

PRAVNI FAKULTET UNIVERZITETA U BEOGRADU

Biblioteka
ZBORNICI

PERSPEKTIVE IMPLEMENTACIJE EVROPSKIH
STANDARDA U PRAVNI SISTEM SRBIJE

Zbornik radova
Priredio prof. dr Stevan Lilić

Izdavač

Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu
Centar za izdavaštvo i informisanje

Za izdavača

prof. dr Mirko Vasiljević, dekan

Urednik

prof. dr Dragan M. Mitrović

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

© Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2011.

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

www.ius.bg.ac.rs

PERSPEKTIVE
IMPLEMENTACIJE
EVROPSKIH
STANDARDA U PRAVNI
SISTEM SRBIJE

KNJIGA I

ZBORNİK RADOVA

Priredio
Prof. dr Stevan Lilić

Beograd, 2011

PERSPECTIVES OF
IMPLEMENTATION OF
EUROPEAN STANDARDS
IN SERBIAN LEGAL
SYSTEM

VOLUME I

COLLECTED ARTICLES

Editor

Prof. dr Stevan Lilić

Belgrade, 2011

SADRŽAJ

Predgovor	9
Forward.	10
<i>Vesna Besarović</i>	
Pravo imuniteta u pravu konkurencije – instrument za borbu protiv kartela	11
<i>Stevan Lilić</i>	
Istorijski položaj uprave Srbije u kontekstu implementacije evropskih standarda.	21
<i>Jovica Trkulja</i>	
Zakon o restituciji – analiza Nacrta iz 2011. godine	42
<i>Dragica Vujadinović</i>	
Srbija u potrazi za evropskim identitetom	54
<i>Mirjana Stefanovski</i>	
Nepostojanje ministarskog premapotpisa u Ustavu Srbije od 2006. godine	67
<i>Marija Draškić</i>	
Pravo deteta na održavanje ličnih odnosa sa bliskim osobama	86
<i>Branko Lubarda</i>	
Posebna zaštita zaposlenog uzbunjivača – Evropsko, uporedno i domaće pravo i praksa	104
<i>Olivera Vučić</i>	
Ustavnost ustavnog zakona – Kada Ustavni sud treba da ceni ustavnost ustavnog zakona?	118
<i>Milena Polojac</i>	
O dve vrste objektivne odgovornosti habitatora iz ugla pretorovog edikta <i>de his qui effuderint vel deiecerint</i> (Ulpian, 9.3.1.pr-1)	132
<i>Žika Bujuklić</i>	
Rimski koreni evropskog komunitarnog prava	143
<i>Dejan B. Đurđević</i>	
Pravni položaj notara u evropskim pravnim porecima i u srpskom pravu.	156
<i>Marija Karanikić Mirić</i>	
Usklađenost srpskog potrošačkog prava sa Direktivom 99/44/EZ o prodaji robe široke potrošnje i pratećim garancijama.	173
<i>Nikola Bodiroga</i>	
Načelo transparentnosti izvršnog postupka i evropski standardi. ...	192

<i>Marko Stanković</i>	
O mišljenju Venecijanske komisije o izmenama i dopunama Zakona o izboru narodnih poslanika	206
<i>Valentina Cvetković Đorđević</i>	
Preispitivanje sudske odluke od Ustavnog suda Srbije.....	217
<i>Bojana Čučković</i>	
Međunarodna odgovornost države za štetu pričinjenu životnoj sredini – klasična pravila i savremene tendencije	225
<i>Mirjana Drenovak Ivanović</i>	
Implementacija pravnih standarda Evropske unije u pravni sistem Srbije u oblasti genetički modifikovanih organizama.....	239
<i>Marko Milenković</i>	
Položaj i uloga Agencije za zaštitu životne sredine.....	251
<i>Uroš Novaković</i>	
<i>Joint custody</i> u uporednom pravu	260
<i>Zorica Mršević</i>	
Promena pola iz medicinskih razloga.....	271
<i>Savo Manojlović</i>	
Zakon o finansiranju političkih aktivnosti.....	284

TABLE OF CONTENTS

Predgovor	9
Forward.	10
<i>Vesna Besarović</i>	
Leniency program in Serbian anty- monopoly law – instrument against hard core cartel.	11
<i>Stevan Lilić</i>	
The historical status of the Serbian administration in the context of implementing European standards	21
<i>Jovica Trkulja</i>	
The Law on Restitution – The Analysis of the 2011 Draft	42
<i>Dragica Vujadinović</i>	
Consideration of the European Identity.	54
<i>Mirjana Stefanovski</i>	
Non/existence of Ministerial Contra-signature in the Constitution of Serbia of 2006	67
<i>Marija Draškić</i>	
The Right of the Child to Maintain Personal Relations With Close Persons	86
<i>Branko Lubarda</i>	
Protected disclosure of employee whistleblower – European comparative and domestic law and practice –	104
<i>Olivera Vučić</i>	
Constitutional law’s constitutionality – When should Constitutional Court decide on constitutional law’s constitutionality?	118
<i>Milena Polojac</i>	
Two Kinds of Habitor`S Strict Liability in Praetor`S Edict <i>de his qui effuderint vel deiecerint</i> (Ulpian, D.9.3.pr-1)	132
<i>Žika Bujuklić</i>	
Roman Roots in the European Community Law	143
<i>Dejan B. Đurđević</i>	
Legal position of notary public in European legal systems and in Serbian law	156
<i>Marija Karanikić Mirić</i>	
Implementation of the rules of Directive 1999/44/ec concerning sale of consumer goods and associated guarantees in Serbia	173
<i>Nikola Bodiroga</i>	
Transparency principle in enforcement proceedings and European standards	192

<i>Marko Stanković</i>	
On Venice Commission's opinion on the draft law on „alerting and amending the law on election of members of parliament“	206
<i>Valentina Cvetković</i>	
Revision of the Court Decision by the Constitutional Court	217
<i>Bojana Cuckovic</i>	
International Responsibility of State for Environmental Harm – Classical Rules and Modern Tendencies	225
<i>Mirjana Drenovak Ivanović</i>	
Implementation of European Union legislation on gmos in Serbian legal system	239
<i>Marko Milenković</i>	
Role and position of Serbian Environmental Agency	251
<i>Uroš Novaković</i>	
Joint custody in comparative law	260
<i>Zorica Mršević</i>	
Sex change based on medical reasons	271
<i>Savo Manojlović</i>	
Law on financing political activities	284

PREDGOVOR

Publikacija *Izazovi implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije* predstavlja zbornik radova koji su rezultat istraživanja u okviru istoimenog četvorogodišnjeg projekta koji se realizuje na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu uz podršku Ministarstva prosvete i nauke Republike Srbije. Zbornik je nastao kao rezultat potrebe za preispitivanjem stepena implementacije pravnih tekovina i vrednosti Evropske unije deset godina posle otpočinjanja društvenih reformi.

Nakon političkih promena 2000. godine, Srbija se našla u novoj situaciji koja je zahtevala temeljnu rekonstrukciju pravnog sistema čijoj su neefikasnosti doprinosile prevaziđene koncepcije koje su dominirale devedesetih godina. Prethodni petogodišnji projekat „Pravni kapacitet Srbije za evropske integracije“ koji je istraživački tim realizovao u periodu 2006–2010. imao je da razmatra i kritički analizira stanja u pravnom sistemu Srbije u izrazito osetljivoj fazi priključivanja naše zemlje evropskim integracijama. Ovaj projekat nastavlja sa temeljnim istraživanjem kvaliteta i trajnosti pravnih promena. Period od deset godina u kojem su vršene izmene u pozitivnom zakonodavstvu, daje osnov da se izvrši evaluacija do sada urađenog, 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 *Izazovi implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije* predstavljeni su u ovom zborniku, sa ciljem da se dâ doprinos daljoj reformi i izgradnji pravnog sistema Srbije koji je zasnovan na evropskim vrednostima. Zbornik uključuje i dva posebna priloga van okvira projekta.

Prilozi izražavaju lične stavove autora.

Urednik

FORWARD

After the political changes in 2000, Serbia required a fundamental reconstruction of the legal system whose inefficiency was partly resulting from outdated concepts that dominated the nineties. After successfully implementing the previous research project „Legal Capacity of Serbia for European Integration“ (2006–2010), whose goal was to consider and critically analyze the situation in the Serbian legal system in the stage of the country’s EU integration process, and the publication of five subsequent volumes of research results, the new project *Perspectives of Implementation of European Standards in the Serbian Legal System* plans to continue to examine the quality and sustainability of legal change. After ten years of reforming the legal system, there is a need to conduct an evaluation of reforms completed to date, and to point to segments of the legal system, whose reform is partially or completely absent.

This volume of *Perspectives of Implementation of European Standards in the Serbian Legal System* is a collection of papers resulting from a research project implemented by the University of Belgrade Faculty of Law under the auspices of the Ministry of Education and Science of Serbia.

In order to make research results available to the scientific and professional community, as well as to the general public, and to contribute to further reforms of the legal system of Serbia based on European values, contributions of the project team on *Perspectives of Implementation of European Standards in the Serbian legal system* are presented in this Volume. This volume includes also two other contributions.

Articles reflect the personal views of the authors.

Editor

PRAVO IMUNITETA U PRAVU KONKURENCIJE – INSTRUMENT ZA BORBU PROTIV KARTELA –

Apstrakt

Pravo imuniteta podrazumeva da ako jedan od učesnika kartela sam prijavljuje postojanje kartelskog sporazuma i dobrovoljno otkrije informacije nadležnom organu za zaštitu konkurencije u vezi sa kartelom, može da očekuje da bude oslobođen od kažnjavanja ili da mu se umanjí očekivana novčana kazna. Pri tome, taj učesnik mora da ispuní uslove predviđene Zakonom o zaštiti konkurencije Srbije koji, u skladu sa pravom EU i uporednim pravom, reguliše pravo imuniteta.

Ključne reči: *Program imuniteta. Vertikalni restriktivni sporazumi. Komisija za zaštitu konkurencije. Karteli.*

1. Program imuniteta u pravu konkurencije

Konkurencija je oblik nadmetanja privrednih subjekata povodom proizvodnje i prodaje robe i pružanja usluga u privrednom životu. Kao značajan promotor aktivnosti privrednih subjekata, ona podstiče i promovíše takmičarski duh, borbu za kvalitet i optimalizaciju zarade. Međutim, konkurenti, privredni subjekti se, u uslovima razvijenog tržišta, često opredeljuju za ponašanje koje je suprotno zakonskim propisima i dobrim poslovnim običajima i tako postaju nelojalni konkurenti odnosno država mora, svojim zakonskim propisima, da reguliše njihovo ponašanje na tržištu, a kad je to ponašanje suprotno propisima, da ga sankcioniše.

Jedan od vidova ponašanja na tržištu, koji može da bude suprotan zakonskim propisima i dobrim poslovnim običajima jesu i koncentracije privrednih subjekata. Pod koncentracijama se u pravu konkurencije podrazumevaju sve promene koje dovode do spajanja, pripajanja, preuzimanja privrednih društava, tj. do statusnih promena privrednih društava, ali i do ostvarivanja kontrole, bez sprovođenja statusnih promena, nad određenim učesnikom na tržištu od strane drugog učesnika na istom tržištu.

Koncentracijom privrednih subjekata može da se umanjí konkurentna sposobnost drugih učesnika na tržištu povećanjem tržišne moći koncentri-

* Prof. dr Vesna Besarović, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije*, koji podržava Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.

sanih privrednih subjekata, koja se reflektuje rastom profita. Međutim, treba imati u vidu da koncentracije mogu da imaju i pozitivan učinak na privredni rast i na ekonomsku efikasnost time što, zbog ekonomije obima, mogu da dovedu do obaranja cena, pod uslovom da su efekti takvih koncentracija kontrolisani, a očekivanja učesnika u pogledu ostvarivanja profita umerena. To nas upućuje na uvođenje kontrole od strane ovlašćenog državnog, ali nezavisnog tela nad koncentracijama koje se sprovode ili treba da se sprovedu na određenom tržištu.

Predmet kontrole ovlašćenog državnog tela za primenu prava konkurencije su i restriktivni horizontalni sporazumi, koji, po svojoj sadržini, predstavljaju jedan od vidova koncentracije tržišne moći između učesnika na tržištu. To su sporazumi između učesnika na tržištu, konkurenata, koji posluju na istom nivou lanca proizvodnje ili prometa. Kada se konkurenti dogovore, na bilo koji način,¹ da prestanu da konkurišu jedni drugima i utvrde zajednička pravila poslovanja, nastaje kartel, kao sporazum kojim se ukida konkurentski odnos između učesnika kartela i oni počinju da posluju po jedinstvenim pravilima. Zaključivanje kartela ne izaziva bilo kakve statusne promene učesnika u kartelu, ali dovodi do uspostavljanja zajedničkih pravila poslovanja. To su najčešće utvrđivanje cene i količine proizvoda, geografske podele tržišta, učestvovanje na „nameštenim“ tenderima i licitacijama itd., sa krajnjim ciljem – sticanja monopolskog profita. Pošto pravo konkurencije zabranjuje kartele, to se njihovi sporazumi smatraju restriktivnim sporazumima u smislu prava konkurencije koji su zabranjeni i pravno ništavi. Kao zabranjeni sporazumi, oni su bez sudske zaštite u slučaju da jedan ili više učesnika u takvom kartelskom sporazumu ne poštuje odredbe sporazuma. Za zaključivanje takvih sporazuma predviđena je ozbiljna novčana kazna za sve učesnike u sporazumu. Zbog toga, učesnici kartelskih sporazuma na sve moguće načine skrivaju postojanje takvih sporazuma, što za nadležni organ koji vrši kontrolu prava konkurencije predstavlja veliki problem u praksi – pravovremeno otkrivanje kartelskog sporazuma.

Praksa u SAD i Evropskoj uniji pokazala je da se u otkrivanju kartela mora primeniti jedan poseban institut, nazvan „Leniency“ ili imunitet od kažnjavanja, koji podrazumeva da ako jedan od učesnika kartela sam prijavi postojanje kartelskog sporazuma i dobrovoljno otkrije informacije nadležnom organu za zaštitu konkurencije u vezi sa kartelom, može da očekuje da bude oslobođen od kažnjavanja ili da mu se umanjí očekivana novčana kazna. Nadležni organ, po otkrivanju kartela, sprovodi istragu i kažnjava ostale učesnika kartela, po zakonu.

Režim oslobađanja od obaveze plaćanja novčanog iznosa ima svoje poreklo u institutu zaštićenog svedoka, koji se pokazao korisnim u borbi protiv organizovanog kriminala, na primer, narko-kartela u američkoj pravnoj praksi. U samoj prirodi kartelskog sporazuma je tajnost; obično u zaključivanju sporazuma ili dogovora učestvuju samo najviši zvaničnici kompanija i mogu da budu i usmeni, radi težeg otkrivanja i dokazivanja.

1 Način dogovora može da bude različit, od izričitog sporazuma učesnika, do prećutnih sporazuma i usaglašene prakse učesnika na tržištu.

Iskustvo u zemljama koje su uvele program imuniteta u svoje propise o zaštiti konkurencije pre Republike Srbije ukazuje na to da postoji nekoliko elemenata koji su odlučujući za uspeh ovog programa: zakon mora na jasan i jednostavan način da ukaže na to šta prijavitelj postojanja kartela dobija i na koji način može dati informaciju o tome nadležnom organu; prijavitelj mora da ima pravnu sigurnost u pogledu koristi koje ostvaruje prijavljivanjem kartela nadležnom organu; samo prvi prijavitelj ostvaruje punu korist od prijavljivanja, a ukoliko mu se pridruže i drugi učesnici kartela, oni mogu da očekuju samo umanjenje novčanih kazni.

Pri tome se ne sme dodeljivati imunitet ili smanjenje novčane kazne lideru ili inicijatoru kartela. Razlog je da odredba koja predviđa imunitet može da se lako izmanipuliše tako što firma koja želi da nanese štetu svojim konkurentima može da inicira stvaranje kartela, a zatim, pošto izvuče potrebne finansijske koristi iz kartela, da prijavi postojanje kartela i dobije dodatne privilegije od instituta imuniteta, a time nanese veliku štetu svojim konkurentima – učesnicima prijavljenog kartela.

Pravna sigurnost zahteva da program imuniteta mora strogo da štiti poverljivost osoba i firmi koje imaju korist od prijavljivanja, i to ne samo od ovlašćenog organa koji štiti pravo konkurencije već i od sudskih organa.²

Dodatni osnovni princip je da imunitet treba da se dodeli samo ako osoba koja to traži donosi značajne dokaze i saraduje sa ovlašćenim organom ne uništava dokaze i ne obaveštava ostale učesnike kartela o postupku koji se vodi. Svaki kandidat koji traži imunitet mora da podnese formalni zahtev, uz neophodne dokaze o postojanju kartela. Najznačajnije informacije koje kandidat za imunitet treba da dostavi jesu dokazi o komunikaciji između učesnika kartela u obimu koji je dovoljan da ovlašćeni organ može da pokrene istragu za prikupljanje dokaza. Osobi koja traži imunitet treba odmah dodeliti uslovni imunitet do okončanja postupka kada ovlašćeni organ donosi odluku o oslobađanju ili smanjenju kazne za učesnike u kartelu.

Treba reći i da su neke zemlje usvojile tzv. „Imunitet plus program“, kojim se predviđa da ako firma, osim toga što uživa program imuniteta, obezbedi i dodatne informacije o kartelima koji deluju na drugim ili povezanim tržištima, može da ima koristi od takvog prijavljivanja. U ovom slučaju potpuni imunitet može da se dodeli kandidatu koji je drugi ili treći u nizu, što znači koji ne uživa potpuni imunitet, ali koji je pružio takvu informaciju.

2. Program imuniteta u pravu Evropske unije

Antitrust reforma Evropske unije uvela je, od 1. maja 2004. godine, zajednička pravila koja su obavezna i za zemlje članice i za zemlje kandidate. Mogućnost sticanja imuniteta od kažnjavanja u slučajevima kartela predstavlja jedan od imperativa u pravu konkurencije EU. Evropska komisija je do-

2 Evropska komisija ograničava pravo uvida u spise koji sadrže informacije dobijene od kandidata za imunitet, informacija ne može da se kopira, može da se koristi samo u istražnom postupku itd.

nela Obaveštenje o imunitetu 2006. i ECN model o programu imuniteta da bi zemljama članicama omogućila efikasniju implementaciju programa imuniteta.³ Rezultat se ubrzo manifestovao povećanjem broja uspešno sprovedenih istraga kartela. Preko polovina slučajeva koji se odnose na istragu kartela, između 2005. i 2008. godine, bilo je pokrenuto od podnosilaca zahteva za oslobađanje od kazne. Osim toga, Evropska komisija, kao nadležan organ za sprovođenje istrage, ostvarila je značajne uštede u resursima jer su prijavioci sami dostavljali dokaze ili značajan broj dokaza.

Osim toga, postojanje prava na imunitet igra važnu ulogu u prevenciji zaključivanja restriktivnih sporazuma i dogovora koji imaju za cilj formiranje kartela, jer uvek postoji rizik da će jedan ili više učesnika u kartelu odlučiti da se pozove na imunitet prijavljujući ostale učesnike. Novčane kazne koje Evropska komisija izriče su veoma visoke – jednom učesniku u kartelu je, na primer, izrečena kazna od 896 miliona evra. Može se zaključiti da javni interes u otkrivanju i kažnjavanju kartela, a time i u smanjivanju broja kartela na jedniom tržištu, prevazilazi javni interes da se svi učesnici u kartelu kazne istom merom.

Institut prava na imunitet u Evropskoj uniji unapređuje se i dalje. Tako je osnovana Evropska mreža za konkurenciju (European Competition Network) koja je objavila Model režima oslobađanja (Model Leniency Programme) 2006. godine. Sve zemlje članice EU, a time i članice Evropske mreže, harmonizovale su svoje propise o pravu na imunitet prihvatajući opšte principe iz Modela režima oslobađanja. Model režima nije obavezujući dokumenat za zemlje članice, ali predstavlja značajan instrument u harmonizaciji prava EU.

Međutim, iako u svim zemljama članicama postoji pravo na imunitet u pravu konkurencije, to pravo se donekle razlikuje, zavisno od zemlje u pitanju. To dovodi do toga da, ukoliko je reč o kartelu koji prevazilazi nacionalno tržište (kada se, na prvom mestu, i primenjuju pravila komunitarnog prava), učesnik koji hoće da se pozove na pravo imuniteta treba da prijavi kartel nadležnim organima za konkurenciju u više zemalja članica. Tada se manifestuju razlike, koje nisu velike, ali koje postoje u pravnom režimu prava na imunitet zemalja članica. Zbog toga je usklađivanje propisa u ovoj materiji jedan od prioriteta komunitarnog prava.

Nedavno je Evropska komisija naložila američkoj kompaniji „Pacific fruit“, jednom od najvećih veletrgovaca bananama koje se prodaju pod žigom „bonita“, da plati kaznu od 8,9 miliona evra zbog nameštanja cena ovog južnog voća. Komisija EU je zaključila da su dva najveća uvoznika i prodavca banana u Evropskoj uniji – „Čikita“ i „Pacific fruit“ – formirali kartel i nameštali cene banana od juna 2004. do aprila 2005. godine, čime su prekršili antimonopolske propise EU koji zabranjuju karte i restriktivnu poslovnu praksu. Kompanije su svake nedelje određivale maloprodajne cene banana i razmenjivale informacije o količinama i time nanele štetu potrošačima u EU. Međutim, kompanija „Čikita“ je prijavila Komisiji postojanje kartela i time je

3 Commission Notice on Immunity from fines and reduction of fines in cartel cases, 2006/C 298/11.

izbegla plaćanje novčane kazne. Ovo je drugi slučaj kartela u trgovini banana u Evropskoj uniji. Komisija je u oktobru 2008. godine kaznila američku kompaniju „Doul fud“ i nemačku kompaniju „Vajhert“ sa 60 miliona dolara zbog nameštanja cena. „Čikita“ je i tada bila učesnik u kartelu, ali nije bila kažnjena jer je prva obavestila Komisiju. U suprotnom, izračunato je da bi ta kompanija platila 83 miliona evra na ime novčane kazne za učestvovanje u kartelu.⁴

Ovde se može postaviti pitanje oportuniteta programa imuniteta, naime, da li se, kada se jedna velika kompanija javlja kao učesnik u kartelima koje zatim prijavljuje i to se ponavlja, tu ne radi o nečemu drugom! Zbog toga je veoma važno ko je inicijator pojedinačnog kartelskog sporazuma jer se program imuniteta ne sme primeniti na kompaniju inicijatora.

3. Iskustvo SAD i zemalja regiona sa institutom imuniteta

Američki nadležni organ za zaštitu konkurencije, Departman Ministarstva pravde SAD za konkurenciju, sprovodi veliki broj istraga među učesnicima kartela i prvi je pravni sistem koji je uveo pravo imuniteta u pravu konkurencije, 1993. godine. Podaci govore da je do 2010. izrečeno novčanih kazni u vrednosti od 2,3 milijarde dolara i da je značajan broj rukovodilaca kartelnog poslovanja osuđen na vremenske kazne. Pre uvođenja prava na imunitet, nadležnom organu je trebalo mnogo više vremena da otkrije karte i restriktivne porazume, uz angažovanje značajnih finansijskih sredstava. Zbog toga se od 1993. godine, kada je u američki pravni sistem uveden institut oslobađanja od novčanih kazni, aktivnost nadležnog organa u oblasti otkrivanja kartela višestruko povećala. Naravno, nije uvek moguće naći učesnika u sporazumu koji je voljan da svedoči, odnosno da prijavi ostale učesnike u sporazumu. Međutim, uvođenjem ovog instituta deluje se i preventivno na zaključivanje kartelskih sporazuma.

Režim oslobađanja od novčane kazne uveden je u slovenački pravni sistem 2008. godine, usvajanjem Zakona o sprečavanju povrede konkurencije. Članom 76 je predviđeno da učesnici kartela mogu da prijave kartel i da steknu potpuni imunitet od plaćanja kazni ili smanjenje novčane kazne. Uredba je doneta tek početkom 2010. godine, kada je zapravo počeo da se primenjuje ovaj institut, sa ciljem da se povećaju transparentnost i pravna sigurnost u vezi sa postupkom podnošenja prijave na osnovu modela koji je napravila Evropska mreža za konkurenciju. Zakonom su predviđeni uslovi za potpuni imunitet – oslobađanje od plaćanja kazne i uslove za smanjenje kazne. Zahtev može da podnese samo učesnik u sporazumu na nekoliko, zakonom propisanih, načina.

Zakon o konkurenciji Bosne i Hercegovine od 2009. godina sadrži generalnu odredbu o režimu oslobađanja od obaveze plaćanja novčane kazne. Detaljnija pravila su sadržana u Odluci o proceduri, koja je doneta 2010. godine.

4 *Blic*, 16. oktobra 2011, str. 7.

Propisi o pravu na imunitet su harmonizovani sa pravom EU. Specifičnost bosansko-hercegovačkog prava je u tome što predlaže prethodnu prijavu, koja može da bude anonimna ali uz neke dokaze. Nadležni organ će proučiti prijavu i obavestiti podnosioca o tome da li on ispunjava uslove za oslobađanje od kazne ili ne. Ako ispunjava uslove, organ će doneti odluku o uslovnom oslobođenju od kazne, pod uslovom da podnosilac dostavi sve dokaze o zabranjenom kartelu. U suprotnom, podnosilac može da povuče dokaze, tj. da odustane ili da podnese zahtev za smanjenje novčane kazne. Ako podnosilac povuče dokaze, Komisija ih ne može koristiti. Ovo rešenje u pravu BiH čini se interesantnim i za prijaviocima pogodnim jer pruža alternativu u pogledu načina postupanja.

