. To znači da bi u slučaju kontrole pravičnosti odredbe kojom je određen predmet ugovora ili neki drugi element imenovanog ugovora koji je zakonom propisan kao bitan sud trebalo da poredi pravnu poziciju potrošača koja mu je garantovana tom odredbom s pozicijom u kojoj bi on bio da potrošački ugovor koji je zaključen ne sadrži odnosnu odredbu. Međutim, u ovoj potonjoj situaciji potrošački ugovor ne bi ni bio zaključen, zbog toga što bi nedostajala saglasnost ugovornih strana o predmetu ili nekom drugom bitnom elementu ugovora.

58 „U zasnivanju dvostranih ugovora strane polaze od načela jednake vrednosti uzajamnih davanja. Zakonom se određuje u kojim slučajevima narušavanje toga načela povlači pravne posledice.“ Član 15. Zakona o obligacionim odnosima. Potpuna evikcija dovodi do prestanka ugovora *ipso lege*; nepotpuna evikcija, fizički nedostaci prodate i predate stvari i promenjene okolnosti mogu biti razlog za raskid; prekomerno oštećenje čini ugovor rušljivim; dok je zelenaški ugovor apsolutno ništav.

59 Martin Ebers, *Unfair Contract Terms Directive*, u: H. Schulte-Nölke, *op. cit.*, str. 385.



## V. Završna razmatranja

Načelo slobode ugovaranja, kao izraz načela autonomije volje u domenu ugovornog prava, podrazumeva da učesnici u pravnom prometu uživaju slobodu da po svojoj volji urede međusobne odnose.<sup>60</sup> Ono je komplementarno s načelom poštovanja ugovornih obaveza (*pacta sunt servanda*), a na terenu tumačenja ugovora s načelom *favor negotii* (*favor validitatis*) koje nalaže da se pravni posao tumači na način koji će osigurati njegovu punovažnost. Sva navedena načela afirmišu ugovor, odnosno teže da potvrde njegovo postojanje i pravovaljanost.

Princip slobode ugovaranja trpeo je veća ili manja ograničenja tokom istorije ugovornog prava, ali nikada nije bio apsolutan. Na načelnom nivou, suprotstavlja mu se ideja ugovorne pravde koja, prema nekim mišljenjima predstavlja odgovor na nejednakost pregovaračkih pozicija strana koje stupaju u ugovorni odnos.<sup>61</sup> Načelo slobode ugovaranja i ideja ugovorne pravde ne odnose se samo na formalna pitanja kao što je način na koji je postignuta saglasnost izjavljenih volja, već i na materijalna pitanja odnosno na sadržinu onoga što je ugovoreno.

Građanskopravno sankcionisanje nepravičnih odredaba u potrošačkim ugovorima predstavlja izraz ideje ugovorne pravde na terenu potrošačkog ugovornog prava. Njegova svrha ogleda se u postizanju određenih ciljeva socijalne politike a pre svega u zaštiti potrošača kao ekonomski slabije i lošije informisane strane koja u postupku pregovaranja i zaključenja ugovora zauzima značajno slabiji položaj od trgovca. To je razlog iz kojeg se pravilima o ništavosti nepravičnih odredaba u potrošačkim ugovorima ograničava materijalna sloboda ugovaranja, to jest sprečava trgovac da s potrošačima ugovara odredbe određene sadržine.

Međutim, ta ustanova postavlja i jedan formalni zahtev a to je da odredbe potrošačkih ugovora budu transparentne, odnosno formulisane na jasan i razumljiv način. Oglušenje o ovaj zahtev ima za posledicu primenu pravila *contra proferentem*, to jest tumačenje nejasne ugovorne odredbe na način koji je najpovoljniji za potrošača. Zahtev transparentnosti štiti određene kvalitete izjavljenih volja i njihove saglasnosti i na taj način učvršćuje princip slobode ugovaranja.

## UNFAIR TERMS IN CONSUMER CONTRACTS

### Summary

*This paper contains an overview of the Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts, and analysis of several issues which – on account of the minimal character of the Directive – Serbia may and should regulate*

60 Slobodan Perović, *Obligaciono pravo*, str. 153 i dalje.

61 Konrad Zweigert & Hein Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, Third and Revised Edition, 1998, Clarendon Press, Oxford, translated by Tony Weir, str. 331–333.

*differently. Special attention is paid to formal and substantial criteria of unfairness of contractual terms, and to relation of these rules to some other rules of contract law which may result in nullity of the contract. The question is being raised of whether the rules on unfair terms in consumer contracts constitute a significant exception to the principle of freedom of contract on the grounds of social policy; or they confirm this principle by protecting the quality of consumer's and trader's consent.*

Key words: *Directive 93/13/EEC. – Unfair Contract Terms. – Consumer Contracts.*

## PLATNI NALOG EVROPSKE UNIJE

### Apstrakt

*Platni nalog Evropske unije ustanovljen je Uredbom potvrđenom u Evropskom parlamentu krajem 2006. Ta uredba se primenjuje od 12 decembra 2008. Reč je o veoma značajnom koraku u usaglašavanju standarda građanskog procesnog prava između država članica EU. Pravila procedure koja su Uredbom ustanovljena treba da doprinesu bržem rešavanju prekograničnih sporova u slučaju da se u njima raspravlja o neosporenim potraživanjima. Uredba ni na koji način ne dira u odredbe Uredbe Brisel I niti u odredbe Uredbe o izdavanju evropskog izvršnog naslova za neosporena potraživanja. Time je građansko procesno pravo EU dobilo još jedan izvor, a pravni subjekti još jednu mogućnost za lakšu realizaciju svojih potraživanja.*

Ključne reči: *Platni nalog EU. – Uslovi. – Pravni lekovi. – Izvršenje.*

### I

Na osnovu zaključaka sastanka Evropskog saveta, održanog u Tamperi krajem prošlog veka, a kojima je još jednom istaknuta potreba za izgradnjom evropskog građanskog procesnog prava, Evropska komisija je podržala izdavanje posebne studije o jednom evropskom postupku za izdavanje platnog naloga i bržem rešavanju sporova male vrednosti. Tako je otvoren put nacrtu posebne uredbe kojom bi se definisao postupak izdavanja evropskog platnog naloga (u daljem tekstu: Uredba). Predlog je završen 26. aprila 2004. i o njemu je otvorena rasprava.

Istraživanja pravnika su pokazala da bi se jednom takvom uredbom posebno olakšali prekogranični sporovi, što nije bila prvobitna namera komisije. Tako bi se uredba *ratione materie* ograničila na građanskopravne sporove sa prekograničnim elementom. Posle brojnih kritika prvobitnog predloga, nastao je novi tokom 2005, koji je poslužio kao polazna tačka za dalji rad. Prihvaćeno je čak 76 primedbi na tekst koji je iznela Komisija. Pokazalo se da je teško odrediti polje primene Uredbe, ako se pođe od stava da ona može dati odgovore samo u sporovima koji se dotiču dveju ili više država članica, ali ne i u onim sporovima u kojima se pojavljuje država članica i država nečlanica (Mađarska i Srbija). Zato se još radilo na usaglašavanju i došlo do teksta koji je krajem 2006. Evropski parlament konačno potvrdio. Uredba je počela da se

---

\* Dr Nikola Bodirolga, docent Pravnog fakulteta u Beogradu. Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta *Pravni kapaciteti Srbije za evropske integracije* Pravnog fakulteta u Beogradu koji podržava Ministarstvo nauke Republike Srbije.

primenjuje od 12. decembra 2008, osim članova 28, 29, 30 i 31 koji se primenjuju od 12. juna 2008. godine.

Posredi je još jedna konkretna mera na planu uspostavljanja jedinstvenog prostora slobode i pravde. U tom smislu unapređenje načina rešavanja prekograničnih sporova (cross-border disputes) čini se logičnim. Uklanjaju se prepreke za dobro funkcionisanje građanske sudske procedure i stvara veća kompatibilnost između nacionalnih procesnih sistema. Tako se stvaraju preduslovi za jačanje unutrašnjeg tržišta.

Nesporni cilj Uredbe jeste da se njome olakša realizacija faktički nespornih potraživanja u unutrašnjem tržištu. Dok se Uredba o evropskoj izvršnoj ispravi za neosporena potraživanja odnosi na presude i druge odluke iz kognicijskog postupka, u osnovi Uredbe o evropskom platnom nalogu jeste tumačenje da se u praksi veliki broj potraživanja čini faktički nespornim.<sup>1</sup> Izbegava se rasipanje vremena i novca i postiže ekonomičnost građanske procedure.

Pokretanje postupka za izdavanje evropskog platnog naloga je u dispoziciji samog poverioca. Usvajanjem posebnih pravila za izdavanje evropskog platnog naloga nije stavljena van snage ni Uredba niti Uredba Brisel I o evropskom izvršnom naslovu za neosporena potraživanja. Poverilac konsuira svoje pravo izbora opredeljivanjem za mogućnosti koje mu pruža neki od pomenutih izvora građanskog procesnog prava EU.

Sama priroda postupka je kognicijska. U njemu nastaje poseban izvršni naslov.<sup>2</sup> To povlači konkurenciju nacionalne procedure i procedure predviđene odredbama Uredbe za dobijanje izvršne isprave. U pitanju je jedna privilegija poverioca da bira u kojem će postupku (nacionalnom ili evropskom) dobiti ispravu kojom se utvrđuju postojanje, dospelost i iznos potraživanja. Ukoliko u nacionalnom pravu ne postoji mogućnost za izdavanje platnog naloga, onda je postupak ustanovljen Uredbom jedina zaštita poverioca.<sup>3</sup>

## II

Uredba se primenjuje na građanske i trgovačke stvari u prekograničnim sporovima<sup>4</sup>, bez obzira na prirodu suda ili tribunala pred kojim je spor iznet

1 Mada se kod nas Uredba ne primenjuje, čini se da bi se za to moglo naći opravdanje, naročito ako se uzme u obzir činjenica da se sve više parničnih postupaka ne vodi zbog postojanja spora oko potraživanja. Dužnik priznaje potraživanje (nema dokaza kojim bi osporio njegovo postojanje), ali neće ili ne želi da ga plati, što primorava poverioca da posegne za mehanizmom zaštite parničnog suda. Tako se obesmislio pojam spora kao pretpostavke za vođenje parničnog postupka.

2 Izvršni naslov nije rezultat posebnog kognicijskog postupka koji bi se vodio u državi porekla (situacija koju predviđa Uredba o evropskom izvršnom naslovu za neosporena potraživanja).

3 Suština je u tome da evropski platni nalog predstavlja izvršnu ispravu koja je per se izvršiva u svim državama članicama (sticanje svojstva izvršnosti nije učinjeno zavisnim od odredaba Uredbe Brisel I ili Uredbe o evropskom izvršnom naslovu za neosporena potraživanja).

4 Stalo se na stanovište da se bez uređenja prekograničnih sporova ne može osigurati unutrašnje tržište. Tome dodajemo da prekogranični spor postoji ne samo kada stranke žive u

na rešavanje. Nema, međutim, mesta primeni Uredbe na poreske i carinske stvari, kao i na postupke pred upravnim vlastima koji za predmet imaju raspravljavanje odgovornosti države za činjenje ili propuštanje preduzeto u vršenju prerogativa suverene državne vlasti („*acta iure imperii*“).<sup>5</sup>

Stranke se ne mogu pozivati na Uredbu ako treba da se razreši spor u pogledu svojinskih prava koji proističe iz bračne zajednice. Isto vredi i za spore koji se odnose na testamentarno i zakonsko nasleđivanje.<sup>6</sup> Stečaj, kao i postupci koji mu se shodno propisima nacionalnog zakonodavstva upodobljavaju ne spadaju u *rationae materiae* ove uredbe. Na kraju Uredba se neće primeniti na stvari koje se tiču socijalnog osiguranja, na tužbene zahteve koji izviru iz vanugovornih obligacija, kao ni na poravnanja između stranaka, odnosno sporazume o priznanju duga, te na ovakve odnose koje se tiču dugova nastalih iz zajedničke imovine.<sup>7</sup>

Postupak za izdavanje evropskog platnog naloga može se koristiti samo za određena i dospela potraživanja. Sama nespornost potraživanja se ne procenjuje na način predvođen Uredbom o evropskom izvršnom naslovu za neosporena potraživanja. Faktički je potraživanje nesporno ukoliko protivnik nije izjavio prigovor protiv platnog naloga.

*Rationae personae* pod terminom država članica podrazumevaju se sve države članice osim Danske. Prekogranični spor je svaki spor u kojem je jedna od stranaka nastanjena ili ima uobičajeno boravište u jednoj državi članica, različitoj od one gde je sedište suda. Prebivlišće se određuje u skladu sa članovima 59. i 60. Uredbe Saveta o nadležnosti i priznanju i izvršenju sudskih odluka iz građanskih i trgovačkih stvari. Pojam prekograničnog spora se određuje u trenutku podnošenja zahteva za izdavanje evropskog platnog naloga u skladu sa odredbama Uredbe. Evropski platni nalog se može koristiti samo za naplatu dospelih novčanih potraživanja, i to dospelih u vreme podnošenja zahteva za izdavanje naloga.

Slično Uredbi o izdavanju evropskog izvršnog naslova za neosporena potraživanja, Uredba operiše terminima „država članica porekla“ i „država članica izvršenja. Država članica porekla jeste ona država članica u kojoj je izdat evropski platni nalog, a država članica izvršenje jeste država članica u kojoj se traži njegovo izvršenje. Termin „sud“ se upotrebljava u značenju bilo kog državnog organa u državi članici koji je ovlašćen za izdavanje platnog naloga. Sam „sud porekla“ jeste sud koji je u konkretnom slučaju izdao platni nalog.<sup>8</sup>

---

različitim državama članicama, odnosno kada se tačke za određivanje nadležnosti mogu dovesti u vezu sa različitim državama članicama, već uvek kada najmanje jedna stranka, u vreme pokretanja postupka za izdavanje platnog naloga, ima prebivalište ili uobičajeno boravište u državi članici različitoj od one u kojoj se nalazi sud koji rešava o zahtevu.

5 Vidi član 2, uporedi sa članom 1. Uredbe Brisel I.

6 Uporedi sa članbom 1. stavom 2. Uredbe Brisel I.

7 Ovaj izuzetak se ne može primeniti na zajednički delikt više lica, pošto zahtevi tada ne proističu iz zajedničke imovine poverilaca već iz odnosa među samim dužnicima.

8 Uporedi sa članovima 4, 5. i 6. Uredbe o evropskom izvršnom naslovu za neosporena potraživanja.

Sama nadležnost se određuje shodno odredbama Uredbe Brisel I. Činjenica da se zahtev odnosi na ugovor koji je zaključio potrošač, i to za svrhe koje izlaze iz okvira njegove profesije ili činjenica da se potrošač javlja u ulozi tuženog, dovodi do toga da samo sud prema prebivalištu tuženog može imati nadležnost za izdavanje platnog naloga (isključiva mesna nadležnost).<sup>9</sup>

### III

Sam zahtev za izdavanje evropskog platnog naloga se podnosi na posebnom obrascu koji je sastavni deo Aneksa I Uredbe. U zahtevu se moraju navesti: imena i adrese stranaka, kao i njihovi zastupnici, ukoliko postoje, odnosno ukoliko su podaci o tome raspoloživi u vreme podnošenja zahteva. Iznos glavnog potraživanja mora biti sadržan u zahtevu, a ukoliko je moguće (nije i obavezno) treba navesti i iznos kamate, ugovornih kazni i troškova. Ako je sama kamata predmet zahteva, kamatna stopa, kao i period za koji se zahteva moraju se uključiti u zahtev. Izuzetak postoji samo ako se zakonska kamata automatski uračunava, shodno nacionalnom zakonodavstvu države članice porekla. Podnosilac zahteva mora izneti dokaze na kojima se zasniva zahtev za izdavanje platnog naloga ili ih barem navesti, odnosno dokaze kojima se potvrđuje postojanje i dospelost potraživanja, te osnove za zasnivanje nadležnosti. Sud mora biti uveren u to da je posredi prekogranični spor.

U samom zahtevu se „potvrđuje“ da su sve u njemu iznete informacije istinite, a prema najboljem znanju podnosioca koji prihvata odgovarajuću krivičnu sankciju u slučaju da se neki od podataka pokaže lažnim.<sup>10</sup> Tako se Uredbom uvodi zakletva kao jedan vid arhaičnog dokaznog sredstva. Čak i bez nje, podnosilac zahteva bi se mogao pozvati na odgovornost zbog iznošenja lažnih podataka. U dodatku zahteva se može istaći da se podnosilac protivni prelasku u građanski sudski postupak u slučaju izjavljivanja prigovora od strane tuženog. To ne sprečava podnosica da informiše pomenuti sud o dugu, ali u svakom slučaju to mora učiniti pre nego što je nalog izdat. Osim pisane forme, za podnošenje zahteva je dopuštena svaka druga forma (pre svega elektronska), ukoliko to predviđa zakonodavstvo države porekla. Zahtev mora biti potpisan od podnosioca ili njegovog zastupnika. Elektronska forma zahteva vodi od primene Direktive 1999/93 Evropskog parlamenta i Okvira za elektronske potpis usvojenog na Evropskom savetu 13. decembra 1999. Sam potpis se proverava samo u državi članici porekla. Nije dopušteno naknadno isticanje novih zahteva u vezi sa ovim. Ne traži se elektronski potpis ukoliko u državi članici porekla postoji alternativna forma elektronske komunikacije

9 Vidi član 6. stav 1 u vezi sa članom 6. stav 2. Uredbe Brisel I.

10 Traži se da je podnosilac zahteva izneo tvrdnje prema najboljem znanju i umenju. On mora biti svestan da navođenjem lažnih podataka može navući na sebe sankcije za davanje lažnog iskaza, a shodno odredbama zakonodavstva države porekla. To pravilo, bez obzira na to što potiče iz evropskog izvora građanskog procesnog prava, ne može primeniti principe nacionalnih procesnih zakonodavstava koji se odnose na ocenu dokaza i istinu u parničnom postupku.

koja omogućuje određenom zatvorenom krugu ranije registrovanih korisnika da je koristi uz poštovanje bezbednosnih garancija. Države članice moraju da informišu Evropsku komisiju o postojanju jedne takve komunikacije.

Sud kojem je zahtev podnet proverava ispunjenost uslova iz članova 2, 3, 4, 6. i 7. Uredbe na osnovu podataka iz samog zahteva, kao i osnovanost samog potraživanja. Ovde se dopušta da se ustanovi automatizovana procedura. Sud može doći do zaključka da član 7, tj. u njemu postavljeni standardi nisu ispoštovani, podnosiocu zahteva se daje prilika za popravni. Sud mu može naložiti da dopuni ili ispravi svoj zahtev. Uredba predviđa poseban formular koji je sastavni deo Aneksa II. Za otklanjanje nedostataka se ostavlja određen rok, koji se može produžiti odlukom suda. U pitanju je ovlašćenje na vršenje diskrecione ocene. Predmet sudske kontrole su pretpostavke za primenu Uredbe, ali i samo potraživanje. Ono mora biti dovoljno obrazloženo. Potraživanje već *prima facie* treba da deluje kao osnovano.<sup>11</sup>

Podnosilac zahteva može da udovolji kriterijumima iz člana 8. samo za deo potraživanja, u kojem slučaju ga sud o tome obaveštava koristeći posebnu formu C sadržanu u Aneksu III. On se poziva da prihvati ili odbije izdavanje platnog naloga samo za deo potraživanja koji ispunjava te uslove i ukazaće mu na posledice njegovog izbora. I odgovor podnosioca zahteva mora biti podnet na C formi u roku koji sud određuje u skladu sa članom 9. Uredbe. Prihvatanje ovog rešenja vodi izdavanju platnog naloga samo za deo potraživanja koji za to ispunjava uslove. Na ostatak potraživanja za koji se ne može izdati evropski platni nalog se primenjuju posledice propisane nacionalnim pravom. Neizjašnjenje podnosioca zahteva o predlogu suda za izdavanje delimičnog platnog naloga vodi odbijanju zahteva u celini.