Pravo na imunitet uveden je i u hrvatsko pravo konkurencije nedavno, 2009. godine, a počeo je da se primenjuje oktobra 2010. godine. Zakon ovlašćuje nadležni organ – agenciju, da odobri potpuni imunitet učesniku u kartelu koji prvi obavesti agenciju i dostavi dokaze, bilo dokaze za pokretanje postupka, bilo dokaze za postupak koji je u toku. Takođe, učesnik može da traži smanjenje novčane kazne i da dostavi dokaze.

Makedonija je donela novi Zakon 2010. godine, u skladu sa standardima EU, te je, između ostalog, uveden i institut oslobađanja od plaćanja novčane kazne. U slučaju da podnosilac ne ispunjava uslove za oslobađanje, može mu se smanjiti iznos novčane kazne, ako dostavi dokaze koji su relevantni za zaključenje postupka o kartelskom sporazumu. Zakon predviđa iste uslove za oslobađanje i za smanjenje novčane kazne i utoliko se donekle razlikuje od ostalih zakona u regionu.

Za sada u pravu konkurencije Crne Gore ne postoji institut imuniteta.

4. Imunitet u pravu konkurencije Republike Srbije

Koncentracija se sprovodi po pribavljenom odobrenju koje na zahtev učesnika izdaje Komisija. Da bi jedna koncentracija potpala pod ovaj režim, potrebno je da zajednički ukupan godišnji prihod učesnika u koncentraciji ostvaren na svetskom tržištu bude preko 100 miliona evra, s tim što najmanje jedan učesnik u koncentraciji na tržištu Srbije ima prihod veći od 10 miliona evra. Takođe, koncentracija mora biti prijavljena Komisiji ako je ukupan godišnji prihod najmanje dva učesnika ostvaren u Srbiji najmanje 20 miliona evra, s tim što najmanje dva učesnika u koncentraciji imaju prihod veći od milion evra. Koncentracija koja se sprovodi putem ponude za preuzimanje akcionarskih društava mora biti prijavljena i kad nisu ispunjeni ovi uslovi. Komisija je dužna da objavi podatke u *Službenom glasniku* o nastaloj koncentraciji, može da odbaci zahtev, obustavi postupak, odobri koncentraciju, uslovno odobri koncentraciju i odbije zahtev za izdavanje odobrenja. Odobrena koncentracija se registruje u odgovarajućem registru.

Restriktivni sporazumi su sporazumi između učesnika na tržištu, čiji je cilj ili posledica značajno ograničavanje, narušavanje ili čak sprečavanje konkurencije na srpskom tržištu. Restriktivni sporazumi mogu da budu ugovori, ali mogu da budu i pojedine odredbe u ugovorima, zatim prećutni ili izričiti

dogovori, usaglašene prakse kompanija i sl. Restriktivni sporazumi su zabranjeni i ništavi, osim u slučajevima izuzeća od zabrane, o čemu odlučuje Komisija za zaštitu konkurencije.

Komisija je samostalna i nezavisna organizacija koja vrši javna ovlašćenja, ima status pravnog lica, odgovara Narodnoj skupštini Republike Srbije i finansira se iz budžeta Republike Srbije. Zakon vrlo detaljno reguliše nadležnost Komisije, sastav i izbor tela Komisije, finansiranje i sam postupak. Postupak se pokreće po službenoj dužnosti ili po zahtevu koji podnosi učesnik na tržištu. Komisija pokreće postupak po službenoj dužnosti kada dođe do saznanja da je izvršena radnja kojom se vrši povreda zakonskih odredaba ili kada stranka učini verovatnim da je takva radnja učinjena ili kada sama stranka nema dovoljno sredstava za pokretanje i vođenje postupka po svom zahtevu. Zahtev za utvrđivanje da pojedini sporazum nije zabranjen ili da se pojedini sporazum izuzme od zabrane mogu da podnesu učesnici ili samo jedan učesnik. Kada je reč o postojanju dominantnog položaja, učesnik podnosi zahtev Komisiji za utvrđivanje da pojedina radnja nije zabranjena odnosno da ne predstavlja zloupotrebu dominantnog položaja. Zahtev za izdavanje odobrenja za sprovođenje koncentracije podnose učesnici ili samo jedan učesnik kada je reč o sticanju kontrole na drugim učesnikom na tržištu.

U pravu Republike Srbije, pravo na imunitet je bilo predviđeno u ranije važećem Zakonu o zaštiti konkurencije od 2005. godine. Ono je predviđalo imunitet za sve učesnike koji obaveste Komisiju pre pokretanja bilo kakvog postupka o restriktivnom sporazumu. U Zakonu o zaštiti konkurencije od 2009. godine, pravo na oslobađanje od plaćanja novčane kazne i pravo na smanjivanje iznosa koji učesnik mora da plati mnogo je detaljnije regulisano, u skladu sa pravnim standardima prava EU. Ono je predviđeno članom 69 Zakona o zaštiti konkurencije⁵, zatim Uredbom o uslovima oslobađanja od plaćanja novčanog iznosa mere zaštite konkurencije⁶ i Smernicama za primenu člana 69 Zakona o zaštiti konkurencije i navedene Uredbe, koju je doneo Savet Komisije za zaštitu konkurencije 30. avgusta 2010. godine.

Član 69. Zakona predviđa da KZK može da oslobodi od obaveze plaćanja novčanog iznosa mere zaštite konkurencije učesnike u restriktivnom vertikalnom sporazumu (kartelskom sporazumu), kako bi ih nagradila za saradnju u ispitnom postupku. Naime, učesnik restriktivnog sporazuma koji prvi Komisiji prijavi postojanje sporazuma ili dostavi dokaze na osnovu kojih Komisija može doneti rešenje o povredi koja se odnosi na zaključivanje restriktivnih sporazuma, oslobađa se od obaveze plaćanja novčanog iznosa mere zaštite konkurencije. Oslobađanje od obaveze plaćanja novčanog iznosa primeniće se pod uslovom da u trenutku dostavljanja dokaza Komisija nije imala saznanje o postojanju restriktivnog sporazuma, ili je imala saznanje ali nije imala dovoljno dokaza da donese zaključak o pokretanju postupka.

Ukoliko učesnik zabranjenog restriktivnog sporazuma ne ispunjava uslove za oslobađanje od obaveze plaćanja novčanog iznosa, visina plaćanja novčanog iznosa mere zaštite konkurencije može biti smanjena pod uslovom da

5 Službeni glasnik Republike Srbije, br. 51/2009.

6 Službeni glasnik Republike Srbije, br. 5/2010.

u toku postupka Komisiji dostavi dokaze, koji u tom trenutku nisu bili dostupni, a koji omogućavaju okončanje postupka i donošenje rešenja o povredi – zaključivanju zabranjenog restriktivnog sporazuma. Pri tome oslobađanje od obaveze plaćanja i smanjenje obaveze plaćanja novčane kazne ne može se primeniti na učesnika sporazuma koji je inicirao zaključenje sporazuma.

Vlada bliže određuje uslove za primenu člana 69, kojim se predviđa program imuniteta u pravu Republike Srbije navedenom Uredbom od 2010. godine, a u skladu sa Obaveštenjem Evropske komisije o imunitetu. Uredbom se predviđa imunitet od plaćanja novčanih kazni učesniku koji prvi prijavi restriktivni sporazum, pod uslovom da ispitni postupak još nije pokrenut, bilo zato što Komisija nije imala saznanja o tome ili nije imala dovoljno dokaza za pokretanje postupka. Takođe, obaveze plaćanja novčanog iznosa oslobađa se učesnik u restriktivnom sporazumu koji dostavi raspoložive dokaze o sporazumu ili Komisiji ukaže kod koga se ti dokazi nalaze. Zatim, učesnik koji nije prinudno delovao ili podstrekavao druge učesnike na tržištu na zaključenje ili sprovođenje restriktivnog sporazuma. Na kraju, obaveze oslobađanja od plaćanja novčane kazne ne može nikad da bude oslobođen učesnik koji je bio inicijator ili organizator restriktivnog sporazuma. Bitan, opšti uslov je da taj učesnik u potpunosti saraduje se Komisijom. Ograničenje oslobađanja od obaveze iz mere zaštite konkurencije postoji samo za prve podnosiocе prijava.

Osim tih uslova, učesnik u restriktivnom sporazumu se oslobađa obaveze plaćanja novčane kazne ako potpiše izjavu kojom se obavezuje da će u dobroj veri, potpuno i stalno saradivati sa Komisijom do pravosnažnosti rešenja, zatim ako dostavi sve informacije koje poseduje, ako bez odlaganja obustavi dalje učešće u sporazumu i, naravno, ako ne uništava i prikriva dokaze.

U navedenoj Uredbi, koja članom 2 i članom 3 propisuje uslove za oslobađanje od obaveze plaćanja novčanog iznosa mere zaštite konkurencije nije sasvim jasan odnos uslova iz navedenih članova. Da li su uslovi kumulativni ili su odvojeni, tj. da li jedan učesnik u restriktivnom sporazumu, da bi se koristio institut imuniteta, treba da ispuni i uslove iz člana 2 i uslove iz člana 3 ili je dovoljno da ispuni uslove iz jednog od ova dva člana. Tumačenje koje je nama blisko je da je reč o odvojenim uslovima, tj. da je za sticanje imuniteta dovoljno da se ispuni bilo koji od navedenih uslova iz ova dva člana Uredbe.

U svakom slučaju, program imuniteta koji se primenjuje u pravu Srbije od 1. novembra 2009. godine jeste veoma moćan instrument za destabilizaciju kartela i efikasno sredstvo za borbu protiv restriktivnih sporazuma, naročito onih koji imaju za predmet utvrđivanje cena, količina i drugih parametara kojima se kontroliše ili deli tržište.

U Smernicama su predviđeni uslovi za oslobađanje od obaveze plaćanja novčanog iznosa mere zaštite konkurencije ako učesnik ispuni sledeće uslove, taksativno nabrojane: ako prvi prijavi sporazum Komisiji, ako Komisija nije imala saznanja o tom sporazumu ili nije imala dovoljno dokaza da pokrene postupak, ako dostavi sve raspoložive dokaze, ako ti dokazi omogućuju Komisiji da donese rešenje, ako prijavitelac nije inicijator ili organizator sporazuma ili pak podstrekač i ako prijavitelac u potpunosti i kontinuirano saraduje sa Komisijom. Nabrojani uslovi su u skladu sa pravnim režimom oslobađanja u zemljama EU, izuzev uslova koji u sebi sadrži diskreditivnost Komisije – ako

podneti dokazi omogućuju donošenje rešenja. Odredba ovakve sadržine ima protekcionistički karakter u odnosu na Komisiju, ali može da deluje destimulativno na učesnika koji prijavljuje sporazum i učini sve što može u pogledu dostavljanja dokaza, a rizikuje da ne bude oslobođen od obaveze plaćanja.

U Smernicama su predviđeni i uslovi kada Komisija može smanjiti obavezu učesniku u restriktivnom sporazumu, i to ako učesnik podnese zahtev za smanjenje obaveze, a ne ispunjava uslove za oslobađanje od obaveze, nije inicijator, organizator ili podstrekač, dostavi dokaze koji omogućavaju okončanje postupka i donošenje rešenja i saraduje sa Komisijom.

Pri tome se svaki učesnik u restriktivnom sporazumu može obratiti Komisiji anonimno ili podnošenjem prijave sa zahtevom za oslobađanje od obaveze. Inače, sve prijave imaju status poverljivih podataka u skladu sa Zakonom.

Učesniku koji je podneo zahtev za smanjenje obaveze i ispunio uslove predviđene Zakonom, Komisija može smanjiti obavezu od 30% do 50% ako mu je priznat status prvog podnosioca zahteva za smanjenje obaveze, od 20% do 30%, ako mu je priznat status drugog podnosioca i konačno 20% za sve ostale podnosiocе zahteva.

Zaključak

Usvajanjem instituta imuniteta u pravo konkurencije Republika Srbija će se svrstati u red zemalja sa savremenim pravnim rešenjima iz oblasti prava konkurencije i imaće zakonodavstvo u potpunosti usklađeno sa pravom Evropske unije. Pravi učinak Zakona kojim se uvodi ovaj institut moći će da se sagleda tek po proteku određenog vremena, budući da je potrebno da program imuniteta postane opštepoznat učesnicima u privredi, sa pogodnostima koje on predviđa kao da se se uspostavi profesionalna atmosfera, u kojoj će dobrovoljno prijavljivanje kartela biti ocenjeno kao pozitivan gest u privrednom poslovanju i način za zaštitu interesa potrošača, a ne kao „potkazivanje“ nezadovoljnog učesnika kartela ostalih članova kartela.

Literatura

1. Rilke, B. „Zabrana zloupotrebe dominantnog položaja na tržištu prema jugoslovenskom pravu i pravu EU“, *Privreda i pravo*, Beograd, br. 58/1998.
2. Tijanić, P. „Nelojalna konkurencija i Zakon o preduzećima“, *Privreda i pravo*, Beograd, br. 58/1999.
3. Begović, B. i grupa autora. *Antimonopolska politika u SR Jugoslaviji*, Beograd 2002, str. 11.
4. Passa, J. *Contrefacon et concurrence deloyale*, Pariz, 1997, str. 57.
5. Schricker, P. *Twenty-five years of protection against Unfair competition*, Minhen, 1996, str. 22.
6. Besarović, V. *Pravo intelektualne svojine*, Beograd 2005.
7. *U fokusu konkurencija*, izdanje advokatske kancelarije Karanović, Nikolić, Beograd 2010.

Vesna Besarović, PhD

Professor of Law University of Belgrade, Faculty of Law

LENIENCY PROGRAM IN SERBIAN ANTY-
MONOPOLY LAW
– INSTRUMENT AGAINST HARD CORE CARTEL –

Abstract

The party to the Restrictive Agreement who informs the first on the existence of such agreement or provide evidence on the basis of which the Commission passed a decision on infringement, is to be relieved of obligation to pay pecuniary amount as the measure for protection of competition. The relief of obligation shall be applied under condition that Commission did not have knowledge on existence of restrictive agreement at the moment of the submission of evidence. If the party to the Restrictive Agreement does not meet the conditions for relief of obligation to pay pecuniary amount, this amount as the measure for protection of competition may be reduced.

Key words: Immunity Program, Vertical Restrictive Agreements, Commission for Protection of Competition

Проф. др Стеван Лилић*

ИСТОРИЈСКИ ПОЛОЖАЈ УПРАВЕ СРБИЈЕ У КОНТЕКСТУ ИМПЛЕМЕНТАЦИЈЕ ЕВРОПСКИХ СТАНДАРДА

Апстракт

Током два века уставности у Србији, положај и улога управне власти мењали су се у зависности од историјских, друштвено-политичких и идеолошких прилика, али и у зависности од одговарајућих уставних и законских решења. Организација власти током Првог српског устанка није била чврсто постављена, са јасно разграниченим органима и установама. Државни савет, као претеча управне власти, установљен Сретењским уставом од 1835. године, настао је као израз тежње да се ограничи апсолутна власт кнеза. Концентрација овлашћења у рукама Савета током периода Уставобранитеља (1842–1858) довела је до успостављања неке врсте ограничене монархије, али не у корист парламента, већ у корист олигархијског Државног савета. Временом, Савет губи политички значај и постаје административни суд Србије, касније преузет од Краљевине Југославије, и коначно је укинут после Другог светског рата. У периоду социјалистичке Југославије (1945–1992), управа у Србији организована је према моделу скупштинског система јединства власти у којем су извршна и управна власт организационо и функционално подређени делегатској скупштини. У постјугословенским уставима Србије, управа се (1990) организује као посебна функција државне политичке власти, а Уставом од 2006. године све више као деполитизована професионална јавна служба.

Кључне речи: *Управна власт. Уставна историја Србије.*

Уводне напомене

Иако Србија има релативно богату историју доношења устава, развој уставности у смислу политичких институција и поштовање слобода и права грађана нису увек ишли путем демократске уставности и уставног система.¹ Између осталог, то се на одговарајућу начин одража-

* Др Стеван Лилић (www.slilic.com), редовни професор Правног факултета у Београду. Рад је резултат истраживања у оквиру пројекта „Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије“ Правног факултета у Београду, које подржава Министарство просвете и науке Републике Србије. Редигована верзија излагања са научног скупа „Два века уставности у Србији“, Српска академија науке и уметности, Београд, март 2010.

1 Како се истиче: „Мада у свакој држави постоји један више или мање усклађен или видљив уставни систем, то не значи да свака земља има исти уставни систем. Уставни системи се разликују не само са гледишта друштвеног уређења и класног

вало и на уставни положај и улогу управе у протекла два века српске уставности.

Током два века уставности у Србији, положај и улога управне власти мењали су се у зависности од историјских, друштвено-политичких и идеолошких прилика, али и у зависности од одговарајућих уставних и законских решења. У појединим периодима, положај и улога управне власти мењали су се у зависности од утицаја појединих идеја и концепција, па су организациони облици, функције и надлежности управе у протекла два века попримали веома различите облике – од Правитељствујушћег совјета и Државног савета, преко разних модалитета Министарског савета (владе) са министарствима и „извршног већа“ са секретаријатима, све до управе у монархији и републици, и управе у систему јединства и систему поделе власти. Имајући то у виду, као и релативну ограниченост обима рада за ову прилику, чини се целисходним да се питање положаја и улоге у праве и управне власти преваходно прикаже са становишта уставног положаја и политичке улоге коју је управна власт имала током два века уставности у Србији, не улазећи у екстензивне описе и егзегезе појединих уставних и законских норми.

1. Положај и улога управне власти у уставима Кнежевине и Краљевине Србије (1835–1903)

Правитељствујушчи совјет (1805)

Може се рећи да уставност у Србији почиње борбом за национално ослобођење од Отоманске империје почетком 19. века.² Први уставни акт у Србији донет је 1808. године као заједнички акт војда Карађорђа и Правитељствујушћег совјета. Тај акт садржи две одредбе, једну, на основу које се признаје врховна власт Карађорђа и, другу, према којој се Карађорђе обавезује да ће издавати наредбе преко Совјета и у договору са Совјетом. Још један сличан акт о међусобним односима Карађорђа и Совјета донет је 1811. године.

Организација власти током Првог српског устанка није била чврсто постављена са јасно разграниченим органима и установама. У том периоду, као први органи државне власти јављају се старешинске скупштине, „вожд“, а од 1805. године и „Правитељствујушчи совјет“. Како се ис-

система власти, већ и са гледишта унутрашње садржине политичке организације и низа других посебних установа и елемената, који садрже обиље политичких форми које познаје политичка и уставна историја човечанства. Садржина уставног система мења се у зависности од промена у основама друштвено-политичког уређења и од промена конкретног унутрашњег устројства државе.“ Јован Ђорђевић, *Увод у уставно право*, Београд 1965, стр. 10.

2 За предлед уставног развика Србије види: Драгослав Јанковић, „Развика уставности у Србији у 19. и почетком 20. века“, у: *Устави Кнежевине и Краљевине Србије 1835–1903*, Српска академије наука и уметности, Београд 1988, стр. 11–34. У овој публикацији дати су и интегрални текстови устава Србије у периоду 1835–1903.

тиче: „Правни положај Правитељствујушчег совјета није лако одредити. Он није био ни законодавно тело, ни влада, ни врховни суд, а вршио је све три функције власти. Када је издавао општа правила, Совјет је вршио послове који по правилу припадају законодавној власти. Када је вршио управну функцију (нпр. снабдевање војске, одржавање веза са иностранством, закључивање зајмова са иностранством, закуп скела, ангажовање чиновника итд.), Совјет је вршио послове које по правилу врше министарства.“³

Совјет је створила Народна скупштина, у августу 1805. године. „У први мах није се тачно знало чему је намењен; носио је назив *Синод*, и углавном је вршио улогу суда вишег степена, под чијим надзором стоје сви нахијски судови и магистрати; био је састављен од седморице војвода, старешина нахија. Али већ концем исте године, сам прошири своје атрибуције, и назвавши се *Правитељствујушчи Совјет Сербски*, како тврди Вук Караџић; „стане се мијешати и у земаљске уредбе и старати се мало по мало да власт себи присвоји. (...) 1807. године Савет добија назив *Сенат* или *Правитељствујушчи Совјет Народни Сербски*; и свих дванаест нахијских војвода улазе у њ као његови чланови.“⁴

Државни савет (Сретењски устав 1835)

Први српски устав био је *Устав Књажевства Србије* (тзв. Сретењски устав) из 1835. године. Иако у статусу вазалне државе, Србија је већ 1835. године донела свој први устав, „и то самостално, без одобрења Турске и учешћа њених органа у изради тог устава“.⁵ Тај устав, иначе врло напредан за своје доба, „рађен под видним утицајем француског Устава од 1791. године и Уставне повеље од 1814. године“⁶ није био другог века – кнез Милош Обреновић га је укинуо већ после неколико недеља. Како се истиче: „По својој форми и структури уставних одредби, Сретењски устав био је на нивоу европске уставности свог времена. За разлику од Хатишерифа од 1830. године, који се одликује примитивношћу форме, сиромаштвом начина изражавања, хетерогеношћу одредби које садржи, Сретењски устав је један целовит уставни документ, који регулише углавном оно што се сматра као класична *materia constitutionis* који има сасвим прихватљиву структуру, са мање-више добро уравнотеженоим деловима уставног текста.“⁷ С друге стране, Сретењски устав, како истиче Слободан Јовановић, „...издао је, у ствари сам Кнез без Скупштине; она је била само сазвана да га прими к знању.“⁸

3 Јанко Ницковић, *Уставни развој Србије*, Београд 2000, стр. 45–46.

4 Упореди: Коста Кумануди, *Административно право*, 1. свеска, Београд 1909, стр. 43.

5 Упореди: Павне Николић, *Уставно право*, 5. издање, Београд 1997, стр. 116.

6 Ратко Марковић, *Уставно право и политичке институције*, 3. издање, Београд 1997, стр. 107.

7 Миодраг Јовичић, *Устав књажевства Србије од 1835 (Сретењски устав) и његово место у свету савремене уставности*, 150 година од доношења Сретењског устава, Крагујевац 1985, стр. 85.

8 Упореди: Слободан Јовановић, *Уставно право*, Београд 1907, стр. 1.

Државни савет, као претеча управне власти, установљен Сретењским уставом од 1835. године, настао је слично Правитељствујушчем совјету, као израз тежње да се ограничи апсолутна власт кнеза.⁹ По Сретењском уставу, и законодавна и извршна власт биле су подељене између кнеза и Државног савета.¹⁰ Како истиче Слободан Јовановић: „По начелу поделе власти, шеф управне власти не би требао да учествује у доношењу закона. Другим речима, само би чланови законодавног тела имали право чинити законодавне предлоге, и ти би предлози постајали закони чим би их законодавно тело усвојило (...). Ни у једној монархији нису изведене ове последице из начела поделе власти. Монарх није нигде само шеф управне власти; он је још и један чинилац законодавне власти, и у том својству има право законодавног предлагања (право иницијативе) и право законодавног потврђивања (право санкције).“¹¹ У саставу Државног савета било је шест попечитења (министара), али и неодређен број других чланова. „Овакав састав Државног савета био је у складу са његовом двоструком природом, као органа законодавне власти и као органа извршне власти. (...) Министри не образују владу као колегијално тело, јер Устав о томе не говори, него је свако од њих, зависно од управне области (ресора) судионик са кнезом у вршењу овлашћења извршне власти.“¹²

Како се истиче: „Суспендујући Сретењски устав, Милош није укинуо и Совјет, али му је оставио у надлежност само административне послове, мењајући му донекле и организациону структуру. Да је значај Совјета опадао показују не само промене у његовој надлежности, већ и у називу. Од Државног Совјета постаје ‘Управитељни совјет’, а од септембра 1837. године, ‘Књажевски совјет’. Тако је Милош све до доношења тзв. Турског устава налазио пута и начина да изигра једну важну одредбу из Хатишерифа од 1830. године.“¹³

*Савет (Турски устав 1838), Уставобранитељи (1842–1858),
Закон о устројству Централне државне управе (1862)*

Након укидања Сретењског устава, отоманска Турска је искористила политичке прилике у земљи и у окружењу, и Србији 1838. године „подарила“ устав у облику султанског хатишерифа. Пошто није настао у земљи, овај *Устав Књажевства Србије* назван је „Турски устав“. Наредне 1839. године кнез Милош абдицира и напушта земљу, а политичке снаге у земљи убрзо збацују династију Обреновић и доводе династију Карађорђевић. На чело долази Карађорђевићев син Александар, који влада од 1842. до 1858. године. Овај период био је познат као период владавине

9 Миодраг Јовичић, *op. cit.*, стр. 88–89.

10 Ратко Марковић, *Уставно право и политичке институције*, 3. издање, Београд 1997, стр. 107.

11 Слободан Јовановић, *Основи правне теорије о држави*, Београд 1914, стр. 196.

12 Јанко Ницовић, *Уставни развој Србије*, Београд 2000, стр. 77, 79.

13 Драгаш Јевтић, Драгољуб Поповић, *Народна правна историја*, Београд 2000, стр. 102.