Zahtev za izdavanje evropskog platnog naloga se odbija: 1) ako uslovi iz članova 2, 3, 4, 6. i 7. nisu ispunjeni; 2) kada se potraživanje *prima facie* čini neosnovanim; 3) ukoliko rok za slanje odgovora u skladu sa članom 9. bezuspešno protekne; 4) ako podnosilac zahteva propusti da odgovori sudu na njegov predlog za izdavanje evropskog platnog naloga za deo potraživanja ili odbije predlog suda. Odbijanje izdavanja evropskog platnog naloga mora biti obrazloženo. O odbijanju i razlozima se podnosilac zahteva obaveštava na posebnom obrascu D sadržanom u Aneksu IV. Protiv odluke o odbijanju ne postoji pravo na žalbu. Samo odbijanje zahteva ne sprečava podnosioca da iznova traži izdavanje evropskog platnog naloga ili da pokrene neku drugu proceduru za naplatu svog potraživanja u skladu sa pravom države članice.

Ispunjenost uslova iz člana 8. Uredbe znači obavezu suda da izda platni nalog, po mogućstvu u roku 30 dana od dana podnošenja zahteva, i to na formi E koja je sastavni deo Aneksa V Uredbe. U ovih 30 dana se ne računa vreme koji je potrebno podnosiocu zahteva da dopuni, opravda ili ispravi svoj podnesak. Evropski platni nalog se izdaje zajedno sa kopijom zahteva. Samo informacije koje su priložene uz zahtev neće biti izdate uz platni nalog.

11 Vidi članove 8. i 16. Uredbe. Ovo proizilazi iz zahteva da se uz zahtev za izdavanje platnog naloga moraju priložiti svi dokazi kojima se utvrđuje postojanje i dospelost potraživanja. Iz tih dokaza sud mora izvesti zaključak o tome da postoji dospelost i nesporno potraživanje.

U evropskom platnom nalogu, tuženom se ukazuje na dve mogućnosti: on može da plati označenu sumu ili da se suprotstavi nalogu izjavljivanjem prigovora u roku od 30 dana od dana dostavljanja naloga. Prigovor se izjavljuje sudu od koga potiče evropski platni nalog.

U skladu sa načelom o pouci neuke stranke, tuženi se upozorava na činjenicu da je platni nalog izdat samo na osnovu informacija koje je sudu obebedio podnosilac zahteva. Te informacije, odnosno njihovu verodostojnost sud nije proveravao u kontradiktornom postupku. U odsustvu prigovora, sam evropski platni nalog postaje izvršan.<sup>12</sup> Samo izjavljivanje prigovora u predviđenom roku znači da će se procedura nastaviti pred redovnim nadležnim sudovima države porekla u skladu sa pravilima građanskog sudskog postupka, osim ako je podnosilac zahteva tražio da se procedura okonča u slučaju izjavljivanja prigovora. Sud je dužan da se stara o zakonitosti dostavljanja platnog naloga. Ono se sprovodi onom metodom nacionalnog zakonodavstva koja može da ispuni minimalne standarde sadržane u članovima 13, 14. i 15. Različite metode koje predviđa nacionalno zakonodavstvo mogu se primeniti. Ovde pod izrazom „nacionalno zakonodavstvo“ treba razumeti zakonodavstvo one države u kojoj dostavljanje treba da bude izvršeno.<sup>13</sup>

Najveću sigurnost iz ugla samog tuženog pruža lično dostavljanje. Ono je praćeno posebnom dostavnicom sa datumom i potpisom samog tuženog. Lično dostavljanje može biti potvrđeno i dokumentom koji je potpisala osoba koja je sprovela dostavljanje, a kojim se dokazuje da je tuženi primio nalog ili da je odbio da ga primi bez navođenja zakonskog opravdanja. Datum, takođe mora biti zabeležen. Dostavljanje može biti izvedeno i faksom ili mailom, uz priznanicu o dostavljanju, uključujući i datum, pri čemu priznanica mora biti potpisana od tuženog i poslata nazad.<sup>14</sup>

Dostavljanje se može izvršiti i bez potvrde o tome da je tuženi primio nalog. Opet se primenjuje nacionalno zakonodavstvo države u kojoj treba izvršiti dostavljanje. To se može izvesti ličnim dostavljanjem na adresu tuženog, licima koja žive sa njim u istom domaćinstvu ili su zaposlena u domaćinstvu tuženog. Tuženi može biti samozaposleno lice kada se evropski platni nalog može dostaviti licima koja su kod tuženog zaposlena. Sam platni nalog se može ostaviti i u poštanskom sandučetu tuženog. Nalog može biti predat i

12 Tuženi se obavezno mora upozoriti kako na posledice izjavljivanja, tako i na posledice neizjavljivanja prigovora.

13 Članovi 13, 14. i 15, odnosno načini dostavljanja koji se njima uređuju, ne mogu se shvatiti kao norme koje se neposredno primenjuju. Dostavljanje se, pre svega, obavlja u skladu sa pravom one države u kojoj se dostavljanje ima izvršiti. Isto tako ne dira se ni u član 27. Uredbe o evropskom izvršnom naslovu za neosporena potraživanja. Minimalni standardi se moraju uzeti u obzir već u fazi kognicijčkog postupka.

14 Uredba je propustila da reši pitanje jezika na kojem platni nalog treba da bude dostavljen. Tumačeći ostale izvore evropskog građanskog procesnog prava, skloni smo da dozvolimo dostavljanje samo na onom jeziku koji je u službenoj upotrebi u državi u kojoj dužnik ima uobičajeno boravište, odnosno na onom jeziku za koji postoje dokazi da ga dužnik razume.



pošti ili drugoj javnoj vlasti, što bi bilo praćeno pisanim obaveštenjem tuženom da je takva radnja izvršena. U obaveštenju se mora jasno naznačiti da se radi o sudskom dokumentu koji ima pravno dejstvo, odnosno da se smatra da je time dostavljanje izvršeno, što ima za posledicu početak roka predviđenog Uredbom. Običnom poštom se nalog može dostaviti kada tuženi ima adresu u državi članici porekla. Elektronska pošta sa automatskom potvrdom o uručenju takođe može poslužiti svrsi. Ne može se, međutim, dostavljanje izvršiti na neki od napred opisanih načina ako adresa tuženog nije sa sigurnošću poznata. Dostavljanje bez dokaza o ličnom dostavljanju potvrđuje se dokumentom potpisanim od osobe koja je izvršila dostavljanje, u kojem se navodi metod, datum dostavljanja i kada nije nalog dostavljen samom tuženog odnos tuženog sa osobom kojoj je nalog dostavljen. Umesto svega toga može poslužiti i priznanje osobe kojoj je platni nalog dostavljen. Na iste načine se dostavljanje može izvršiti i zastupniku tuženog.

Dostavljanje koje nije izvršeno na neki od načina propisanih članovima 13, 14. i 15. Uredbe ne može voditi sticanju svojstva izvršnosti u skladu sa članom 18. Ono što nije jasno jeste kakve posledice proizvodi takav platni nalog. Dužnik može izjaviti prigovor u kojem slučaju bi se cela stvar prevela u nadležnost parničnog suda. On, s druge strane, to ne mora da učini pošto je platni nalog defektan. Tada bi mu se uskratilo svako dejstvo.

## IV

Protiv evropskog platnog naloga mora biti garantovano pravo na izjavljivanje odgovarajućeg pravnog sredstva. Tuženi može da evropski platni nalog osporava prigovorom. Za izjavljivanje prigovora je propisana forma F koja je deo Aneksa VI Uredbe. Obrazac za izjavljivanje prigovora mora se dostaviti tuženom uz platni nalog I pouku o pravu na izjavljivanje prigovora. Rok za izjavljivanje prigovora iznosi 30 dana i počinje da teče od dana kada je tuženom platni nalog dostavljen.<sup>15</sup>

Prigovor se ne mora obrazložiti. Neobrazložen prigovor se ne odbacuje kao neuređan. Dovoljna je sama izjava (*statement*) tuženog da osporava potraživanje. To je posledica činjenice da samo utvrđivanje potraživanja, njegovog iznosa i dospelosti nije usledilo u kognicionom postupku u kojem bi bilo garantovano načelo obostranog saslušanja, već je o postojanju potraživanja nadležni sud zaključio samo na osnovu informacija koje je obezbedila tuži-

15 Za računanje roka merodavna je Uredba Evropskog saveta broj 1182/71 od 03.06.1971. o utvrđivanju pravila za rokove datume i termine. Čak i prigovor koji bi bio izjavljen po proteku ovog roka, a pre nego što je platni nalog postao izvršan bi morao biti odbačen kao neblagovremen, odnosno kao nedozvoljen. Ono što se može postaviti kao dilema jeste i ponašanje suda kada je prigovor koji je blagovremeno poslat ali je stigao u sud tek pošto je na platni nalog stavljena klauzula izvršnosti. To je sasvim realna mogućnost ako se uzmu u obzir odredbe člana 16. Stav 2. Uredbe. Tada bi shodno odredbi člana 20. Stava 2. Uredbe takav prigovor morao biti uzet u postupak, a platni nalog bi morao biti obesnažen.

lačka strana uz poštovanje određene forme. Sam tuženi nije ni bio obavješten o pokretanju postupka za izdavanje platnog naloga. Zato se od njega ne može tražiti da navede razloge za prigovor, jer o samoj proceduri koja je rezultirala izdavanjem platnog naloga nije ni bio obavješten. Za samo upućivanje prigovora sudu, dopuštena je bilo koja forma u skladu sa nacionalnim zakonodavstvom države članice porekla.<sup>16</sup>

Sam prigovor mora biti potpisan od tuženog ili njegovog zastupnika. Ukoliko se podnosi u elektronskoj formi, mora biti potpisan u skladu sa odredbama Direktive 93/1999. Potpis se priznaje u državi članici porekla i ne može biti podvrgnut naknadnim proverama. Opet se neće tražiti elektronski potpis ukoliko u državi članici porekla postoji alternativna forma elektronske komunikacije koja je dostupna određenoj grupi unapred registrovanih korisnika i koja dopušta njihovu identifikaciju na bezbednosno nesporan način. Potrebno je samo da je Evropska komisija o tome bude unapred obavještena.

Videli smo da izjavljivanje prigovora u propisanom roku vodi prelasku procedure u građanski sudski postupak pred redovnim sudovima u državi članici porekla, osim ako je tužilac tražio da se u slučaju da je tuženi izjavio prigovor procedura smatra završenom.<sup>17</sup> Sama činjenica da je poverilac pokušao da naplati svoje potraživanje prema odredbama Uredbe o izdavanju evropskog platnog naloga ne prejudicira njegovu poziciju u naknadnoj građanskoj sudskoj proceduri. Prelazak na redovni građanski sudski postupak odvijaće se po zakonima države članice porekla. Sam tužilac se mora obavestiti o stanju postupka, tj. o tome da li je tuženi izjavio prigovor i da li je procedura nastavljena pred redovnim sudom države članice porekla u skladu sa njenim građanskim procesnim pravom.

Ne samo izjavljivanje prigovora u propisanom roku, već i sam protek roka za izjavljivanje prigovora ima suspenzivno dejstvo. Ne može se izvršiti evropski platni nalog pre nego što rok bezuspešno protekne. Kada u tom roku prigovor nije izjavljen, sud države članice porekla će na evropski platni nalog staviti potvrdu izvršnosti (*enforceability*). U tu svrhu je predviđena posebna forma G koja je sastavni deo Aneksa VII, na kojoj će sud potvrditi i datum dostavljanja platnog naloga. Sami preduslovi za stavljanje klauzule izvršnosti su uređeni nacionalnim pravom države članice porekla. Izvršni platni nalog se dostavlja tužiocu. Evropski platni nalog koji je postao izvršan u jednoj državi članici biće priznat i izvršen u drugoj državi članici bez potrebe za vođenjem posebnog postupka za dobijanje egzekvaturе. Ne

16 Kako se nadležnost za izdavanje evropskog platnog naloga određuje shodno odredbama Uredbe Brisel I, nema potrebe tragati za nekim drugim odredbama kada je u pitanju građanski sudski postupak koji će se voditi povodom izjavljenog prigovora. Problem bi nastao ako zakonodavstvo države članice (u odsustvu normi Uredbe Brisel I) drugačije određuje nadležnost u opisanoj hipotezi od nadležnosti za redovan građanski sudski postupak.

17 Već prilikom podnošenja zahteva za izdavanje evropskog platnog naloga, poverilac se može odrediti prema podnošenju prigovora od strane dužnika. On se može suprotstaviti prelasku u parnični postupak, izjavom da se u slučaju da dužnik podnese prigovor postupak smatra završenim.

postoji mogućnost osporavanja platnog naloga u državi u kojoj se traži njegovo izvršenje.

Izuzetno, tuženi će imati pravo da zahteva ispitivanje (*review*) evropskog platnog naloga pred nadležnim sudom u državi članici porekla ako je nalog dostavljen nekim od metoda propisanim u članu 14. i pod uslovom da izvršenje nije izvršeno na način koji tuženom ostavlja dovoljno vremena za pripremu odbranu (povreda načela kontradiktornosti), bez ikakve krivice sa njegove strane.<sup>18</sup> Isto važi kada je tuženi sprečen da izjavi prigovor protiv platnog naloga zbog okolnosti koje predstavljaju višu silu ili zbog nekih drugih okolnosti koje se ne mogu pripisati njegovoj krivici.<sup>19</sup> Tuženi tada mora odmah da reaguje. U svakom slučaju, nakon što je protekao rok iz člana 16, tuženi može da traži preispitivanje evropskog platnog naloga pred nadležnim sudom u državi članici porekla, ako je nalog očigledno greškom izdat, imajući u vidu standard postavljen u Uredbi usled izuzetnih okolnosti. Stav suda da nijedna od okolnosti iz stavova 1. i 2. člana ne postoji znači da će platni nalog ostati na pravnoj snazi. Nađe li sud da je prigovor tuženog osnovan, platni nalog će biti oglasen ništavim (*null and void*).<sup>20</sup>

## V

Izvršiv evropski platni nalog se izvršava u svim državama članicama bez potrebe za egzektivumom. Ne traži se ni potvrda u skladu sa Uredbom o evropskom izvršnom naslovu za neosporena potraživanja, zbog toga što je evropski platni nalog sam po sebi izvršni naslov EU, a ne evropeizovani nacionalni izvršni naslov (Uredba o evropskom izvršnom naslovu za neosporena potraživanja). Izvršenje evropskog platnog naloga se uređuje propisima države članice u kojoj se traži izvršenje. Evropski platni nalog koji je postao izvršan biće izvršen na isti način i pod istim uslovima kao i bilo koja druga izvršna isprava u državi članici u kojoj se izvršenje traži.<sup>21</sup>

---

18 Uredba nije regulisala pravo tužioca, odnosno poverioca, da se koristi odgovarajućim pravnim sredstvom protiv odluke suda kojom je odbijeno izdavanje platnog naloga, tj. protiv odbijanja suda da na platni nalog stavi klauzulu izvršnosti. Time se Uredba suprotstavlja Uredbi o evropskom izvršnom naslovu za neosporena potraživanja, čiji član 10. isključuje samo pravna sredstva dužnika, ne i poverioca.

19 Sama redakcija člana 20. Uredbe kojim je tuženom priznato ovo ovlašćenje, upućuje nas na zaključak o autonomnom pravnom sredstvu. U skladu sa članom 29. Uredbe države članice su dužne da dele informacije koje se odnose na postupak kontrole evropskog platnog naloga i one koje se odnose na nadležnost sudova u tom postupku. Analogija sa članom 20. Uredbe o evropskom izvršnom naslovu za neosporena potraživanja je više nego evidentna.

20 Postavlja se pitanje prava tuženog da ospori platni nalog ako je platio dug nakon njegovog izdavanja odnosno sticanja svojstva izvršnosti. Iako bi taka solucija bila u skladu sa mnogim nacionalnim zakonodavstvima, čini se da to nije bio cilj evropskog zakonodavca.

21 Vidi član 21. Uredbe.

Za izvršenje u drugoj državi potrebno je da tužilac nadležnim vlastima te države dostavi odgovarajuće podatke: kopiju evropskog platnog naloga na koji je stavljena klauzula izvršnosti od suda države članice porekla i gde je to neophodno prevod evropskog platnog naloga na službeni jezik države članice u kojoj se traži izvršenje ili na jedan od jezika koji je u službenoj upotrebi pred sudom pred kojim je traženo izvršenje u skladu sa propisima države članice izvršenja ili sa prevodom na neki drugi jezik koji je država članica izvršenja naznačila da prihvata. Svaka država članica može da naznači službeni jezik ili službene jezike institucija EU koji se razlikuju od jezika koji je u službenoj upotrebi u toj državi članici i prihvatiti taj drugi službeni jezik (te druge službene jezike) za izdavanje evropskog platnog naloga. Prevod mora da overi za to kvalifikovana osoba u državi članici u kojoj se traži izvršenje. Izvršenje evropskog platnog naloga izdatog u jednoj državi članici koji je izdat u drugoj državi članici ne može biti uslovljeno polaganjem bilo koje vrste obezbeđenja samo zbog toga što je tužilac državljanin druge države članice ili ima prebivalište u drugoj državi članici.

Na zahtev tuženog izvršenje može odbiti nadležni sud u državi članici izvršenja ukoliko je evropski platni nalog u suprotnosti (*irreconcilable*) sa ranijom odlukom ili nalogom donetim u toj državi članici ili nekoj drugoj državi, ako je ranija odluka imala isti predmet spora između istih stranaka (*same cause of action between same parties*) i ako ranija odluka ili nalog ispunjavaju uslove za priznanje u državi članici u kojoj je traženo izvršenje.<sup>22</sup> Potrebno ja da prigovor iz tog razloga nije mogao da bude izjavljen pred sudom države članice porekla. Izvršenje će biti odbijeno i kada je tuženi platio tužiocu iznos obuhvaćen evropskim platnim nalogom. Ni pod kakvim uslovima se inače ne može preispitivati evropski platni nalog u državi članici u kojoj se traži izvršenje.

Kada je tuženi zatražio preispitivanje evropskog platnog naloga u skladu sa članom 20. Uredbe, nadležni sud u državi članici izvršenja može na zahtev tuženog da ograniči izvršenje samo na mere obezbeđenja ili da učini izvršenje zavisnim od polaganja određenog obezbeđenja koje sam odredi. Pod izuzetnim okolnostima, sud može i da odloži izvršenje.<sup>23</sup>

Zastupanje od strane advokata ili drugog pravnika profesionalca nije obavezno za tužioca koji podnosi zahtev za izdavanje evropskog platnog naloga I iza tuženog koji protiv takvog platnog naloga izjavljuje prigovor. Sudski troškovi nastali izdavanjem evropskog platnog naloga i troškovi procedure koja će uslediti nakon što tuženi izjavi prigovor ne mogu da pređu iznos sudskih troškova redovne sudske procedure bez izjavljivanja evropskog platnog naloga u odnosnoj državi članici. Za potrebe Uredbe sudskim troškovima se

22 Vidi član 22. Uredbe. To je jedini od razloga za odbijanje izvršenja koji se može izvesti iz člana 34. Uredbe Brisel I.

23 Samo u slučaju da je tuženi posegnuo za pravnim sredstvom iz člana 20. Uredbe. Ne može se odložiti izvršenje kao u slučaju Uredbe o evropskom izvršnom naslovu za neosporena potraživanja jer zakonodavstva država članica ne predviđaju pravna sredstva protiv evropskog platnog naloga.

smatraju troškovi i takse koji treba da se plate sudu a koji su fiksno određeni nacionalnim pravom.

Uredba propisuje i način popunjavanja pravnih praznina. Na sva procesnopravna pitanja koja njome nisu uređena, primeniće se norme nacionalnog građanskog sudskog postupka. Sama Uredba neće uticati na primenu Uredbe o dostavljanju sudskih i vansudskih dokumenata u građanskim i trgovačkim stvarima. Države članice se obavezuju da saraduju na obezbeđivanju relevantnih informacija koje se odnose na troškove dostavljanja dokumenata i informacija koje se odnose na nadležnost za izvršenje evroskog platnog naloga u skladu sa odredbama članova 21, 22. i 23. Uredbe. To se obezbedi putem Evropske sudske mreže u građanskim i trgovačkim stvarima ustanovljene direktivom iz 2001. godine. Do 12. juna 2008. države članice su bile dužne da Evropskoj komisiji dostave informacije o tome koji su sudovi nadležni da izdaju evropski platni nalog, informacije koje se odnose na procedure njegovog preispitivanja, sredstava komunikacije za potrebe procedure ustanovljene Uredbom, kao i službene jezike koji će se koristiti u skladu sa Uredbom. Sve naknadne promene se takođe moraju dostaviti Evropskoj komisiji. Evropska komisija će te informacije obznaniti u službenom listu i drugim prigodnim putem. Do 12. decembra 2013. Evropska komisija će dostaviti Evropskom parlamentu, Savetu i Odboru za socijalna i ekonomska pitanja izveštaj o samoj proceduri za izdavanje evropskog platnog naloga. Taj izveštaj će sadržati procenu procedure za svaku državu članicu. Same države članice su dužne da Evropskoj komisiji dostave informacije koje se odnose na prekogranične sporove, a kako bi se usavršio rad na poboljšanju zakonodavnih principa.