„уставобранитеља“ због тога што су се врло строго придржавали Турског устава. „Иако формално у важности до 1869. године, овај октроисан устав је законима које је Србија самостално доносила у знатној мери мењан, и ‘практично’ бива укинут (нпр. Устројеније Државног совјета од 1861, Устројеније Централне државне управе од 1862). Мењање, па и фактичко ликвидирање овог Устава од стране Србије у сфери уставотворне власти било је очигледан израз самосталног деловања Србије, упркос њеном вазалном статусу.“¹⁴

Како се истиче: „За разлику од Сретењског устава који је по обухватању уставне материје био потпун устав, Турски устав је више органски закон, ограничен на прописивање унутрашње управе у земљи. (...) Уз то је коначно одвојио судство од управе, тако што је установио посебну мрежу судова (...)“¹⁵

Према Турском уставу, дотадашњи Државни савет уступио је место Савету (Совјету), с тим што је „врховна власт била је подељена између кнеза и Савета, при чему је Савет имао превагу над кнезом“.¹⁶ Савет је имао надлежности у области законодавства и у области управе, посебно овлашћења да одређује плате и награде свим чиновницима запосленим у државној служби, да уводи нова знања, одређује надлежност појединих министара и решава сукобе надлежности међу њима и тумачи уредбе и законе уз кнежеву потврду. Чланове и председника Савета постављао је кнез, они су „непокретни“ и независни од кнеза, а могу се сменити само на основу судске пресуде и уз пристанак Порте. „Тако постављен правни положај Савета није одговарао кнезу Милошу, али је он под притиском Турске и Русије, са једне стране, и тзв. уставобранитеља са друге, морао на то пристати. (...) Закон о Устројенију Књажевства Србског од 1839. године, и касније Закон од 1858. године, још више су проширили, противно одредбама Устава, права Савета. Таква концентрација значајних овлашћења у рукама Савета, посебно у законодавној области, као и немогућност да његови чланови буду разрешени од стране кнеза, али и неки други елементи система, водили су успостављању једног облика ограничене монархије, али не у корист парламента (односно народа), него у корист једног олигархијског тела какав је био Савет.“¹⁷

Пошто кнез Милош није желео да влада ограничен као уставни монарх, он абдицира у корист свог најстаријег сина Милана (који је убрзо умро). На престо долази малолетни Милошев син Михаило. Под Милошевим утицајем образовано је Намесништво, које је трајало до Михаиловог пунолетства 1840. године. По установљењу Намесништва, донета је прокламација у којој се од грађана Србије тражи да се „верно при-

14 Павле Николић, *Уставно право*, 5. издање, Београд 1997, стр. 117.

15 Ратко Марковић, *Уставно право и политичке институције*, 3. издање, Београд 1997, стр. 109.

16 Драгаш Јевтић, Драгољуб Поповић, *Народна правна историја*, Београд 2000, стр. 108–109.

17 Јанко Ницковић, *Уставни развој Србије*, Београд 2000, стр. 99–100.

државају Устава“, чиме настаје период владавине тзв. уставобранитеља. Како се истиче: „Противречност између Устава (по којем кнез управља преко министара, а Савет врши контролу законитости рада кнеза и владе) и одредаба Устројења Савета (по којима управљање земљом припада Савету, док су министри „саветски одбор“) допринеће сукобима између Савета и новог кнеза.“¹⁸

Период уставобранитељске владавине карактеришу бројни политички немири, репресија и побуне, а после Вучићеве буне (1842) и одласка кнеза Михаила из Србије, старешинска олигархија збацила је са власти династију Обреновић и за кнеза изабрала Александра Карађорђевића. Савет постаје свемоћан и концентрише целокупну државну власт у својим рукама. Тако, „Начела на којима је била изграђена организација локалне управе за време уставобранитеља била су у складу са начелима на којима је био заснован њихов ‘бироократко-полицијски режим’. Окружни и срески начелници имали су само за дужност да ‘примају и извршавају заповести и налоге’ централних органа. Претварањем окружних и сеоских начелника у чисто полицијске органе и јачајући њихове полицијске функције, уставобранитељи су ишли за тим да ојачају, односно учврсте своју власт.“¹⁹ То се још једном показало и на Светоандрејској скупштини (новембар 1858), када је кнез Александар Карађорђевић збачен са власти и на престо враћен Милош Обреновић. „Одласком Александра са власти пао је и уставобранитељски режим у којем је Државни савет био његов представник и носилац режима. Дуго се Државни савет борио са кнезом око власти, да би на крају и сам био побеђен. Превласт од тада добија народна скупштина.“²⁰

У периоду након тога донети су закони којима су суштински измењене одредбе Устава од 1838. године на штету државног савета и у корист кнежевe власти, између осталих и *Закон о Државном савету* (Устројеније Државног совјета, 1861), *Закон о чиновницима грађанског реда* (1861), *Закон о устројству Централне државне управе* (Устројеније Централне државне управе у Књажевству Србији, 1862) и *Закон о устројству општина и општинских власти* (1867). Према Закону о устројству Централне државне управе, министри се више не бирају из реда чланова Савета и има их седам (иностраних дела, унутрашњих дела, правде, финансија, просвете, грађевине и војске). Законом се установљава и Министарски савет, тј. влада као самосталан извршни орган (са управним овлашћењима), а „сви предмети закона и све што је опште и од важности и уплива на целу земљу и управу има се претходно решавати у Совјету министарском“ (чл. 5).

18 Драгаш Јевтић, Драгољуб Поповић, *Народна правна историја*, Београд 2000, стр. 108–109.

19 Драгаш Јевтић, „Установљавање и спровођење централистичког система управе у Србији 1804–1888“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 5–6, 1981, стр. 307.

20 Драгаш Јевтић, Драгољуб Поповић, *Народна правна историја*, Београд 2000, стр. 107.

Како се истиче: „У Србији је установа Министарског савета створена тек 1862. године, Законом о Устројенију Централне државне управе у Књажевству Србији. Тај је Закон, са врло малим изменама, остао на снази све до 1929. године, кад је замењен новим законом о уређењу врховне државне управе. До Закона од 1862. године није постојао у Србији Министарски савет у техничком смислу речи. Али се ипак први зачеци те установе називу и раније. По Уставу од 1835, министри су били једновремено државни саветници; Државни савет био је, поред осталог, и прва претеча Српског министарског савета. Устав од 1838. године и посебни закони од 1839. године, један о централној управи, други о Кнежевој канцеларији, одвајају министарства и изузимају их испод Савета, свдећи их у исто време од шест на три. (унутрашњих дела, финансија и правосуђа). Али поред њих, уставовљена је једна ‘Кнежева канцеларија’, чији је шеф вршио послове министра спољних послова, а једновремено био и председник осталих ‘попечитеља’. Тај њихов заједнички однос треба узети као први почетак образовања посебног Министарског савета код нас, одвојеног од неког другог тела. Од 1862, када се ‘Савет министарски’ појавио под тим именом, најважније саветодавне функције прелазе на њега.“²¹

*Државни савет (Намеснички устав 1869),
Закон о државном савету (1870)*

Кнез Михаило убијен је у атентату 1868. године, а Намесништво које влада уместо малолетног Милана Обреновића, 1869. године доноси нов *Устав за Књажевство Србије* (тзв. Намеснички устав). У овом периоду, уложени су напори да се у Србији уведе уставна монархија по угледу на систем који је функционисао у Немачкој. Мислило се да ће уз примену једног страног модела, Србија кренути у мирније политичке воде. То се, међутим, није остварило јер је уставна монархија немачког типа у Србији под окриљем Намесничког устава брзо запала у кризу. Ипак, иако формално још увек под Турском, усвајањем овог Устава од стране Велике народне скупштине у Крагујевцу, „Србија је фактички стекла пуну уставотворну власт“.²²

Један од циљева Намесничког устава било је и ограничавање дотадашње политичке моћи Државног савета. „Државни савет, по Уставу од 1869. године остаје и даље, али није више у позицији једног од врховних органа државне власти. (...) Он је изгубио законодавну власт, а у домену извршне власти није одлучивао ни о једном значајном питању. Подређен је влади, а саветници су имали статус обичних чиновника који су добили још много раније Уставним законом о устројству Савета од 1861. године. (...) Може се закључити да Државни савет, и поред одређеног круга управних и контролних надлежност, представља пре свега,

21 Лаза М. Костић, *Административно право Краљевине Југославије*, књига 1, Београд 1933, стр. 128–129, 131.

22 Упореди: Павле Николић, *Уставно право*, 5. издање, Београд 1997, стр. 117.

сада орган саветодавног карактера“²³ односно неку врсту „врховног управног суда“.²⁴

С тим у вези, треба истаћи да Србија у управним споровима има дугу традицију која је била везана за положај и улогу Државног савета. „С обзиром да је Устав од 1869. године и формално увео управни спор, може се приметити да је Државни савет већ од 1869. године добио овлашћење да сам одлучује о управним споровима, док је Државни савет Француске то овлашћење добио тек 1872. године. Све то указује да је Србија пратила развој контроле рада управе у иностраном праву, и врло рано упоредо са развојем управног судства у Француској уводила управни спор у Србији и тиме, у одређеној мери, доприносила и заштити права грађана и организовању правне државе.“²⁵ У том смислу, „... историја српског административног судства, у ствари је историја развоја Државног савета. Као што је познато, Државни савет има свој зачетак још за време Карађорђевог владњаства. То је био највиши орган ондашње државне управе у коме је била усредсређена целокупна државна власт: законодавство, управа и судство били су у његовим рукама. (...) Са појавом Устава (из 1888), којим Србија постаје уставна монархија, ударени су темељи административном режиму, па према томе и основ правној држави. Управна власт долази сада под законодавну и судску контролу. Судску контролу над управном влашћу врши Државни савет, који се сада први пут јавља као административни суд.“²⁶

Како истиче Никола Стјепановић: „Пошто су Државном савету током времена биле одузете законодавне функције, јер су прешле на Народну скупштину, али како је и правно и у схватању народа Државни савет остао највише административно тело у Србији, народ му се обраћао жалбама против одлука највиших управних органа, а Савет је без икаквог законског овлашћења решавао о тим жалбама. Касније, то је стање утврђено Уставом из 1869. године, а после и Законом о Државном савету (1870). (...) Државни савет, који је касније делимично мењан у погледу надлежности и састава, остао је од тада надлежан за решавање управних спорова, па је као такав затечен и при стварању државе Срба, Хрвата и Словенаца 1919. године. И у периоду пре доношења Видовданског устава (1919–1921) Државни савет је, мада надлежан за подручје Србије, решавао управне спорове са територије целе државе, ако су били покретани против краљевских указа и министарских решења.

23 Јанко Ницовић, *Уставни развој Србије*, Београд 2000, стр. 143, 144.

24 Упореди: Алесксандар Фира, *Уставно право Републике Србије и Републике Црне Горе*, Нови Сад 1995, стр. 18.

25 Упореди: Драгаш Денковић, „Настанак и развој Државног савета 1805–1918“, зборник радова *Уставни развој Србије у 19. веку и почетком 20. века*, Српска академија наука и уметности, Београд 1980, стр. 156. Такође и Драгаш Денковић, „Државни савет у Србији и Југославији“, *Југословенска ревија за међународно право*, бр. 1–3, Београд 1973.

26 Данило Данић, *Развој административног судства у Србији*, Београд 1926, стр. 5, 28.

То стога што су седишта министарстава била у Београду, на подручју његове јурисдикције.²⁷

У свом карактеристичном стилу, Стојан Марковић (1833–1903) о Државном савету, између осталог, констатује: „Ова установа државног савета прешла је врло различите мене у својем развоју и то не само у различитим, већ и у једним и истим државама, у којима је она постојала или и данас постоји; ове су мене стајале и стоје у узрочној вези са целокупним развојем државног живота, а нарочито са повременим развојем строја и владавинског облика у појединим државама, тако да је установа ова према томе не само у различитим временима, имала различан положај, значај и задатак у личном животу државе и његовог кретању; у једној држави или епоси њезиног живота државни савет јављао час као саветодавни орган државног поглаварства у вршењу извршне или законодавне власти, час као други чинилац законодавне власти, коју је он вршио са државним поглаваром поред или на место народног представништва, час као саветодавни орган саме владе по предметима, за које је она надлежна, тако, да он у овоме случају улази у састав саме владе, као што је то случај у Енглеској, час опет као административна контрола над управним властима и њиховом радњом, даље као административни касациони суд у административним споровима и у питањима сукоба надлежности између управних власти или министра и најзад као дисциплински чиновнички суд; он је био час спојен са министарским саветом, час придворни и лични кабинет државног поглавара, а час опет од њега одвојен и више или мање самосталан; у једној држави или епоси њезиног живота је савет сматран за веома потребну и корисну, у другој опет за излишну, па чак и опасну или такву државну установу, која постоји само ради тога, да се љубимци владара или власника за њихове често сумњиве или противу народа управљене заслуге могу богато, а на терет државне благајне и народа, награђивати итд.“²⁸

Државни савет и Министарски савет (Устав 1888)

Након добијања независности на Берлинском конгресу 1878. године, Србија постаје краљевина, а Милан Обреновић краљ. Велика уставотворна скупштина 1888. године доноси *Устав за Краљевину Србију* (тзв. Радикалски устав).

Устав Србије од 1888. године има посебан значај за развој српске уставности, како са становишта демократског развоја, тако и са становишта организације државне власти. Доношењем тог Устава, „дотадашњи немачки тип уставне монархије замењен је енглеским обрасцем који је с правом сматран савршенијим и примеренијим идеји о владавини права“.²⁹ Према Уставу од 1888. године, Србија постаје уставна пар-

27 Никола Стјепановић, *Управно право*, књига II, Београд 1973, стр. 245.

28 Стојан Марковић, *Администрација Краљевине Србије, са нарочитим погледом на науку о држави и државној управи*, Београд 1893, стр. 365–366.

29 Упореди: Јанко Ницовић, *Уставни развој Србије*, Београд 2000, стр. 195.

ламентарна монархија и ствара уставне претпоставке за успостављање парламентарног система поделе власти: „Донет од стране Велике народне скупштине и потврђен од краља, овај устав био је један од најдемократскијих устава тог доба у Европи. Овим уставом Србија је постала модерна демократска држава тог доба.“³⁰

Према Уставу од 1888. године, положај и улога извршне и управне власти постављене су на темеље односа владе са министрима. „На врху управе налази се Министарски савет који непосредно одговара краљу. Чине га министри наименовани за поједине гране управе и председник Министарског савета којег поставља краљ. (...) За разлику од Намесничког устава, нови устав установљава и заоштрава министарску одговорност. Поред кривичне одговорности, из целог текста Устава, произилази да је установљена и политичка одговорност министара, као једно од обележја парламентарне владавине. То значи да су министри морали уживати поверење већине у Народној скупштини.“³¹

Устав од 1888. године не укида Државни савет, али се из уставних одредаба може закључити да је уставни положај Државног савета по новом Уставу знатно слабији од његовог положаја по Уставу од 1869. године. Устав одређује састав Државног савета, услове за избор за члана Савета, као и дужности Савета. У том смислу, Државни савет је највиши управни суд, у чије надлежности, између осталог, спада и „разматрање и решавање по жалби против министарских решења у спорним административним питањима“ (чл. 141–146).

У оквиру својих студија о држави и уставном и политичком систему, Слободан Јовановић посебно обрађује и питања уставног положаја и политичке улоге управне власти. Полазећи од проблематике оправдања државе и, у том контексту, задатака и границе интервенције управе и њене „културне мисије“ у друштву, он истиче да је: „Питање о границама државне интервенције питање о границама културне мисије. Док је обим војне и правне мисије у свим модерним државама један исти, дотле је обим њене културне мисије у свакој другачије одређен. На пример, да ли ће држава у своје задатке уврстити грађење железница, помагање уметности, обезбеђење радничког реда, неговање једне извесне религије итд. (...) зависи од народних особина и навика, од стања државних финансија и техничке спреме чиновништва, речју од околности које не морају бити у свим државама истоветне. У једној држави чији је народ инертан, држава мора имати већу културну мисију, него у једној земљи чији је народ обдарен духом иницијативе. Једна држава са неспремним, несавесним и партизанским чиновништвом, не може узети на себе све оне културне задатке, које може једна држава са чиновништвом високе професионалне спреме и јаког осећања дужности итд.“³² Истичући да „...правне државе има чим је управна власт доведена у границе

30 Упореди: Павле Николић, *Уставно право*, 5. издање, Београд 1997, стр. 118.

31 Упореди: Јанко Ницовић, *Уставни развој Србије*, Београд 2000, стр. 210.

32 Слободан Јовановић, *Основи правне теорије о држави*, Београд 1914, стр. 64.

закона, без обзира на обим њене мисије“,³³ Слободан Јовановић у вези са односима законодавства, управе и судства констатује: „Законодавна власт размишља, управна власт дела. Од законодавне се власти тражи свестраност проматрања и објективност суђења; од управне власти брзина одлучивања и енергичност извођења. Ако је у законодавству добро да се чују разна мишљења, у управи би било рђаво, ако би се за сваку одлуку морала тражити сагласност неколико воља; брзе и енергичне управе може бити само онда кад управном влашћу влада једна воља. (...) У судству је главно да се изведе правилан закључак о смислу закона, у управи, пак, да се постигне један материјални резултат који је могао, али није морао бити унапред назначен, законом.“³⁴

Устав 1901 (Устав 1869)

Убрзо након ступања на снагу Устава из 1888. године, краљ Милан Обреновић абдицира у корист свој малолетног сина Александра Обреновића. Овај период у уставној историји Србије био је обележен поновним враћањем на недемократску власт и апсолутизам. Прогласом од маја 1894. године, Алексадар Обреновић укида Устав из 1888. године и враћа Намеснички устав од 1869. године. Укидање Устава од 1888. године проглашено за привремену меру која је требало да створи услове за доношење новог Устава. Међутим, иза те „комбинаторике“ стајао је заправо краљ Милан, који је и даље био врховни командант војске.³⁵

Може се рећи да *Устав Краљевине Србије* од 1901. године (тзв. Априлски устав), уз одређена измене и допуне, представља комбинацију Намесничког устава и Устава из 1888. године: „То је био октроисани устав, изразито конзервативан. У складу са фактичким односима снага и намерама владара, овај устав је испољио видну тежњу за успостављањем превласти краља и извршне власти, што је и довело до извитоперавања и самог парламентарног система.“³⁶ У погледу положаја и улоге управне власти, Устав предвиђа да државну управу врше министри који су одговорни краљу, с тим што краљ једног од њих именује за председника Министарског савета. Иако задржава одговорност министара, Устав, међутим, не говори о министарској политичкој одговорности (већ само о њиховој кривичној одговорности).

С друге стране, Устав од 1901. године проширује управносудску надлежност Државног савета, тако да, осим права да решава о жалбама против министарских решења, Савет има право да решава и о жалбама против указа. Априлским уставом Државни савет је добио много више политички карактер него што је то имао по Уставу од 1888. године, што

33 Слободан Јовановић, *Влада Милана Обреновића*, књига I, Београд 1926, стр. 67.

34 Слободан Јовановић, *Основи правне теорије о држави*, Београд 1914, стр. 269–270.

35 Слободан Јовановић, *Влада Александра Обреновића*, књига I, Београд 1929, стр. 261–262.

36 Упореди: Павне Николић, *Уставно право*, 5. издање, Београд 1997, стр. 119.

се посебно огледа у праву краља да из реда доживотних сенатора поставља чланове Државног савета. Како се истиче, овакво решење у погледу постављања чланова Државног савета „појачава политички карактер тог органа“, иако је он због своје управнојудске надлежности требало да буде што даље од политике.³⁷

Устав 1903 (Устав 1888)

Након убиства краља Александра Обреновића, Народна скупштина и Сенат 1903. године проглашавају нов *Устав за Краљевину Србију*, који краљ Петар Карађорђевић прихвата. Таква ситуација траје све до 1914. године, односно 1918. године, тј. до избијања Првог светског рата, односно до установљавања Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца.

Устав од 1903. године био је последњи устав у историји уставности Краљевине Србије. „Тако је овај устав (у ствари Устав из 1888. године), отворио нову страницу у уставној историји Србије – она је закорачила у 20. век са тековинама демократије и парламентаризма које ће многе земље, па и неке европске силе, освојити, односно стећи тек по завршетку Првог светског рата, па и касније.“³⁸ Према Уставу од 1903. године, уставни систем је у основи био систем власти који је установљен Уставом од 1888. године и који Србију поновно афирмише као уставну, парламентарну и наследну монархију у којој Народна скупштина заједно са краљем врши законодавну власт. У погледу организације управне власти, Устав од 1903. године задржава исту структуру коју је предвиђао Устав од 1888. године. Истовремено, Устав од 1903. године уклонио је оне елементе у уставном систему које је увео Устав из 1901. године, а који су били супротни парламентарном систему поделе власти. У погледу положаја и улоге управне власти, Устав од 1903. године предвиђа да министре поставља и смењује краљ и поново уводи министарску политичку одговорност, овог пута по систему „дуплог колосека“, јер су министри истовремено политички одговорни и краљу и Народној скупштини.

С тим у вези, истиче се да је: „Ако би се рачунало од појаве првог писаног акта који се и формално назива уставом (‘Сретењски устав’ од 1835. г.), у Србији је до 1918. године донето пет устава и извршено још неколико фактичких уставних примена. Важећи устав у моменту уједињења (мисли се на Краљевину СХС, прим. аутора), био је устав Краљевине Србије од 1903. године, који по својој садржини представљао рецепцију Устава од 1888. године, познатог под именом ‘Радикалски устав’. Творци тог устава били су одлучујуће инспирисани умереном прогресивном буржоаском уставношћу прве половине 19. века, а нарочито Белгијским уставом од 1831. године.“³⁹

37 Слободан Јовановић, *Влада Александра Обреновића*, књига II, Београд 1931, стр. 214.

38 Упореди: Павле Николић, *Уставно право*, 5. издање, Београд 1997, стр. 120.

39 Упореди: Александар Фира, *Уставно право*, 2. издање, Београд 1979, стр. 57.

*

*

*

Сумирајући улогу Државног савета „у последња четири устава“, Коста Кумануди констатује: „Функције које Савет врши као ‘највише административно тело’, могу се поделити у две категорије. У прву би ушле оне којима је циљ извршење административних послова различите природе, а у другу оне које се односе на изборе у административним и судским телима. Административни предмети о којима Савет решава углавном су исти по сва четири последња Устава. Сва је разлика у томе што су по Уставима од 1869. и 1901. године, његове административно-финансијске атрибуције нешто шире него по Уставима од 1888. и 1903. године. Тако, док је по Уставу од 1869. године одобравао, изузетно, задживање државе и ванредне кредите, зајмове из државне касе и Управе Фондова, и могао од Главне контроле тражити извештаје и објашњења о државним рачунима, све те функције су му одузете доцнијим Уставима. (...) Вршећи било једне, било друге, Савет има право решавања, одлуком коју донесе једна се административна акција остварује или спречава. (...) По овим функцијама и сам Савет постаје један орган административне акције. (...) Карактеристика је свих одлука које Савет доноси вршећи административне функције на основу уставних одредаба, да нису коначне: за њих се тражи још и краљево одобрење. То значи да се тим одлукама мора дати облик указа и да постају обавезне тек пошто се објаве службеним путем.“⁴⁰

У том смислу: „Административно-судске функције Државног савета јављају се почевши од Устава од 1869; доцнијим Уставима од 1888, 1901. и 1903. године, оне су проширене и промењена је њихова природа. Државни савет, по својим административно-судским функцијама, постаје један административни суд, чије порекло треба тражити у начелу поделе власти које су усвојили сви наши Устави, одвајајући власт судску од власти извршне. Последица тога је одвајање независност судске акције од административне и административне од акције од судске. (...) Државни савет, вршећи административно-судске функције, престаје бити орган активне администрације, какав је био по својим чисто административним функцијама, и претвара се у орган с правом суђења, који стоји изнад активне администрације и својим одлукама приморава је да поштује прописе закона и лична права.“⁴¹

2. Период 1918–1941.

За уставност Србије у оквиру Југославије од посебног је значаја тзв. Крфска декларација из 1917. године, споразум између Југословенског одбора (који је представљао аустроугарске Југословене) и Српске владе

40 Упореди: Коста Кумануди, *Административно право*, 1. свеска, Београд 1909, стр. 59–60.

41 Коста Кумануди, *op. cit.*, стр. 69.

(као представника српске државе). На основу тог споразума, постигнута је сагласност о формирању посебне државе Срба, Хрвата и Словенаца са јединственом територијом и јединственим држављанством. Нова држава звала се „Краљевина Срба, Хрвата и Словенаца“ (СХС) и била је парламентарна монархија са династијом Карађорђевић на челу.⁴²

Устав Краљевине СХС усвојила је Уставотворна скупштина јуна 1921. године (тзв. Видовдански устав). Овај устав суспендовао је краљ Александар Карађорђевић у јануару 1929. године (тзв. шестојануарска диктатура), а исте године држава је променила назив у Краљевину Југославију. Због унутрашњих и спољних притисака, краљ укида ванредно стање 1931. године, када је донет нов устав (тзв. Септембарски устав).

Краљевину Југославију почетком априла 1941. године нападају Силе осовине, а већ средином месеца долази до капитулације. Југославија се распада, а током Другог светског рата долази до оружаног отпора против окупатора, али и до међусобних обрачуна снага у земљи. Крајем 1943. године у Јајцу је одржано Друго заседање АВНОЈ-а (Антифашистичког већа народног ослобођења Југославије), на којем су донете одлуке о уређењу државе након рата.⁴³

3. Положај и улога управе у уставима Социјалистичке Републике Србије

Први устав Србије после Другог светског рата донет је 1947. године, полазећи од федералог републиканског модела са социјалистичким друштвеним уређењем и руководећом улогом Комунистичке партије (КПЈ). Након тога следи Уставни закон од 1953. године, којим се уводи радничко и друштвено самоуправљање, Устав од 1963. године, којим се уводи назив СР Србија (Социјалистичка Република Србија), и Устав СР Србије од 1974. године.

Устав Народне Републике Србије (1947)

Полазећи од Устава Федеративне Народне Републике Југославије (1946), који је потврдио федеративно уређење на начелима утврђеним на Другом заседању АВНОЈА (1943), Устав НР Србије од 1947. године, као и Устав ФНРЈ, одређује Србију као „народну државу републиканског облика“. Термин „народна држава“ преузет је из тадашње владајуће (совјетске) теорије о народној демократији као прелазном облику од капитализма до социјализма.

42 Упореди: Слободан Јовановић, *Уставно право Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца*, Београд 1924.

43 Упореди: Александар Фира, *Уставно право*, 2. издање, Београд 1979; Јован Ђорђевић, *Уставно право*, Београд 1989; Павле Николић, *Уставно право*, 5. издање, Београд 1997; Ратко Марковић, *Уставно право и политичке институције*, 3. издање, Београд 1997; Јанко Ницовић, *Уставни развој Србије*, Београд 2000; Aleksandar Fira, *Serbia, Constitutional Law, International Encyclopedia of Laws*, Kluwer 2009, и др.

Тако, „...битно обележје Устава ФНРЈ од 1946. године је угледање на совјетски модел уставности из Устава СССР од 1936. године. Тај утицај нарочито је дошао до изражаја у одредбама о својинским облицима и управљању привредом, у одредбама о организацији власти на начелу јединства власти и дихотомној подели свих државних органа на органе државне власти и органе државне управе (...).“⁴⁴

У погледу положаја и улоге управне власти, Устав НР Србије предвиђа тзв. етатистички модел бирократског централизма и прописује да се међусобни односи органа државне власти и органа државне управе заснивају на правима и дужностима који су прописани Уставом ФНРЈ, Уставом НР Србије, законима и другим општим актима. „Сви органи државне власти потичу од народа. То значи да органи виших административно-територијалних јединица постављају органе нижих административно-територијалних јединица. Све административно-територијалне јединице имају своја представничка тела непосредно бирања од стране грађана.“⁴⁵ Устав посебно прописује односе виших органа државне власти и нижих органа државне управе, као и односе државне власти и органа државне управе исте административно-територијалне јединице.

Уставни закон Народне Републике Србије (1953)

Како се истиче: „Уставна ревизија од 1953. године полази од скупштинског система владавине као темељног принципа који је требало уградити у систем. То је предпостављало постојање једног представничког тела које је највиши орган власти у једној друштвено-политичкој заједници, односно држави, којем су сви други органи власти подрђени. Ту се, пре свега, мисли на извршне, управне и судске органе. У таквом систему власти постоји организована и функционална зависност управних и извршних органа од представничког тела. Организациона зависност састоји се у томе што представничко тело може у свако доба опозвати како извршне и управне, тако и судске органе. Функционална зависност састоји се у томе да представничко тело може да се меша у послове извршних и управних органа.“⁴⁶

С друге стране, „Уставни закон од 1953. године није био потпун, целинит устав, пошто није регулисао уставну материју у целости ни систематски, него само њен део. (...) Уставним законом од 1953. године отпочео је у уставној материји велики југославенски експеримент назван ‘самоуправљање’. (...) Југославија се одређује као социјалистичка, демократска савезна држава суверених и равноправних народа. То је значило да уместо народа као скупа бирача, у први план избија део народа који има исто класно обележје – радни народ. (...) Самоуправљање се одразило на државу и њене органе, пре свега на састав парламента. (...)

44 Ратко Марковић, *Уставно право и политичке институције*, 3. издање, Београд 1997, стр. 161.

45 Јанко Ницовић, *Уставни развој Србије*, Београд 2000, стр. 386–387.

46 Јанко Ницовић, *op. cit.*, стр. 401.

Уставни закон је напустио поделу државних органа на органе државне власти и органе државне управе и полазећи од доследнијег схватања начела јединства власти, прогласио Савезну народну скупштину за представника народног сувернитета и највиши орган власти федерације. Установљена су два извршна органа Савезне народне скупштине – председник Републике и Савезно извршно веће. Оба органа произилазила су из скупштине и одговарали су јој за рад. Председник Републике вршио је функцију шефа државе, док је Савезно извршно веће било нека врста политичког одбора скупштине којем се поверавају политичко-извршни послови.⁴⁷

Усвајање Уставног закона Србије од 1953. године, утицало је и на организацију републичке државне управе. Тако, уместо термина „државна управа“, уводи се термин „републичка управа“. Републичка управа организована је као посебан систем органа за непосредно вршење одређених послова, пре свега, „управне функције“, тј. за „вршење административне стране извршне функције“.⁴⁸ На основу Уставног закона успостављени су државни секретаријати уместо министарстава, затим секретаријати извршног већа, самосталне управе, управне установе и други самостални органи управе.

Устави Социјалистичке Републике Србије (1963, 1974)

Поједини аутори истичу да: „По својој концепцији и садржини, Устав Србије од 1963. године представља оригиналан документ и сигурно нову појаву у развоју наше дотадашње уставности. Он није био само највиши правни акт Социјалистичке Републике Србије, него, како се тада говорило, и својеврсна повеља самоуправног друштва које се тада успостављало. Са њиме се хтела превазићи класична концепција устава као конститутивног акта државе и створити устав који ће бити кодекс социјалистичког самоуправљања.“⁴⁹

Устав СР Србије од 1963. године поставља републичку управу као посебно издвојен систем органа (чл. 216). Тим органима поверено је вршење управних послова у оквиру права и дружности републике, као и вршење одређених стручних, друштвених и других послова од интереса за Републику, Скупштину и Извршно веће. У погледу природе и општег положаја републичке управе, Устав није успео у потпуности да разради и обухвати сва питања положаја и улоге управе у Србији у тадашњим условима самоуправног социјализма. „Управа је и поред своје прокламоване органичености, у процесу јачања друштвеног самоуправљања и процеса деетатизације, и даље имала веома значајну улогу и функцију. Карактеристично је да су управни органи, по правилу, у много мањој непосредној вези са скупштином, него са њеним извршним органом.

47 Ратко Марковић, *Уставно право и политичке институције*, 3. издање, Београд 1997, стр. 162–163.

48 Упореди: Јанко Ницовић, *Уставни развој Србије*, Београд 2000, стр. 432.

49 Јанко Ницовић, *op. cit.*, стр. 457.

Напротив, скупштина и извршни органи имају значајна овлашћења према управним органима у смислу њиховог именовања, смењивања, права организовања, права надзора, давања инструкција итд.⁵⁰

У том контексту се, с друге стране, истиче да су „...Устав СФРЈ од 1963. и Устав СФРЈ од 1974. године имали за циљ да установе целовит и заокружен самоуправни уставни систем. Они нису ни рађени као класични правни акти, него као повеље друштвеног самоуправљања. Како је тај циљ било немогуће остварити одједном, када је 1963. године донет нови устав, тај устав је ради дограђивања самоуправљања и реформе федерације претрпео у три маха амандманске промене. Тако измењен, он је служио као полазна основа Уставу од 1974. године, који је од Устава од 1963. године и амандмана на тај устав сачинио непротивречну целину, с једне стране, и наставио у правцу продубљивања самоуправљања, с друге стране. (...) У политичкој публицистици, Устав од СФРЈ 1974. године одређује се као гробар друге југословенске државе. Тај устав носио је омрзнути епитет најдужега устава на свету, његова дикција била је оптерећена политичком фразеологијом, што је један од разлога његове дужине и изузетно ниског правног квалитета нормативног текста. Уз то, овај устав оперисао је појмовима и институцијама који немају пандане у упоредном уставном праву, тако да је правницима класичног образовања био готово немогућ за разумевање. У идејном погледу, тај устав је продужење појединих решења Устава од 1963. године и готово свих решења уставних амандмана од 1971. године.“⁵¹

4. Положај и улога управе у постјугословенским уставима Србије

У периоду након пада Берлинског зида (1989), колапса комунизма у Европи и Совјетском Савезу и распада Југославије, социјалистичка Србија доноси Устав Републике Србије у септембру 1990. године (тзв. Милошевићев устав). Две преостале југословенске републике – Србија и Црна Гора, 1992. године усвајају Устав Савезне Републике Југославије (тзв. Жабљачки устав), уједно и последњи савезни југословенски устав.

Након пада режима Слободана Милошевића у Србији, 5. октобра 2000. године, између Србије и Црне Горе ствара се Државна заједница СЦГ на основу Уставне повеље из 2003. године. Искористивши опцију коју је предвиђала Уставна повеља, Црна Гора је, након три године од усвајања Повеље, у мају 2006. године, одржала референдум о напуштању Државне заједнице и прогласила своју независност. Проглашењем независности Црне Горе, престала је да постоји Државна заједница СЦГ, а Србија постаје независна држава.

50 Јанко Ницковић, *op. cit.*, стр. 500.

51 Ратко Марковић, *Уставно право и политичке институције*, 3. издање, Београд 1997, стр. 163, 166.

У Србији је данас на снази Устав Републике Србије из 2006. године. Усвајањем тог Устава уведене су значајније промене у правни систем Србије, између осталог, први пут се у Уставу спомињу европске вредности и стандарди, уводе се нови и савремени правни стандарди, посебно у односу на положај и улогу управе (нпр. омбудсман, слободан приступ информацијама од јавног значаја, забрана сукоба интереса, забрана дискриминације, приговор савести и цивилно служење војне обавезе и др.).

Међутим, најзначајнија разлика у положају и улози управе према Уставу од 1990. године у односу на Устав од 2006. године огледа се у природи њених овлашћења и карактеру њених надлежности.

Устав Србије (1990) и Закон о државној управи (1992)

Дефинисање послова државне управе према Уставу од 1990. године, односно законима који су на основу њега донети, полазило је од концепције да је управна функција превасходно једна посебна „функција државне власти“. То се јасно види из одговарајућих уставних и законских одредаба.

Уставом Републике Србије од 1990. године било је прописано (чл. 94) да министарства: а) примењују законе и друге прописе и опште акте Народне скупштине и Владе, као и опште акте председника Републике; б) решавају у управним стварима; в) врше управни надзор и г) обављају друге управне послове утврђене законом.

Одредбе Устава Србије од 1992. године разрађује *Закон о државној управи* из 1992. године (са каснијим изменама и допунама), који „послове органа државне управе“ одређује на следећи начин – министарства (чл. 8): а) непосредно примењују законе и друге прописе и опште акте доношењем управних и других аката, предузимањем управних и других мера и вршењем управних и других радњи, односно обезбеђују извршавање закона, других прописа и општих аката доношењем прописа, вршењем управног надзора, пружањем стручне помоћи и старањем о њиховом благовременом и законитом извршавању; б) решавају у управним стварима о правима, обавезама и правним интересима грађана, правних лица или других странака; в) врше управни надзор; г) припремају законе и друге прописе и опште акте из свог делокруга, у складу са својим надлежностима, и обављају друге послове утврђене законом.

Стратегија реформе државне управе (2004)

Колико је ауторитативни модел управе који је установљен Уставом од 1990. године и Законом из 1992. године био препрека Србији на путу социјалног и економског опоравка, можда се најбоље види из документа Владе Србије под називом *Стратегија реформе државне управе у Републици Србији* (2004), у којем се, између осталог, истиче да у области управе постоје „трендови који се не могу избећи“, а у које посебно спада и „промена схватања“ у смислу да је управа јавни сервис грађана, а не инструмент власти. Према овој Стратегији: „Реформа државне управе је

сложен и дугорочан процес, посебно у земљама у транзицији, у којима је управа, како на централном, тако и на локалном нивоу, по правилу слаба, оптерећена низом проблема нагомиланих током више деценија. (...) Генерално посматрајући реформске процесе који су у току у другим земљама, уочава се да постоје одређени очигледни трендови који се не могу избећи, а који се тичу следећих процеса, укључујући: промене у схватању положаја јавног сектора у друштву и тражење оптималног нивоа његове регулације са становишта јавног интереса; схватање државне управе као сервиса грађана, а не као моћног оруђа власти; деконцентрација државне управе на централном нивоу, делегација власти са централног ка нижим нивоима и децентрализација, као и препуштање дела власти нижим нивоима, (...) све ово управо са циљем да се јавне услуге (*public services*) приближе грађанима (...).⁵²

Закон о државној управи (2005)

Полазећи од основа за редефинисање положаја и послова државне управе назначених у Стратегији о реформи државне управе, током 2005. године усвојен је нов *Закон о државној управи Србије*. Тај закон одступа од модела који послове државне управе своди само на вршење власти (тачније на „извршење“ закона и других прописа) који је у себи садржао Устав од 1990. године (односно Закон о државној управи из 1992). У новом Закону, одмах се уочава да „послови државне управе“ обухватају много шири круг послова, како у квантитативном, тако и у квалитативном смислу. Нарочито треба истаћи да се на првом месту по значају не налазе послови „извршења“ закона и других прописа, већ стручно-политичка функција „учествовање у обликовању политике Владе“.

Како се истиче: „Полазећи од традиционалних схватања државне управе, у Закону од 1992. године акценат је при одређивању послова државне управе стављан на оне послове који представљају ауторитативно извршавање закона путем доношења управних аката и предузимањем управних радњи. Новоустановљени Закон о државној управи не негира нити занемарује овај, и даље битан, аспект управне власти, али уважава савремене моделе управе који произилазе из концепта социјалне функције државе у којима се и функција управе унеколико модификује, тако што далеко већи значај добија као сервис грађана. Пружањем јавних услуга којима се стварају и омогућавају услови за свакодневни живот грађана, чиме се доприноси укупном развоју друштва, управа постаје значајни регулатор друштвених процеса, а не инструмент власти. Отуда се једна од битних новина у Закону огледа у дефинисању послова државне управе, истицањем улоге њених органа у подршци Влади при креирању и вођењу политике, с једне стране, припремом аката за Владу и, с друге стране, праћењем и утврђивањем стања у областима из свог делокруга, као и предузимањем мера, односно предлагањем Влади да

52 Влада Србије, *Стратегија реформе државне управе у Републици Србији* (октобар 2004). Извор: <http://www.prsp.gov.yu/dokumenta.jsp>.

донесе одређене прописе, односно да предузме одређене мере из своје надлежности.⁵³ У том смислу: „Закон прави разлику између послова државне управе, што је генусни назив, и извршних послова, што је назив за посебне послове државне управе у чијем вршењу се манифестује извршна (управна) власт.“⁵⁴ Према Закону о државној управи (2005), министарства, органи управе у саставу министарства и посебне организације, обављају следеће послове (чл. 12–21): учествују у обликовању политике Владе; прате стање у области своје одговорности; извршавају законе, друге прописе и опште акте (извршни послови); врше инспекцијски надзор; старају се о јавним службама; обављају развојне и друге стручне послове (израда анализа, извештаја, информација и др.).

Положај и улога управе према Уставу Србије (2006)

Нов Устав Републике Србије, који је усвојила Народна скупштина Републике Србије на Посебној седници одржаној 30. септембра 2006. године и који је коначно усвојен на републичком референдуму одржаном 28. и 29. октобра 2006. године, проглашен је 8. новембра 2006. године. Уставни закон за спровођење Устава Републике Србије усвојен је и проглашен 10. новембра 2006. године.

Устав Србије од 2006. године садржи одговарајуће одредбе о државној управи. Према Уставу, Влада је одговорна Народној скупштини за политику Републике Србије, за извршавање закона и других општих аката Народне скупштине, као и за рад органа државне управе (чл. 124), а у надлежност Владе спадају „усмеравање и усклађивање рада органа државне управе и вршење надзора над њиховим радом“ (чл. 123, тач. 5).

Положај и улогу управе Устав од 2006. године одређује следећом формулацијом: „Државна управа је самостална, везана Уставом и законом, а за свој рад одговорна је Влади.“ Устав предвиђа да: „У интересу ефикаснијег и рационалнијег остваривања права и обавеза грађана и задовољавања њихових потреба од непосредног интереса за живот и рад, законом се може поверити обављање одређених послова из надлежности Републике Србије аутономној покрајини и јединици локалне самоуправе.“ Као посебну институцију контроле рада управе у односу на остваривање права грађана, Устав предвиђа институцију омбудсмана: „Заштитник грађана је независан државни орган који штити права грађана и контролише рад органа државне управе, органа надлежног за правну заштиту имовинских права и интереса Републике Србије, као и других органа и организација, предузећа и установа којима су поверена јавна овлашћења (...).“

На основу изнетог, може се закључити да су положај и улога управе у садашњем уставном оквиру и законодавству Србије нормативно постављени према савременим стандардима у овој области. У том смислу,

53 Зоран Лончар, *Закон о државној управи*, Службени гласник, Београд 2005, *Предговор*, стр. 10–11.

54 Ратко Марковић, *Одабрани прописи о Влади и државној управи*, ИПД Јустинијан, Београд 2005, *Предговор*, стр. 16.

иако је важећи уставни модел из 1990. године био битно другачији, законодавство Србије напустило је 2005. године концепцију према којој се послови државне управе дефинишу као ауторитативни послови вршења извршне власти (извршавање закона, решавања у управним стварима и вршење управног надзора) и проширило садржај послова државне управе и на оне области (послове) које су у складу са реалном улогом и положајем савремене управе (нпр. учествовање у обликовању политике Владе, праћење стања у одговарајућој области, старање о јавним службама, развојни послови).

Уставна и друштвено-политичка реалност Србије почетком 21. века у Европи показује да положај и улога управе више не могу почивати на ауторитативним организационим и функционалним моделима, који су, у већој или мањој мери, били присутни током протекла два века уставности у Србији.

Stevan Lilić, PhD

Professor of Law University of Belgrade, Faculty of Law

THE HISTORICAL STATUS OF THE SEBIAN ADMINISTRATION IN THE CONTEXT OF IMPLEMENTING EUROPEAN STANDARDS

Summary

During the two centuries of Serbia's constitutional development, the status and role of the administration changed due to historical, socio/political and ideological circumstances, but also due to particular constitutional and legislative solutions. The organization of government during the Serbian uprising against the Ottoman Empire (1804) was not consolidated with clear division between political institutions. The State Council, as predecessor of the state administration established by the 1835 Constitution, was created out of quest of limiting the absolute power of the prince. The concentration of power in the hands of the Council during the 1842–1858 period resulted in the establishment of a limited monarchy, but not to the benefit of parliament, but rather of the State Council. Eventually, the Council loses its political power, and is transformed into Serbia's Administrative Court, later taken over by the Kingdom of Yugoslavia, and finally abolished after the Second World War. During socialist Yugoslavia (1942–1992), the administration in Serbia is set up according to the model of the „assembly system of the unity of powers“, in which the administration was, both organizationally and functionally subordinated to the assembly of delegates. In the post-Yugoslav constitutions of Serbia, the administration was initially set up (1990) as a particular function of political power, but later (2006) redefined as a politically neutral professional civil service.

Key words: Government administration. Constitutional history of Serbia.

*Prof. dr Jovica Trkulja**

ZAKON O RESTITUCIJI – ANALIZA NACRTA IZ 2011. GODINE

Apstrakt

Restitucija je jedan od najvažnijih koraka demokratske vlasti posle obaranja autoritarnog režima. Ona je važna pretpostavka za politički i moralni oporavak srpskog društva i uslov za izgradnju modernog demokratskog društva. Zakon o restituciji i prateći zakoni koji treba da označe raskid sa praksom kršenja ljudskih prava u prošlosti odavno su postali stvarnost u drugim državama u tranziciji. U Srbiji još uvek nije uspostavljen konsenzus u pogledu donošenja Zakona o restituciji, tako da je Srbija danas jedina postkomunistička zemlja u jugoistočnoj Evropi koja nije donela zakon o restituciji. U tom kontekstu, Vlada Republike Srbije je 28. jula 2011. godine uputila na javnu raspravu Nacrt zakona o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju i, nakon javne rasprave, Predlog tog zakona dala u skupštinsku proceduru (6. septembra 2011). To je važan dugoočekivani korak u uspostavljanju pravne države i tzv. tranzicione pravde u Srbiji. U ovom radu autor razmatra pitanje restitucije kao mere pravnog savladavanja autoritarne prošlosti u Srbiji i daje ocenu predloženog Nacrta, odnosno Predloga zakona. U Srbiji je proteklih 20 godina na delu bio neuspešan pokušaj restitucije. Sa ovakvim Zakonom o restituciji u Srbiji će narednih 20 godina biti na delu polovična restitucija.

Ključne reči: Pravno savladavanje autoritarne prošlosti u Srbiji. Pravna država. Pravo na restituciju.

Uvod

Posle gotovo jedanaest godina od demokratskih promena u Srbiji, Vlada Republike Srbije preliminarno je podržala Nacrt zakona o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju na sednici od 28. jula 2011. godine. Početkom avgusta otpočela je jednomesečna javna rasprava o prečišćenom tekstu ovog Nacrta zakona. Nakon toga, Vlada je 6. septembra 2011. godine donela Predlog zakona o vraćanju imovine i obeštećenju koji je po hitnom postupku ušao u skupštinsku proceduru i do kraja septembra 2011. godine Srbija treba da dobije Zakon o restituciji.

Cilj ovog rada je da: 1) osvetli restituciju kao meru pravnog savladavanja autoritarne prošlosti, 2) ukaže na uzroke dugog kašnjenja Srbije u donošenju

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

zakona o restituciji i 3) ponudi ocenu predloženog Nacrta, odnosno Predloga zakona.

Javna tribina o nacrtu Zakona o vraćanju imovine i obeštećenju odvijala se na osnovu uvodnih izlaganja, kraćih saopštenja i diskusija, a održana je 30. avgusta 2011. godine u Beogradu. Ovaj tekst je prikaz onoga što sam usmeno izložio na tom skupu.¹

Smisao restitucije i denacionalizacije

U pravnom savladavanju autoritarne prošlosti posebno težak i delikatan problem predstavljaju *restitucija i denacionalizacija*. Uspostavljanje komunističke vladavine u Srbiji bilo je povezano sa grubim kršenjem ljudskih prava. Između ostalog, to se izražavalo i u eksproprijaciji, konfiskaciji i nacionalizaciji privatne imovine i njenom stavljanju pod državno vlasništvo i kontrolu. Oduzimanja su često bila deo političkog progona onih kojima je oduzimana, a u mnogim slučajevima to je dovodilo do njihove smrti i egzila. Uz to, ta oduzimanja privatne svojine, po pravilu, nisu imala pravni osnov, niti su uključivala isplatu kompenzacije.

Nakon pada Berlinskog zida 1989. godine i posle propasti ovih režima, javila su se očekivanja da se ova svojina vrati bilo onima kojima je bila oduzeta ili njihovim potomcima. Želja za restitucijom i denacionalizacijom, ili bar odgovarajućom kompenzacijom, bila je neizbežan pratilac snažne privlačnosti koju su vrednosti ljudskih prava imale za one koji su se suprotstavljali komunizmu. Najzad, briga za zaštitu svojinskih interesa i prava bila je od samog početka stavljena u kontekst vrednosti pravne države i vladavine prava. Međutim, iako su mere restitucije i denacionalizacije bile politički i pravno proklamovane u mnogim zemljama centralne i istočne Evrope, one, ipak, nisu bile opšteprihvaćene, još manje realizovane. Unutrašnji i međunarodni izazovi i pritisci koji su im bili upućeni umnožavali su se, ali samo sa ograničenim uspehom, tako da su velika očekivanja i ciljevi denacionalizacije u zemljama u tranziciji samo delimično ostvareni (McBride, 2004, 7–36).

Ova uporedna iskustva pokazuju da su restitucija i kompenzacija samo deo pristupa otklanjanju posledica grubog kršenja ljudskih prava od autoritarnih poredaka. Bez obzira na sve teškoće zemalja u tranziciji, mere restitucije i kompenzacije se moraju preduzeti zarad ispunjenja obaveza prema ljudskim pravima, a tamo gde nisu preduzete, još uvek mogu biti nužne radi ispunjenja duboko ukorenjenih očekivanja i uspostavljanja imovinske i pravne sigurnosti u zemlji.

Razume se da pravna legislativa i judikativa ne mogu da reše sve teškoće do kojih je dovelo lišavanje i oduzimanje svojine građanima od partijske, ideološke države. Oni posebno ne mogu ublažiti, još manje otkloniti bol, patnju i tragične posledice koje su pogodile pojedine građane i njihove porodice, koje

1 Tribina „Nacrt zakona o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju“ održana je u organizaciji Kongresa srpskog ujedinjenja 30. avgusta 2011. godine u Ministarstvu vera i dijaspore u Beogradu.

su im nanete inicijalnim aktom oduzimanja imovine, kao i godinama progona i ponižavanja koje su posle toga usledile. No, uprkos tome, restitucija i denacionalizacija su nužne za ispravljanje istorijskih nepravdi i predstavljaju ključnu meru pravnog savladavanja autoritarne prošlosti (Todorović, 2004, 54).

Iskustva zemalja u tranziciji pokazuju da su za sprovođenje denacionalizacije neophodni sledeći faktori: politička svest, ekonomska moć, socijalna podrška, pravna regulativa, adekvatna organizacija države, spremnost političke elite. Zemlje u kojima su se stekli ovi faktori su relativno uspešno apsolvirale pitanje restitucije. I obrnuto, zemlje u kojima ne postoje ovi preduslovi pitanje denacionalizacije je formalizovano ili gurnuto u daleku budućnost. Pri tome, u tim zemljama „nedostatak nije u merama restitucije kao takvima, nego u konstantnom neuspehu nacionalnih sistema da obezbede poštovanje prava koja proklamuju“ (McBride, 2004, 36).