## EU PAYMENT ORDER

### Summary

*Regulation verified in European Parliament at the end of 2006 has created EU Payment Order for Uncontested Claims. The regulation entered into force on December 12 2008. It is very important step towards harmonization of national civil procedures between Member States. Procedural rules set in Regulation should contribute to more efficient procedure in cross– border cases relating to uncontested claims. Regulation doesn't exclude the application of Brussels I Regulation or the application of EU Regulation on Enforcement Order for Uncontested Claims. Therefor EU Regulation on Payment Order for Uncontested Claims has become one cornerstone of EU Civil Procedure. Citizens and legal entities obtained new option for collection of their claims.*

Key words: *EU Payment Order. – Conditions, Opposition, Enforcement.*

## NAČELO OPREZA (PRECAUTIONARY PRINCIPLE) I VANREDNO UKIDANJE REŠENJA

### Apstrakt

*Načelo opreza odnosi se na one slučajeve u kojima je stručni uvid u potencijalnu opasnost od nekih proizvoda ili tehnoloških postupaka i procesa nepotpun i nedorečen. U takvim slučajevima, ako postoji preliminarna naučna indikacija rizika, može se primeniti načelo opreza i preduzeti one mere koje sprečavaju izlaganje ljudi i životne sredine štetnom delovanju. Uporedna pravna teorija nije formulisala jedinstven model primene i obima načela opreza. Stoga su predmet rada analiza razvoja načela opreza, utvrđivanje i interpretacija pojedinih elemenata načela opreza, kao i oblici primene i pravne zaštite primene načela opreza. Kako se u praksi mogu javiti i situacije u kojima je stranka u ekološkoj upravnoj stvari zakonito stekla određeno pravo rešenjem koje je u upravnom postupku postalo izvršno, ali je došlo do promenjenih okolnosti u odnosu na one koje su postojale u vreme donošenja rešenja i koje se može vanredno ukinuti, u radu će biti izložene osnovne karakteristike instituta vanrednog ukidanja i izvršena analiza mogućnosti realizacije načela opreza u postupku vanrednog ukidanja rešenja.*

*Ključne reči: Načelo opreza. – Vanredno ukidanje rešenja. – Zaštita životne sredine.*

### 1. Uvod

U poslednje dve decenije načelo opreza stipulisano je zakonodavstvom većine zemalja sveta i postalo je fundament ekološkog prava i politike upravljanja rizikom u ekološkim stvarima.<sup>1</sup> Uporedna pravna teorija nije formulisala jedinstven model primene i obima načela opreza. Takođe, načelo opreza do sada nije jedinstveno definisano, što dovodi do pojave da se značenje, uloga i krajnji cilj njegove primene bliže uređuju u dokumentima koji se i sami pozivaju na primenu tog načela.

Načelo opreza odnosi se na one slučajeve u kojima je naučni uvid u potencijalnu opasnost od nekih proizvoda (npr. aditivi u hrani, piće u plastičnoj ambalaži) ili tehnoloških postupaka i procesa (npr. mamografija, hormonska

---

\* Mr Mirjana Drenovak, saradnik u nastavi Pravnog fakulteta u Beogradu. Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta *Pravni kapaciteti Srbije za evropske integracije* Pravnog fakulteta u Beogradu koji podržava Ministarstvo nauke Republike Srbije.

1 Elizabeth Fisher, *Is the Precautionary Principle Justiciable?*, Journal of Environmental Law, Oxford University Press, 2001, str. 315–334.

terapija, genetička modifikacija biljaka) nepotpun i nedorečen. U takvim slučajevima, ako postoji preleiminarna naučna indikacija rizika, može se primeniti načelo opreza i preduzeti one mere koje sprečavaju izlaganje ljudi i životne sredine štetnom delovanju. Načelo opreza zasnovano je na naučnim metodama, a istovremeno se primenjuje u slučajevima kada nauka svojim redovnim pristupom problemu nije u stanju da izvede konačan zaključak. Imajući u vidu imanentnu opštost načela opreza, nameće se zaključak da se jedino analizom i interpretacijom elemenata načela opreza može izbeći potencijalna zloupotreba i arbitrarnost u odlučivanju pozivanjem na načelo opreza. Stoga je predmet rada analiza razvoja načela opreza, utvrđivanje i interpretacija pojedinih elemenata načela opreza, kao i oblici primene i pravne zaštite primene načela opreza.

Načelo daje mogućnost onima koji se osećaju ugroženo da zatraže zabranu ili moratorijum na proizvode ili tehnološke postupke, a onima koji svojim proizvodima ili postupcima izlažu ljude eventualnim rizicima da dokažu da njihovi postupci ili proizvodi nisu štetni za ljude i životnu sredinu.

U praksi se mogu javiti i situacije u kojima je stranka u ekološkoj upravnoj stvari zakonito stekla određeno pravo rešenjem koje je u upravnom postupku postalo izvršno. Međutim, takvo će rešenje biti ukinuto ukoliko se okolnosti promene u odnosu na one koje su postojale u vreme donošenja rešenja koje se ukida. Reč je o vanrednom ukidanju, kao vanredno pravno sredstvo koje se primenjuje radi zaštite važnih javnih interesa, između ostalog radi otklanjanja teške i neposredne opasnosti za život i zdravlje ljudi, s obzirom na to da bi započinjanje izvršenja, odnosno dalje izvršenje takvog akta rezultiralo ozbiljnim štetnim posledicama.

## 2. Definisavanje načela opreza

Osnove načela opreza, kao oblika preventivnog delovanja sa ciljem zaštite životne sredine, nalazimo u zakonodavstvu Savezne Republike Nemačke krajem sedamdesetih godina.<sup>2</sup> Neophodnost uvođenja modela preventivne zaštite životne sredine istaknuto je u Programu ekološke politike Savezne Republike Nemačke 1971. godine.<sup>3</sup> Nakon toga, 1976. godine Savezna vlada Nemačke iznosi sledeći stav: „Politika zaštite životne sredine ne može se u potpunosti ostvariti samo sprečavanjem neposredne opasnosti i uklanjanjem štete koja je već nastala. Štaviše, oprezna (*Vorsorgende*) politika zaštite životne sredine zahteva da prirodni resursi budu zaštićeni i da se koriste pažljivo“.<sup>4</sup> Time se *Vorsorgeprinzip* postavlja kao osnovni princip ekološkog prava Savezne Republike Nemačke. U nemačkom ekološkom pravu široko je prihva-

2 Sue Elworthy, Jane Holder, *Environmental Protection*, Butterworths. 1997, str. 15–24.

3 Umweltprogramm der Bundesregierung vom 29.9.1971 (BT-Drs VI-Drs VI/2710)

4 „Umweltpolitik erschöpft sich nicht in der Abwehr drohender Gefahren und der Beseitigung eingetretener Schäden. Vorsorgende Umweltpolitik verlangt darüber hinaus, das die Naturgrundlagen geschützt und schonend in Anspruch genommen werden.“ – Fortschreibung des Umweltpogramms der Bundesregierung vom 14. Jul 1976. (BT-Drs, 83713).

čen stav da je osnovna ideja načela opreza (*Vorsorge – sich sorgen um, sich sorgen über, sich Sorgen machen*) preventivno delovanje u otklanjanju štete koja se može naneti životnoj sredini.<sup>5</sup> U tom smislu, suštinska primena načela opreza odnosi se na rano otkrivanje opasnosti za život i zdravlje ljudi i očuvanje životne sredine sveobuhvatnim, sinhronizovanim, uzročno-posledičnim istraživanjem, naročito u situacijama kada nauka nije pouzdano utvrdila potencijalnu opasnost. „Načelo opreza stavlja pred nosioce ekološke politike Nemačke moralnu odgovornost i pravo da deluju kada postoji mogućnost nastanka teške i ireverzibilne opasnosti o kojoj, u tom trenutku, nije moguće izneti jasan naučni stav.“<sup>6</sup> Načelo opreza ima važnu ulogu u podršci ekološkoj politici usmerenoj ka donošenju favorabilnih akata u ekološkim upravnim stvarima na osnovu „nedovoljno pouzdanog naučnog stava“ ili u situacijama kada su troškovi otklanjanja potencijalne opasnosti nesrazmerni riziku njenog nastanka. *Vorsorge*, kao načelo, implementirano je u ekološko pravo Nemačke regulatornim stimulisanjem neposrednog ulaganja u čistiju tehnologiju i upotrebom ekonomskih mera kako bi se eksternalije zagađenja internalizovale.<sup>7</sup>

Uvođenju principa opreza u Francuskoj prethodi nekoliko važnih slučajeva zagađenja životne sredine, među kojima i slučaj u vezi sa zagađenjem azbestom, bolešću ludih krava i zaraženom krvlju.<sup>8</sup> Načelo opreza uvodi se u pravni sistem Francuske tek 1995. godine Barnieovim zakonom koji je donet radi jačanja pravnog kapaciteta zaštite životne sredine.<sup>9</sup>

Pravni sistem Evropske unije definiše načelo opreza kao osnovni standard u formulisanju ekološke politike. U tom smislu, ekološka politika primene načela opreza formuliše se sledećim aktima: *Green Paper on the General Principles of Food Safety*<sup>10</sup>, *Communication from the Commission on the Con-*

5 Joachim Sanden, *Das Vorsorgeprinzip im europäischen und deutschen Umweltrecht – Weiterentwicklung und Impulse für das internationale Recht*, Osaka University Review, No. 53, Osaka, 2006, str. 244.

6 David Freestone, Ellen Hey, *The Precautionary Principle and International Law – The Challenge of Implementation*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 1996, str. 39.

7 Sonja Boehmer-Christiansen, *The Precautionary Principle in Germany – Enabling Government*, Timothy O’Riordan, James Cameron (eds.) „Interpreting the Precautionary Principle“, Earthscan Publications Ltd, London, 1994, str. 48.

8 Gary E. Marchant, Kenneth L. Mossman, *Arbitrary and Capricious: The Precautionary Principle in the European Union Courts*, AEI Press, 2004, str. 39.

9 Pierre André, Claude E. Delisle, Jean-Pierre Revéret, *Environmental Assessment for Sustainable Development*, Montréal, 2004, str. 14. O implikacijama slučaja zagađenja azbestom vidi: Marie-Claire Cordonier Segger, Markus W. Gehring, *The WTO and Precaution: Sustainable Development Implications of the WTO Asbestos Dispute*, Journal of Environmental Law, Oxford University Press, 2003, str. 289–321.

10 „The Treaty requires the Community to contribute to the maintenance of a high level of protection public health, the environment and consumers. In order to ensure a high level of protection and coherence, protective measures should be based on risk assessment, taking into account all relevant risk factors, including technological aspects, the best available scientific evidence and the availability of inspection sampling and testing



sumer *Health and Food Safety*<sup>11</sup>, *Resolution on Food Safety in the European Economic Area*.<sup>12</sup>

Načelo opreza stipulisano je članom 191. Ugovora o osnivanju Evropske zajednice.<sup>13</sup> U stavu 2. člana 191. navodi se da će se politika Zajednice prema životnoj sredini zasnivati na načelu opreza (*precautionary principle*) i načelima preduzimanja preventivnih mera.<sup>14</sup> Uslovi i oblast primene načela opreza bliže se uređuju Saopštenjem Evropske komisije o načelu opreza.<sup>15</sup> U Saopštenju se, između ostalog, navodi da u pravu Evropske unije i međunarodnom javnom pravu postoji dilema o tome u kojim slučajevima se načelo opreza može primeniti, kao i koji su rizici i u kojoj su meri prihvatljivi (*acceptable level of risk*). Prema Saopštenju, načelo opreza treba primeniti „u slučajevima kada su naučni dokazi nepotpuni ili nepouzdana, a preliminarna naučna istraživanja upućuju na to da postoji razumna zabrinutost za očuvanje životne sredine, zdravlja ljudi, životinja i biljaka zbog nastupanja opasnosti koji se ne mogu otkloniti već uspostavljenim merama zaštite“.

Saopštenjem se naročito ističe da donošenje pojedinačnih odluka primenom načela opreza mora biti transparentno uz uključivanje zainteresovanih strana. Mere koje je neophodno primeniti u realizaciji načela opreza moraju biti srazmerne opasnosti koju je neophodno ukloniti, na isti način primenjene u sličnim situacijama tj. nediskriminatorne i zasnovane na *cost-benefit* analizi preduzimanja, odnosno nepreduzimanja, preventivnih mera. Određeni proizvod je moguće smatrati opasnim i pozivati se na načelo opreza sve do trenutka kada uvoznik ili proizvođač proizvoda ne pruži odgovarajući dokaz da je bezbedno korišćenje tog proizvoda. Time se teret dokazivanja (*burden*

---

methods. Where a full risk assessment is not possible, measures should be based on the precautionary principle.“ – Green Paper on the General Principles of Food Law in the EU, 30 April 1997 COM (97) 176 final.

- 11 „The Commission will be guided in the risk analysis by the precautionary principle, in cases where the scientific basis is insufficient or some uncertainty exists.“ – Communication of 30 April 1997 on Consumer Health and Food Safety COM (97) 183 final
- 12 Ovom rezolucijom je, s jedne strane, naglašena važnost primene načela opreza (član 5), a s druge, istaknuta predostrožnost kao element načela opreza, naročito u oblasti unošenja GMO u lanac ishrane (član 13). – The Joint Parliamentary Committee of the European Economic Area, *Resolution on Food Safety in the EEA*, March 16, 1999.
- 13 *Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union*, Official Journal of the European Union, C 115/47, May 5, 2008. Dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:115:0047:0199:EN:PDF>.
- 14 „Union policy on the environment shall aim at a high level of protection taking into account the diversity of situations in the various regions of the Union. It shall be based on the precautionary principle and on the principles that preventive action should be taken, that environmental damage should as a priority be rectified at source and that polluter should pay.“ – Član 191. stav 2. *Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union*, Official Journal of the European Union, C 115/47, 5. May 2008.
- 15 Commission of the European Communities, *Communication from the Commission on the Precautionary Principle*, COM (2000) 1, Brussels, February 2, 2000. Dostupno na: [http://ec.europa.eu/dgs/health\\_consumer/library/pub/pub07\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/dgs/health_consumer/library/pub/pub07_en.pdf).

of proof) usmerava ka proizvođaču (uvozniku) kao finansijski jačoj strani, umesto ka organima uprave ili potrošaču.

### 3. Preciziranje značenja načela opreza praksom Evropskog suda za ljudska prava

Evropski sud za ljudska prava ne predstavlja instancu iznad domaćih sudova. Njegova nadležnost se odnosi na primanje individualnih zahteva od pojedinaca ili grupe građana i na odlučivanje o tome da li je u konkretnom slučaju došlo do povrede nekog od stipuliranih prava.

U pogledu zaštite prava na zdravu životnu sredinu, do sada je najveći značaj pridavan doktrini slobodne procene države, kao i pronalaženju ravnoteže između interesa pojedinaca i interesa države, što za rezultat ima učestalo normiranje prava na diskreciono odlučivanje u ekološkim upravnim stvarima. Iako je pretpostavka da pojedinačni i državni interesi u pitanju životne sredine konvergiraju, praksa Evropskog suda ukazuje na suprotno. Tako, pred Sudom su česte predstave zbog ugrožavanja ljudskih prava pojedinaca upravo onim merama države koje su usmerene na zaštitu životne sredine. Kao primer, može se navesti predstavka zbog ugrožavanja prava na slobodno uživanje imovine uvođenjem zabrane građenja sa ciljem zaštite prirodnih dobara.<sup>16</sup> Ovde je ispoljen stav Suda prema kome se prednost daje opštem interesu zaštite životne sredine u odnosu na individualni interes pojedinca.

Praksa Evropskog suda za ljudska prava ima važnu ulogu u preciziranju i definisanju primene načela opreza. U tom smislu, daće se osvrtno na odluku Suda u slučaju Evropska komisija protiv Velike Britanije o izvozu govedine u zemlje članice, odnosno zemlje nečlanice Evropske unije.<sup>17</sup> Sud je stao na stanovište da ukoliko postoji nesigurnost u pogledu nastanka ili produženog dejstva rizika po zdravlje ljudi, nadležni organi, ne čekajući da nastupi ozbiljniji i realno vidljiv oblik opasnosti, mogu preduzeti određene mere zaštite. U obrazloženju ovog stava, Sud navodi: „Članom 130r (1) Ugovora o osnivanju Evropske zajednice formulisan je pristup prema kome će ekološka politika Evropske zajednice biti usmerena ka zaštiti zdravlja ljudi. Član 130r (2) daje osnov za postizanje visokog stepena zaštite i fundira princip preventivnog delovanja koje u pitanju zaštite životne sredine mora biti integrisano u definiciju i implementaciju politike Evropske zajednice.“<sup>18</sup> Taj princip potvrđen je i jednom sudskom odlukom u kojoj je, pozivajući se na načelo opreza, između

16 *Muriel Herrick v United Kingdom*, predstavka br. 11185/84 od 11. maja 1985.

17 *United Kingdom v Commission of the European Communities*, C-180/96, kao i *The Queen v Ministry of Agriculture, Fisheries and Food and Others ex parte: The National Farmers' Union and Others*, C-157/96. Dostupno na: <http://curia.europa.eu/en/actu/communications/cp97/cp9743en.htm>.

18 Commission of the European Communities, *Communication from the Commission on the Precautionary Principle*, COM (2000) 1, Brussels, 2. February 2000, str. 24.

ostalog, istaknuto da u ekološkim upravnim stvarima zaštititi javnog zdravlja treba dati prednost u odnosu na ekonomiju otklanjanja rizika.<sup>19</sup>

#### 4. Osnovni elementi načela opreza

U međunarodnom pravu, kao ni u pravu Evropske unije, međutim, ne nailazi se na jedinstvenu i konciznu definiciju načela opreza.

Tako je na Drugoj međunarodnoj Konferenciji o zaštiti Severnog mora doneta Deklaracija u kojoj, između ostalog, stoji „u zaštiti Severnog mora od zagađujućih emisija mazerija koje su otrovne mora se imati oprezan pristup (*precautionary approach*), čak i kada ne postoje naučni dokazi uzročne veze između emisija i efekata zagađenja“.<sup>20</sup> Za razliku od Deklaracije Druge međunarodne konferencije o zaštiti Severnog mora u kojoj se izričito ne spominje sam termin *precautionary principle*, u preambuli Deklaracije Treće međunarodne konferencije o zaštiti Severnog mora navodi se da će „učesnici nastaviti da primenjuju načelo opreza, tj. da će učesnici preduzeti odgovarajuće aktivnosti kako bi se izbegli potencijalno štetni uticaji nerazgradivih, otrovnih i bioakumulirajućih supstanci i u onim slučajevima za koje ne postoje naučni dokazi o uzročnoj vezi između emisija i efekata zagađenja.“<sup>21</sup>

Načelo opreza prepoznato je kao adekvatan model zaštite životne sredine i od strane Ujedinjenih nacija i kao takvo normirano je 1992. godine Deklaracijom Konferencije Ujedinjenih nacija o životnoj sredini i razvoju.<sup>22</sup> Tom Deklaracijom se, između ostalog, navodi da „radi zaštite životne sredine načelo opreza države potpisnice treba široko da primenjuju u skladu sa svojim pravnim kapacitetima. Kada postoji opasnost od nastanka ozbiljne štete i štete koja se ne može otkloniti, nedostatak neoborive naučne sigurnosti (*full scientific certainty*) ne sme biti razlog za odlaganje mera koje bi doprinele prevenciji od degradacije životne sredine.“<sup>23</sup>

19 *Alpharma Inc. v Council of the European Union*, Court of First Instance, Case T-70/99. Dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61999A0070:EN:HTML>.

20 Second International Conference on the Protection of the North Sea, London, 24–25 November 1987. Dostupno na: <http://www.seas-at-risk.org/1images/1987%20London%20Declaration.pdf>.

21 Declaration of the Third International Conference on the Protection of the North Sea, The Hague, 8 March 1990. Dostupno na: <http://www.seas-at-risk.org/1images/1990%20Hague%20Declaration.pdf>. O razlici između opreznog pristupa i načela opreza videti: Nikolas de Sadeleer, *Origin, Status and Effects of the Precautionary Principle*, Nicolas de Sadeleer (ed.) „Implementing the Precautionary Principle – The Nordic Countries, The EU and USA“, London, 2007, str. 3.