Neuspešan pokušaj restitucije u Srbiji

U periodu od 1990. do danas 2011. godine, vodeće političke stranke Srbije su se zalagale za mere pravnog savladavanja autoritarne prošlosti – za otvaranje dosijea tajnih službi, rehabilitaciju političkih osuđenika, lustraciju, restituciju i denacionalizaciju.² Te mere su predviđene u njihovim programima i predstavljale su lajmotiv svih izbornih kampanja. To je posebno došlo do izražaja 2000. godine kada je 19 opozicionih stranaka formiralo koaliciju DOS (Demokratska opozicija Srbije) za vanredne parlamentarne izbore. Ova koalicija je, između ostalog, prihvatila modele i nacрте zakona za ostvarivanje tzv. tranzicione pravde i obećala donošenje po hitnom postupku zakona o otvaranju dosijea tajnih službi, o rehabilitaciji, lustraciji i denacionalizaciji. Međutim, posle pada Miloševićevog režima u oktobru 2000. godine, kada je DOS došao na vlast, ova obećanja nisu ispunjena. Doduše, Zakon o lustraciji je donet u maju 2003. godine, ali se ne primenjuje, a i veoma loš Zakon o rehabilitaciji od aprila 2006. godine primenjuje se sa puno problema i kontra legem. Zakon o otvaranju dosijea tajnih službi i Zakon o denacionalizaciji još uvek nisu doneti.

Iako su u stručnoj javnosti podrobno obrađena i široj javnosti Srbije dobro poznata pitanja pravne zasnovanosti, celishodnosti, jednakosti, pravičnosti i neophodnosti denacionalizacije, donošenje Zakona o restituciji se gura pod tepih i odlaže u daleku budućnost. Priča o denacionalizaciji u Srbiji očigledno nije više motivisana iskrenom željom za otklanjanjem posledica zla autoritarne prošlosti i ispravljanja istorijskih nepravdi. „Na srpskoj pozornici,

2 Budući da je Milošević u početku svoje vladavine nastojao da pribavi liberalnodemokratsku legitimaciju (pozivanjem na pravnu državu, vladavinu prava, zaštitu ljudskih prava), on je doneo Ustav od 1990, u koji su ugrađena ova načela i 1991. godine Zakon o načinu i uslovima priznavanja prava i vraćanja zemljišta koje je prešlo u društvenu svojinu po osnovu poljoprivrenog zemljišnog fonda i konfiskacijom zbog neizvršenih obaveza iz obaveznog otkupa poljoprivrednih proizvoda (*Službeni glasnik*, br. 18/91, 20/92, 42/98). Međutim, u periodu od 1992. do 2000. godine pitanja restitucije u Srbiji gurnuta su pod tepih i prepuštena stručnjacima i teoretičarima.

ona (denacionalizacija) je odavno samo jedno od oruđa za rušenje, odnosno osvajanje vlasti, za trgovinu obećanjima, prodaju intelektualnih usluga, privlačna fraza u izbornim kampanjama. Praksa voluntarizma i despotizma svake nove vlasti je već dovoljno dugo tradicija Srbije. Svaka nova vlast želi da piše istoriju ispočetka, od svog dolaska“ (Stefanović, 2004, 37).

U takvoj situaciji vlade Republike Srbije koje su dolazile posle 2000. godine, po pravilu su zaboravljale svoja izborna obećanja o sprovođenju denacionalizacije. Van njihove optike ostali su modeli mogućih zakona o denacionalizaciji. Prvi takav model uradila je grupa stručnjaka Centra za unapređivanje pravnih studija 1998. godine. Krajem 2002. i početkom 2003. godine, po naređenju Ministarstva finansija Republike Srbije, Centar za unapređivanje pravnih studija uradio je novi model zakona o denacionalizaciji, pod naslovom Zakon o vraćanju oduzete imovine i obeštećivanju za oduzetu imovinu. U to vreme, grupa građana (Dragan B. Đokić, Ivana S. Arandelović i Slobodan J. Antić), „u želji da se ukinu posledice imovinskih nepravdi od 1941. do danas, i svesni da se te nepravde ne mogu u potpunosti ispraviti“, podneli su Narodnoj skupštini Republike Srbije Predlog zakona o povraćaju imovine i obeštećenju i Predlog zakona o privremenoj zabrani raspolaganja određenom imovinom (Narodna skupština Republike Srbije, Beograd, Org. jed. 03, broj 46–1405, 30. maj 2003. i Org. jed. 03, broj 46–1475/03, 30. maj 2003).

Promenom sastava Vlade RS, pomenuti model Centra za unapređivanje pravnih studija i drugi modeli/predlozi zakona o denacionalizaciji izgubili su bilo kakav značaj početkom 2004. godine, a nova Vlada je odlučila da posao otpočne iz početka. Sa tim ciljem je formirana Komisija za pripremu radnog teksta Nacrta zakona o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju za oduzetu imovinu. (SG RS, 100/2004). Ova Komisija nije bila ekspertska i ona se bavila više prethodnim pitanjima nego suštinskim i nije uspela da uradi pomenuti Nacrt zakona.

Pod teretom pritiska izazvanog političkim obećanjima i zahtevima Saveta Evrope za sprovođenje restitucije, vlada Vojislava Koštunice je 2005. godine inicirala donošenje Zakona o prijavljivanju i evidentiranju oduzete imovine, sa rokom prijavljivanja do 30. juna 2006. godine. Očigledno nije bilo političke volje ni spremnosti da se ozbiljno suoči sa problemom restitucije, čije je rešavanje ponovo odloženo. Ipak, Koštuničina vlada je učinila još dva značajna koraka na ovom planu: (1) pripremila je Zakon o vraćanju (restituciji) imovine crkvama i verskim zajednicama koji je usvojen 2006. (SG RS, 46/06) i (2) pripremila je Nacrt zakona o denacionalizaciji. Naime, Vlada je 10. maja 2007. godine podržala Nacrt zakona o denacionalizaciji. Tom prilikom je istaknuto da se zakonom o denacionalizaciji ulazi u sferu ekonomsko-socijalnih odnosa Srbije, a dotiče i prava na imovinu, pitanja pravičnosti i etike, tako da se njegova dejstva multipliciraju ne samo na obavezne i korisnike denacionalizacije, već i na sve građane, pa i na neke strane državljane.³

3 Program javne rasprave o Nacrtu zakona o denacionalizaciji, Republika Srbija, Ministarstvo finansija, Sektor za imovinskopravne odnose, broj: 011-00-00131/2007-05, od 4. oktobra 2007. godine.

U javnoj raspravi stručnjaci su uputili veoma oštre kritike ovom Nacrtu zakona o denacionalizaciji i doveli u pitanje niz njegovih odredaba: (1) Ukazano je da Nacrt uspostavlja drugačiji režim restitucije u odnosu na važeći Zakon o vraćanju imovine crkvama, što je neodrživo. (2) Nacrt ne koristi mogućnost, otvorenu ukidanjem državnosvojinskog monopola na građevinskom zemljištu, da obnovi princip jedinstva svojine na zemljištu i objekata na njemu (*superficies solo cedit*). (3) Nacrt je protivan Ustavu Republike Srbije i Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, „protivan im je i time što bi da, bez neophodnog opravdanog razloga (opšteg interesa) i bez ikakve naknade, ukine prava zakupa i lične službenosti na stvarima koje se vraćaju ranijim vlasnicima, čime ne poštuje zajemčeno pravo na nesmetano uživanje imovine“ (Vodinelić, 2008, 16). (4) Nacrtom se krši Ustav i nedopuštenom retroaktivnošću poništavanja pravnih poslova raspolaganja nacionalizovanom imovinom i retroaktivnošću odgovornosti za štetu na osnovu apartne neoborive presumpcije nesavesnosti. (5) Prema ovom Nacrtu, teret restitucije se uglavnom prebacuje na sadašnje vlasnike. Oni bi podneli 90% tereta, raniji vlasnici 5%, a država u obliku novčane obaveze takođe 5% (Stefanović, 2008, 47). (6) Nacrt je favorizovao samo jednu stranu – prava ranijih vlasnika, ne vodeći računa o standardima poštovanja osnovnih prava drugih lica, koja će ovakvom denacionalizacijom biti grubo pogažena (Prokopijević, 2008, 59).

Posle ove kritike u stručnoj javnosti Nacrt zakona o denacionalizaciji je okarakterisan kao „nelegalno sredstvo za ostvarivanje legitimnog cilja“. Očekivalo se da Nacrt zakona bude dostavljen Vladi na usvajanje na jesen 2007. godine. Međutim, budući da je predsednik Republike raspustio Skupštinu i da je Srbija ušla u varedne parlamentarne izbore, ovaj Nacrt zakona o denacionalizaciji nije bio dostavljen Vladi na razmatranje niti je kao Predlog zakona ušao u skupštinsku proceduru.

Na taj način srpska politička elita se potpuno oglušila o svoje međunarodno preuzete obaveze da do kraja 2007. godine donese zakon o restituciji. To nije urađeno ni do avgusta 2011. godine, iako je donošenje zakona o restituciji već dve godine drugi bitan uslov Srbije za ulazak u Evropsku uniju.

Polovična restitucija u Srbiji: Nacrt i Predlog zakona o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju iz 2011.

Nakon 20 godina obećanja i zamajavanja političkih stranaka i njihovih elita, nakon dvadesetak modela predloga zakona o restituciji (stručnjaka, udruženja građana, političkih stranaka, pojedinaca), nakon tri parcijalna zakona koji regulišu pitanja restitucije u Srbiji, nakon jednog Nacrta zakona o denacionalizaciji (2007) koji je završio neslavno, nakon kontinuiranih pritiska Saveta Evrope da Srbija mora doneti zakon o restituciji kao uslov za prijem u EU – konačno smo dobili Nacrt i Predlog zakona o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju. To je važan dugoočekivani korak u uspostavljanju pravne države, imovinske sigurnosti i tzv. tranzicione pravde u Srbiji.

Ovaj Nacrt zakona ima niz dobrih strana. Vladajuća politička elita u Srbiji je odlučila da ispravi nepravdu koja se dogodila u toku Drugog svetskog

rata i posle njega vlasnicima imovine koja im je oduzeta bez valjanog pravnog osnova, a na osnovu „revolucionarnih zakona“. On nastoji da pomiri zahteve bivših vlasnika i mogućnosti Srbije da to ispuni.

Ovim zakonom uređuju se uslovi, način i postupak vraćanja imovine koja je na teritoriji Republike Srbije podržavljena oduzimanjem od bivših vlasnika – fizičkih i pravnih lica, bez pravične naknade, primenom propisa o agrarnoj reformi, konfiskaciji, sekvestraciji, nacionalizaciji i eksproprijaciji, kao i svim drugim aktima kojima je izvršeno podržavljenje, u periodu od 1945. godine, i prenesena u opštenarodnu, državnu, društvenu ili zadružnu svojinu, kao i imovine koja je konfiskovana na osnovu rasističkih propisa, radnji i akata okupatorske vlasti posle 6. aprila 1941. godine. Predmet vraćanja biće sva imovina koja je oduzeta posle Drugog svetskog rata i ona uz nekretnine preduzeća, uključujući i pokretne stvari, sve do građevinskog i poljoprivrednog zemljišta.

Oduzeta pa podržavljena imovina se, u smislu ovog zakona, vraća *in natura*, u stanju u kakvom jeste. U slučajevima gde je vraćanje imovine, prema odredbama ovog zakona, isključeno ili nemoguće, obveznik vraćanja, odnosno Republika Srbija, obavezan je da obešteti bivšeg vlasnika. Dakle, daje se prioritet vraćanju imovine u naturi gde god je to moguće, a gde nije, bivši vlasnici će dobiti obeštećenja u novcu i obveznicama. Obveznice će se, od početka 2015. godine, emitovati u evrima, a maksimalno obeštećenje po vlasniku neće biti veće od 500.000 evra.

Uslovi vraćanja imovine će biti istovetni za sve kategorije stanovništva, a od momenta usvajanja ovog zakona biće zabranjeno otuđenje te imovine, naročito u procesu privatizacije. Rok za vraćanje imovine je šest meseci od kompletiranja predmeta i do godinu dana za kompletiranje predmeta.

Vlada očekuje da će već sledeće godine biti prvi rezultati vraćanja imovine u naturi. Država je posebno spremna da u najvećem broju zahteva za vraćanje poljoprivrednog zemljišta, a reč je o 300.000 hektara, bude u stanju da imovinu vrati u naturi. Neće se vraćati zgrade u kojima je policija, bolnice i škole.

Po procenama Vlade, ukupna vrednost obeštećenja bivših vlasnika biće oko 4,5 milijardi evra, od čega će dve milijarde evra biti u obveznicama. Stoga će država za finansijsko obeštećenje morati da odredi dve milijarde evra, što je šest odsto BDP-a. S tim se saglasio i Međunarodni monetarni fond, a svako probijanje zacrtanog limita, kako su upozorili čelnici te institucije, dovelo bi u pitanje održivost javnih finansija. Prema raspoloživim podacima, na osnovu evidencije iz 2006. godine, zahteve za restituciju će podneti oko 150.000 porodica.

Očekuje se da će gotovo celokupno poljoprivredno i šumsko zemljište, koje se u ukupnom zbiru i najviše potražuje, moći da bude vraćeno u naturalnom obliku. Ukoliko je bilo predmet komasacije (ukrupnjavanje poljoprivrednih parcela), bivši vlasnik ima pravo na vraćanje zemljišta iz komasacione mase. Zemljište u okviru proizvodnih sistema neće se vraćati samo ako je taj sistem i danas u funkciji.

Pravo na vraćanje imovine i obeštećenje imaju: državljani Srbije koji je raniji vlasnik oduzete imovine; zadužbina, odnosno njen pravni sledbenik; strani državljani, ako postoji reciprocitet (da naši građani u toj državi mogu da steknu ili naslede imovinu); rehabilitovana lica i njihovi naslednici; vlasnik imovine koja je eksproprisana do 15. februara 1968. godine, ako mu na ime naknade nije ustupljena druga nepokretnost u svojini, stanarsko pravo ili drugi oblik najšire pravne vlasti.

Pravo na vraćanje imovine i obeštećenje nemaju: strani državljani za koje je obavezu obeštećenja preuzela strana država; strani državljani koji su obeštećeni ili im je pravao na vraćanje imovine priznato pravom strane države; bivši vlasnici za imovinu eksproprisane od 15. februara 1968. godine, za koju su dobili određenu naknadu u novcu ili drugim sredstvima.⁴

Oni koji dobiju rešenja o denacionalizaciji posle izdavanja obveznica dobiće u novcu iznos glavnice i pripadajuće kamate od oko dva odsto za ukupan period do momenta donošenja rešenja. Ali svima sleduje akontacija koja iznosi 10 odsto osnovice, a 50 odsto za korisnike socijalne pomoći do maksimalnih 10.000 evra.

*
* *

Kada se tekst Nacrta zakona stavi pod kritičku lupu, uočićemo brojne slabosti koje će veoma otežati primenu zakona i, u krajnjoj liniji, samo delimično ispraviti pomenutu nepravdu. Na prvi pogled je očigledno da Srbija, nažalost, nema osnovnih sistemskih, ekonomskih i društveno-političkih pretpostavki za uspešnu restituciju. Nijedan od pomenutih faktora nije u potpunosti ispunjen.

Uspešno sprovođenje Zakona o restituciji zahteva precizan pravni režim i proceduru, a to podrazumeva donošenje brojnih *restitucionih zakona i propisa*. Budući da Srbija nije donela zakon o otvaranju dosijea tajnih službi, da je Zakon o lustraciji ostao mrtvo slovo na papiru, a Zakon o rehabilitaciji nije uopšte regulisao obeštećenje, jasno je da Srbija nema osnovne pretpostavke u pravnom sistemu za uspešnu restituciju.

Poseban problem su ekonomske pretpostavke za restituciju koja puno košta i podrazumeva ogromna sredstva koja država mora da obezbedi za obeštećenje (procenjuje se da bi vrednost koju bi država trebalo da plati u novcu iznosila minimum 4–5 milijardi evra a da bi vrednost dobara za koja se potražuje restitucija iznosila oko 100 milijardi evra, kada bi sve bilo isplaćeno u novcu (Glišić, 2008, 64).

Najzad, ne zaboravimo da je restitucija veoma rizična za vladajuću političku oligarhiju. Jer, sprovodeći je, političari mogu izgubiti podršku onih koji

4 Vlada Srbije je naknadno amandmanom predložila i odredbu da strani državljani pripadnici okupacionih snaga tokom Drugog svetskog rata nemaju pravo na vraćanje imovine i obeštećenje. Ova odredba je izazvala burne, kontroverzne reakcije poslanika u Skupštini ali je na kraju prihvaćena. Dok je za poslanike LDP, LSV i SDP ova odredba neprihvatljiva zato što omogućava da se potomcima saradnika okupatora u Srbiji vrati imovina, dotle poslanici Saveza vojvođanskih Mađara smatraju da je takva odredba prihvatljiva i dobra.

su u međuvremenu ušli u zakup, državinu ili kupili oduzetu imovinu. Reč je najmoćnijim bogatašima, tzv. tajkunima – mecenama pojedinih partija koji po različitim osnovama koriste nekretnine koje se vraćaju.

Suočene sa ovim problemima i preprekama, političke elite u Srbiji koje su se smenjivale na vlasti posle 2000. godine nisu shvatale neophodnost ostvarivanja tranzicione pravde i vladavine prava. One su nastojale da pitanje restitucije gurnu pod tepih ili odgode u daleku budućnost. Kada su bile pritisnute zahtevima Saveta Evrope, stvar su „otaljavale“ bacajući prašinu u oči. Slično se ponaša i aktuelna vlast u Srbiji. Dovoljno je imati u vidu činjenicu da je rad na ovom Nacrtu zakona mesecima skrivan od javnosti i da je iznebuha stavljen na jednomesečnu javnu raspravu usred leta, tokom avgusta 2011. godine. Uz to, prozirna je namera vlasti da, nakon dve decenije čekanja, ekspresnim donošenjem Zakona o restituciji dobije dragocene poene od Evropske unije i biračkog tela za predstojeće izbore, a da primenu Zakona o restituciji kao vruć krompir prebaci budućoj vladi, koja će biti formirana nakon parlamentarnih izbora 2012. godine.

U pogledu sadržine, Nacrt zakona pati od brojnih slabosti, na koje su u dosadašnjoj javnoj raspravi ukazali stručnjaci i udruženja za restituciju:

- Kao prvi ključni princip u predloženom Nacrtu zakona iznet je stav da treba ispraviti nepravdu koja je učinjena mnogim porodicama iz ideoloških razloga. Pri tome se previđa da osnovni razlog nije ispravljanje nepravde, nego uspostavljanje imovinske i pravne sigurnosti u zemlji.
- Kao i prethodni, i ovaj Nacrt uspostavlja drugačiji režim restitucije u odnosu na važeći Zakon o vraćanju imovine crkvama i verskim zajednicama iz 2005. godine, što je nedopustivo.
- Ključna primedba, koja obesmišljava čitav proces, jeste izostanak supstitucije, tj. zamenske restitucije zemljišta (koja je uspešno sprovedena u Nemačkoj, Sloveniji, Makedoniji, čak i u Srbiji početkom devedesetih godina prošlog veka). Budući da ne postoje racionalni, ekonomski, pravni, socijalni i slični razlozi za sprečavanje supstitucione restitucije, zakonom je neophodno predvideti supstituciju (zamensku restituciju) oduzete imovine drugom imovinom iz imovine Republičkog fonda.
- Vladi Republike Srbije predviđena su razna diskreciona ovlašćenja i uloga prodavca imovine oduzetog porekla. Uz to, Agenciji za restituciju daje se diskreciono pravo da odlučuje šta je narušavanje ekonomske stabilnosti, a šta nije.
- Nekoliko članova zakona arbitrira, diskriminiše građane, paušalno dodeljuje ili oduzima prava.
- Nacrt zakona, posebno član 6 stav 1 i drugi, nije usaglašen sa postojećim Zakonom o rehabilitaciji.⁵

5 Početkom septembra 2011. godine, Vlada je donela i Predlog zakona o rehabilitaciji koji je upućen Narodnoj skupštini. Predloženim izmenama samo su delimično otklonjene slabosti sadašnjeg Zakona o rehabilitaciji. Bitno je da su potpunije regulisana prava lica koja se rehabilituju, tako da će steći mogućnost vraćanja oduzete imovine, posebno novčanog dodatka i uvećanog penzijskog staža, ali i nadoknade za pretrpljen duševni bol.

- Članom 8 Nacrta zakona načelno se predviđa naturalni povraćaj oduzete imovine. Međutim, postoje brojni izuzeci od vraćanja (predviđeni čl. 18 i drugim) i oni obuhvataju najveći deo imovine koja treba da bude vraćena.
- Pošto se, suprotno proklamovanom načelu naturalne restitucije, izuzecima i ograničenjima vraćanja faktički postiže izbegavanje vraćanja imovine u naturi, zakonom se predviđa isplata naknade u obveznicama, čiji je ukupan iznos ograničen. Krajnji efekat toga je da će potraživanja po osnovu restitucije biti umanjena više desetina puta.
- Stiče se utisak da se predloženim nacrtom Zakona zapravo želelo u što većoj meri izbeći proklamovano naturalno vraćanje oduzete imovine.
- Nejasno je zašto obveznici vraćanja nisu i pravna lica koja su besteretnim pravnim poslom dobila oduzetu imovinu.
- Zakon bi morao sticaoca imovine bez pravnog osnova, kao i nesavesnog sticaoca, nedvosmisleno definisati kao obveznika vraćanja imovine po osnovu restitucije, a naročito ako je takva imovina data u namam, zakup i sličan odnos.
- Nejasno je zašto nacrtom Zakona nije predviđena supstitucija državne za oduzetu imovinu.
- Zakon o restituciji ne može trpeti posledice po više osnova štetnog Zakona o planiranju i izgradnji (SG RS, 72/09) protiv kojeg je podneta Inicijativa za ocenu ustavnosti 18. septembra 2009. godine.
- Nacrt zakona ima ozbiljnih pravnih praznina u celini, a naročito u delu kojim je propisan postupak po zahtevima gde je ostavljen veliki prostor za arbitrarnost u postupanju, kao i u pogledu rokova.
- Odredba kojom se Agenciji za restituciju omogućava da odbaci zahtev (umesto da naloži podnosiocu da ga uredi) u direktnoj je suprotnosti sa načelima Zakona o opštem upravnom postupku.
- Stiče se utisak da je cilj procesnih odredbi nacrta Zakona zapravo dovođenje što većeg broja bivših vlasnika u poziciju da im zahtevi zbog faktičke nemogućnosti prikupljanja dokaza, zbog kratkog roka za podnošenje zahteva i dugog roka za odlučivanje po zahtevu – budu odbačeni ili da u slučaju da budu odbijeni protekne rok za ponovno podnošenje zahteva.
- Previđeni rokovi od dve godine za prijavljivanje i šest meseci, odnosno godinu za odlučivanje kratki su i teško da će biti ispunjeni. (Nemačka sa svom svojom pedantnom evidencijom sprovodila je restituciju 20 godina. Slovenija je sprovodi od 1991. godine i tek je sada privodi kraju.)
- U principu, građane ne bi trebalo ograničavati i odbacivati njihove zahteve ako nemaju sve papire. Jer, mnogi neće uspeti da prikupe dokumentaciju. Posebno oni kojima je imovina oduzeta po usmenom nalo-

Osim toga, uređeno je pitanje zakonske rehabilitacije, preciziran je postupak, sužen broj onih koji mogu podneti zahtev za rehabilitaciju i dr. Nažalost, ostalo je nedorečeno pitanje naknade licima koja su dobila sudsku rehabilitaciju i sl.

gu, a nije im dat nikakav papir. Nije fer prebacivati teret na stranku jer zbog države nije ni bilo dokumentacije.

- Neprihvatljiv je stav da rešavanje pitanja restitucije izaziva makroekonomsku nestabilnost države Srbije. Naprotiv, zbog nepoštovanja osnovnih principa tržišnog poslovanja i svojinskih prava nad državnom imovinom, Republika Srbija je došla u tešku ekonomsku situaciju, a jedna od mera kojom se sprečava korupcija, uspostavljaju ustavnost i zakonitost u državi jeste restitucija.
- Predviđano je da se značajna pitanja naknadno regulišu uredbama (član 35 Nacrta), a koja po svojoj prirodi moraju biti regulisana zakonom. Tu se krije opasnost da ovaj nedostatak bude prepreka u primeni zakona, koji bi u dužem vremenskom periodu ostao „mrtvo slovo na papiru“, kao što je slučaj sa Zakonom o lustraciji.
- Predloženim Nacrtom zakona restitucija se praktično odlaže ili će se ostvariti na polovičan način.

Većinu ovih primedbi Vlada nije prihvatila. Ona je na svojoj telefonskoj sednici 6. septembra 2011. godine usvojila Predlog zakona o povraćaju imovine i obeštećenju, koji je upućen u skupštinsku proceduru. Predlog zakona je pravnotehnički sredio i prečistio tekst i uneo novu sistematiku. Njime je predviđeno da prvo sledi dokazivanje šta je kome oteto, pa tek nakon toga vraćanje imovine. Maksimalan pojedinačni iznos na koji bivši vlasnici ili njihovi naslednici mogu računati jeste pola miliona evra. Predlogom je utvrđeno da se obveznice za obeštećenje isplaćuju u evrima na 15 godina, dok bi za starije od 70 godina taj rok bio pet godina. Privatizovana preduzeća imaju obavezu da vrate građevinsko zemljište ako ne konvertuju pravo korišćenja u pravo svojine u roku od dve godine. Neizgrađeno građevinsko zemljište se vraća ako se ne podnese zahtev za konverziju u roku od dva meseca a ne izvrši za dve godine. Korisnik poljoprivrednog zemljišta na kojem postoje dugogodišnji zasadi moraće da plaća zakup vlasniku.

U celini posmatano, ovaj Nacrt, odnosno Predlog zakona svedoči o dvostrukoj nevolji Srbije: 1) o ozbiljnim slabostima predloženih mera restitucije i 2) o konstantnom neuspehu političkih elita da obezbede poštovanje prava koja proklamuju.

Zaključak

Zakon o restituciji i prateći zakoni koji treba da označe raskid sa praksom kršenja ljudskih prava u prošlosti odavno su postali stvarnost u državama u tranziciji. U Srbiji, jedanaest godina posle pada autoritarnog režima i nakon nekoliko predloženih modela, nacrti i predloga zakona o restituciji, još uvek nije uspostavljen društveni konsenzus u pogledu restitucije, tako da je Srbija danas jedina postkomunistička zemlja koja nije donela zakon o restituciji.

U tom kontekstu, Vlada Republike Srbije je pod pritiskom Saveta Evrope, krajem jula 2011. godine uputila na javnu raspravu Nacrt zakona o vra-

ćanju oduzete imovine i obeštećenju, da bi 6. septembra 2011. godine usvojila Predlog zakona o povraćaju imovine i obeštećenju koji će u skupštini biti usvojen do kraja septembra 2011. godine. Dosadašnje stručne rasprave ukazale su na nepostojanje osnovnih pravno-sistemskih, ekonomskih i političkih pretpostavki za restituciju u Srbiji, kao i na brojne sadržinske insuficijencije predloženog Nacrta i Predloga zakona. Zato se nameće zaključak da je u Srbiji proteklih 20 godina na delu bio neuspešan pokušaj restitucije. Sa novim zakonom o restituciji u Srbiji će narednih 20 godina biti na delu polovična restitucija.

Razlozi za to su brojni, objektivni i subjektivni, i svode se na činjenicu da je u Srbiji posle demokratskih promena 2000. godine na delu ne diskontinuitet već kontinuitet sa autoritarnom vladavinom nepravne države i da političke elite koje su se smenjivale u poslednjih sedam godina nisu shvatile da je neophodno da savladaju zlo autoritarne prošlosti i ostvare tranzicionu pravdu. Važan razlog zbog kojeg aktuelna vlast u Srbiji, kao i sve prethodne, na sve moguće načine nastoji da onemogući restituciju oduzete imovine jeste sprečavanje popisa ukupne državne imovine – jer je kao nepopisana i bez titulara idealna za otuđenje.

Literatura

- McBride, Jeremy, „Kompenzacija i restitucija za zadiranja u svojinu u postkomunističkoj Evropi“, *Hereticus*, br. 4/2004, str. 7–36.
- Glišić, Srboljub, „Analiza baze podataka o prijavljenoj i oduzetoj imovini“, *Hereticus*, br. 1/2008, str. 64–88.
- Nacrt zakona o denacionalizaciji, maj 2007.
- Nacrt zakona o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju, jul 2011. <http://www.zakon.co.rs>, 29. jul 2011.
- Predlog zakona o povraćaju imovine i obeštećenju, jul 2011. <http://www.zakon.co.rs>, 7. septembar 2011.
- Prokopijević, Miroslav, „Loš zakon o restituciji“, *Hereticus*, br. 1/2008, str. 59–63.
- Sl. glasnik RS*, br. 100/2004.
- Sl. glasnik RS*, br. 46/2006.
- Sl. glasnik RS*, br. 72/2009.
- Stefanović, Zlatko, „Denacionalizacija u Srbiji – hronologija obaćanja“, *Hereticus*, br. 4/2004, str. 37–53.
- Stefanović, Zlatko, „Zakon o denacionalizaciji – analiza Nacrta iz 2007. godine“, *Hereticus*, br. 1/2008, str. 47–58.
- Todorović, Vladimir, „Denacionalizacija u Srbiji de lege ferenda“, *Hereticus*, br. 4/2004, str. 54–68.
- Vodinelić, Vladimir V., „Denacionalizacija: veliko iščekivanje izvesnog“, *Hereticus*, br. 1/2008, str. 16–46.

Jovica Trkulja, PhD

Professor of Law University of Belgrade, Faculty of Law

THE LAW ON RESTITUTION – THE ANALYSIS OF THE 2011 DRAFT

Summary

Restitution is one of the most important steps of the democratic authorities after the authoritarian regime had fallen. It represents an important hypothesis for the political and moral recuperation of the Serbian society and a condition for the building of the modern democratic society. The Law on restitution and its complementary laws, which should indicate a break-up with the practice of the human rights violation in the past, have become a reality in other states in transition long time ago. Consensus about the adoption of the Law on restitution has not been reached in Serbia yet. Therefore, Serbia is the only post-communist country in the today's South-eastern Europe that has not adopted the Law on restitution. In this context, on July 28th, 2011, the Government of the Republic of Serbia forwarded the Draft of the Law on returning the confiscated properties and compensation for public discussion. After the public discussion had been finished, the Draft of this Law was forwarded to Parliament procedure (September 6th, 2011). This is an important long-expected step towards establishing the state of law and the so-called transitional justice in Serbia. In this paper the author observes the issue of restitution as the measures of the legal dealing with the authoritarian past in Serbia and he estimates the proposed Draft of the Law, that is, the Bill. The unsuccessful attempt of restitution was ongoing in Serbia for the last twenty years. With this Law on restitution the impartial restitution will be ongoing in Serbia for the next twenty years.

Key words: Legal dealing with the authoritarian past in Serbia. The state of law. A right to restitution.

SRBIJA U POTRAZI ZA EVROPSKIM IDENTITETOM

Apstrakt

Izvorni model političkog identiteta pripada nacionalnoj državi kao primarnom obliku političke zajednice i uvek sadrži tri dimenzije – objektivnu, subjektivnu i interpretativnu. Uspostavljanje transnacionalne ili postnacionalne političke konfiguracije kakva je Evropska unija (EU), nametnulo je potrebu za traženjem novih određenja političkog identiteta koji je nesvodljiv na nacionalnu državu. Pri tom, na delu su različita tumačenja i nacionalnog i pomenutog transnacionalnog identiteta i utoliko je opravdano govoriti o političkom identitetu uvek iznova kao o određenom (idejnom ili ideološkom) konstruktumu/tumačenju.

Građansko tumačenje evropskog identiteta vezano je za evropski ustavni patriotizam. Ustavni patriotizam koji se generalno odnosi na nacionalnu državu, nije primenljiv direktno na evropski ustavni patriotizam; ustavni patriotizam u vezi sa EU dobija nova značenja, koja ne traže punu lojalnost jednom centru vlasti i do kraja definisanom ustavnim poretku. Evropski ustavni patriotizam, između ostalog, pretpostavlja otvoreno polje deliberacije za sve Evropljane oko daljeg unapređivanja ustavnog poretka EU, on je povezan s motivisanošću Evropljana za unapređivanje evropske zajednice naroda i njenih civilizacijskih dostignuća, ali uz poštovanje ustavnog poretka i sopstvene nacionalne države.

Građansko tumačenje političkog identiteta savremene Srbije, koje je usmereno na reforme u pravcu uspostavljanja ustavne demokratije, kompatibilno je sa nastojanjima Srbije da se integriše u EU. Standardi (pravni, politički, ekonomski), koji se postavljaju pred Srbiju na putu integracije u EU, pod pretpostavkom njihovog ostvarenja, predstavljaju civilizacijski benefit za Srbiju.

Ključne reči: Politički identitet. Nacionalna država. Evropski identitet. Srbija. Evropska unija. Ustavni patriotizam. Evropski ustavni patriotizam. Evropske integracije.

Uvod

Ovako formulisana tema zahteva da najpre objasnimo pojam političkog identiteta nacionalne države; nadalje, biće govora o smislu i sadržaju evropskog identiteta, zatim o razmeđama na kojima se nalazi politički identitet sa-

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

dašnje Srbije i o nastojanjima da ona uspostavi politički identitet, koji je po svom karakteru evropski, odnosno kompatibilan s najvišim standardima koje je EU postavila za pridruživanje.

1. Politički identitet nacionalne države

Izvorni model političkog identiteta pripada nacionalnoj državi i on uvek sadrži tri dimenzije – objektivnu, subjektivnu i interpretativnu. Objektivna dimenzija je vezana za određeni okvir institucionalno-pravnog, političkog i ekonomskog sistema, kao i socijalne strukture; pozadinski, u nju spada i kulturno nasleđe, dominantni kulturni obrasci i sistemi vrednosti, jezik, dati političko-istorijski inherentni i međunarodni kontekst.

Subjektivna dimenzija je vezana za kolektivni i individualni osećaj pripadništva društvenih aktera datoj političkoj zajednici, što je zasnovano na kvalitetu političkog legitimiteta, kao i na dominantnim modelima kolektivnog razumevanja prošlosti, sadašnjosti i budućnosti date zajednice. Legitimnost modernog liberalnodemokratskog poretka je utemeljena na karakteristikama i kvalitetu institucionalnog aranžmana ustavom ograničene i podeljene vlasti, a posebno na elementima demokratske participacije građana u biranju vlasti i u političkom odlučivanju, posredovano opštim pravom glasa, periodičnim slobodnim izborima i postojanjem prostora za kritičku javnost, demokratske medije i civilno društvo. Legitimacijska baza zavisi, dakle, i od javnog diskursa, koji sa svoje strane može biti ne samo kritički i orijentisan na unapređivanje demokratije u državi i društvu, već i manipulabilan/populistički, usmeren ka upotrebi demokratije i za nedemokratske svrhe. Opštije rečeno, javni diskurs je pluralan u modernim političkim zajednicama i utoliko su različiti interpretativni modeli u opticaju povodom identiteta političke zajednice.

Interpretativna dimenzija, koja je neodvojiva od pomenute subjektivne dimenzije, vezana je za relevantne interpretacije date političke zajednice, koje primarno potiču od intelektualnih i političkih elita, tačnije, elita generalno uzev. Interpretacija objektivne i subjektivne dimenzije političke zajednice ima konstitutivnu ulogu u izgradnji identiteta. U tom smislu, politički identitet je uvek konstrukt; svaki spoj empirijskih i normativnih elemenata analize uklapa se u određenu matricu tumačenja, u određeni idejno-politički ili ideološki konstrukt.¹ Po pravilu, postoji dominantan interpretativni model, ali u pluralnom modernom društvu kao takvom, posebno imajući u vidu globalizacijske uticaje, formativnu ulogu imaju sve relevantne interpretacijske opcije, bilo tako što deluju kao remetilački faktor u odnosu na dominantno tumačenje ili tako što se bore za uspostavljanje svoje dominacije.

Glavna tumačanja² političkog identiteta moderne nacionalne države su etnokulturalno (etnonacionalističko) i građansko, s tim što je dominantno

1 Videti: Eriksen, T. H. *Etnicitet i nacionalizam*, Beograd 2004.

2 Videti: Vujadinović, D. „Evropski identitet“, u: Lilić, S. *Pravni kapaciteti Srbije za evropske integracije*, knjiga V, Beograd 2010; Vujadinović, D. „Evropski politički identitet i Srbija“, u: Podunavac, M. (ur.) *Država i demokratija u procesu evropeizacije Srbije*, Beograd 2011.

građansko tumačenje. Međutim, s procesima globalizacije, kao i s masovnim migracijama, javljaju se i tumačenja sa stanovišta multikulturalizma, pluralizma, komunitarizma.

Etnonacionalističko tumačenje je homogenizujuće, kolektivističko tumačenje; u njemu individue predstavljaju deo kolektivnog političkog bića, a od građana se očekuje lojalnost dominantnim idejama i praksi, identifikacija s grupom i političkim režimom, nekritičko prihvatanje tradicije kao uzora i kriterijuma tumačenja i delanja spram sadašnjosti i budućnosti; patriotizam se često identifikuje s neupitnim poštovanjem i sleđenjem oficijelnih/dominantnih modela mišljenja i delanja.

S druge strane, postoji građansko tumačenje, koje podrazumeva postojanje i razvijanje konstitucionalne demokratije, gde se politički identitet gradi, idealno uzev, na autonomiji jedinice i demokratskoj transparentnoj politici, kritičkoj javnosti i participaciji građanja; gde se nacionalni/politički identitet vezuje pre svega za zaštitu ljudskih prava, kvalitet života, unapređivanje demokratskih mehanizama vladanja, i gde se patriotizam vezuje primarno za ustavni patriotizam. U građanskom tumačenju, individua prethodi kolektivitetu i kolektivni identitet je podložan preispitivanju i kreiranju u kritičkoj javnosti i civilnom društvu.³

Faktičko stanje svetskih i evropskih masovnih ekonomskih i političkih migracionih kretanja, koje je posebno počev od druge polovine 20. veka izazvalo značajne promene u etničkoj strukturi stanovništva nacionalnih država, s jedne strane, zatim, nasleđeno stanje multinacionalnosti i multi-konfesionalnosti u mnogim državama, s druge strane, i unapređivanje teorije i prakse ljudskih prava i kulture zaštite manjina, nametnulo je potrebu za novim multikulturalnim tumačenjima političkih identiteta savremenih nacionalnih država. Multikulturalizam se s treće strane, u smislu političkog identiteta artikuliše u političkoj teoriji, s jedne strane, na liniji etnokulturalnih tumačenja, kao komunitarizam – kao kolektivistički, antiglobalizacijski, evroskeptički, često ksenofobični partikularistički model tumačenja; a na drugoj strani, multikulturalizam se artikuliše sasvim drugačije na liniji građanskih tumačenja, s kritičkom notom u odnosu na referentna građanska tumačenja u smislu zahteva za većom inkluzivnošću, s izraženijim opredeljenjem za zaštitu manjinskih prava i slabijih društvenih grupa, tj. njihovih individualnih pripadnika, a sa stanovišta univerzalnih ljudskih prava i specifičnih prava ugroženih manjinskih grupa.⁴

Kao što je već pomenuto, dominantno tumačenje moderne liberalnodemokratske države je građansko, s izraženim elementima kosmopolitizma zasnovanog na univerzalnim vrednostima jednakosti i slobode. Međutim, u situacijama krize političkog legitimiteta, kao i globalne ekonomske krize, dobijaju na snazi i inače perzistirajuća partikularistička etnokulturalna tumačenja.

3 Ibid.

4 Videti: Jovanović, M. „In Search for Democratic Legitimacy“, in: Jovanovic, M., Vujadinovic, D. and Etinski, R. *Democracy and Human Rights in the EU*, Belgrade/Maribor 2009.

Moderna država zapadnog tipa se razvila do modela ustavne demokratije i baš zato su dominantna u političkoj teoriji i publicistici građanska tumačenja ove političke zajednice. Međutim, opstaju i etnokulturalna, nacionalistička tumačenja i u najrazvijenijim državama Zapada; naime, u borbi protiv autoritarne i teološki određene srednjovekovne države, moderna nacionalna država nastaje preko spoja republikanizma i nacionalizma, da bi se s razvojem liberalno-demokratske države kroz nekoliko vekova i sa izgradnjom principa konstitucionalizma pokidala veza između nacionalizma i moderne države.⁵ To, dakle, nije nužna veza, ali zadržala su se tumačenja etnokulturnog ili nacionalističkog tipa, koja čuvaju vezu s pomenutom spregom.

U tom smislu, u svim razvijenim zapadnim zemljama regularno, legalno i legitimno postoje u okvirima multipartijskih sistema konzervativne struje i političke stranke – zastupnice tradicionalnih ideja o jakoj državi, svetosti porodičnih vrednosti, svetosti kolektiviteta, značaju religijskog identiteta, etnokulturnog integriteta/etniciteta. Iz pomenutog kulturno-političkog okruženja i utemeljenja, proističu najčešće, ali svakako ne nužno i ne isključivo iz njih, i aktuelni rastući trendovi homofobije, etnonacionalizma, rasizma, jačanja ekstremne desnice, rastućeg neprijateljstva prema globalizacijskim trendovima mešanja stanovništva, kultura, i još konkretnije – prema savremenim migrantima, azilantima, vanevropskim doseljenicima na prostore zapadne Evrope, pa čak i imigrantima iz siromašnijih delova Evropske unije u one najbogatije zapadne zemlje.

Tumačenja političkog identiteta liberalnodemokratskih država Zapada se razlikuju zavisno od pomenutih ideoloških orijentacija, koje divergiraju između liberalnodemokratskih, neoliberalnih i konzervativnih, pri čemu su liberalnodemokratske i klasične liberalne koncepcije međusobno bliže politički uzev, odnosno kontrastirane konzervativnim, u smislu davanja prednosti slobodi i individualnosti nad kolektivitetom i tradicijom, dok su, s druge strane, neoliberalne i konzervativne koncepcije međusobno ekonomski bliže, u smislu zagovaranja slobodnog tržišta nasuprot liberalnodemokratskoj koncepciji socijalne države (uz ogradu, da i određene konzervativne koncepcije jesu branile paternalističku državu blagostanja, recimo u slučaju Bizmarka).⁶

Tumačenja zavise od dominantnih ideoloških orijentacija elita, a zavise i od toga da li se radi o autoritarnom ili demokratskom poretku, kao i od karaktera dominantne političke kulture (autoritarne ili demokratske), tako da može da se dogodi da je nominalno poredak demokratski, ali da prevagu nosi etnonacionalističko tumačenje političke zajednice (to se, recimo, događa u pojedinim tranzicijskim zemljama), ili da je poredak supstancijalno demokratski a da se javljaju razne verzije nacionalističkih, ksenofobičnih, rasističkih, ekstremnodesničarskih tumačenja identiteta političke zajednice.

5 Videti: Muller, J-W. *Ustavni patriotizam*, Beograd 2010; Vrcan, S. *Nacija, nacionalizam, moderna država*, Zagreb 2006, 76–110; Habermas, J. *Postnacionalna konstelacija*, Beograd 2002; Vujadinović, D. „Evropski identitet“, *op. cit.*

6 Videti: Nedović, S. *Država blagostanja – Ideje i politika*, Beograd 2005.

Pošto političke i intelektualne elite, odnosno elite uopšte uzev, igraju značajnu ulogu u tumačenju identiteta, njihova odgovornost je ključna za to kakav politički identitet se profiliše. Odgovornost elita je naročito izražena u tranzicijskim zemljama, onima koje tek treba da uspostave političke zajednice utemeljene na konstitucionalnoj demokratiji; u ovom slučaju, elite direktno učestvuju bilo u kreiranju ili opstrukciji kreiranja konstitucionalne demokracije i vladavine prava. Dakle, elite se ovde ne bave pre svega tumačenjem kao trećom dimenzijom kreacije političkog identiteta, već i proizvodnjom prve – objektivne dimenzije političkog identiteta (institucionalnim okvirom, ustavnim identitetom), i to bilo sa etnokulturalnog ili građanskog stanovišta.

2. Evropski identitet

Evropska unija predstavlja političku zajednicu novog tipa u odnosu na izvorno određenje identiteta nacionalne države i, utoliko, zahteva osobeno određenje.

Pošto ne postoji jednoznačno određenje nijednog političkog identiteta, već se uvek radi o specifičnim interpretacijama i idejnim/ideološkim konstruktima, i u slučaju evropskog identiteta moraju se analitički diferencirati različita relevantna tumačenja.

Razlikovanje na nivou nacionalnih država etnonacionalističkog i građanskog pristupa, kao i multikulturalnog pristupa, ne može direktno da se primeni na tumačenje identiteta Evropske unije. Etnokulturalni model tumačenja se transponuje u evroskeptičko tumačenje (nepristajanje na subordinaciju nacionalnih država ovoj nadnacionalnoj tvorevini) ili u komunitarističko (prihvatanje EU, ali s pretpostavkom da ona tek mora da izgradi politički identitet po ugledu na nacionalne države), a građanski model tumačenja se transponuje u proevropsko, pluralno tumačenje identiteta EU. Multikulturalni model tumačenja se u određenim modalitetima približava građanskom (pluralna, inkluzivna tumačenja), a u drugima koja su možda brojnija, etnokulturalnom (evroskeptička, komunitarna tumačenja).⁷

Objektivna dimenzija političkog identiteta EU primarno se vezuje za genezu institucionalno-pravnog ujedinjavanja prostora zapadne Evrope u periodu nakon Drugog svetskog rata, a posebno preko utemeljujućih ugovora, počev od Ugovora o osnivanju Evropske zajednice za uglj i čelik (Pariz 1951), Ugovora o osnivanju ekonomske zajednice/Ugovora o osnivanju Evropske zajednice za atomsku energiju (Rimski ugovor 1957/58), Jedininstvenog evropskog akta (1986/87), Ugovora o Evropskoj uniji – iz Matrihta (1992/93), iz Amsterdama (1997/99), iz Nice (2001/03), i konačno, do Ugovora o funkcionisanju Evropske unije (Ugovora iz Lisabona), potpisanog 2007, a stupio na snagu 2009. godine).⁸

Nadalje, objektivni politički identitet Evropskoj uniji daje institucionalni model liberalno-demokratskog poretka, koji postoji u pojedinačnim država-

7 Videti: Vujadinović, D. „Evropski identitet“, *op. cit.*

8 *Ibid.*

ma i koji se zahteva kao uslov pristupanja EU, a koji se nastoji ostvariti i na nivou zajedničke političke tvorevine. Pri tom, nastojanja da se EU izgradi na principima konstitucionalne demokratije nisu materijalizovana u vidu Ustava EU, već pre svega kroz pomenute osnivačke akte i Povelju fundamentalnih prava EU, odnosno, kroz sistem vrednosti koji se promovise vezano za socijalnu pravdu, mir, slobodu, jednakost, toleranciju, jedinstvo u različitosti, kulturu ljudskih prava. Moto EU je „jedinstvo u različitosti“.

Objektivno uspostavljanje političkog identiteta EU suštinski je vezano i za procese kulturnog, ekonomskog, informatičkog, medijskog prožimanja evropskog prostora, zatim za rezidencijalnu pokretljivost, povezanost evropskog obrazovnog modela posredstvom „Evropskog okvira visokog obrazovanja“, kao i za delovanje civilnog društva preko i mimo granica nacionalnih država na tlu EU.

Proevropsko tumačenje ovog objektivnog procesa formiranja zajedničkog evropskog prostora kao istorijskog, političkog, ekonomskog, kulturnog, socijalnog, selekcionise na takav način događaje i procese, da se taj proces evropeizacije pokazuje kao supstancijalan, utemeljen u potrebama ljudi, objektivnim i epohalnim tendencijama, ali, opet, i uz kritičko ukazivanje na ogromne mane evrokratsko/birokratskog kreiranja EU „odozgo“ od pedesetih godina 20. veka pa do danas, kao i na probleme koje donosi neuspešnost u integraciji imigranata i neuspešnost multikulturalizma (izazivanje ksenofobije, rasizma, etnonacionalizma kod domaćeg stanovništva, i u odnosu na doseljenike iz siromašnijeg Trećeg sveta, ali i u odnosu na doseljenike iz novoprimitiviziranih država centralne i istočne Evrope, kao i u odnosu, recimo, na Rome).

Pozitivni odgovori na pitanje šta građane Evrope već faktički vodi tome da se osećaju kao Evropljani, moraju se povezati sa svime što se ustanovilo kao prednosti formalnopravnog sadržaja evropskog građanstva, i što se uspostavilo kao socijalno umrežavanje po raznim osnovama (slobodno tržište, sloboda kretanja roba, ljudi, kapitala, evropski prostor obrazovanja, internet, ustanovljavanje Euro-metropola i „Euro-stars“ (građani EU koji žive u jednoj državi, rade u drugoj), multilingvalni su, lako menjaju mesto rada, stanovanja, provođenja slobodnog vremena, uspostavljanja partnerskih odnosa mimo i preko „granica“ država).

U opštijem, međutim, smislu, ti pozitivni odgovori bi se mogli vezati za ono što Miler (Jan-Wener Muller)⁹ naziva „evropski ustavni patriotizam“, zatim za ono što Gidens (Anthony Giddens)¹⁰ naziva „evropski socijalni model“, kao i za koncept evropskog građanstva, uključujući u njega i ono što Džon Kin (John Keane)¹¹ naziva multidimenzionalno građanstvo.

„Evropski ustavni patriotizam“ tiče se mnogo relaksiranijeg pravno-političkog okvira zajedništva u odnosu na nacionalne države, koji ostavlja prostor

9 Muller, J-W. *op. cit.*

10 Gidens, E. *Evropa u globalnom dobu*, Beograd 2009.

11 Keane, J. *European Citizenship? Historical Foundations, New Departures*, London/Berlin 2005.

za široku i stalnu deliberaciju oko zajedničkih interesa građana Evrope, i koji izražava privrženost Evropljana Evropi u meri u kojoj im ona pruža benefite, ali istovremeno ne ugrožavajući njihovo opredeljenje i za svoje nacionalne države i benefite koje im one pružaju. Ustavna kultura koja počiva na liberalnodemokratskim normama i vrednostima, u slučaju EU dobija na privlačnosti (moralnom višku) u meri u kojoj nudi inkluzivniju a manje obavezujuću pripadnost, ne poričući pri tom i potrebu za nacionalnom pripadnošću; zatim, u meri u kojoj nudi očuvanje evropske unutrašnje raznolikosti i mirnog suživota, bez pokušaja nametanja bilo pravne jednoobraznosti ili oružane jednoobraznosti (u smislu imperijalnih ciljeva). Mir i tolerancija su ciljevi, moto je „jednakost u različitosti“, nikakva jednoobraznost.¹²

Atraktivnost Unije je u tome što je uspostavljanje institucionalnog jedinstva i donošenje osnivačkih akata teklo kao proces deliberacije i političke borbe bez unapred postavljenog cilja nametnutog iz jednog centra; zatim, ishod deliberacije je neizvestan i sudbina ove političke zajednice je otvorena, predstavlja projektni izazov koji treba čuvati unapređivanjem, a za dobrobit svih zainteresovanih; privlačnost sledi i iz normativnih uticaja na unapređenje ekonomske, pravne i političke kulture unutar EU, kao i vezano za zemlje u okruženju.¹³

Što se tiče vezanosti Evropljana za EU, njihovog doživljaja sebe kao Evropljana, uz sve pomenute objektivne elemente koji su već doveli ili će dovesti i do razvijanja subjektivne dimenzije političkog identiteta EU, ne sme se gubiti iz vida činjenica, potkrepljena empirijskim istraživanjima, da je identifikacija sa EU srazmerno niska (kod nekih država čak samo 10% – Finska, Estonija, Velika Britanija), da se ona ispoljava i kroz nisku izlaznost na izbore za Evropski parlament, kao i da se svi Evropljani (neki manje, neki više) najpre identifikuju sa svojom nacionalnom državom, pa tek onda sa EU.¹⁴

Evropski socijalni model kao bitna tačka privlačnosti EU za njene građane, po mišljenju Gidensa, nije i ne može više da bude paternalistički model države blagostanja, već socijalni model intervencije države u unapređivanje tehnologije (informacione naročito), obrazovanja, brige o deci i slabim društvenim grupama, i to kroz investiranje države u ove sfere, ali bez intervenisanja na skupi birokratski način u slobodno tržište i redistribuciju profita.