22 The United Nations Conference on Environment and Development (UNCED), Rio de Janeiro 3–14 June 1992. Dostupno na: <http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?documentID=78&articleID=1163>.

23 The United Nations Conference on Environment and Development (UNCED), načelo 15.

Imajući u vidu navedenu regulativu, kao i karakteristike na koje je ranije ukazano, mogu se izdvojiti sledeći osnovni elementi načela opreza:

1. načelo opreza predstavlja oblik preventivnog delovanja sa ciljem zaštite životne sredine;
2. suštinska primena načela opreza odnosi se na rano otkrivanje opasnosti za život i zdravlje ljudi i očuvanje životne sredine;
3. načelo opreza daje mogućnost organima uprave da deluju onda kada postoji mogućnost nastanka teške i ireverzibilne opasnosti o kojoj, u tom trenutku, nije moguće izneti jasan naučni stav, ali preliminarna naučna istraživanja upućuju na to da postoji razumna osnova za zabrinutost;
4. donošenje odluka na osnovu primene načela opreza mora biti transparentno i uključiti sve zainteresovane strane;
5. odluke donete na osnovu primene načela opreza mogu sadržati samo one mere koje su proporcionalne potencijalnoj opasnosti i biti nediskriminatorno primenjene.

## 5. Vanredno ukidanje rešenja

Vanredno ukidanje je vanredni pravni lek poveren upravi sa ciljem zaštite važnih javnih interesa. Kod vanrednog ukidanja organ uprave raspolaze diskrecionim ovlašćenjem koje mu omogućava da oceni da li i u kom obimu treba ukinuti upravni akt kojim je stranka, na zakonit način, stekla neka prava.<sup>24</sup>

Zakon o opštem upravnom postupku, normirajući institut vanrednog ukidanja, u članu 256. propisuje: „Izvršno rešenje može se ukinuti ako je to potrebno radi otklanjanja teške i neposredne opasnosti za život i zdravlje ljudi, javnu bezbednost, javni mir i javni poredak ili javni moral, ili radi poremećaja u privredi, ako se to ne bi moglo uspešno otkloniti drugim sredstvima kojima bi se manje diralo u stečena prava. Rešenje se može ukinuti i samo delimično, u obimu neophodnom da se opasnost otkloni ili zaštite navedeni javni interesi“.<sup>25</sup> Uslov za odlučivanje po osnovu diskrecionog ovlašćenja u ovom slučaju jeste ispunjenje zakonom predviđenih pretpostavki. S jedne strane, treba da postoji „teška i neposredna opasnost za život i zdravlje ljudi, javnu bezbednost, javni mir i javni poredak ili javni moral, odnosno poremećaja u privredi“, a s druge, nepostojanje drugog pravnog sredstva kojim bi se manje diralo u stečena prava.<sup>26</sup>

Uporedo sa tim, otvara se i pitanje da li postoji neko drugo pravno sredstvo kojim bi se manje diralo u stečena prava, a navedena opasnost otklonila.

24 Npr. zbog širenja neke epidemije mora se spaliti objekat u izgradnji za koji je stranka dobila građevinsku dozvolu. Uporedi: Stevan Lilić, *Upravno pravo / Upravno procesno pravo*, Pravni fakultet, Beograd, 2008, str. 644.

25 *Zakon o opštem upravnom postupku*, Službeni list SRJ, br. 33/97.

26 Đorđe Tasić, *O slobodnoj oceni (diskrecionoj vlasti)*, Arhiv za pravne i društvene nauke, godina XVII, drugo kolo, knj. XV (XXXII), br. 3/1927, str. 367.

Imajući u vidu pravnu prirodu vanrednog ukidanja, kao i okolnost da se radi o kontradikciji između javnih i privatnih interesa, treba voditi računa o tome da se „opasnost može otkloniti samo sredstvima koja bi bila u skladu sa postojećom opasnošću, i da se novim rešenjem što manje dira u stečena prava“.<sup>27</sup>

Kod vanrednog ukidanja odlučujuća je ocena nadležnog organa da li su ispunjeni zakonski uslovi za preduzimanje ove pravne intervencije.<sup>28</sup> Međutim, i u slučaju kada je to neophodno da bi se zaštitio javni interes, treba imati u vidu da nadležni organ nije dužan, već ovlašćen da postupi na ovaj način. Ovde je reč o diskrecionom ovlašćenju koje je na osnovu, i u okviru, zakona povereno organima uprave. Kada su ispunjeni zakonski uslovi, nadležni organ je ovlašćen („ako je to potrebno“) da po slobodnoj (diskrecionoj) oceni odluči da li je neophodno da se ovo pravno sredstvo i upotrebi. Pri tome, mora se voditi računa da je reč o pravnoj intervenciji koja se može preduzeti samo ukoliko u konkretnom slučaju ne postoji pogodniji način za postizanje normom određenog cilja, kao i o okolnosti da se što manje zadire u stečena prava stranaka. Osim toga, diskreciona ocena je organu uprave poverena i da odluči o tome da li rešenje treba ukinuti u celini ili delimično („može se ukinuti i samo delimično“).

U pravnoj teoriji različita su mišljenja o tome da li je kod vanrednog ukidanja diskreciona ocena organima uprave poverena i u pogledu obima u kome se rešenje može ukinuti. Stav da je obim upotrebe ovog pravnog sredstva pitanje diskrecione ocene zastupa prof. Pavle Dimitrijević. Prema tom stavu, kod vanrednog ukidanja, organ uprave bio bi delimično vezan, a delimično slobodan. „Njegova vezanost se ogledala u tome što se akt mogao ukinuti ili izmeniti samo u slučaju teške opasnosti po taksativno određene javne interese (npr. zbog fiskalnih interesa), a njegova sloboda izražena je u tome što je sam diskreciono ocenjivao da li će u takvoj situaciji intervenisati i u kom će obimu ‘zahvatati’ u stečena prava pojedinca“.<sup>29</sup> U pravnoj teoriji beležimo i slučajeve da je stav u prilog diskrecione ocene u obimu u kojem akt treba ukinuti zastupan sa obrazloženjem da zakon „nigde ne daje ni pojam ni definiciju svega toga“.<sup>30</sup> Suprotno stanovište zastupa prof. Lazo Kostić, razmatrajući pitanje ukidanja i menjanja „opasnih akata“. Tako, nadležni organ uprave će ukinuti upravni akt ako se „teška opasnost“ koja je nastupila po navedena javna dobra ne bi mogla drugačije otkloniti. Ukoliko se modifikacijom akta može otkloniti opasnost koja je nastupila, uprava će pribeći izmeni a ne ukidanju akta. Konsekventno, odluku o ukidanju upravnog akta sud može staviti van snage ako je zakonski cilj mogao biti ispunjen i izmenom akta, odnosno

27 Slavoljub Popović *et al.*, *Upravno pravo – opšti deo*, Beograd, 2002, str. 587–588.

28 Videti presudu Vrhovnog suda Srbije, br. U. 7194/05 od 4. oktobra 2006. godine.

29 Pavle Dimitrijević, *Pravosnažnost upravnih akata*, Beograd, 1963, str. 152. U tom smislu i: Franjo Goršić, *Komentar Zakona o opštem upravnom postupku*, Beograd, 1931, str. 255; Slavoljub Popović, Stevan Lilić, Jovanka Savinšek, *Komentar Zakona o opštem upravnom postupku*, Beograd, 1998, str. 611; Zoran R. Tomić, koautorica XX, *Komentar Zakona o opštem upravnom postupku*, Beograd, 2003, str. 409–410.

30 Jovan Stefanović, *Komentar Zakona o opštem upravnom postupku*, Beograd, 1933.

sud može da poništi odluku o menjanju pravosnažnog akta „kada su izmene dalekosežnije nego što je to opasnost po javne interese zahtevala“.<sup>31</sup>

U vezi sa tim, otvara se i pitanje koji su oblici pravne zaštite stečenih prava mogući u situaciji kada je upravni akt ukinut u celini, a javni interes je mogao biti zaštićen i delimičnim ukidanjem akta? Kada je reč o prvostepenoj odluci o obimu vanrednog ukidanja rešenja, celishodnost ukidanja rešenja u celini može da ceni drugostepeni organ u postupku po žalbi. Viši organ je i sam ovlašćen da postupa po diskrecionoj oceni i može prvostepenu odluku kojom je rešenje ukinuto u celini da ukine i zameni je odlukom o delimičnom ukidanju. *Ratio legis* vanrednog ukidanja jeste postizanje cilja koji se sastoji u otklanjanju opasnosti ili zaštiti javnog interesa ukidanjem upravnog akta samo u neophodnom obimu. Ako organ uprave nije upotrebio diskrecionu ocenu u skladu sa ciljem u kome je ovlašćenje dato, upravni akt se može poništiti. Stoga, sud može, po tužbi stranke zbog nezakonitosti rešenja o vanrednom ukidanju, kada nađe da osporeni upravni akt treba poništiti, da u sporu pune jurisdikcije sam reši upravnu stvar, tj. donese rešenje kojim se stečena prava ukidaju samo u obimu neophodnom da se otkloni opasnost po javna dobra.

## 6. Primena načela opreza kod vanrednog ukidanja rešenja o ekološkim upravnim stvarima

Navedena analiza ukazuje na to da se primena instituta vanrednog ukidanja iz člana 256. ZUP-a odnosi na zakonita rešenja koja su u upravnom postupku stekla svojstvo izvršnosti. Vanrednom ukidanju takvih rešenja može se pristupiti samo ako bi započinjanje, odnosno nastavak, izvršenja akta proizvelo ozbiljne štetene posledice. Kada i da li postoji teška i neposredna opasnost tj. ugrožavanje života i zdravlja ljudi, zbog daljeg izvršenja zakonitog rešenja procenjuje nadležni organ uprave.

Pitanje koje se otvara jeste da li nadležni organ može primeniti načelo opreza i pristupiti vanrednom ukidanju i kada postoji potencijalna ugroženost o kojoj nije moguće izneti jasan naučni stav, ali preliminarna naučna istraživanja upućuju na to da postoji razumna osnova za zabrinutost. Pitanje je još složenije kada se uzme u obzir činjenica da u upravnom postupku nije formirana praksa za postupanje u takvim situacijama, a da je kod vanrednog ukidanja odlučujuća ocena nadležnog organa ne samo o ispunjenosti zakonskih uslova za vanredno ukidanje rešenja, već i procena o potrebi da se, kada su ispunjeni zakonski uslovi, rešenje ukine u celini ili samo delimično. U ovom slučaju, nadležni organ uprave bi, odlučujući po diskrecionoj oceni, mogao da, pozivajući se na načelo opreza, pristupi vanrednom ukidanju rešenja radi otklanjanja teške i neposredne opasnosti za život i zdravlje ljudi.

31 Lazo Kostić, *Administrativno pravo Kraljevine Jugoslavije – delatnost uprave*, Beograd, 1936, str. 256–257.

Međutim, ekološke upravne stvari imaju određene karakteristike po kojima se razlikuju od „običnih“ upravnih stvari, a koje naročito dolaze do izražaja u primeni pravnih sredstava u upravnom postupku.<sup>32</sup> U tom smislu nameće se pitanje da li se vanrednom ukidanju može pristupiti povodom zahteva stranke, tj. da li zainteresovana javnost može imati procesnu legitimaciju? U članu 256. ZUP-a se ne spominje mogućnost formalnog uključivanja zainteresovanih subjekata u postupak vanrednog ukidanja. Imajući u vidu da je ZUP-om zainteresovanim subjektima priznata procesna legitimacija u članu 254. stav 2 koji normira „Poništavanja i ukidanja po osnovu službenog nadzora“, kao i članu 258. stav 1, koji normira „Oglašavanje rešenja ništavim“, argumentom *a contrario*, zaključujemo da zainteresovana javnost ne bi mogla pokrenuti vanredno ukidanje rešenja u ekološkim upravnim stvarima. Time se direktno utiče na mogućnost funkcionalne primene jednog od osnovnih elemenata načela opreza koja se odnosi na „delovanje iz opreza“, a koji je isključenjem participacije zainteresovane javnosti u kvalitativnom smislu umanjen.<sup>33</sup>

Osim toga, možemo uočiti nekonzistentnost ZUP-a i Zakona o zaštiti životne sredine. Osnovne postavke u problematici učešća javnosti u procedurama od značaja za zaštitu životne sredine nalaze se u normama Zakona o zaštiti životne sredine. Prema slovu tog Zakona, svako ima pravo da učestvuje u postupku donošenja odluka čije bi sprovođenje moglo da utiče na životnu sredinu.<sup>34</sup> Kako je vanredno ukidanje rešenja u ekološkim upravnim stvarima „postupak donošenja odluke čije bi sprovođenje moglo da utiče na životnu sredinu“, svako, a naročito zainteresovana javnost, morao bi da ima pravo da u njemu učestvuje. Eventualni prigovor da je vanredno ukidanje izuzetna i krajnja pravna mera koja se odnosi na izvršna rešenja čije izvršenje može biti u toku, te da je neophodnost hitnog delovanja, ne stoji s obzirom na to da bi se poveravanjem procesne legitimacije zainteresovanoj javnosti otvorio put za primenu vanrednog ukidanja rešenja u ekološkim upravnim stvarima i u onim situacijama u kojima ono nije započeto po službenoj dužnosti. Time bi se pozitivno uticalo na pravni kapacitet Srbije za zaštitu zdrave životne sredine.

## 7. Zaključak

Načelo opreza normirano je zakonodavstvom većine zemalja sveta i postalo fundament ekološkog prava i politike upravljanja rizikom u ekološkim

---

32 Elizabeth Fisher, Ronnie Harding, *The Precautionary Principle and Administrative Constitutionalism: the Development of Frameworks for Applying the Precautionary principle*, E. Fisher et al. (eds.) „Implementing the Precautionary Principle – Perspectives and Prospects“, Edward Elger, 2006, str. 115.

33 U tom smislu iznet je i stav Evropskog suda za ljudska prava: „Od neposrednog značaja je da javnost ima pristup rezultatima studija i informacijama koje su im neophodne da bi procenili opasnost kojoj su izloženi... i zainteresovani pojedinci moraju imati mogućnost žalbe protiv svake odluke, akta ili propusta kada smatraju da u postupku odlučivanja nije dovoljno značaja dato njihovim interesima ili iznetim stavovima.“ – Slučaj *Muriel Herrick v United Kingdom*, predstava br. 11185/84 od 11. maja 1985, paragraf 119.

34 *Zakon o zaštiti životne sredine*, Službeni glasnik RS, br. 135/2004, član 9. tačka 10.

stvarima. Načelo opreza odnosi se na one slučajeve u kojima je naučni uvid u potencijalnu opasnost od nekih proizvoda ili tehnoloških postupaka i procesa nepotpun i nedorečen. Reč je o obliku preventivnog delovanja radi zaštite životne sredine, koje se odnosi na rano otkrivanje opasnosti za život i zdravlje ljudi i očuvanje životne sredine. Primenom načela opreza daje se mogućnost organima uprave da deluju onda kada postoji mogućnost nastanka teške i ireverzibilne opasnosti o kojoj, u tom trenutku, nije moguće izneti jasan naučni stav, ali preliminarna naučna istraživanja upućuju na to da postoji razumna osnova za zabrinutost. Pri tome, odluka organa uprave može sadržati samo one mere koje su proporcionalne potencijalnoj opasnosti. Postupak donošenja odluke na osnovu primene načela opreza mora biti transparentan i uključiti sve zainteresovane strane.

Kod vanrednog ukidanja odlučujuća je ocena nadležnog organa da li su ispunjeni zakonski uslovi za preduzimanje ove pravne intervencije. Kada su ispunjeni zakonski uslovi nadležni organ je ovlašćen („ako je to potrebno“) da po diskrecionoj oceni odluči da li je neophodno da se ovo pravno sredstvo i upotrebi. U pogledu mogućnosti da nadležni organ primeni načelo opreza i pristupi vanrednom ukidanju kada postoji potencijalna ugroženost o kojoj nije moguće izneti jasan naučni stav, ali preliminarna naučna istraživanja upućuju na to da postoji razumna osnova za zabrinutost, iznosimo pozitivan stav. Imajući u vidu da je organu uprave za vanredno ukidanje poverena diskreciona ocena, kao i opštost načela opreza, držimo da bi radi pravne sigurnosti praksom postupanja organa uprave trebalo doći do formiranja ujednačenog stava u pogledu primene načela opreza kod vanrednog ukidanja rešenja u ekološkim upravnim stvarima.

U našem pravu, vanredno ukidanje rešenja je pravno sredstvo koje se ostvaruje isključivo *ex officio*. To znači da se vanrednom ukidanju ne može pristupiti povodom zahteva stranke, tj. zainteresovana javnost ne može imati procesnu legitimaciju. Konsekventno, zainteresovana javnost nema pravo da dobije odgovor u obliku rešenja ukoliko inicijativa za vanredno ukidanje upravnog akta o ekološkoj upravnoj stvari ne bude prihvaćena. Time je efektivnost načela opreza umanjena imajući u vidu da je broj subjekata koji mogu ukazati na neophodnost „delovanje iz opreza“, kao jednog od osnovnih elemenata načela opreza, sveden na minimum.

## PRECAUTIONARY PRINCIPLE AND EXTRAORDINARY ABROGATION OF ADMINISTRATIVE DECISIONS

### Summary

*Precautionary principle applies to those cases in which scientific insight into the potential danger of some products or technological procedures and processes is incomplete. In such cases, if there is preliminary scientific indication of risk, the precautionary principle can be applied and measures that prevent exposure*



*of people and nature of adverse action can be taken. Comparative legal theory does not formulate a unified model of application and scope of the precautionary principle. Therefore, the topic of this article is the development of the precautionary principle, determination and interpretation of certain elements of the precautionary principle, as well as application forms and legal protection of the precautionary principle. In practice there may occur situations in which the party in environmental administrative matters lawfully acquired certain rights, but changed circumstances in relation to those that existed at the time of making decisions create conditions for extraordinary abrogation. The analyses the relationships between the institute of extraordinary abrogation and the precautionary principle.*

**Keywords:** *Precautionary Principle. – Extraordinary Abrogation. – Environmental Protection.*

## RIMSKO PRAVO U SVETLU EVROPSKIH INTEGRACIJA

### Apstrakt

*Početak izučavanja Rimskog prava u Srbiji u XIX veku bilo je izraz stremjenja njegovih prvih profesora da pravne studije saobraze onim koje su postojale na vodećim evropskim univerzitetima. U svetlu postojećih evropskih integracija, usklađivanje nacionalnih građanskopravnih sistema moguće je zbog njihove međusobne bliskosti koja je proizašla iz toga što je većina njih za svoj glavni izvor imala rimsko pravo. U tom smislu nastavu rimskog prava treba prilagoditi tako da naglasak bude stavljen na utvrđivanje sličnosti između njegovih i institucija savremenog srpskog i evropskog prava.*

Ključne reči: *Savremenost rimsko-pravnih rešenja. – Izmenjen pristup izučavanju rimskog prava.*

### Uvod

U intenziviranim nastojanjima pristupanja Srbije Evropskoj uniji često se insistira na reformisanju nastave koja bi u domenu prava podrazumevala izučavanje samo pozitivnopravnih disciplina, te „odstranjivanje“ svega što bi se ticalo istorijsko-filozofskog sagledavanja pravnih instituta kao odveć suvišnog za formiranje uskospecijalizovanih pravnika obučenih za hitro rešavanje pravnih problema. Međutim, istinsko usvajanje evropskih pravnih vrednosti pretpostavlja razumevanje geneze evropskog prava. Zahvaljujući srednjovekovnoj recepciji, rimsko pravo postalo je temelj moderne evropske privatnopravne misli. Otuda, izučavanje savremenog evropskog privatnog prava pretpostavlja poznavanje rimskog prava kao svog glavnog izvora.