Ovaj autor se zalaže za odustajanje od tradicionalnog socijalnog sistema, koji je primenjivan u evropskim nacionalnim državama i koji je građane Evropske unije oformio kao opredeljene za socijalnu pravdu i sistem socijalne zaštite, ali koji je državu blagostanja učinio preskupom, doveo je u krizu i stanje propadanja, a građane navikao na paternalizam države; on se zalaže za njegovu zamenu novim evropskim socijalnim modelom, koji će biti i tržišno orijentisan i socijalno efikasan.¹⁵

12 Muller, J-W. *op. cit.* 142.

13 Videti detaljnije: Vujadinović, D. „Evropski identitet“, *op. cit.*; Vujadinović, D. „Evropski politički identitet i Srbija“, *op. cit.*

14 Eurobarometer, 8.11.2010. http://ec.europa.eu/public_opinion/archives

15 Dragica Vujadinović, „Evropski identitet“, *op. cit.*

Atraktivnost EU je vezana i za unapređivanje kategorije evropskog građanstva, koje, dakle, postoji bez postojanja evropske nacije, i predstavlja razdvajanje kategorije građanina od koncepta nacionalne države. Pored biračkog prava (izbori za Evropski parlament i učešće na izborima za lokalne organe vlasti), evropsko pravo podvodi pod institut evropskog građanstva i pravo slobodnog kretanja i prebivanja na teritoriji država članica, pravo na diplomatsku i konzularnu zaštitu građanina bilo koje države članice EU u trećoj zemlji, ukoliko država čiji je on državljanin nema svoje predstavništvo u toj zemlji, pravo peticije Evropskom parlamentu, pravo predstavke ombudsmanu i obraćanja institucijama Zajednice na jednom od zvaničnih jezika država članica.¹⁶

Pojam građanstva ima, osim pomenute pravne dimenzije, i političku dimenziju, koja je neodvojiva od prethodne, a koja se tiče političke participacije Evropljana u demokratskoj politici unutar EU i sledstvenog savladavanja vidnog demokratskog deficita EU¹⁷.

Džon Kin¹⁸ govori o evropskom građanstvu kao multiplikovanom, kao onom koje je vezano i za aktivnosti civilnog društva na evropskom nivou, a koje Evropljane povezuje na *grass-roots* osnovi, a ne putem tehnokratsko-birokratskih projekata „odozgo“. Reč je o pluralnom građanstvu, zasnovanom na multiplim, potencijalno konfliktnim, identitetima, koji se ne svode na međusobno tolerisanje ili dopunjavanje nacionalnog i supranacionalnog identiteta Evropljanina, već su na multiplikovane načine usmereni ka afirmaciji različitosti, kao prema jedinstvenoj formi postnacionalnog građanstva.

3. Kontroverze političkog identiteta i evropskog puta Srbije

Srbija je država odložene i okasnele (uz to, i vidno neuspešne) tranzicije ekonomsko/političko/pravnog sistema iz poretka tzv. „realsocijalizma“ u poredak liberalnodemokratskog kapitalizma i konstitucionalne demokratije. Politički identitet države Srbije nije uspeo da se profiliše ni u svojoj objektivnoj, institucionalnoj dimenziji (Srbija, štaviše, nije ni dovršena država u elementarnom teritorijalnom smislu), ni subjektivno – u smislu legitimacijske osnove vlasti, kao i dominantnih sistema vrednosti i političke kulture iz kojih potiče identifikacija s političkom zajednicom, a ni interpretacijski – na jasnom tragu konstitucionalne demokratije.

Objektivno, Srbija je daleko od vladavine prava i konstitucionalne/ustavne demokratije, a pravno-politički okvir čijem uspostavljanju se teži po uzoru na razvijene konstitucionalne demokratije, kakve postoje među najrazvijenijim državama EU, inherentno je još uvek manjkav i nedorađen, s jedne strane, a s druge, postignuti institucionalno-pravni rezultati se derogiraju u sudaru s manjkavom implementacijom, kao i u sudaru sa sistemskom korupcijom i nedemokratskom političkom kulturom.

16 Videti: Marinković, T. *Evropeizacija ustavnog prava, Pravo i društvo*, 2010/1.

17 Videti: Jovanović, M. In Serach for Democratic Legitimacy, *op. cit.*

18 Keane, J. *op. cit.*

U slučaju tranzicijskih zemalja, uključujući i Srbiju, ustavna demokratija je zadatak koji vlast, poduprta interpretacijskim naporima elita, treba da uspostavi veštački, „odozgo“, s ciljem da se na tragu liberalnodemokratskog poretka napravi rez s bivšim poretkom i da se redizajniraju prošlost, sadašnjost i budućnost.

Iz perspektive građanskog tumačenja, tj. zahteva za uspostavljanjem konstitucionalne demokratije u zamljama bivšeg „realsocijalizma, po Nenadu Dimitrijeviću¹⁹, temeljni problem u slučaju svih onih postkomunističkim zemalja koje su obeležene visokim stepenom etničke heterogenosti, jeste u tome što njihovi novi, postkomunistički demokratski ustavi nisu zasnovani na građansko/republikanskom principu, već na etnicističkom principu. „Tačno je da njihovi ustavi definišu demokratske pravne i političke institucije, procedure političkog odlučivanja, te kataloge individualnih prava. Ali, s druge strane, vrednost tih elemenata liberalnog konstitucionalizma već na startu je osporena nacionalističkim određenjem zajednice. Postkomunistički ustavotvorci opredelili su se za koncept privatizovane etničke države, odnosno države koja je virtuelno vlasništvo većinske nacije...“²⁰

Ti ustavi zahtevaju reviziju da bi postali u punom smislu građanski, da bi sprečili vladavinu naroda koja se pretvara u vladavinu dominantnog naroda. To je naročito bitno u slučaju demokratske tranzicije Srbije; naime, to što je u novom Ustavu Srbija definisana kao država srpskog naroda i svih građana koji u njoj žive, ima posebnu težinu zbog nasleđa „loše prošlosti“ militarnog pokušaja implementacije etnicističkog temeljnog principa, s jedne strane, a s druge, Srbija spada u socijalno (etnički i religijski) heterogena društva i predstavlja jedan od ekstremnih primera gde je izostao „dugi put pacifikacije etniciteta“.²¹

Može se govoriti o nemogućnosti formiranja stabilne i dovršene države Srbije zasnovane na etničkom principu, s jedne strane, kao i o nerešivosti manjinskog pitanja na istinski liberalnodemokratski način, s druge strane. Naime, pritisak etničke i verske većine može da radikalizuje manjine i da od njih stvara „intenzivne manjine“, koje ne prihvataju pravila demokratske igre u kojoj su predestinirani gubitnici.²²

Dimitrijević govori o tome da je revizija srpskog ustava neophodna, da ovo ustavno definisanje zajednice mora da se utemelji na inkluzivnom, prihvatljivom i za manjine i za većinu u okviru zajedničkog života.²³

19 Dimitrijević, N. *Ustavna demokratija shvaćena kontekstualno*, Beograd 2007.

20 *Ibid.*, 167.

21 *Ibid.*

22 Videti: Goati, V. *Stabilizacija demokratije ili povratak monizmu*, Podgorica 1996.

23 Dimitrijević kaže: „Takvo stanje fundamentalne neravnopravnosti može se prevazići samo konsenzualnom ustavnom revizijom u kojoj bi se većina i manjine saglasile o promeni određenja države. Tim zemljama je – kao prethodni stav uspostavljanja i stabilizacije demokratije – neophodna ustavna identifikacija jednog inkluzivnog i za sve prihvatljivog okvira zajedničkog života, u kome će priznanje posebnih identiteta biti uravnoteženo s univerzalizmom prava.“ (*Ibid.*, 168)

Pominjano temeljno normativno određenje ustavnog i političkog identiteta, u slučaju Srbije, koja je socijalno, ekonomski i kulturološki devastirana zemlja, može i mora biti dopunjeno strateškim planiranjem i objektivnim pomacima i u svim onim elementima politike, ekonomije, kulture, sistema vrednosti, obrazovanja, vaspitanja, koji doprinose „dobrom“ životu jedinke u „dobro uređenoj političkoj zajednici“.

Po pitanju subjektivne dimenzije političkog identiteta, građani Srbije svoju identifikaciju s političkom zajednicom ne profilisu dominantno na građanski način, u njima se sudaraju etnokulturalne i građanske matrice i sistemi vrednosti.

Identifikacija građana Srbije sa svojom političkom zajednicom još uvek je dominantno etnicistički određena, tako da su većinski nacionalizam i manjinski nacionalizmi komplementarni na destruktivan način. Patriotizam se dominantno vezuje za nacionalizam, dominantan nacionalizam/patriotizam je vezan za privrženost srpskoj naciji/državi, što i objektivno i subjektivno udaljava manjinske narode od identifikacije s državom Srbijom. U interpretacijskoj ravni, to se iskazuje kao afirmacija etnonacionalizma i partikularizama, podsticanje animoziteta među etničkim grupama umesto pacifikovanja suživota; iskazuje se i kao ksenofobija i netolerancija, koje zajedno – u situaciji hronične ekonomske krize i stalnog siromašenja stanovništva, masovne nezaposlenosti, masovne nepismenosti i sledstvene nedemokratske političke kulture, s jedne strane, i rastućih procesa retradicionalizacije, repatrijarhalizacije i klerikalizacije, s druge strane – predstavljaju idealno tlo za opasno narastanje ekstremne desnice i za izrazito opasne pojave potencijalne i aktuelne fašizacije države i društva.²⁴

Istovremeno, na paradoksalan način, kada je u pitanju opredeljenje građana u odnosu na EU, ono je godinama unazad bilo veoma visoko, recimo oko 70% u 2006. godini, oko 75% u 2008. godini. Privrženost evropskim integracijama je, ipak, opala u poslednje vreme, u 2011. je spala na oko 50%,²⁵ i to uslovljeno rastućom ekonomskom i političkom krizom unutar same EU, kao i zbog „izneverenih očekivanja“ da će EU na brži i lakši način, kao i bez uslovljavanja satatusom Kosova, prihvatiti kandidaturu i datum pregovora o pridruživanju Srbije.

24 O etnifikaciji političkog polja u Srbiji, videti: Vujadinović, D. „Šta je racionalni nacionalni i državni interes savremene Srbije?“, u: Vujadinović, D. i Goati, V. ur. *Između autoritarnosti i demokratije – Nacionalni i/ili državni interes savremene Srbije*, Beograd 2007.

Kao najnoviji slučaj opasne tendencije fašizacije, može se navesti primer nedavnog otkazivanja „Parade ponosa“ zbog priznanja državnih organa da nisu u stanju da štite ustavom garantovana prava i da spreče militantne grupe da ugroze bezbednost. Sve su češći primeri da ekstremne desničarske grupe otvoreno prete pojedincima ili predstavnicima određenih političkih opcija bez zakonskih i sudskih konsekvenci, ili da pojedini crkveni velikodostojnici, javne ličnosti, političari iskazuju neke vrste govora mržnje ili politički nekorektnog govora, a da ne trpe nikakve sankcije, kao i da huliganske i ekstremističke grupe vrše nasilje na nacionalnoj, verskoj, rasnoj, polnoj osnovi, a da sudski procesi kasne, zastavevaju ili se završavaju nesrazmerno blagim kažnjavanjem izgreda pomenute vrste.

25 <http://www.b92.net/info/komentari.php?>

Što se tiče interpretacijske dimenzije političkog identiteta, zahvaljujući niskoj razvijenosti demokratske političke kulture među stanovništvom, kao i zahvaljujući veoma jakoj etnonacionalističkoj opredeljenosti elita u Srbiji, još uvek je snažno izražen i možda čak dominantan etnokulturalni konstrukt u tumačenjima političkog identiteta (s pomenutim tendencijama retrogradnog reartikulisanja na osnovama klerikalizacije, retradiconalizacije i repatrijarhalizacije, posebno počev od devedesetih godina 20. veka pa do danas).

U političkom polju i javnosti Srbije deluju međusobno suprotstavljena, a često i izmešana, etnonacionalno i građansko tumačenje političkog identiteta Srbije.²⁶ Često su na delu i namerna ili na neznanju i vrednosnoj konfuziji zasnovana mešanja ideja, mahom uzrokovana i nedovoljnom idejnom i programskom profilisanošću postojećih političkih stranaka i relevantnih ideoloških koncepcija u Srbiji. Odgovornost političkih elita je ključna za to koji modalitet političkog identiteta će biti kreiran i promovisan, i to kako preko njihovog direktnog političkog delovanja tako i preko toga kakvo tumačenje sadašnjosti, kao i prošlosti i budućnosti Srbije one nude, ali i preko toga koliko su spremne da jasno i konzistentno profilišu same sebe i svoje delovanje u vrednosnom, idejnom i praktično-političkom smislu. Međutim, da ponovimo, za to koje tumačenje političkog identiteta Srbije preovlađuje, odnosno – kakva politička zajednica će u Srbiji da se afirmiše, jednako ključnu ulogu i odgovornost uz političke elite imaju i obrazovne, religijske, medijske, i kulturne elite.

Srbija je deceniju kasnije od većine bivših država „realsocijalizma“ ušla u procese evropskih integracija i u unutrašnje reformske procese sa ciljem ispunjavanja tzv. Kopenhagenskih kriterijuma za pridruživanje EU.²⁷ Srbija je i dalje na začelju po pitanju kandidature za EU, i s veoma udaljenim i odloženim perspektivama faktičkog pridruživanja. Poslednji poraz evropske politike Srbije, za koju se takođe sa zakašnjenjem, ali, ipak, većinski opredelilo političko telo Srbije, dogodio se odlukom Saveta EU od 9. decembra 2011. godine da odloži odlučivanje o kandidaturi Srbije za članstvo u EU za mart 2012. godine. Političke elite su uporno širile optimizam o dobijanju čak i datuma početka pregovora, a ne samo kandidature za članstvo u EU pomenutog datuma; međutim, 9. decembra 2011. godine nije dobijena ni kandidatura. Politika demokratske vlade i predsednika države, zasnovana na paroli „I EU i Kosovo“, pretrpela je poraz i neophodno je radikalno preispitivanje te politike. Politički konsenzus oko parole „Evropa nema alternativu“, suštinski nije ugrožen, mada su ohrabreni i glasnjiji znaci dovođenja u pitanje te paradigmatične političke krilaticе.

26 O sudaranju građanskog i etnonacionalističkog profilisanja političkog identiteta u slučaju Srbije, kako u objektivnom i subjektivnom, tako i u interpretacijskom smislu, videti: Vujadinović, D. Šta je racionalni nacionalni i državni interes savremene Srbije?, *op. cit.*

27 Videti: Vujadinović, D. „Srbija i Evropska unija“, u: S. Lilić (ur.) *Pravni kapacitet Srbije za evropske integracije*, knjiga I, Beograd 2006; Vujadinović, D. „Prepreke na putu integracije Srbije u Evropsku uniju“, u: S. Lilić (ur.) *Pravni kapacitet Srbije za evropske integracije*, knjiga II, Beograd 2007; Vujadinović, D. „Srbija na prekretnici strateških opredeljenja – Pobjeda proevropske i preroformske opcije?“, u: S. Lilić (ur.) *Pravni kapacitet Srbije za evropske integracije* – knjiga III, Beograd 2008.

Umesto zaključka

U tekstu se zastupa shvatanje da Srbija treba da uspostavi politički identitet ustavne demokratije, jer na taj način ona bi ispunjavala civilizacijske standarde koji je u pravnom, političkom, institucionalnom, kulturološkom i vrednosnom smislu približavaju idealnotipskom modelu liberalnodemokratske države primerene i pripremljene za članstvo u EU. Implicirano je da je Srbija s dosadašnjim institucionalnim pravno/političko/ekonomskim reformama, kao i s postojećim ustavnim aranžmanom, još uvek daleko od modela konstitucionalne demokratije; pozadinski se takođe zastupa shvatanje da poenta procesa pridruživanja EU, kao i eventualnog faktičkog postajanja Srbije članicom EU, nije na formalnom učlanjenju Srbije u EU, već u suštinskom i kontinuiranom unapređivanju Srbije kao političke zajednice i ukupnog kvaliteta života u njoj. Još dublje pozadinski, poenta je da je Srbiji potreban spoljašnji podstrek i podrška za unutrašnje demokratske reforme i za savladavanje nasleđa autoritarne političke kulture, za prevazilaženje odložene i deformisane postsocijalističke tranzicije, „loše prošlosti“, sistemske korupcije, ekonomske, socijalne i ukupne multiplikovane zaostalosti.

Procesi unutrašnjih reformi Srbije u pravcu ustavne demokratije i vladavine prava kompatibilni su sa integracijom Srbije u EU. Građanska interpretacija političkog identiteta Srbije je komplementarna s građanskom interpretacijom političkog identiteta EU, iako značenje građanske interpretacije identiteta nacionalne države i građanske interpretacije identiteta EU nisu jednoznačne.

Srbiji je potrebna Evropska unija kao model, uzor, podstrek za sopstveno unapređivanje, za unutrašnje reforme države i društva. Projekat pridruživanja Srbije Evropskoj uniji značajan je čak i nezavisno od sudbine same Evropske unije, jer on podstiče i primorava Srbiju na formalno usvajanje, a zatim i na suštinsku implementaciju neophodnih reformskih mera u svim ključnim oblastima.

Dragica Vujadinović, PhD

Professor of Law University of Belgrade, Faculty of Law

CONSIDERATION OF THE EUROPEAN IDENTITY

Summary

The concept of political identity has been originally linked to the nation-state, as a primary form of the modern political community, and it always contains three dimensions: objective, subjective and interpretative one. Establishing of the trans-national or post-national political configuration in the case of European Union (EU), has imposed the need for finding out new definition for the new political identity, which has been irreducible on what meant national

state's identity. In the case of European identity the question is about a new form of identity related to the political community which certainly is not equal to the nation-state. However, in each case of considering the political identity of both national and trans-national political community, a certain conceptual/ideological construct has been always again at agenda.

Civic interpretation of the European identity is linked with the European constitutional patriotism. Constitutional patriotism related to the national state cannot be identified with the European constitutional patriotism, which means something different from a loyalty to constitutionally defined political order of the sovereign national state and one center of power; European constitutional patriotism means, among the others, an open field of deliberation for the Europeans about further building up the more relaxed and self-reflexive constitutional order of the EU; it is related to the motivation of Europeans for improving the European community of the peoples and the civilizational achievements of the EU, but inseparably from the full respect for the constitutional order of their own national states.

Civic interpretation of political identity of the contemporary Serbia, as being oriented towards democratic reforms and establishing of the constitutional democracy has been in accordance with intentions of Serbia to become a member of the EU. The standards (legal, political, economic), which have been proposed to Serbia on her way towards European accession, have represented civilizational benefit for Serbia.

Key words: Political identity. National state. European identity. Serbia. European Union. Constitutional patriotism. European constitutional patriotism. European integration.

Проф. др Мирјана Стефановски*

НЕПОСТОЈАЊЕ МИНИСТАРСКОГ ПРЕМАПОТПИСА У УСТАВУ СРБИЈЕ ОД 2006. ГОДИНЕ

Апстракт

Неусловљеност председничких аката министарским премапотписом у Уставу Србије од 2006. године представља крупну аномалију у систему одговорности власти. У раду се разматрају њени домаћаји у склопу уставних решења о одређивању мандатара и избору владе, гласању о неповерењу влади и распуштању скупштине и о поступку разрешења председника Републике. Указује се на порекло идеје о арбитражној улози председничких прерогатива, на њене иманентне слабости и непостојање јемстава и санкција против злоупотреба.

Кључне речи: *Устав Србије од 2006. Установа премапотписа. Распуштање скупштине. Одговорност председника Републике.*

I

„Републике су дакле принуђене да највишу власт учине одговорном. Али тада одговорност постаје илузорна.“¹ Овим језгровитим исказом Бенжамен Констан, чији ће списи остати, према мишљењу Лабулаја, „најживљи израз француског либерализма“, указао је још двадесетих година XIX века на темељни проблем републиканске владе. За Констан, установа министарског премапотписа представља сам темељ здања уставне владавине. Стављајући полуге извршности у руке министара, институт премапотписа владалачких аката одваја власт врховну од власти извршне, а то је одвајање основни услов одговорности. Јер само одвајањем од највише власти и преношењем на један нижи ниво – ниво министара, извршна власт може одиста бити и одговорна и смењива. Предност уставне монархије управо је у томе што ствара врховну власт која је неутрална и само је резервна и отпорна. Без власти министарске, која је једино активна, власт краљевска не би имала начина да дејствује, нити би имала средства да нешто створи или да на било шта принуди.²

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

1 Констан, В., *Начела политике и о министарској одговорности*, Београд 1883, стр. 22.

2 *Исто*, стр. 13–26.

Институт премапотписа, установа збиља чудесног значења, у којој су се могле стопити, а онда и разлучити на плану механизма одговорности, кривична и политичка министарска одговорност за акте државног поглавара, постала је током XIX века аксиом европске уставности, једнако у монархијама као и у републикама. У том проналаску прагматичног енглеског духа, којим су акти и делање неодговорног монарха били подведени под ограничења закона и уставних конвенција, а онда подвргнути и парламентарној контроли политичке оправданости, нађено је делотворно решење проблема одговорности у републикама. Овлашћења председника републике, с личном одговорношћу шефа државе по правилу, у складу са достојанством функције, и уско постављеном и веома отежаном, преко премапотписа скопчана су са министарском одговорношћу, знатно пространијом и много реалнијом, те тако уклопљена у систем одговорне владе.

Устав Француске од 1875. године, спајајући први пут систем парламентарне владе са републиканским обликом владавине, политички неодговорног председника начинио је правно неделатним и политички немоћним без садејства одговорних министара. Суделујући уставном обавезом премапотписа у свим председничким актима, које тиме и сами стварају, министри за њих преузимају одговорност. Како је то одговорност која је везана за функцију, за сам положај министара, па се тако простире и на политичка дела председника, попут порука домовима парламента или нацији, само изражавање неслагања је не отклања. Противљење мора бити изражено оставком. Отуда и солидарна одговорност кабинета за општу политику владе и индивидуална одговорност министара за њихове личне акте. Према природи и тежини дела одређена као политичка или као кривична, ова одговорност бива остварена или изјавом неповерења или оптужењем у парламенту.³ Значајна овлашћења председника – именоване министара, распуштање доњег дома уз сагласност сената и суспензивни вето,⁴ као и вршење традиционалних прерогатива шефа државе, условљени садејством једног парламентарног министарства, доведени су посредством министарског премапотписа у сагласност са политичком одговорношћу носилаца извршне власти пред парламентом, без које нема одговорне владе и парламентаризма.

Задржавајући кључна решења у погледу најважнијих овлашћења председника Републике – одређивања мандатара за образовање владе, права распуштања скупштине и права суспензивног вета, наш садашњи Устав преузео је из претходног Устава из 1990. и непостојање института премапотписа, једнако као и непостојање кривичне министарске одговорности. Из уставне конструкције парламентарног система уклоњена је управо стожерна установа. Креацијом, у особи шефа државе, једне власти која дела по сопственој увиђавности и властитом нахођењу и политички је неодговорна, повреда и виталних државних интереса остаје

3 Вид.: Esmein, A., *Elements de droit constitutionnel français et comparé*, Paris 1914, стр. 149–150, 812–815, 839–846.

4 *Les Constitutions de la France depuis 1789*. Presentation par Jacques Godechat, Paris 1970, стр. 331–338.

без икакве санкције. Одстрањење премапотписа представља једну тако крупну аномалију да је тиме не само порекнут парламентаризам, него је урушен и постулат одговорне владе који надилази теоријска учења о облицима државне власти. Никаквом конструкцијом хибридних облика (у нашој књижевности садашње уставно уређење одређено је као мешовити парламентарно-председнички систем) не може се правдати то да противзаконити акти председника Републике учињени у вршењу службене дужности остају потпуно некажњиви, начелно, уколико није повређено неко субјективно право. Поверавањем једној власти уставних овлашћења да у одређеној сфери дела самостално, а да незаконитост тог делања у начелу не подлеже санкцији, начињен је, за поимање правне државе, врло бизаран искорак.