Srbija je potrebu izučavanja rimskog prava shvatila vrlo rano. Još sredinom XIX veka ono je uvršteno u predmete koji su se predavali na Liceju. Od tada pa do današnjih dana, taj predmet je uvek bio predviđen u svim nastavnim planovima pravnih studija u Srbiji. Imajući u vidu činjenicu da je utemeljenje rimskog prava kao nastavno-naučne discipline bilo posledica nastojanja prvih profesora ovog predmeta da srpsku pravnu misao razvijaju u skladu sa evropskim pravno-naučnim tokovima, osvrnućemo se na istorijat njegovog izučavanja zaključno sa periodom do Drugog svetskog rata. U

---

\* Mr Valentina Cvetković, saradnik u nastavi Pravnog fakulteta u Beogradu. Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta *Pravni kapaciteti Srbije za evropske integracije* Pravnog fakulteta u Beogradu koji podržava Ministarstvo nauke Republike Srbije.

ovom razdoblju srpska romanistika doživela je procvat i bila najpribližnija vodećim evropskim naučnim strujanjima. Srpski romanisti su bili i te kako uvažavani evropskoj naučnoj javnosti, o čemu svedoče i posvete renomiranih svetskih autora koje su ispisane na primercima pojedinih knjiga poklonjenih našim profesorima, koje se čuvaju u Biblioteci Pravnog fakulteta u Beogradu. Otuda, pravo pitanje nije da li treba marginalizovati izučavanje rimskog prava, već kako treba osavremeniti njegovu nastavu da bi ona odgovorila izazovima novog doba.

## Rimsko pravo na Liceju, u Velikoj školi i na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu

Počeci izučavanja rimskog prava u Srbiji vezuju se za rad Liceja u Beogradu. Zasluga za uvođenje predmeta rimsko pravo na Liceju pripada jednom od prva tri profesora prava, Jovanu Steriji Popoviću, koji je 1842. godine Početelstvu prosvetljenija (Ministarstvu prosvete) predložio uvođenje ovog predmeta u nastavni plan.<sup>1</sup> Iskusan pravnik, široke kulture, Popović je shvatao važnost izučavanja rimskog prava u procesu pravnog obrazovanja i bio spreman da, pored prirodnog prava i kurijalnog štila, predaje i ovaj predmet. Iako je Ministarstvo prihvatilo ovaj predlog, odlaskom Popovića sa Liceja, rimsko pravo nije uvedeno školske 1842/43. godine. Taj predmet je uveden 1843. godine kada su studije prava produžena na dve godine.<sup>2</sup> Po svojoj prilici, i iza ove odluke Ministarstva prosvete o uvođenju rimskog prava u nastavni plan stajao je Jovan Sterija Popović, koji se u to doba nalazio na čelu tog Ministarstva kao početelj. Predavanja iz rimskog prava dodeljena su Sergiji Nikoliću, koji je osim ovog predmeta predavao i prirodno pravo. Budući da u to doba nije postojao udžbenik rimskog prava na srpskom jeziku, ostaje nepoznato koje delove rimskog prava su studenti Liceja slušali na predavanjima. Takođe, nema podataka koliko časova nedeljno je bilo posvećeno rimskom pravu. Taj predmet se učio samo u prvom semestru školske 1843/44, s obzirom na to da je u međuvremenu donet Srpski građanski zakonik, te je Rimsko pravo zamenjeno predmetom Građanski zakonik.<sup>3</sup>

Do ponovnog uvođenja Rimskog prava u nastavni plan Liceja došlo je 1849. godine, kada su studije prava produžene na tri godine. Prema tom nastavnom planu, rimsko pravo je trebalo da se izučava u okviru dva predmeta. Na prvoj godini studija bile su predviđene Justinijanove Institucije (3 časa nedeljno), a na drugoj Skraćena Justinijanova Pandekta (6 časova nedeljno).<sup>4</sup> Međutim, nastava iz rimskog prava nije držana u školskoj 1849/50, jer se če-

1 *Licej 1838–1863 – Zbornik dokumenata [Licej]* (priređio R. Ljušić), Beograd, 1988, Dokument br. 125. od 17. (29) juna 1842.

2 *Licej*, Dokument br. 138. od 28. aprila (10. maja) 1843.

3 *Licej*, Dokument br. 148. od 31. januara (12. februara) 1844.

4 *Licej*, Dokument br. 205. 10. (22) decembra 1848.

kalo na povratak državnog pitomca Rajka Lešjanina, koji će preuzeti predavanja iz oba predmeta u školskoj 1850/51. godini.<sup>5</sup>

Novom reformom nastavnog plana od 1853. godine umesto Justinijanovih Institucija i Skraćenih Justinijanovih Pandekta, predviđen je samo jedan predmet pod nazivom rimsko pravo, koji je trebalo da se izučava na drugoj godini studija sa šest časova nedeljno.<sup>6</sup> Budući da nije bilo propisano koji deo rimskog prava treba predavati, Lešjanin je držao nastavu iz Justinijanovih Institucija, s obrazloženjem da su one, pored toga što sadrže celokupno rimsko pravo u glavnim crtama, prilagođene potrebama nastave početnicima u izučavanju prava.<sup>7</sup> Činjenica da su se prvi koraci pri uvođenju Rimskog prava u nastavu u Srbiji oslanjali na Justinijanove Institucije, kao i na delove Pandekta, jasno ukazuju na orijentaciju prvih srpskih profesora da se taj predmet izučava na izvorima, a pogotovo na Justinijanovom udžbeniku namenjenom studentima prava još u 6. veku n. e., a ne na sekundarnoj udžbeničkoj literaturi koja je već bila razvijena u okolnim zemljama, pre svega Habsburškoj monarhiji.

Zakonom o ustrojstvu Velike škole od 1863. godine studije prava produžene su na četiri godine, a izučavanje rimskog prava predviđeno je ponovo u okviru predmeta Justinijanove Institucije.<sup>8</sup> Zakon je ostavio fakultetima da raspored predmeta po godinama i semestrima, kao i broj časova po predmetima, određuju sami.

Nakon osnivanja Beogradskog univerziteta (1905) rimsko pravo je i dalje predstavljalo obavezan predmet u svim nastavnim planovima do početka Drugog svetskog rata. Uredbom Pravnog fakulteta u Beogradu od 1906. godine rimsko pravo se izučavalo u okviru predmeta Istorija rimskog prava i sistem rimskog privatnog prava,<sup>9</sup> a Opštom uredbom o univerzitetima od 1931. godine koja je važila za sve pravne fakultete u Kraljevini Jugoslaviji, u okviru predmeta Istorija i sistem rimskog prava.<sup>10</sup>

## Prvi profesori rimskog prava

Tradicija ozbiljnijeg izučavanja rimskog prava u Srbiji započeta je dolaskom državnog pitomca Rajka Lešjanina<sup>11</sup> na Licej 1850. godine. Dovoljan

5 Ukazom od 30. jula 1850. Rajko Lešjanin postavljen je za profesora rimskog prava. V. *Licej*, Dokument br. 227. od 31. avgusta (12. septembra) 1850.

6 *Licej*, Dokument br. 285. od 15. (27) septembra 1853. i Dokument br. 286. od 16. (28) septembra 1853.

7 *Licej*, Dokument br. 316. od 20. septembra (8. oktobra) 1855.

8 *Licej*, Dokument br. 436. od 24. septembra (6. oktobra) 1863.

9 Uredbom od 1906, broj predmeta povećan je na 19. Dva nova predmeta u odnosu na one koje je predvidela Uredba od 1904. godine bili su Stečajno pravo i Istorija Srba u XIX veku. Isto tako, ukinute su Sudska i Ekonomsko-politička stručna grupa, v. *Zbornik zakona i uredaba o Liceju, Velikoj školi i Univerzitetu u Beogradu [Zbornik]* (prir. D. Baralić), Naučna knjiga, Beograd, 1967, 453–454.

10 *Ibid.*, 301, čl. 97.

11 V. više M. Đ. Milićević, *Pomenik znamenitih ljudi u srpskog naroda novijega doba*, Slovo ljubve, Beograd 1979, 299–300; Stanoje Stanojević, *Narodna enciklopedija srpsko-hrvat-*

doprinos predstavlja okolnost da je on napisao prvi udžbenik rimskog prava na srpskom jeziku – *Institucije Justinijanovog rimskog prava*, koji je objavljen je 1857. godine, godinu dana nakon što je Lešjanin napustio Licej i prešao u državnu administraciju. Pisan je slavjano-serbskom ortografijom i ima 553 stranice, formata 12x18 cm. Udžbenik je, kao što i sam naslov govori, napisan na osnovu Justinijanove kodifikacije. Iako je Lešjaninova želja bila da nakon svakog paragrafa u udžbeniku citira odgovarajuće odlomke iz Justinijanove kodifikacije, to je učinio samo delimično zbog toga što je, s jedne strane, udžbenik što pre trebalo štampati, dok, s druge strane, zbog opterećenosti drugim javnim poslovima nije imao dovoljno vremena „istraživanje i ispisivanje“ relevantnih odlomaka.<sup>12</sup> Pa ipak, u paragrafima koji ne sadrže citirane odlomke, Lešjanin upućuje čitaoca na izvore u kojima ih može pronaći. Kao autore čija dela su mu bila uzor prilikom pisanja udžbenika, Lešjanin navodi vodeće evropske romaniste svoga doba (*Savigny, Puchta, Vangerow, Mühlenbruch, Mackeldey, Rosshirt, Marezoll, Walter, Hugo, Niebuhr*). Osim toga, posebno ističe da je sudski postupak najviše radio po tada najnovijem, ujedno i najboljem delu ove vrste – *Kellerovom Der Römische Civil-Process und die Actionen*. Udžbenik obuhvata sve grane rimskog privatnog prava, raspoređene u 5 knjiga. Osim materije rimskog prava, udžbenik sadrži i delove koji pripadaju opštoj teoriji i filozofiji prava. Značaj Lešjaninovog opusa ne ogleda se samo u činjenici da je on bio prvi pisac udžbenika rimskog prava u Srbiji, već i u njegovom specifičnom, danas bi se reklo multidisciplinarnom pristupu i akademskom formatu. Iako se nakon školovanja u Hajdelbergu usavršavao u Parizu, Lešjanin je u osnovi ostao nemački đak. Pod uticajem Hegelovog shvatanja prava, na koje se često izričito pozivao, Lešjanin razvija misao da osnov prava čine čovekova slobodna volja i umnost. Isto tako, u njegovom stavu da je izvor prava opšta pravna svest naroda o nužnosti određenog načina delanja, te da je pravo spoljašnja izjava unutrašnjeg pravnog ubeđenja narodnog, jasno se prepoznaje uticaj istorijskopravne škole. Tako se u Lešjaninovom delu reflektuju ondašnja najsavremenija evropska teorijska strujanja, kako u romanistici, tako i u drugim srodnim disciplinama. Zbog toga bi se moglo reći da su se nastava Rimskog prava, ali i doktrinarni razvoj ove discipline, već u samom pivoju, našli na glavnim pravcima evropskih tokova pravne misli.

Lešjaninovim postavljenjem na mesto sekretara Saveta (1856), za profesora rimskog prava dolazi Stojan Veljković<sup>13</sup>. Na Velikoj školi ostao je do 1864. godine, nakon čega je karijeru nastavio obavljajući sudske i političke funkcije. Za razliku od Lešjanina, Veljkovićev centar naučnog interesovanja nije bilo rimsko pravo, te je od njegovih dela za rimsko pravo relevantna osta-

---

*slo-slovenačka II knjiga (Narodna enciklopedija SHS), Bibliografski zavod D. D., Zagreb 1928, 559 [Lešjanin Rajko]; Rektori Liceja, Velike škole i Univerziteta u Beogradu 1838–2005, Univerzitet u Beogradu: Zavod za udžbenike i nastavna sredstva, Beograd 2005, 32–33.*

12 R. Lešjanin, *Institucije Justinijanovog rimskog prava*, Beograd 1857, V.

13 V. *Srpski biografski rečnik 2 (SBR)*, Novi Sad 2006, 142 [Veljković Stojan].

la samo *Beseda* kojom je Stojan Veljković, doktor prava i privremeni profesor Rimskog i Kriminalnog prava u Liceju Kneževine Srbije svoje predavanje otvorio i u kojoj je naveo razloge zbog kojih je neophodno izučavati rimsko pravo. Bez obzira na to što nije dao značajniji doktrinarni doprinos daljem razvoju ove discipline, Veljković je snažnom argumentacijom duboko usadio svest da se pravne studije u Srbiji ne mogu zamisliti bez rimskog prava. Njegova zapažanja i argumentacija su bili utoliko značajniji što su dolazili od „neutralnog“ posmatrača, pisca čija je osnovna vokacija i profesionalna orijentacija bila vezana za pozitivno – krivično pravo.

Nakon Veljkovića za profesora rimskog prava na Velikoj školi postavljen je Gligorije Geršić<sup>14</sup> 1866. godine. Budući da je aktivno učestvovao u političkom životu, Geršić je nekoliko puta odlazio i vraćao se na Veliku školu. Izuzetan naučnik, sa podjednako velikim interesovanjem je pisao dela iz raznorodnih pravnonaučnih disciplina. Koliko je izučavanje rimskog prava smatrao važnim u procesu obrazovanja pravnika, najbolje je iskazao u svom pristupnom predavanju na Velikoj školi „Nešto o pravništvu u opšte i o potrebi rimskog prava po svesno pravništvo“<sup>15</sup>. Nameravao je da napiše udžbenik iz rimskog prava, ali je 1882. godine iz štampe izašla samo prva knjiga *Sistema rimskog privatnog prava* koja obuhvata statusno pravo. Slično kao i Lešjaninov udžbenik, u uvodnom delu Geršićevog udžbenika zastupljena je materija opšte teorije prava, u okviru koje je posebno značajno izlaganje o tumačenju zakona. Stavom da je cilj tumačenja utvrđivanje objektivne volje zakonodavca, on se približio novom pravcu u teoriji tumačenja koji se zasnivao na kritici do tada vladajućeg, egzegetičkog metoda. Poput Lešjanina i Veljkovića, Geršić je bio germanski đak. U izlaganju materije rimskog prava zastupao je pandektni sistem, tako da se kod njega susreće podela na opšti i poseban deo, pri čemu se u okviru posebnog dela izdvaja porodično, imovinsko (stvarno i obligaciono) i nasledno pravo. Iako je Rimsko pravo predavao oko 20 godina, ostaje nepoznato zbog čega nije dovršio udžbenik iz ovog predmeta. Geršićev doprinos teorijsko-pravnoj misli ogleda se u tome što je u spisu *Enciklopedija prava*<sup>16</sup> izneo svoj stav o antropološkoj ukorenjenosti prava, što je predstavljalo potpuno novo sagledavanje pravnog fenomena u srpskoj pravnoj književnosti. U svom sistemu misli o pravu, Geršić kritički usvaja i ideje istorijskopravne škole, ali nije bio njen slepi sledbenik, već je unosiološke elemente u tumačenje istorije prava i rimskog prava.<sup>17</sup> Ono

14 V. više pod odrednicom [Geršić Gligorije] u: *Narodna enciklopedija SHS I*, 463–464; *SBR 2*, 677–679; *Enciklopedija srpskog naroda, Zavod za udžbenike i nastavna sredstva*, Beograd 2008, 229; *Rektori Liceja, Velike škole i Univerziteta u Beogradu 1838–2005*, (2005), 62–62.

15 *Vila, List za zabavu, književnost i nauku*, Beograd 1866, 695–699, 712–717, 727–733.

16 G. Geršić, *Enciklopedija prava*, Gradina, Niš 1995. Ovaj spis prvi put je publikovan 1995. godine zahvaljujući profesoru Miroljubu. D. Simiću.

17 Geršićeva originalnost u srpskoj pravnoj teoriji ogleda se u tome što je uveo ideju da je pravo socijalna pojava, koja počiva, s jedne strane, na egoističkom nagonu samoodržanja, a s druge, na društvenom nagonu pojedinca. V. više D. Basta, *Pravo i sloboda*, Izdavačka knjižarnica Zorana Stojanovića, Novi Sad 1994, 163–168; J. Hasanebegović, „O jednom

što je ostavio kao svoj doprinos doktrinarnom razvoju rimskog prava u Srbiji jeste koncepcija objavljenog udžbenika koja je za ono vreme prilično aktuelna, s obzirom na to da on radije izlaže sistem rimskog prava na pandektnim osnovama, a ne toliko njegovu istoriju, što je tada u Evropi izrastalo u važnu tendenciju među romanistima. On smatra rimski institucionalni sistem podela prava na *personae*, *res* i *actiones* skoro neupotrebljivim za moderno doba, mada je taj sistem bio tako zdušno prihvaćen u tada još uvek uticajnom francuskom Građanskom zakoniku od 1804. godine.

Posle Geršića, Živko Milosavljević<sup>18</sup> je najduže predavao rimsko pravo (11 godina). Na Pravnom fakultetu u Beogradu izabran je za suplenta za predmet rimsko pravo 1889. godine, a ubrzo zatim za redovnog profesora. Pored toga što je bio prvi profesor koji je izabran samo za predmet rimsko pravo, Milosavljević se od svojih prethodnika na predmetu razlikuje i po tome što je bio francuski đak (budući da je prava doktorirao u Parizu). Za sobom je ostavio udžbenik iz rimskog prava, doduše nezavršen, pošto su iz štampe izašle samo I (1899) i III knjiga (1900). Za razliku od Lešjanina, pa i Geršića, Milosavljević se opredelio da rimskom pravu pristupi kao istorijskom organizmu, te da prikaže njegov razvoj od početka rimske državnosti pa do njene propasti. Zbog toga udžbenik i nosi naziv *Rimsko privatno pravo*. U izlaganju materije sledi Gajevu tripartitnu podelu prava. Prva knjiga obuhvata istoriju, izvore i spomenike rimskog prava, lično, statusno i porodično pravo. Predmet treće knjige je nasledno pravo i ona do danas u Srbiji predstavlja jedino delo u kome je materija nasleđivanja u Rimu sveobuhvatno izložena. Milosavljević je ostavio važan trag u srpskoj romanistici i veoma uspešnim prevodom *Rimskog javnog prava* od Piera Vilemsa (*Pierre Willems*), jer je to bila prva knjiga na srpskom jeziku koja je domaćim pravnicima, ali i politikolozima, omogućila da se detaljno upoznaju i sa institucijama javnog prava, principima organizacije državne vlasti i drugim temama o kojima se dotle na srpskom jeziku nije imalo mnogo toga pročitati. Talentovan naučnik i pisac, Milosavljević bi zasigurno obogatio srpsku romanistiku još mnogim delima da ga prerana smrt nije sprečila (umro je sa 40 godina).

Dve školske godine (1884/85 i 1885/86) nastavu iz rimskog prava držao je Andra Đorđević<sup>19</sup>. Iako je veliki naučni doprinos dao ne u oblasti rimskog, već građanskog i građanskog procesnog prava, na njegovu naučnu misao veliki uticaj izvršilo je rimsko pravo. Tako u delu *Sistem privatnog (građanskog) prava Kraljevine Srbije u vezi s međunarodnim privatnim pravom*, različito od Srpskog građanskog zakonika, u kome je zastupljena institucionalna podela

---

antropološkom utemeljenju prava u našoj pravnoteorijskoj baštini – Gligorije Giga Geršić“, *Naučno nasleđe Pravnog fakulteta u Beogradu 1841–1941*, Beograd 1994, 112–118; S. Avramović, „Gligorije-Giga Geršić, profesor Pravničkog fakulteta i klasičar“, *Zbornik Matice srpske za klasične studije*, 1998/1, 73–79.

18 *Narodna enciklopedija SHS II*, 776–777 [Milosavljević Živko]; Lj. Kandić, J. Danilović, *Istorija Pravnog fakulteta (1808–1905)*, Zavod za udžbenike i nastavna sredstva, Beograd 1997, 331.

19 V. „Iz beležnice pok. Andre Đorđevića „*Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 3–4/1993, 461–464; *Narodna enciklopedija SHS I*, 683 [Đorđević Andra].

la prava, Đorđević koristi pandektnu podelu, onu istu prema kojoj je Geršić nameravao da izloži materiju rimskog privatnog prava u svom udžbeniku. Mada je bio francuski đak (doktorirao je u Parizu), Đorđević je, kao i Geršić, bio privržen idejama istorijskopravne škole. Navedene sličnosti u misaonom sistemu dvojice naučnika mogu se objasniti time što je Đorđević pohađao Veliku školu u periodu kada je Geršić predavao rimsko pravo u njoj, te stoga ne treba isključiti mogućnost da je profesor izvršio uticaj na studenta u njegovom teorijskopravnom usmerenju.

Istaknuti profesor rimskog prava bio je i Dragoljub Arandelović<sup>20</sup>. Nakon što je doktorirao u Roštoku, Arandelović je 1904. godine došao na Pravni fakultet Velike škole gde je, izuzev kratkog obavljanja dužnosti ministra, ostao sve do penzionisanja 1939. godine. Iz oblasti rimskog prava ostala su *Predavanja iz Rimskog prava Dragoljuba Arandelovića*, objavljena kao skripta u školskoj 1911/12. godini. Godine 1938. izašlo je štampano izdanje Arandelovićevog udžbenika rimskog prava, koji je na osnovu skripti, pripremio Branislav Nedeljković, tadašnji asistent na Pravnom fakultetu u Beogradu. Tekst skripti i štampanog izdanja identičan je, izuzev uvoda i rimske civilne procedure koji su dopunjeni predavanjima *Levy-Bruhla*. Arandelovićev udžbenik podeljen je na uvod i dva dela. Prvi deo sadrži istoriju rimske države i prava, a drugi sistem rimskog privatnog prava Justinijanove epohe. U izlaganju sistema Arandelović sledi pandektnu podelu prava. Teorijskopravna misao Dragoljuba Arandelovića nije obeležena prihvatanjem jedne određene škole mišljenja. Među srpskim romanistima, Arandelović se najviše bavio konkretnim društvenim problemima doba u kome je živio, nastojeći da kroz kritičku analizu kako uporednopravnog zakonodavstva i prakse, tako i mentaliteta srpskog društva iznađe pravna rešenja za njih.

Relja Popović<sup>21</sup> je predavao rimsko pravo na Pravnom fakultetu od 1920. godine. Nakon završetaka Drugog svetskog rata, nije preuzet na Pravni fakultet. Iako je bio vrstan poznavalac rimskog prava, nije napisao udžbenik iz ovog predmeta. U svojim radovima Popović je, ističući ozbiljne argumente, izneo svoje stavove o važnim spornim pitanjima u nauci rimskog prava.<sup>22</sup> U tom smislu treba istaći njegov rad „Tribonijan Justinijanov ministar pravde“, u kome Popović, na osnovu postojećih izvora, rekonstruiše život i delo Tribonijana, izuzetno značajnog čoveka za nastanak Justinijanove kodifikacije iz 6. veka. Justinijanovi savremenici nisu bili svesni veličine i značaja Justinija-

20 V. Rakić-Vodinelić, „Dragoljub Arandelović“, *Klasici jugoslovenskog prava*, Beograd 1987, 21–40; v. više pod odrednicom [Arandelović Dragoljub] u: *Enciklopedija Jugoslavije 1*, Jugoslovenski leksikografski zavod, Zagreb 1980<sup>2</sup>, 212; *Enciklopedija srpskog naroda*, 36.

21 Lj. Kandić, *Istorija Pravnog fakulteta u Beogradu 1905–1941 II tom*, Zavod za udžbenike i nastavna sredstva, Beograd 2002, 280–283; *Narodna enciklopedija SHS III*, 492–493 [Popović Relja].

22 Posebno treba istaći sledeće radove: „Imperator Hadrijan i *ius respondendi*“, *Arhiv za pravne i društvene nauke (Arhiv)*, 1–2/1938, 119–125; „Neka pitanja iz Justinijanove kodifikacije“, Beograd, 1928; „Neprava *negotiorum gestio* u rimskom i modernom pravu“, *Branik* 5/1927, 81–84; „Ropstvo u rimskom pravu“, *Arhiv*, 6/1929, 412–430; *Servus suis nummis emptus*, Beograd 1934; *Tribonijan Justinijanov ministar pravde*, Beograd, 1928.



nove kodifikacije, te se stoga ni izvori nisu zanimali za glavnog arhitektu te kodifikacije – Tribonijana. Međutim, čuđenje izaziva to što Tribonijan nije privukao preveliku pažnju istraživača u potonjim vekovima, u kojima je *Corpus Iuris Civilis* nastavio da živi u teoriji i praksi u svom punom sjaju. Prva monografija o Tribonijanu nastala je tek 1978. godine, a napisao ju je čuveni oksfordski profesor rimskog prava Toni Onore (*Tony Honoré*). Popovićev rad o Tribonijanu objavljen je 1928. godine, što upućuje na zaključak da su srpski romanisti imali naučnog sluha i dovoljno naučne smelosti da se bave neistraženim ili nedovoljno istraženim temama rimske istorije. Popovićevo nastojanje da osvetli Tribonijanov život i rad predstavlja ne samo prvo delo kod nas, već i jedan od prvih radova te vrste u svetu. On je pedantno sakupio i izložio postojeće izvore i literaturu o Tribonijanu, potom je izneo svoje viđenje Tribonijanovog života, a zatim njegov rad na Justinijanovoj kodifikaciji.

Posle Oktobarske revolucije u Srbiju je došao veliki broj ruskih emigranata, među kojima su bili i naučnici koji su se uključili u univerzitetski život Beograda i znatno ga obogatili. Istaknuti profesori Pravnog fakulteta koji su dali izuzetan naučni doprinos srpskoj istorijskopravnoj nauci bili su Teodor Taranovski i Aleksandar Solovjev. Međutim, njihov glavni predmet interesovanja bio je srednji vek i slovenska prava. Manje od njih poznat je Konstantin Smirnov, takođe ruski emigrant, koji je imao zvanje honorarnog profesora<sup>23</sup> pandektnog prava na Pravnom fakultetu u Beogradu od 1919. do 1941. godine. Pre dolaska u Srbiju bio je redovni profesor na Pravnom fakultetu u Odesi.<sup>24</sup> Objavio je tri važnija rada: „Povodom pitanja o zaveštalačkoj slobodi po rimskom pravu“<sup>25</sup>, „*Quod principi placuit, legis habet vigorem*“<sup>26</sup>, „*Successio in universum ius* u rimskom naslednom pravu“<sup>27</sup>. Sudeći po njima, može se zaključiti da je bio izvrstan analitičar i da je svoje argumente često zasnivao na jezičkoj analizi izvora.

## Zaključak

Pogled na razvoj srpske romanistike u prvih stotina godina njenog postojanja pokazuje nekoliko značajnih karakteristika. Prva je snažan uticaj evropskih kretanja u ovoj disciplini, sa kojima su naši prvi pisci očigledno bili veoma dobro upoznati. Svi oni su studirali ili živeli u vodećim intelektualnim i univerzitetskim centrima Evrope tog doba, odlično vladali stranim jezicima i, po svojoj prilici, lično poznavali jedan broj najvećih imena tadašnje nauke. Ta-

23 U Zakonu o Univerzitetu od 1905. bilo je propisano da za honorarnog profesora može biti izabran priznati naučnik ili stručnjak van Univerziteta i da se honorarnim profesorima mogu popuniti katedre ukoliko ih nije moguće popuniti stalnim nastavniciima (redovnim i vanrednim profesorima i docentima). V. više *Zbornik*, 181, čl. 19.

24 V. više Lj. Kandić, 339–340.

25 *Arhiv*, 2/1921, 93–114.

26 *Arhiv*, 1–2/1938, 127–133.

27 *Arhiv*, 5–6/1939, 549–554.

kvo evropsko i svetsko utemeljenje omogućilo je prvim srpskim romanistima da ni malo ne zaostaju za savremenim dešavanjima u njihovim disciplinama. Zbog toga je naša romanistika, ne samo na akademsko-pedagoškom, nego i na doktrinarnom nivou, od samog početka pratila tokove svetske naučne misli i u nekim segmentima i sama davala svoj doprinos njenom razvoju. U tom kontekstu je i uklopljenost naše romanistike u dominantne metodološke i teorijske pravce koji su obeležili 19. vek, a pogotovo u tzv. istorijskopravnu školu. Kod najvećeg broja naših pisaca, uz izvestan otklon koji se primećuje kod Glige Geršića, pristup rimskom pravu je u velikoj meri obeležen uglom posmatranja koji su postavili Savinji i njegovi sledbenici. Istovremeno, uticaj pandektističke orijentacije je u najvećem delu bio nezaobilazan. Srpske romaniste, pre svega Gligu Geršića, doticale su i sasvim nove tendencije, a pogotovo nastojanje da se u tumačenje istorije prava i rimskog prava unose elementi sociološkog metoda. Na osnovu svega toga se nameće zaključak da je doktrinarni razvoj rimskog prava u Srbiji u XIX i s početka XX veka u potpunosti pratio razvoj savremene nauke i intelektualna zračenja koja su kretala iz najvažnijih evropskih istraživačkih centara tog doba.

Naročito je impresivna snažna i uverljiva argumentacija kojom su prvi srpski romanisti ukazivali na značaj rimskog prava za ukupno pravničko obrazovanje. Posle prvih lutanja i veoma kratkog odsustvovanja rimskog prava iz nastavnog plana naše prve pravne škole, pretežno zbog nedostatka poznavalaca ove retke i zahtevne discipline, ubrzo se više nije ni postavljalo pitanje da li je rimsko pravo uopšte potrebno kao nastavni predmet. Lutanja je bilo samo u pogledu toga pod kojim imenom i na kojim osnovama će se ono izučavati. No, temelji koje su postavili rodonačelnici rimskog prava u Srbiji bili su tako čvrsti da je rimsko pravo postalo nezaobilazna disciplina od Liceja, preko Velike škole od 1863. godine, pa sve do Pravnog fakulteta na Univerzitetu u Beogradu počev od 1905. godine.

Koliko se ovako snažan položaj rimskog prava kao nastavne discipline odražavao na njegov doktrinarni razvoj, za sada nije moguće neposredno utvrditi zbog nedostatka sigurnih podataka, ali dosta toga ukazuje da je čvrsto pedagoško utemeljenje ove discipline pospešivalo i ohrabrialo ukupan stručni doprinos profesora koji su ga predavali. Oni su, pogotovo Lešjanin i Geršić, hrabro iskoračivali iz ovog akademskog zabrana i ostavljali dubok trag u oblasti pravne teorije, filozofije prava i drugih srodnih naučnih disciplina. Čvrsta utemeljenost na znanjima iz rimskog prava omogućavala je širok pogled i suverene sinteze, tako da se njihovi doprinosi ne vezuju samo za ovu užu naučnu oblast, već je uveliko prevazilaze, te ove pisce često svojataju i druge discipline.

Teško je zaključiti u kojoj meri je rimsko pravo ostavilo traga na razvoj pozitivnog prava i u kojoj meri je normativna recepcija rimskog prava vezana za domete doktrinarne recepcije u Srbiji. Za potpuniji odgovor na ovo pitanje potrebno je daleko šire istraživanje mnogobrojnih faktora koji su uticali na razvoj srpskog zakonodavstva i sudske prakse tog vremena. Ipak, mišljenje

pravne nauke je i u tadašnjoj Srbiji stidljivo počelo da traži svoje mesto pod suncem, pa su tako ozbiljne kritike koje su srpski romanisti, a nadasve Geršić i Arandelović, uz snažan oslonac na svoje dobro poznavanje rimskog prava, upućivali pojedinim rešenjima u Srpskom građanskom zakoniku, verovatno morale imati izvesnog odjeka u pravničkoj javnosti. No, bez obzira na eventualne pragmatične domete ili na njihov nedostatak, već samo izrastanje srpske pravne romanistike u ozbiljnu naučnu disciplinu, koja je postala nezaobilazna stepenica u pravnom obrazovanju svih budućih srpskih pravnika, dovoljan je razlog za zaključak da je rimsko pravo, zahvaljujući svojim prvim korifejima, velikim delom obeležilo ukupni intelektualni profil sveukupnog srpskog pravništva u drugoj polovini XIX i početkom XX veka. Sve je to, naravno, prvenstveno posledica okolnosti da su ovu disciplinu iznosili na svojim plećima profesori svetskog formata, čiji su udžbenici, stručni radovi i stavovi mogli konkurisati svojim pandanima u drugim zemljama Evrope.

Na osnovu izloženog, može se zaključiti da je izučavanje rimskog prava na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu od samog početka bilo u funkciji modernizovanja Srbije kao uslova čije ispunjenje se najpre zahtevalo za sticanja i očuvanje državne nezavisnosti, a danas za priključenje Evropskoj uniji. Čini se da je izučavanje rimskog prava u prošlosti i te kako imalo udela u stvaranju srpske intelektualne elite koja je bila u stanju da parira evropskim naučnim i stručnim krugovima. Nakon burnih i tegobnih društveno-političkih dešavanja u poslednje dve decenije, od srpske naučne javnosti očekuje se da potvrdi postojanje obrazovnog ambijenta utemeljenog na tradicionalnim evropskim vrednostima koji će biti garant uspešnom evropskom integracionom procesu. Zahvaljujući srednjovekovnoj recepciji, rimsko pravo je postalo temelj evropske kulture i civilizacije. Otuda se i velike građanskopravne kodifikacije nastale u 19. veku, premda međusobno različite, u izvesnim glavnim načelima „na neverovatan način slažu“. Takvo stanje nije nastalo usled toga što su one za svoj obrazac uzele jedan građanski zakonik među njima, već stoga što svi oni proističu iz jednog opšteg izvora – rimskog prava. Idejna bliskost nacionalnih pravnih sistema upravo omogućava njihovu harmonizaciju i stvaranje evropskog prava. U tom smislu bi i savremenu nastavu rimskog prava trebalo ustrojiti tako da ona predstavlja uvod pozitivnom pravu. Kako je rimsko pravo najdubljeg traga ostavilo u savremenom obligacionom i stvarnom pravu, moguće rešenje bi trebalo tražiti u formiranju kursa iz rimskog obligacionog i stvarnog prava, na kome bi se vršilo poređenje rimskih i savremenih rešenja. Opravdane su zamerke da se u postojećem sistemu pravnih studija nedovoljno insistira na praktičnoj primeni teorijskog znanja. Imajući to u vidu, osavremenjivanje nastave bi se moglo ostvariti i analizom rimskih pravnih tekstova u okviru koje bi se od studenata očekivalo da teorijsko znanje primene na rešavanje konkretnih slučajeva. Jer, ima li boljeg primera neodvojivosti pravne nauke od praktične primene prava od metoda rada klasičnih rimskih pravnika!?

## ROMAN LAW IN THE LIGHT OF EUROPEAN INTEGRATIONS

### Summary

*The beginning of the studies of the Roman Law in Serbia in the 19<sup>th</sup> century was the result of aspirations of its first professors to adjust legal studies to those which existed at that time in the leading European universities. In the light of the current European integrations harmonization of the national Civil Law systems is possible due to the fact that the majority of them have Roman Law as its main source. In that sense lectures on the Roman Law have to be modified in the way to emphasize similarities between the Roman on one and the Serbian and European legal institutions on the other side.*

**Key words:** *Application of the Roman Law in Modern Legal Systems. – Modified Approach to Roman Law Studies.*

## SUSRET SLOBODE VERE, MIŠLJENJA I IZRAŽAVANJA SA ZABRANOM DISKRIMINACIJE – PRIMER SRBIJE 2009. GODINE

### Apstrakt

*Zakon o zabrani diskriminacije usvojen je u Srbiji u proleće 2009. godine u atmosferi intenzivne javne rasprave koja je bila podstaknuta zajedničkim primedbama tradicionalnih crkava i verskih zajednica. Analiza spornih odredaba u konačnom tekstu pokazuje da je važeći Zakon u ozbiljnoj koliziji sa mehanizmom zabrane nejednakog tretmana kakav je propisan važećim direktivama Evropske unije i kakav postoji u pravu Saveta Evrope, kao i sa garancijom slobode vere, mišljenja i izražavanja u Ustavu Srbije. Osnovni problem predstavljaju izostanak odredbe o koordinaciji zaštićenih prava i interesa i pravilo o objektivnoj odgovornosti. Ponovnim definisanjem već predviđenih prava i sloboda, Zakon unosi nesigurnost u pravni sistem.*

Ključne reči: *Diskriminacija. – Jednako postupanje. – Sloboda vere. – Sloboda izražavanja. – Objektivna odgovornost.*

### I. Uvod

U toku marta 2009. godine u javnosti se razvila intenzivna polemika povodom primedaba koje su tradicionalne crkve i verske zajednice iznele najpre na Nacrt zakona o zabrani diskriminacije koji je trebalo da usvoji Vlada Srbije, a potom i na Predlog istog zakona koji je Vlada uputila Skupštini.

Argumenti crkava i verskih zajednica u značajnoj meri su usvojeni, delimično od Vlade, a delimično od Narodne skupštine, što je prouzrokovalo da konačni tekst Zakona predstavlja specifičnu mešavinu suprotstavljenih teorijskih pristupa predmetnoj materiji.

Ovaj rad teži da pruži elemente za pravnu analizu iznetih primedaba na inicijalni tekst Predloga zakona, izmena koje su na osnovu tih primedaba izvršene u konačnom tekstu Zakona, kao i tom prilikom iznetih argumenata i otvorenih pitanja.

Takođe, cilj rada je da ukaže na globalni kontekst pomenute polemike, s obzirom na to da o istim pitanjima širom sveta postoje suprotstavljena mišljenja, izražena u pravnoj nauci, pozitivnim zakonskim rešenjima i sudskoj praksi.

---

\* Mr Dušan Rakitić, saradnik Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta *Pravni kapacitet Srbije za evropske integracije*, koji podržava Ministarstvo nauke Republike Srbije.

S obzirom na to da je sam Zakon o diskriminaciji Vlada kao predlagača najavila kao jedan od uslova za približavanje Evropskoj uniji, da je kao takav imao snažnu podršku predstavnika Evropske unije i njenih članica, kao i da su protivljenja primedbama crkava i verskih zajednica bila pravdana evropskim standardima, posebna pažnja je poklonjena uporednom pogledu na evropsku regulativu iste materije, kao i na sledstvenu sudsku praksu.

## II. Sporne odredbe i njihova sudbina u usvojenom tekstu

### II.A. *Odredbe koje su osporile tradicionalne crkve i verske zajednice*

Tradicionalne crkve i verske zajednice prigovorile su na određen broj odredaba sadržanih u inicijalnom Nacrtu zakona o zabrani diskriminacije, upućenom na usvajanje Vladi Republike Srbije:

1. Nacrt je garantovao „slobodu izražavanja seksualne orijentacije i rodnog identiteta“ – tradicionalne crkve i verske zajednice tvrdile su da takvo pravo nije na međunarodnom planu prihvaćeno, kao i da je seksualna orijentacija privatna stvar, tako da njeno izražavanje ugrožava pravo na privatnost i porodični život, javni moral, verska uverenja itd. (član 21. Nacrta);
2. Postojalo je objašnjenje pojma „rodni identitet“ kao jednog od zabranjenih osnova diskriminacije, koje je, prema shvatanju tradicionalnih crkava i verskih zajednica, bilo suvišno i više služilo relativizaciji moralnih vrednosti i ljudskog dostojanstva nego zaštiti od diskriminacije (član 21. Nacrta);
3. Nacrt nije pružio izričit izuzetak za postupke sveštenika, crkava i verskih zajednica, ustanova koje su osnovale crkve i verske zajednice, kao i bilo koje drugo lice, kada su ti postupci zasnovani na verskim uverenjima;
4. Odredba Nacrta o diskriminaciji po osnovu vere sužava pojam takve diskriminacije u odnosu na isti pojam već utvrđen u Zakonu o crkvama i verskim zajednicama iz 2006. godine (član 18. Nacrta);
5. Odredba Nacrta o zabrani zloupotrebe prava i o koordinaciji sukobljenih prava i sloboda bila je, prema shvatanju tradicionalnih crkvi i verskih zajednica, nedovoljna jer je bila ograničena na zabranu namerne zloupotrebe prava, i to sa namerom da se ograniče prava drugih, kao i na veoma široku i neodređenu zabranu zloupotrebe prava suprotno svrsi radi koje su priznata (član 3. Nacrta);
6. Nacrt je predvideo objektivnu odgovornost počinioca akta diskriminacije, dakle bez obzira na krivicu, što bi praktično značilo da optuženi ne može dokazivati da je oštećeni zloupotrebio svoja prava (član 45. Nacrta);
7. Deo III Nacrta, pod naslovom *Posebni slučajevi diskriminacije*, sadržao je ozbiljne nomotehničke propuste, koji mogu ugroziti primenu tog Zako-

na u celini, kao i drugih antidiskriminatorskih odredaba koje već postoje u pravnom sistemu Srbije, tako da su tradicionalne crkve i verske zajednice predložile, alternativno, ili brisanje ovog dela Nacrta, ili njegovu temeljnu preradu.<sup>1</sup>

## II.B. Sudbina osporenih odredaba u konačnom tekstu Zakona koji je usvojila Narodna skupština

Ishod intervencije tradicionalnih crkava i verskih zajednica u odnosu na konačni tekst Zakona koji je usvojila Narodna skupština bio je sledeći:

1. Umesto „slobode izražavanja“ seksualne orijentacije, usvojeni Zakon garantuje samo „pravo na izjašnjavanje“ o seksualnoj orijentaciji (član 21);
2. Rodni identitet je izostavljen iz spiska u kome se detaljno navode oblici diskriminacije (član 21), ali je i dalje zadržan kao jedan od zabranjenih osnova diskriminacije sumarno nabrojanih (čl 2. st. 1. tačka 1);
3. Postupci sveštenika i verskih službenika, preduzeti u skladu sa verskom doktrinom, uverenjima i ciljevima registrovanih crkava i verskih zajednica, izričito su izostavljeni iz obuhvata definicije diskriminacije (član 18. stav 2);
4. Odredba kojom se iznova definiše verska diskriminacija (uz postojeću definiciju u Zakonu o crkvama i verskim zajednicama) proširena je tako da pojam verske diskriminacije obuhvata i uskraćivanje prava licu ili grupi lica da privatno ili javno postupa u skladu sa svojim uverenjima, a ne samo da ta uverenja može sticati, održavati, izražavati, promeniti i javno izneti (član 18. stav 1);
5. Nikakva promena nije izvršena u pogledu zabrane zloupotrebe prava, kao ni na planu usklađivanja sukobljenih prava i sloboda (član 3);
6. Odredbe o objektivnoj odgovornosti za diskriminatorne radnje (član 45) nisu menjane;
7. Osim promena u članu 18. koji se odnosi na versku diskriminaciju, Deo III – *Posebni slučajevi diskriminacije* zadržan je bez izmena u odnosu na Nacrt.<sup>2</sup>

## III. Tok zakonodavnog postupka i javne rasprave

Nacrt zakona o zabrani diskriminacije sačinila je Radna grupa, koju su činili gotovo isključivo predstavnici nevladinih organizacija, a kojoj je taj posao poverilo nekoliko Vladinih ministarstava. Nacrt je bio objavljen na Internet stranici Vlade tokom određenog perioda, i na taj način su njegovi zastupnici

---

1 Predlog svih tradicionalnih Crkava i verskih zajednica u Srbiji za izmenu Predloga zakona o zabrani diskriminacije, od 10. marta 2009. god, dostupan kod autora (nadalje označen kao „Inicijalni predlog amandmana“).

2 *Zakon o zabrani diskriminacije*, Službeni glasnik Republike Srbije, br. 22/09 (nadalje označen kao „Zakon o zabrani diskriminacije“).

zadovoljili zahtev da svaki nacrt treba biti dostupan javnosti radi sprovođenja javne rasprave, najmanje nekoliko meseci pre razmatranja u Skupštini.

Vlada je skinula usvajanje Nacrta sa dnevnog reda svoje redovne sednice zakazane za 5. mart 2009. godine, nakon što je Nj. Preosv. vladika bački g. Irinej, preneo zahtev svih tradicionalnih crkava i verskih zajednica u Srbiji (Srpske pravoslavne crkve, Katoličke crkve, Islamske zajednice, Jevrejske zajednice, kao i nekoliko protestantskih crkava) za preispitivanje tog Nacrta, uz objašnjenje da se radi o vremenski kratkom preispitivanju Nacrta koje neće dovesti do suštinskih izmena.

U javnosti su se odmah pojavile najoštrije osude povlačenja Nacrta sa sednice Vlade, izrečene od pojedinih ministara u Vladi – predlagača Nacrta, nevladinih organizacija, kao i pojedinih nezavisnih javnih službenika zaduženih za zaštitu ljudskih i građanskih prava. Osude su se zasnivale na tvrdnjama da je za crkve i verske zajednice celokupan taj zakon sporan, da se radi o protivljenju postupku pridruženja Srbije Evropskoj uniji, da su povlačenjem Nacrta narušena načela demokratskog uređenja, kao i da se crkve i verske zajednice protive uvođenju zabrane diskriminacije po osnovu vere i zaštiti seksualne orijentacije kao privatne stvari građana.<sup>3</sup>

Tradicionalne crkve i verske zajednice uputile su svoje konkretne predloge za usavršavanje teksta Nacrta Vladi 10. marta 2009, uzdržavši se od objavljivanja njihovog sadržaja. U svojim izjavama za javnost do sednice Vlade 13. marta, velikodostojnici Srpske pravoslavne i Katoličke crkve ograničili su se na uopštene izjave o pitanjima u vezi sa tim zakonom. Na svojoj sednici 13. marta 2009. godine, Vlada je usvojila Nacrt sa delom izmena predloženih od strane tradicionalnih crkava i verskih zajednica (izmene opisane pod tačkama 2. i 3. dela II B. ovog rada).

Sledećeg dana, 14. marta 2009. godine, tradicionalne crkve i verske zajednice izdale su saopštenje u kome su ocenile izvršena unapređenja predmetnog teksta, koji je u tom trenutku imao status Predloga upućenog Narodnoj skupštini, kao nezadovoljavajuća.<sup>4</sup> Istovremeno, tri po broju vernika najbrojnije tradicionalne crkve i verska zajednica – Srpska pravoslavna crkva, Katolička crkva i Islamska zajednica – objavile su istovremeno na svojim Internet prezentacijama „Koncentrisani predlog tradicionalnih crkava i verskih zajednica za izmenu novog Predloga zakona o zabrani diskriminacije, utvr-

3 Podela oko Zakona o zabrani diskriminacije, RTS, 6. mart 2009. godine, dostupno na: <http://www.rts.rs/page/stories/sr/story/9/Srbija/48464/Podele+oko+Zakona+o+zabran+i+diskriminacije.html>; Zakon razdora, RTS, 7. mart 2009. godine, dostupno na: <http://www.rts.rs/page/stories/sr/story/9/Srbija/48586/Zakon+razdora.html>; Crkva protiv zakona o diskriminaciji, BLIC, 5. mart 2009. godine, dostupno na: <http://www.blic.rs/politika.php?id=81951>

4 Verske zajednice nezadovoljne Predlogom zakona o diskriminaciji, RTS, 14. mart 2009. godine, dostupno na: <http://www.rts.rs/page/stories/sr/story/9/Srbija/49864/Verske+zajednice+nezadovoljne+Predlogom+zakona+o+diskriminaciji.html>



đenog na sednici Vlade Republike Srbije 13. marta 2009. god.<sup>5</sup> prepustivši na taj način najširoj javnosti ocenu opravdanosti svojih primedaba na tekst Predloga uoči njegovog ulaska u skupštinsku raspravu.<sup>6</sup>

Nakon objavljivanja konkretnih zamerki i predloga tradicionalnih crkava i verskih zajednica za izmenu Predloga zakona o zabrani diskriminacije 14. marta 2009. godine postala je očigledna bespredmetnost slike koju je u javnosti stvorio određeni broj državnih službenika, političara i novinara o ciljevima i sadržini intervencije tradicionalnih crkava i verskih zajednica. Sve zamerke i predlozi stavljeni su uz pozivanje na standarde zaštite ljudskih prava u okviru Saveta Evrope ili na preovlađujuću uporednu praksu u državama Evropske unije. Takođe, na svetlo je izašla zamena teza do tada uporno vršena u pojedinim medijima: tradicionalne crkve i verske zajednice, naime, nisu bile stavile primedbu protiv zabrane verske diskriminacije, već protiv sužavanja takve zabrane, s obzirom na to da je ona već šire bila postavljena u Zakonu u crkvama i verskim zajednicama iz 2006. godine.

Rasprava u Narodnoj skupštini o Predlogu otpočela je 18. marta. Opozicione stranke, kao i pojedine stranke vladajuće koalicije, predložile su više stotina amandmana, od kojih je veliki broj bio zasnovan na Koncentrisanom predlogu tradicionalnih crkava i verskih zajednica. Zakon je usvojen 26. marta 2009. godine, a u toku skupštinskog postupka sprovedene su dodatne promene teksta zakona u skladu s primedbama tradicionalnih crkava i verskih zajednica (izmene opisane pod tačkama 1. i 4. dela II B. ovog rada).

Opisani postupak donošenja Zakona o zabrani diskriminacije uneo je novinu u političku i zakonodavnu praksu Srbije jer je u kratkom vremenskom roku došlo do intenzivne javne polemike u kojoj su najviši velikodostojnici tradicionalnih crkava i verskih zajednica aktivno učestvovali, iznošenjem ne samo stavova, već i razrađenih pravno-političkih argumenata.<sup>7</sup> S obzirom na

5 Koncentrisani predlog tradicionalnih crkava i verskih zajednica za izmenu novog Predloga zakona o zabrani diskriminacije, utvrđenog na sednici Vlade Republike Srbije 13. marta 2009. god, dostupno na <http://www.spc.rs/files/u5/2009/222.pdf> (nadalje označen kao „Koncentrisani predlog amandmana“).

6 U pratećoj izjavi tradicionalne crkve i verske zajednice pozdravile su razumevanje koje je Vlada pokazala usvojivši deo njihovih primedaba i takođe su pružile objašnjenje da je objavljeni „Koncentrisani predlog amandmana“ sužen na ključne nedostatke koji su opstali u tekstu Predloga upućenom Narodnoj skupštini, imajući u vidu neophodnost usvajanja Zakona o zabrani diskriminacije i sa razumevanjem za političke i ustavne aspekte zakonodavnog postupka. Takođe, tradicionalne crkve i verske zajednice izrazile su uverenje da su autori Nacrta zakona i pojedini mediji Vladu doveli u zabludu u odnosu na motive i sadržinu primedaba tradicionalnih crkava i verskih zajednica. Izjava Nj. Preosv. episkopa bačkog g. Irineja u ime svih tradicionalnih crkava i verskih zajednica, od 15. marta 2009. godine, dostupno na: [http://www.spc.rs/sr/statement\\_behalf\\_representatives\\_traditional\\_churches\\_and\\_religious\\_communities](http://www.spc.rs/sr/statement_behalf_representatives_traditional_churches_and_religious_communities)

7 U rasponu od 11 dana, između 6. i 17. marta 2009, tradicionalne crkve i verske zajednice su preko svojih najviših velikodostojnika ili preko Njegovog Preosveštenstva vladike bačkog g. Irineja, kao svog ovlašćenog predstavnika, javnosti uputile 5 izjava. Najviši crkveni i verski velikodostojnici učestvovali su u nekoliko diskusija prikazanih uživo u

to da su tradicionalne crkve i verske zajednice sve svoje argumente isključivo zasnovale na standardima Saveta Evrope i preovlađujućoj praksi država članica Evropske unije, radilo se o jednom od prvih slučajeva, nakon vraćanja verske nastave u državne škole u toku 2002. godine, kada je sadržina evropskih standarda u određenoj oblasti pregledno predstavljena srpskoj javnosti i bila predmet javne diskusije.<sup>8</sup> Pri tom, pomenuta rasprava je bila povod da tradicionalne crkve i verske zajednice u svakom obraćanju javnosti, bilo putem saopštenja bilo preko svojih predstavnika, ponove snažnu privrženost i podršku za što skorije pridruživanje Srbije Evropskoj uniji, čime je efektivno onemogućena zloupotreba verskih uverenja građana tvrđenjem da je taj cilj u suprotnosti sa verskim uverenjima i interesima tradicionalnih crkava i verskih zajednica.

Imajući u vidu slučajeve javnih polemika o verskoj nastavi iz 2001. i 2002. godine, kao i o zabrani diskriminacije iz 2009. godine, može se zaključiti da je odnos države sa crkvama i verskim zajednicama jedan od retkih segmenata društvenog života Srbije koji ima kapacitet da pruži vrednosni i opšteprihvaćen oslonac za građane Srbije razumeju i usvoje evropske vrednosti, na način kako se štite i razvijaju putem evropskih pravnih standarda.

#### IV. Elementi za pravnu analizu spornih odredaba inicijalnog Nacrta zakona o zabrani diskriminacije

##### *iV.A. Pregled spornih odredaba*

###### 1. Sloboda izražavanja seksualne orijentacije i rodnog identiteta

Predlog zaštite „slobode izražavanja seksualne orijentacije i rodnog identiteta“, da je zadržan u zakonskom tekstu, doveo bi srpski Zakon o zabrani diskriminacije u red prvih zakona u svetu u kojima se takvo pravo propisuje i štiti, uz to bez osnova da se očekuje da bi druge države u budućnosti takav primer sledile.

Sloboda izražavanja, kakva se štiti svim relevantnim međunarodnim aktima i Ustavom Srbije, odnosi se na intelektualne tvorevine: misli, ideje,

---

udarnim terminima televizijskih programa. Direktno sučeljenje Njegove Preuzvišenosti nadbiskupa beogradskog g. Stanislava Hočevara i profesora Vladimira Vodinića, jednog od vodećih zastupnika inicijalnog teksta Zakona o zabrani diskriminacije u pravničkoj javnosti, preneto je u jednom dnevnom listu. Srbija razgovara: Predlog zakona o zabrani diskriminacije, Politika, 16. mart 2009. godine, dostupno na:

<http://www.politika.rs/rubrike/Politika/Srbija-razgovara-Predlog-zakona-o-zabrani-diskriminacije.lt.html>

8 U argumentaciji svojih predloga tradicionalne crkve i verske zajednice imale su podršku pravnih stručnjaka iz redova neprofitne organizacije *Alliance for Defense Fund*, sa sedištem u SAD. Saopštenje o pomenutoj podršci dostupno na: <http://www.alliancedefensefund.org/news/pressrelease.aspx?cid=4875>

stavove<sup>9</sup>, što pojmovno ne može obuhvatati seksualnu orijentaciju i rodni identitet.<sup>10</sup>

Član 19. Amsterdamskog ugovora (član 13. do stupanja na snagu Lisabonskog ugovora), koji sadrži opštu odredbu o zabrani diskriminacije pravnog sistema Evropske unije, pominje seksualnu orijentaciju kao jedan od osnova u odnosu na koje je diskriminacija zabranjena, što niukom slučaju nije isto što i garantovanje „prava na izražavanje seksualne orijentacije.“<sup>11</sup> Pri tom, važno je imati u vidu da Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, kojom je Srbija neposredno obavezana kao član Saveta Evrope, ni u članu 14. ni u Protokolu br. 12 ne pominje ni seksualnu orijentaciju ni rodni identitet kao zabranjene osnove diskriminacije.

Tradicionalne crkve i verske zajednice su svoje protivljenje unošenju takve garancije obrazložile i tvrdnjom da je javno izražavanje seksualne orijentacije protivno javnom moralu, zaštiti privatnog i porodičnog života, kao i verskim uverenjima 95% građana Srbije, prema popisu iz 2002. godine.<sup>12</sup>

## 2. Pojam „rodni identitet“

Kao argument za brisanje ovog pojma kao zabranjenog osnova diskriminacije, tradicionalne crkve i verske zajednice navele su da „rodni identitet“, kao ni „seksualna orijentacija“, nije predviđen kao osnov diskriminacije ni u Evropskoj konvenciji o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, ni u saveznim propisima SAD o zabrani diskriminacije i nemačkom Zakonu o jednakom tretmanu iz 2006.<sup>13</sup> Međutim, za razliku od seksualne orijentacije koja je nabrojana među zabranjenim osnovima diskriminacije u Amsterdamskom ugovoru, rodni identitet nije predviđen ni u jednom relevantnom međunarodnom dokumentu o zaštiti ljudskih prava.

Zadržavanjem ovog pojma u spisku zabranjenih osnova diskriminacije<sup>14</sup> srpski Zakon upadljivo iskače iz opšteprihvaćenih uporednih standarda, kao i sistema međunarodnopravne regulacije osnova diskriminacije. Osim što je uveden pojam nejasne sadržine i svrhe – izbor rodnog identite-

9 Kako su ukazale i tradicionalne crkave i verske zajednice, Ustav Srbije slobodu izražavanja garantuje u slučajevima slobode ispoljavanja verskih uverenja (čl. 43. st. 2. Ustava), slobode izražavanja nacionalne pripadnosti (čl. 47. st. 1. Ustava), kao i u sklopu opšte garancije slobode mišljenja i izražavanja ideja i obaveštenja (čl. 46. Ustava). Koncentrisani predlog amandmana, 3.

10 U tom smislu: „Sloboda mišljenja i s njom povezana sloboda izražavanja mišljenja, koje se najčešće skupno označavaju kao sloboda izražavanja, predstavljaju vrlo važno ljudsko pravo, koje je kopča između građanskih i političkih prava.“ Vojin Dimitrijević, Milan Paunović, *Ljudska prava – udžbenik*, Beogradski centar za ljudska prava, Dosijske, 1997, 319.

11 Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, Official Journal of the European Union, C115, Volume 51, 9. maj 2008. godine.

12 Popis stanovništva, domaćinstava i stanova u 2002, Stanovništvo, verispovest, maternji jezik i nacionalna ili etnička pripadnost prema starosti i polu, dostupno na: <http://webrzs.statserb.sr.gov.yu/axd/Zip/VJN3.pdf>

13 Inicijalni predlog amandmana, 2.

14 Član 2. st. 1. tačka 1. Zakona o zabrani diskriminacije.

ta koji se želi zaštititi svodi se u svakom slučaju na identitet jednog od dva prirodna ljudska pola, pa se može govoriti jedino o polnoj diskriminaciji – unošenjem elementa koji nije deo sistema međunarodnopravne zaštite ljudskih prava i zabrane diskriminacije, ni Saveta Evrope, ni Evropske unije, ni međunarodne zajednice u celini, stvoren je rizik narušavanja finih ravnoteža između suprotstavljenih zaštićenih prava i interesa kakva je u tim sistemima uspostavljena.

Na vrednosnom planu, postavlja se pitanje pravno-političkog značaja ovog pojma i da li se njegovim unošenjem među zabranjene osnove diskriminacije nasuprot međunarodnim standardima i uporednim rešenjima u suštini promovise sloboda izbora pola?

### 3. Garancija prava na izražavanje verskih uverenja i postupanje u skladu s njima

Sloboda misli, savesti i vere garantovana je članom 9. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, kao i Ustavom Srbije. Evropski sud za ljudska prava označio je član 9. kao jedan od kamena-temeljaca demokratskog društva.<sup>15</sup> Prema rečima tog suda, „verska sloboda je jedan od životnih činilaca identiteta vernika i njihovog koncepta života.“<sup>16</sup>

Očigledna je mogućnost sukoba u praksi između slobode misli, savesti i vere, kao i slobode izražavanja ovih kategorija, garantovanih međunarodnim aktima i Ustavom Srbije, sa zaštitom diskriminacije koja u slučaju srpskog Zakona o diskriminaciji obuhvata i „govor mržnje“ („izražavanje ideja, informacija i mišljenja kojima se podstiče diskriminacija, mržnja ili nasilje protiv lica ili grupe lica zbog njihovog ličnog svojstva,“ čl. 11. Zakona). Budući da se verska uverenja u značajnoj meri odnose na porodični život ljudi, crkvena lica, verski službenici i vernici lako mogu doći u priliku da javno izraze svoja verska uverenja, koja, pak, vrlo lako mogu biti podvedena pod govor mržnje – izražavanje ideja i mišljenja kojima se podstiče diskriminacija.

Takođe, na uporednom planu je prihvaćeno garantovanje autonomije crkava i verskih zajednica, što je takođe jedno od načela i srpskog Zakona o crkvama i verskim zajednicama iz 2006. godine. Međutim, crkvama i verskim zajednicama u Srbiji se sada lako može desiti da, kada u svojim unutrašnjim poslovima (npr. zapošljavanje veroučitelja ili sveštenika) naprave razliku među građanima na osnovu stava svog verskog učenja o nekom od zabranjenih osnova diskriminacije, na primer o seksualnoj orijentaciji, takvo postupanje bude ocenjeno kao diskriminatorno.

U oba slučaja zreli pravni poreci razvijenih demokratija utvrđuju najbolju tačku preseka suprotstavljenih legitimnih interesa.

Iz konačno usvojenog teksta srpskog Zakona o zabrani diskriminacije može se zaključiti da je u Srbiji zaštita slobode izražavanja vere, pa samim tim

15 ECtHR, 25 May 1993, Kokkinakis v. Greece, Series A No. 260-A, Para. 31: AFDI, 1994, 658.

16 ECtHR, 20 September 1994, Otto-Preminger-Institut v. Austria, Series A No. 295-A: JDI, 1995, 772.

i sama verska sloboda, utvrđena kao manje važan pravno-politički cilj od svakog razlikovanja po osnovu seksualne orijentacije i rodnog identiteta, budući da nije predviđen nijedan mehanizam zaštite izražavanja verskih uverenja od odgovornosti za govor mržnje.

U pogledu zaštite autonomije crkava i verskih zajednica, konačni tekst Zakona unapređen je u odnosu na inicijalni Nacrt utoliko što je predviđen izuzetak za postupanje sveštenika i verskih službenika „u skladu sa verskom doktrinom, uverenjima ili ciljevima crkava i verskih zajednica“, pod uslovom da su kao takve registrovane.<sup>17</sup> Stilizacija ovog stava ne obuhvata i akte samih crkava i verskih zajednica, pa ni drugih članova crkvene hijerarhije – što ostavlja prostor za pitanje da li sveštenik, po ovom Zakonu, može praviti razliku u postupanju sa građanima s obzirom na neko njihovo lično svojstvo, dok vladika, crkva u celini ili ustanova čiji je osnivač crkva – na primer gimnazija – to ne smeju?

#### 4. Sužavanje definicije verske diskriminacije

Tradicionalne crkve i verske zajednice prigovorile su da se unošenjem novog određenja pojma verske diskriminacije u Zakon o zabrani diskriminacije sužava obuhvat zabrane verske diskriminacije, iz člana 2. Zakona o crkvama i verskim organizacijama.<sup>18</sup> Naime, novom definicijom nije obuhvaćena zabrana prinude na izjašnjenje o verskim uverenjima, ni zabrana diskriminacije po osnovu pripadanja ili nepripadanja verskoj zajednici, kao ni po osnovu učestvovanja ili neučestvovanja u bogoslužjenju. Očigledno je da je nova, sužena definicija u Zakonu o zabrani diskriminacije stilizovana tako da zanemari korporativni aspekt verske slobode, već se, u skladu sa ostalim odredbama kojima se suzbija verska sloboda u ovom zakonskom tekstu, ograničava na zabranu diskriminacije po osnovu verske slobode u obliku ličnih uverenja i njihovog ispoljavanja.

Takvo suštinsko suženje pojma verske diskriminacije nije ispravljeno u usvojenom tekstu Zakona o zabrani diskriminacije, tako da trenutno pravni sistem Srbije sadrži dva različita zakonska određenja tog pojma.

17 Član 18. stav 2. Zakona o zabrani diskriminacije.

18 „Niko ne sme biti podvrgnut prinudi koja bi mogla ugroziti slobodu veroispovesti, niti sme biti prisiljen da se izjasni o svojoj veroispovesti i verskim uverenjima ili njihovom nepostojanju.

Niko ne može biti uznemiravan, diskriminisan ili privilegovan zbog svojih verskih uverenja, pripadanja ili nepripadanja verskoj zajednici, učestvovanja ili neučestvovanja u bogoslužjenju i verskim obredima i korišćenja ili nekorišćenja zajemčenih verskih sloboda i prava.“

U članu 1. st. 2. istog Zakona definisano je da sloboda veroispovesti obuhvata „... slobodu da se ima ili nema, zadrži ili promeni veroispovest ili versko uverenje, odnosno slobodu verovanja, slobodu ispovedanja vere u Boga; slobodu da se pojedinačno ili u zajednici sa drugima, javno ili privatno, ispoljava verovanje ili versko uverenje učestvovanjem u bogoslužjenju i obavljanjem verskih obreda, verskom poukom i nastavom, negovanjem i razvijanjem verske tradicije; slobodu da se razvija i unapređuje verska prosveta i kultura.“

*Zakon o crkvama i verskim zajednicama*, Službeni glasnik R. Srbije, br. 36/2006.

## 5. Koordinacija zaštićenih sloboda i prava

Tradicionalne crkve i verske zajednice su u oba svoja predloga amandmana, kako u inicijalnom, upućenom Vladi, tako i u koncentrisanom, upućenom javnosti pred skupštinsku raspravu, insistirale na unošenju člana koji bi omogućio koordinaciju sloboda i prava zaštićenih pravnim sistemom Srbije, i kakav predstavlja nezaobilazan element svakog izvora zaštite ljudskih prava i sloboda.<sup>19</sup> Drugi i četvrti stav člana koji su tom prilikom tradicionalne crkve i verske zajednice predložile neposredno su preuzeti iz Direktive EU o primeni principa jednakog tretmana bez obzira na rasno ili etničko poreklo, Direktive EU kojom se uspostavlja opšti okvir za jednaki tretman u pogledu zapošljavanja i zanimanja, kao i Direktive EU o primeni načela jednakog tretmana muškaraca i žena u pristupu dobrima i uslugama, kao i u njihovoj nabavci<sup>20</sup>, odnosno iz teksta Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda – čl. 17. Prvi i treći stav predloženog člana, pak, upućivali su na tumačenje Zakona u skladu sa svrhom ljudskih prava i sloboda koje se zabranama diskriminacije štite, kao i sa celinom ljudskih prava i sloboda u pravnom sistemu Srbije.<sup>21</sup>

U praksi Evropskog suda za ljudska prava učvrstio se stav da član 14. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, koji sadrži opštu zabranu diskriminacije, i pored stilizacije koja sugerise apsolutnost primene (posebno u verziji na francuskom jeziku), u suštini nema apsolutni karakter, tj. da ne zabranjuje svako drugačije postupanje u vršenju priznatih

19 Josiah N. Drew, *Caught Between the Scylla and Charybdis: Ameliorating the Collision Course of Sexual Orientation Anti-discrimination Rights and Religious Free Exercise Rights in the Public Workplace*, 16 BYU J. Pub. L. 287–315.

20 Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, *Official Journal L 180, 19/07/2000 P. 0022 – 0026*; Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation. *Official Journal L 303, 02/12/2000 P. 0016 – 0022*; Council Directive 2004/113/EC of 13 December 2004 implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services, *Official Journal L 373, 21/12/2004 P. 0037 – 0043*.

21 „Zabrane diskriminacije sadržane u ovom Zakonu imaju se tumačiti u skladu sa prirodom i svrhom ljudskih prava i sloboda koje se tim zabranama štite, kao i na osnovu celine ljudskih prava i sloboda priznatih i zaštićenih od strane pravnog sistema koji važi na prostoru Republike Srbije.

Izuzetno, neće se smatrati diskriminacijom stavljanje nekog lica u nepovoljniji položaj aktom ili postupanjem objektivno opravdanim nekim legitimnim ciljem i ako su sredstva korišćena za postizanje tog cilja nužna i primerena.

Prilikom utvrđivanja da li je cilj iz prethodnog stava legitiman, posebno će se voditi računa o prirodi i svrsi ljudskih prava i sloboda koje se štite zabranama diskriminacije, kao i o celini ljudskih prava i sloboda priznatih i zaštićenih od strane pravnog sistema koji važi na prostoru Republike Srbije.

Zabrane diskriminacije ne mogu biti usmerene na poništavanje bilo kog od ljudskih prava i sloboda priznatih i zaštićenih od strane pravnog sistema koji važi na prostoru Republike Srbije ili na njihovo ograničavanje u većoj meri od one koja je zakonom izričito predviđena.“ Inicijalni predlog amandmana, 6; Koncentrisani predlog amandmana, 2.

prava i sloboda.<sup>22</sup> Takav tretman zabrane diskriminacije u ovom međunarodnom instrumentu, koji je obavezujući za Srbiju i u odnosu na njen pravni sistem ima najveću moguću pravno-političku važnost, zasigurno govori u prilog predloženom, a neusvojenom, amandmanu crkava i verskih zajednica, tj. u prilog uvođenju zakonske obaveze svih koji su dužni da primenjuju Zakon o diskriminaciji da u svakom konkretnom slučaju vrše procenu legitimnosti svrhe primene nejednakog postupanja, kao i primerenosti sredstava kojima je to učinjeno.<sup>23</sup> Izostanak bilo kakve odredbe u tom smislu u usvojenom tekstu Zakona čini da taj Zakon po svom mehanizmu delovanja bude u suprotnosti sa starndardima Saveta Evrope.

## 6. Objektivna odgovornost za diskriminatorne radnje

Tradicionalne crkve i verske zajednice usprotivile su se uvođenju objektivne odgovornosti za diskriminatorne radnje, obrazlažući takav zahtev tvrdnjom da: „Nigde u direktivama EU o zabrani diskriminacije ne stoji nalog da se uvede princip objektivne odgovornosti za diskriminatornu radnju, tj. da počilnac ne može dokazivati da nije kriv.“<sup>24</sup>

Odredba na koju se odnosi navedeno protivljenje nalazi se u prvom stavu člana 45. Zakona, koji nosi naslov „Pravila o teretu dokazivanja.“ Međutim, samo drugi stav tog člana sadrži odredbu o prenošenju tereta dokazivanja na tuženog, u skladu sa preporukama direktiva EU protiv diskriminacije.<sup>25</sup>

Prvi stav, na koji se protivljenje tradicionalnih crkava i verskih zajednica odnosilo, nema veze sa teretom dokazivanja, već sadrži normu koja ne postoji ni u jednom relevantnom međunarodnom dokumentu i nije ni blizu da predstavlja standard na uporednom planu: „ukoliko sud utvrdi da je izvršena radnja neposredne diskriminacije, ili je to među strankama nesporno, tuženi se ne može osloboditi odgovornosti dokazivanjem da nije kriv.“<sup>26</sup>

Ne samo što je primere takve odredbe na uporednom planu izuzetno teško pronaći, ona je u direktnoj suprotnosti sa načinom na koji direktive EU o zabrani diskriminacije uspostavljaju mehanizam zaštite od diskriminacije. Naime, u svakoj od tri direktive EU – o primeni principa jednakog tretmana bez obzira na rasno i etničko poreklo, o uspostavljanju opšteg okvira za

22 Žil Ditertr, Izvodi iz najznačajnijih odluka Evropskog suda za ljudska prava, Beograd, 2006, 334–335.

23 Utvrdivši „nemogućnost utvrđivanja jedinstvene koncepcije značaja vere u društvu širom Evrope“, Sud je zaključio da „nije moguće doći do sveobuhvatnog određenja šta predstavlja dozvoljeno ograničenje slobode izražavanja u slučajevima kada je ta sloboda usmerena protiv verskih osećanja drugih“, i da je zbog toga neophodno prepustiti određenu marginu procene državnim vlastima u pogledu postojanja neophodnosti i obima takvog ograničenja. George Letsas, *Two Concepts of the Margin of Appreciation*, Oxford Journal of Legal Studies, 2006 26 (705).

24 Koncentrisani predlog amandmana, 4.

25 Council Directive 2000/43/EC, Council Directive 2000/78/EC, Council Directive 2004/113/EC, v. napomenu br. 20.

26 Član 45. st. 1. Zakona o zabrani diskriminacije.

jednak tretman u pogledu zapošljavanja i zanimanja, kao i o primeni načela jednakog tretmana muškaraca i žena u pristupu dobrima i uslugama – postoji odredba koja dozvoljava nejednak tretman kada to ima opravdanu svrhu i vrši se odgovarajućim sredstvima.<sup>27</sup>

Na taj način, neoboriva je činjenica da je uvođenje objektivne odgovornosti, kakvo je izvršeno u srpskom Zakonu o diskriminaciji, u neposrednoj koliziji sa važećim direktivama EU o zabrani diskriminacije.

Kako je to već objašnjeno u prethodnoj tački ovog rada, koja se odnosi na pitanje koordinacije zaštićenih sloboda i prava, u praksi Evropskog suda za ljudska prava prihvaćen je stav o izostanku apsolutnog važenja člana 14. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, tj. o tome da se u svakom konkretnom slučaju nejednakog postupanja ima ceniti legitimnost svrhe tog postupanja i primerenost primenjenih sredstava.<sup>28</sup> Uvođenjem objektivne odgovornosti srpski Zakon o zabrani diskriminacije neposredno odstupa od opisanog stava.

#### 7. Napomene o Delu III Zakona – Posebni slučajevi diskriminacije

Tradicionalne crkve i verske zajednice ukazale su u svom inicijalnom predlogu amandmana na „ozbiljne nomotehničke propuste“ u tekstu Zakona o zabrani diskriminacije, za šta je pružena i dovoljno i čvrsto obrazloženje. U „Koncentrisanom predlogu“ amandmana, pak, koji su javnosti uputile tradicionalne crkve i verske zajednice neposredno pred skupštinsku raspravu o Zakonu, ovi predlozi amandmana nisu zadržani, verovatno zbog želje da se pažnja javnosti i zakonodavca usredsredi na pitanja od neposredne važnosti za zaštitu verske slobode.

Osnovna zamerka upućena je Delu III Zakona, pod naslovom „Posebni slučajevi diskriminacije,“ s obrazloženjem da „navedeni stavovi po sadržini ne pripadaju aktu kojim se zabranjuje diskriminacija“, jer „garantuju pojedina prava koja su već garantovana u drugim odgovarajućim delovima pravnog sistema.“<sup>29</sup>

Stav prakse Evropskog suda za ljudska prava jeste da opšta zabrana diskriminacije iz člana 14. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda ima neautonoman karakter, tj. da se „na njega oslanjamo samo zajedno sa nekim drugim članom Konvencije.“<sup>30</sup> Ovaj primer dovoljno govori

27 Council Directive 2000/43/EC, Council Directive 2000/78/EC, Council Directive 2004/113/EC, v. napomenu br. 20.

28 Žil Ditertr, Izvodi iz najznačajnijih odluka Evropskog suda za ljudska prava, Beograd, 2006, 334–335.

29 Ova zamerka stavljena je na čl. 15. st. 1 Zakona – pravo na pristup i jednaku zaštitu u postupcima pred organima javne vlasti, čl. 17. st. 2 – pravo na pristup objektima u javnoj upotrebi, čl. 18. – pojam verske diskriminacije, čl. 21. – pravo na izjašnjavanje o seksualnoj orijentaciji, čl. 22. st. 1. – jednaka prava maloletnika, čl. 23. st. 2. – prava starih ljudi, Inicijalni predlog amandmana, 8.

30 Žil Ditertr, Izvodi iz najznačajnijih odluka Evropskog suda za ljudska prava, Beograd, 2006, 333–334.



o prirodi zabrana diskriminacije kao negativnih normi kojima je neophodno sadejstvo sa pozitivnim određenjem štićenih interesa i prava. Međutim, takva priroda ovih normi ne predstavlja opravdanje za unošenje odredaba u Zakon o zabrani diskriminacije kojima se sužavaju i površnije i nepreciznije pojedina prava i slobode definišu nego što su definisani na drugim, odgovarajućim mestima u pravnom sistemu Srbije.

Tradicionalne crkve i verske zajednice ukazale su i na niz nelogičnosti u tekstu Zakona, kao na primer: navođenje udruživanja radi vršenja diskriminacije kao jednog od vidova diskriminacije, što je neodrživo i sa stanovišta logike i nomotehnike – udruživanje radi vršenja nekog krivičnog dela nije oblik tog dela već predmet posebne zabrane, navođenje „povrede načela jednakih prava i sloboda“ kao jednog od oblika diskriminacije, iako se upravo radi o izrazu koji je na uporednom planu neposredno zamenljiv izrazom „diskriminacija“, tj. o drugom imenu istog pojma, genocid se u Zakonu navodi kao težak oblik diskriminacije iako se radi o krivičnom delu čije se biće znatno razlikuje od radnje nejednakog tretmana, s obzirom na lična svojstva, i koje nijedan relevantan međunarodni akt do sada nije povezao s pojmom diskriminacije itd.<sup>31</sup>

## V. Zaključak

Tradicionalne crkve i verske zajednice zajednički su i u poslednjem trenutku, direktnim sučeljavanjem u javnosti i medijima sa zastupnicima inicijalno predloženog teksta Zakona, uspele da ishoduju značajna poboljšanja zakonskog teksta, prvo od Vlade, a potom i u postupku usvajanja u Narodnoj skupštini Srbije. U tom nastojanju crkveni velikodostojnici nisu se mogli osloniti na podršku pravničke javnosti, koja se uglavnom uzdržala od izjašnjavanja, uprkos tome što su, iz perspektive ovog rada, zamerke i predlozi amandmana tradicionalnih crkava i verskih zajednica bili potpuno opravdani standardima međunarodnih akata o zaštiti ljudskih prava, standardnim rešenjima na uporednom planu, kao i pravno-političkim ciljevima i potrebom koherentnosti pravnog sistema Srbije.

Argumentima koje su iznele tradicionalne crkave i verske zajednice suprotstavljene su u toku javne rasprave brojne zamene teza, među kojima se ističe tvrdnja je da Nacrt zakona bio izrađen isključivo u skladu sa evropskim standardima i da su zamerke tradicionalnih crkava i verskih zajednica po motivu i svrsi antievropske.

Pojam „rodni identitet“, uveden srpskim Zakonom o zabrani diskriminacije, ne postoji u relevantnim uzorima na uporednom planu ni, što je još važnije, u važećim međunarodnim dokumentima o zaštiti ljudskih prava. Ovaj pojam, koji je daleko od posedovanja samorazumljivog ili ustaljenog značenja u svakodnevnom jeziku, nigde u pravnom sistemu Srbije nije definisan.

Sistemska tumačenje tri aspekta usvojenog Zakona o zabrani diskriminacije: nepostojanja odredbe o postupanju u slučaju nejednakog tretmana

31 Inicijalni predlog amandmana, 9; Zakon o zabrani diskriminacije, članovi 5, 8. i 13,

izazvanog konfliktom između zaštićenih sloboda i prava, nepostojanja izričite garancije slobode izražavanja verskih uverenja i objektivne odgovornosti, dovodi do zaključka da je Zakonom o zabrani diskriminacije sloboda izražavanja verskih uverenja ukinuta u Srbiji. Imajući u vidu da se radi o obliku verske slobode garantovane Ustavom, postavlja se i pitanje ustavnosti ovog Zakona.

Odsustvo odredbe o koordinaciji zaštićenih sloboda i prava u slučajevima diskriminacije, tj. nejednakog postupanja, koja bi nalagala procenu legitimnosti svrhe takvog postupanja i primenjenih sredstava, Zakon o zabrani diskriminacije neposredno suprotstavlja direktivama Evropske unije kojima se zabranjuje diskriminacije u određenim oblastima, kao i ustaljenom stavu Evropskog suda za ljudska prava o neapsolutnom karakteru antidiskriminacionog člana 14. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda.

Opisana suprotstavljenost je snažno uvećana i zaoštrena postojanjem i pravila o objektivnoj odgovornosti, sakrivenog u članu Zakona naslovljenom „Pravila o teretu dokazivanja“, koje je na uporednom planu potpuno usamljeno i ne postoji ni u jednom relevantnom međunarodnom dokumentu.

Ne samo što je javna rasprava prilikom donošenja Zakona o zabrani diskriminacije jedna od retkih u novijoj istoriji Srbije u kojoj je došlo do argumentovane analize evropskih standarda u određenoj oblasti, već je očigledno da tradicionalne crkve i verske zajednice, s obzirom na njihovo usamljeno ali čvrsto suprotstavljanje rešenjima u ovom Zakonu koja ozbiljno odstupaju od evropskih i svetskih standarda, poseduju kapacitet da budu snažan oslonac Srbije u predstojećim evropskim integracijama.

## THE ENCOUNTER OF THE FREEDOMS OF RELIGIONS, THOUGHT AND EXPRESSION WITH AN ANTI-DISCRIMINATION STATUTE – THE EXAMPLE OF SERBIA IN 2009

### Summary

*An Anti-Discrimination Law was passed in Serbia in the Spring of 2009 in the atmosphere of severe public debate initiated by joint objections of traditional churches and religious communities. The paper finds that the churches and religious communities' reliance on European human rights protection standards and comparative law was justified. Listing of „gender identity“ as one of the prohibited grounds of discrimination is not supported by examples in relevant international treaties and comparative legislation. The Anti-Discrimination Law lacks a provision on coordination of protected rights and religious freedom, thus effectively contravening the structure of the EU anti-discrimination directives as well as of the European Convention for the Protection of Human Rights and Basic Freedoms. Absence of a provision that would enable balancing of le-*

*gitimate interests is contrary also to the jurisprudence of the European Court of Human Rights, which mandates assessment of legitimacy of purpose and appropriateness of means of unequal treatment in any particular case. Moreover, the provision on strict liability (both civil and for misdemeanor) for discriminatory conduct, which is also comparatively quite unique, utterly exacerbates the incommensurability of the Law with the European and global human rights standards, as well as with the Constitution of Serbia. The result is that the Law effectively endangers the right to religious freedom and the freedoms of thought, conscience and expression.*

**Key words:** *Discrimination. – Equal Treatment. – Religious Freedom. – Freedom of Expression. – Strict Liability.*