Ако се вратимо изворнику – Уставу од 1990, у предговору писца устава професора Ратка Марковића налазимо ауторско одређење концепта институције председника Републике. У уставном склопу она је замишљена као „модераторна власт“, са улогом да „арбитрира на линији односа Народна скупштина – Влада“. Инспиративни узор назначен је напоменом о „слабијем“ положају српског председника у поређењу са прерогативама које је Устав Пете републике дао француском председнику.⁵ Сам појам председничке арбитраже потиче из члана 5. Устава Француске из 1958, којим је председнику поверено старање о поштовању устава; „путем своје арбитраже“ обезбеђује редовно функционисање јавних власти и континуитет државе.⁶

II

Посредујућу и усмеравајућу улогу у односима између власти, зарад осигурања стабилности уставног поретка и очувања континуитета у државним пословима, уставотворац Треће републике био је доделио једном по свом карактеру конзервативном и умереном телу – сенату. Нарочиту заслугу за пројектовање особеног места сената у уставном склопу имао је Лабулај својим ауторитетом чувеног либералног писца, професора политичке историје и врсног znalца уставних питања. У бурној политичкој повести Француске од времена Револуције кобна је била управо несталност основне форме државе. Приказује се, по Лабулају, као фатално кретање клатна, силовито заљуљаног, у узастопним превратима од револуције до државног удара, од конвентског деспотизма и анархије до аутократије и апсолутизма. Ту наопаку тежњу за усредсређивањем власти, свагда погубну за слободу, ваљало је онемогућити установавањем једне уравнотежавајуће власти, постављене између двеју ривалних – скупштине и шефа државе – да обе обуздава и умерава.⁷ У уставном систему Треће републике, како су га били поставили његови

5 *Устав Републике Србије*, Савремена администрација, Београд 1992. (предговор Р. Марковића), стр. IV–V.

6 *Les Constitutions de la France depuis 1789*, стр. 423–450.

7 E. Laboulaye, *Questions constitutionnelles*, Paris 1872, стр. 68–76, 314–315, 333–366.

творци, сенат је истовремено требало да буде и брана скупштинској свемоћи и кочница претераним прохтевима извршне власти. Сагласно тој замисли, опредељена је надлежност сената: у законодавству равноправан је са скупштином и приликом усвајања буџета има право амандмана и право одбацивања; упоредо са скупштином врши парламентарну контролу над радом министара, који су политички одговорни и пред сенатом; сенат суди председнику и министрима у случајевима оптужбе од стране доњег дома; сједињујући се са представничким домом у једно тело – националну скупштину, суделује у избору председника; најзад, сагласност сената неопходна је за распуштање скупштине, док сенат не може бити распуштен.⁸

Могућност распуштања скупштине кључна је за остварење равнотеже власти, која је суштинска одлика парламентарног система. Условљавање дисолуције сагласношћу сената доиста је сенат учинило, како је замерено у уставној дебати, арбитром у сукобима између скупштине и извршне власти.⁹ Управо се то и хтело постићи. При томе, проблем заправо није била класична владина дисолуција, распуштање којем влада прибегава када изгуби поверење скупштине, а уверена је да став парламентарне већине не одражава и право расположење бирачког тела. Сагласност сената ту се може претпоставити. Кабинету који ужива његово поверење сенат не би имао разлога да ускрати апел на народ. Са искуством из времена орлеанског парламентаризма, међутим, постојало је страховање од председничких злоупотреба права распуштања. У јемству да сенат може да одрекне председнику сагласност и онемогући распуштање скупштине видела се поуздана предохрана против злоупотреба те моћне прерогативе. Без овог ограничења, председник би по сопственом нахођењу могао да отпусти једно министарство које ужива поверење скупштине и са мањинским или неутралним кабинетом као изборном владом да распусти скупштину. Таква председничка распуштања наликовала би краљевским дисолуцијама које су биле карактеристичне за орлеански или за белгијски парламентаризам. И сам председник маршал Мак Махон изјавио је у току уставне дебате да би и њега самог уздржавала опасност употребе тог крајњег средства ако у критичном моменту извршна власт не би имала подршку једног умереног представничког тела.¹⁰

Игром судбине, баш је груби покушај председника Мак Махона да наметне властиту политику убрзо довео до потпуног напуштања института распуштања скупштине у уставној пракси Треће републике. Већ 1877. маршал Мак Махон је, сматрајући да кабинет треба да ужива поверење не само парламента него и шефа државе, изазвао оставку владе која је иза себе имала парламентарну већину. С новим кабинетом затражио је од сената пристанак за распуштање скупштине, како би била вас-

8 Marriott, J. A. R., *Second Chambres. An Inductive Study in Political Science*, Oxford 1927, стр. 145–150.

9 P. Matter, *La dissolution des assembles parlementaires*, Paris 1898, стр. 106.

10 Исто, стр. 107.

постављена нужна једнакост власти и њихова пуна независност. Мотивација предлога показала је и неразумевање и интимно неприхватање правила парламентарног режима. Тесном већином сенат се ипак приклонио том захтеву, иако се није могло разложно очекивати да ће народ стати уз председника у његовом сукобу са скупштином. Избори су дали исту скупштинску већину, која је потом покренула парламентарну истрагу о изборним притисцима. Пред претњом употребе финансијских овлашћења дома, министарство је дало оставку и председник је био нагнан да владу повери парламентарној већини. Пошто је, у чувеној поруци, изјавио да вршење права распуштања представља консултовање једног суда без призива и да се он приклања одговору земље, маршал Мак Махон достојанствено се повукао са положаја.¹¹

После ове драматичне кризе која је оживела сећања на бонапартизам, јавно мњење осудило је и сам институт распуштања скупштине, па је у пракси ово важно средство очувања нужног степена независности извршне власти од законодавне било одбачено, а сама идеја уставне равнотеже порекнута. Потпуна превласт парламента постала је упечатљива карактеристика француског парламентаризма, са свим манама које су уследиле: хипертофијом парламентарног надзора, захватањем у послове владе, учесталим кризама кабинета, кратковеким и slabим коалиционим владама. Велика имена уставне науке, попут Есмена или Дигија, снажно су критиковала ишчезавање права распуштања у уставној пракси. Према мишљењу Есмена, право распуштања, које је, као апел на бирачко тело, у парламентаризму и природно и легитимно, такође је и есенцијално и зато неопходно, као гаранција довољног одвајања власти и јемство против поништавања независности извршне власти.¹² По Дигију, право распуштања у виду апела на народ представља противтежу политичкој одговорности владе пред парламентом и зато је суштински састојак у парламентарном режиму, те се његовим ишчезавањем француски парламентаризам у пракси извргао у један псеудопарламентарни режим.¹³

Друга деценија XX века у читавој Европи отвара тему кризе парламентаризма. Тенденција јачања положаја извршне власти одражава се у појави првих устава који рестриктивно нормирају отежани поступак и прописују услове за обарање владе у парламенту. Такође се јављају и прва изузимања појединих председничких аката од правила премапотписа. По изразитој тежњи да извршној власти осигура превласт, радикално је искорачио пољски Устав од 1935.¹⁴ Међу уставима донетим између два светска рата издвајају га уставом утврђена неодговорност председника за сва званична дела и изузимање од обавезе министарског премапотписа врло значајних председничких аката. Тако, премапотпис

11 Исто, стр. 117–129.

12 Esmein, A., *Elements de droit constitutionnel français et comparé*, стр. 157–158, 751–753.

13 Duguit, L., *Traité de droit constitutionnel*, IV, Paris 1924, стр. 572–573, 576–577, 581.

14 Вид. Stefanović, J., „О праву распуштања парламента“, II, *Мјесећник*, 3–4, 1940, стр. 104–106.

се не изискује за именовање и разрешење председника владе, као ни за најважнија постављења у правосуђу и војсци, нити за именовање сенатора. Премапотпис се такође не тражи ни за акте оптужбе чланова владе ни за помиловања. И што је најважније, министарски супотпис се не захтева ни за распуштање скупштине и сената, чиме је чак и ванредно важно право дисолуције постављено као лична прерогатива председника. Насупрот томе, обарање владе у парламенту изузетно је отежано, а буџетско право врло скућено, с обезбеђењима да вољом парламента не може наступити ванбуџетско стање, да су тиме порекнути и најблажи захтеви парламентаризма.

Због традиционалног зрачења француских утицаја на плану развита европске уставности, од далекосежног значаја за распрострањавање формалног напуштања не само класичног парламентаризма него и појмовних одлика парламентарне владе, био је Устав Пете француске републике. Постао у атмосфери нараслог осећања националне фрустрације због слома колонијалне политике за коју је оптужена слабост владе у метрополи, Устав представља одраз свесне воље за утврђивање институција јаке извршне власти.¹⁵ Председник републике као централна установа уставног система добио је ванредно моћан положај, печат који је овој установи утиснула изузетна фигура маршала Де Гола, творца устава и првог дугогодишњег председника. Према замисли особене концентрације моћи, знатним уставним прерогативама председника придружују се и замашна овлашћења владе, која је у односу према шефу државе стављена у положај који је у основи претвара у инструмент председникове политике. Парламент, остављен и без крајње санкције парламентарне контроле и одговорности владе садржане у пуном буџетском праву, постављен је више као једно „резервно средство демократије“, с могућношћу да изузетно, у једном строго условљеном и врло отежаном поступку, ипак може да обори владу.

У складу са додељеном улогом арбитра у конфликтима уставних власти, више веома важних овлашћења председник врши самостално, разрешен услова министарског премапотписа. Без премапотписа, председник именује првог министра и једну трећину чланова уставног савета, располаже правом иницијативе за претходну оцену уставности закона и међународних уговора, одлучује о изношењу нацрта закона на референдум и распушта скупштину. Најзад, као гарант континуитета државе, националне независности и интегритета државне територије, председник без министарског премапотписа располаже изванредним овлашћењима да предузима потребне мере у стању нужде. Право дисолуције, то веома моћно и врло двосекло оружје, остављено је посве у диспозицији председника. Уставом је предвиђено само консултовање са првим министром и председницима домова, али њихово мишљење ниуколико не везује председника. Одлуку о распуштању скупштине он доноси на властиту иницијативу и по својој политичкој увиђавности.

15 Уп. Јовичић, М., *Велики уставни системи*, Београд 1984, стр. 144–178.

То може бити било који политички разлог због којег сам председник сматра да би било целисходно ићи на распуштање скупштине. Осим класичног разлога, када влада у скупштини остане у мањини, сматра се легитимним и да се распуштању прибегне и док влада ужива повеће скупштине, ако се може очекивати да ће ванредни избори дати другачији распоред снага у парламенту и другу парламентарну већину. Уставом су ипак постављена два ограничења неомеђеној употреби права дисолуције: годину дана од избора одржаних после распуштања скупштине не може се приступити новом распуштању и скупштина не може бити распуштена за време вршења изузетних овлашћења.¹⁶

III

Упркос научној критици изузимања важних председничких аката од правила премапотписа у француском уставном праву, те поред критике таквог решења у ранијем српском уставу,¹⁷ Устав од 2006. године, идући путем свог претходника, такође напросто потпуно одстрањује уставову министарског премапотписа. У поређењу са ранијим уставом, једино су председничка овлашћења у ванредном и ратном стању значајно стегнута на један карактеристичан начин, који опет, због непостојања кривичне министарске одговорности, не представља ваљано решење. Проблем злоупотребе власти, нарочито у ванредном стању, како је то уосталом драматично показало и његово неуставно завођење 2003. године, праћено бројним грубо противуставним и незаконитим мерама и променама важећих закона,¹⁸ не разрешава се заједничким ауторством аката и неком врстом саучесништва без одговорности шефа државе и председника владе и скупштине или пак министара у влади „уз супотпис председника Републике“ (чл. 200–201). Да би се злоупотребе стања државне нужде колико је то могуће отклониле, пре свега треба уставом квалитетно нормирати заокружени механизам одговорности, уз јасно утврђене границе домашаја ванредних овлашћења и свих аката донетих за време ванредног или ратног стања.

Сви акти и сва службена дела председника Републике представљају према Уставу његове личне прерогативе. У својој фасцинацији председником бираним на непосредним изборима, српски уставотворац увео је премашио свој инспиративни узор – положај председника по Уставу Пете француске републике, који је од уставне реформе из 1962. такође

16 *Les Constitutions de la France depuis 1789*, стр. 423–450.

17 Видети, особито, разложну критику академика М. Јовичића, који иначе начелно не оспорава укрштање битних елемената различитих система, парламентарног и председничког, у Уставу од 1990. године: „Уставни положај председника Републике по новом српском Уставу“, *Србија на прелому векова*, Изабрани списи Миодрга Јовичића, књ. 6, Београд 2006, стр. 341–349. Уп. Јовичић, М., „Парламентарни систем у новом уставном уређењу Србије“, *Исто*, стр. 332–333, 336–337.

18 Вид. Чавошки, К., „Злоупотреба ванредног стања“, *Згажени устав*, Београд 2003, стр. 267–290.

снабдевен легитимацијом изборне инвеституре непосредно од грађана. Разрешени од обавезног министарског премапотписа су не само они акти који, према француском обрасцу, председника стављају у замишљени положај „модераторне власти“, као што су предлог кандидата за председника владе, распуштање скупштине и предлагање, односно именовање чланова уставног суда. За разлику од француског модела, невезани премапотписом, као председничке личне прерогативе, постављени су: и суспензивни вето; и представљање државе у земљи и иностранству; и постављање и опозивање амбасадора (додуше, ова су постављења у дипломатији бар условљена предлогом владе); и давање помиловања и одликовања; и, нарочито, командовање војском и постављања, унапређивања и разрешења свих официра (чл. 112, 113, 109. и 172).

Вољом уставотворца креиран је, дакле, ванредно јак председник, снабдевен изузетно моћним полугама самосталне власти, а да при томе за сва своја службена дела он остаје политички потпуно неодговоран, док је његова правна одговорност сведена на случајеве повреде устава, али не и закона. Разрешен сваке одговорности, председник Републике контролише извршну власт, одређујући шефа владе, коју опет, ускраћивањем сарадње може нагнати на оставку. Без властите одговорности, невезан премапотписом одговорног министра, он контролише законодавну власт, располажући суспензивним ветом и правом дисолуције. Политички потпуно неодговоран, решавајући о распуштању скупштине, он арбитрира о егзистенцији парламентарне већине, те може битно, чак пресудно, утицати на општу политику и парламента и владе. Неодговоран и политички и правно за те акте, својим дискреционим правом именовања и опозива амбасадора остварује утицај на дипломатију, док самосталним именовањима и разрешењима официра и, нарочито, командним овлашћењима, остварује пуну контролу над војском. Самосталним додељивањем и помиловања и одликовања, сва ублажавања казни и исказивања почести постављена су у начелу као ствар личне оцене председника. Преко права предлагања или права именовања битно утиче на састав уставног суда, иначе форума који треба да изрекне оцену о противности његове радње уставу, када скупштина покрене поступак, иначе веома отежан, за разрешење председника Републике због повреде устава. Најзад, представљајући земљу у иностранству, председник Републике по властитом просуђивању и сопственој увиђавности изражава националне и државне интересе, а да за то никоме не одговара, као што нема ни одговорности владе за нецелисходне чине председника и његове поступке у спољној политици, ма колико они били погрешни или штетни, чак погубни по националне интересе.

С обзиром на практичну неделотворност одговорности која је сувише високо постављена, као што је то положај шефа државе, свођење одговорности председника Републике на одговорност за противуставне акте (чл. 118) само је једна страна, она много лакша и мање спорна, главног уставног проблема – темељног питања одговорности. Наиме, према

садашњем Уставу, како министри начелно не одговарају за председничке акте и званична дела, исходи да за политичку злоупотребу и штетну или противзакониту употребу тако замашних атрибуција и моћних полуга власти напросто не одговара нико. Поменимо узгред, остављајући по страни раздобље комунистичке владавине, да од Намесничког устава од 1869. године ни краљ у Србији није располагао тако неомеђеном влашћу. Изузета од правила министарског премапотписа била је једино краљева одлука о одрицању од престола, јер је абдикација сматрана за лични чин а не акт власти. Различита по механизмима али слична по сведености, проблематична (не)одговорност председника Републике по уставима из 1990. и 2006. оправдавана је поглавито изборном инвеституром, као суштинским обележјем изведеним из институционалних решења председничког система.¹⁹ Класичан председнички систем, међутим, не познаје право дисолуције, нити се распуштање законодавног тела појмовно може измирити са логиком система, који равнотежу остварује начелом независности и узајамног ограничавања законодавне и извршне власти. Нити пак председнички систем познаје уставну разрешницу за незаконита службена дела шефа државе.

Замисао да се креира једна „модераторна“ и уравнотежавајућа власт наслоњена на решења парламентарног система²⁰ по себи уопште не изискује одстрањивање установе министарског премапотписа. Напротив, непостојање премапотписа идејно се никако не уклапа у систем парламентарне владе. Владе француске уставне повести издвајају се као врло особене и у науци су оспораване управо због својих крајности, због извргавања парламентаризма у уставној пракси Треће републике и поништавања парламентарне владе у уставном систему Пете републике. У повести парламентаризма, неутралну и посредујућу власт државног поглавара, концепцијски осмишљену било као отпорна или као делатна, али више резервна улога, познавали су и монархијски и републикански системи парламентарне владе. Међу монархијским парламентарним режимима, као узоран често је истицан пример дуговечног белгијског Устава од 1831. Према белгијском обрасцу била је конципирана и уставна улога круне у српском парламентаризму до Првог светског рата и потом по Видовданском уставу из 1921. Од републиканских уставних система парламентарних влада, као најпознатији примери могу се поменути Вајмарски устав од 1919, или од савремених устава, италијански и аустријски. Никако није случајно да готово сви европски уставни држави задржавају неокрњену установу министарског премапотписа. Изузетак у том погледу чине, карактеристично, управо бивше комунистичке земље. У њиховим новим уставима чешће је изузимање одређеног круга председ-

19 Марковић, Р., „Одговорност председника Републике – према уставима Републике Србије од 1990. и 2006. године“, зборник радова *Два века српске уставности*, Београд 2010, стр. 19, 27, 34–35.

20 Исто, стр. 32–34; Симовић, Д., „Писани и живи устав за време важења Устава Републике Србије из 1990“, зборник радова *Два века српске уставности*, стр. 389, 391, 393.

ничких аката од обавезе министарског премапотписа, док се потпуно одстрањење премапотписа и ту јавља сасвим изузетно.²¹ Начелно, министарски премапотпис остаје аксиом система одговорне владе. Чак ни француски модел „арбитраже“ не допушта укидање премапотписа и тамо где нема места никаквом арбитражу у односима између власти.

IV

Због изузетне важности права дисолуције, суштинског за парламентарни систем, али неретко двосеклог са становишта парламентарности, ваља се посебно задржати на поимању тог права, које је према нашем Уставу конципирано битно другачије у односу на класични смисао распуштања парламента у парламентарном режиму. У погледу права дисолуције Устав од 2006. у битном следи свог претходника. Иако оба устава постављају дисолуцију као председничку прерогативу, ипак иницијативу за распуштање скупштине додељују влади (чл. 109, ст. 1). Председник Републике формално не може да распусти скупштину на властиту иницијативу. Оно о чему има право дискреционог одлучивања јесте да ли ће образложени предлог владе за распуштање скупштине прихватити или одбити. Садашњи Устав још искључује могућност дисолуције по предлогу владе уколико је влада оборена у парламенту или је одступила (чл. 128, ст. 3. и 5). Према Уставу, влада такође не може да предложи распуштање скупштине „ако је поднет предлог да јој се изгласа неповерење или ако је поставила питање свога поверења“ (чл. 109, ст. 2). Закон о председнику Републике из 2007, преносећи ограничење могућности предлагања дисолуције услед формалног покретања питања поверења,²² прописује додатно и рок од 72 часа у којем је председник дужан да одлучи о предложеној дисолуцији, те уколико не донесе указ о распуштању скупштине, владу и јавност обавести о неприхватању предлога владе (чл. 21, ст. 1).

Смисао дисолуције, како је одређен овим одредбама, суштински се разликује од изграђеног поимања те установе у теоријским разматрањима парламентаризма. Класичним распуштањем парламента сматра се управо владина дисолуција. Битност распуштања садржана је у томе да једна влада која је изгубила поверење парламента увек може да иде на распуштање скупштине, обраћајући се бирачком телу да пресуди у њеном спору са парламентарном већином. Противстављено праву парламента да обори владу, право дисолуције успоставља елементарну равнотежу двеју власти. Исказујући се у виду апела на народ, његов је

21 Вид. Кутлешић, В., *Устави бивших социјалистичких држава Европе. Упоредноправна студија*, Београд 2004, стр. 98–99.

22 Према члану 21. став 2. Закона о председнику Републике, председник неће разматрати предлог владе да се скупштина распусти ако је скупштини поднесен предлог да се влади изгласа неповерење, ако скупштина није прихватила владин одговор на интерпелацију или ако је влада поднела предлог за гласање о поверењу – *Службени гласник РС*, бр. 111 од 4. децембра 2007.

смисао да васпостави евентуално нарушену подударност између политичког лика парламента и политичког расположења грађана. Када влада остане у мањини на неком важном програмском или законодавном питању, распуштање парламента са тим питањем као изборним постаје и својеврсно консултовање народа у некој врсти изборног референдума. Уставна конвенција обавезног распуштања парламента увек када влада остане у мањини и, уопште, увек када то један кабинет тражи независно од мотивације, битно је одређење енглеског парламентаризма. У континенталној теорији, изграђеној интерпретацијама различитих уставних решења и парламентарних обичаја, владина дисолуција сматра се правилом, али не и јединим распуштањем скупштине које би било у сагласности са општим начелима парламентарне владе. На вредносној скали парламентарности, владина дисолуција начелно се сматра солуцијом која је највећма у складу са парламентарним режимом, јер доследније изражава остваривање равнотеже у односу парламента и владе у карактеристичној релацији између солидарне политичке одговорности министара и распуштања скупштине.

Уставна забрана распуштања скупштине након формалног покретања питања поверења влади наизглед као да смера померању тежишта власти ка превази парламента. Али је то само привидно. Главна карактеристика Устава управо је став велике уздржаности и неповерења према парламентаризму. О таквом ставу уставотворца речито казују уставни прописи који, нормирајући необично строге услове и прописујући крајње отежан поступак за изјаву неповерења влади, спречавају да се парламент постави не само као претежнији него чак ни као равноправан чинилац.

Да би влада била оборена у скупштини, неопходно је да буде поднет формални предлог за изгласавање неповерења који мора да потпише најмање 60 посланика, нешто мање од једне четвртине састава скупштине, а онда је још потребно да тај предлог изгласа апсолутна већина укупног броја чланова (чл. 130, ст. 1–3). У поређењу, рецимо, са решењем француског устава, где се за покретање питања одговорности владе тражи да предлог за изгласавање неповерења подупре једна десетина чланова скупштине, или нашег претходног устава који је, приближно свом француском узору, прописао број од најмање 20 посланика,²³ наш последњи уставотворац, чак троструко увећавајући овај број, у свом карактеристичном зазирању од парламентаризма увелико је премашио и те врло строге услове, који иначе спадају у ред најтежих међу упоредним уставним решењима. Парадоксално, изјављивање неповерења влади у поступку поводом интерпелације још је теже. Да би интерпелација уопште била поднета, треба да је подупре најмање једна петина, чак 50 посланика, да се потом не постигне чак ни проста већина за прихватање одговора владе на интерпелацију, да влада ни након тога не да остав-

23 Уп. члан 49, став 2. Устава Француске од 1958. и члан 93, став 3. Устава Србије од 1990.

ку, те да тек тада, под условом да се постигне висока апсолутна већина свих чланова парламента, влади буде формално изгласано неповерење (чл. 29). У овим уставним прописима више се не може препознати класична интерпелација. То делотворно средство парламентарне контроле и фини механизам за остваривање политичке одговорности владе пред парламентом уставотворац је толико грубо покварио, да то већ казује не више само о уздржаности или неповерењу, него о буквалном зазирању од парламентаризма.

Тако рудиментарне и грубе форме и драматично отежан поступак изјављивања неповерења влади, при томе још у условима врло фрагментисане страначке структуре наших скупштина и помањкања политичке вештине, па и образованости наших парламентарца, чине обраћање једног министарства у парламенту посве изузетном могућношћу. Политичка одговорност владе по томе остаје више само једна артифицијелна уставна прокламација. Ниуколико не јачајући скупштину, а слабећи положај владе, уставна забрана предлагања распуштања скупштине влади која је изгубила подршку парламентарне већине поглавито јача власт председника Републике. Председник је тај који путем свог искључивог права одређивања мандатара контролише састав владе и, располажући уједно правом дисолуције, решава о судбини министарства. Јачање моћи председника представља и прави домашјај уставних прописа о обавезном распуштању скупштине, ако у року од 30 дана од оставке владе или од изгласавања неповерења не буде изабрана нова влада.²⁴ Јер, заправо, једина могућност коју скупштина има у свом праву избора владе јесте да у целини прими или одбаци програм и састав министарства оног кандидата за председника владе кога само председник Републике има право да предложи (чл. 127).²⁵ Председник, коме је право одређивања мандатара за састав владе додељено као једна лична прерогатива, тиме се ставља у изузетну позицију да може да условљава скупштину, стављајући је пред избор да или прихвати владу по његовој вољи или ће бити распуштена „*ex constituzione*“. Формула о уставној дужности распуштања по томе је у ствари пригодан начин изражавања, који иза изреке уставног прописа скрива неомеђен простор за условљавање скупштине.

Извитоперени смисао одредбе о немогућности распуштања скупштине по предлогу владе после формалног покретања питања поверења у скупштини јасно се разоткрива упоређењем са одговарајућим решењем Устава Шпаније од 1978. године. Шпански устав такође про-

24 Вид. члан 130, став 4, члан 131. став 4. и члан 132. став 5.

25 Према члану 127. Устава, кандидат за председника владе, кога предложи председник Републике, износи пред скупштином програм владе и предлаже њен састав. Скупштина истовремено гласа о програму владе и избору председника и чланова владе. Према Пословнику Народне скупштине из 2010. године, по завршетку претреса о кандидату за председника владе, изнетом програму и кандидатима за чланове владе, председник скупштине заказује дан за гласање, када о програму владе и избору председника и чланова владе скупштина одлучује у целини, тајним гласањем (чл. 268–269) – *Службени гласник РС*, бр. 52 од 28. јула 2010.

писује да предлог за распуштање парламента не може бити поднет ако је у току поступак поводом предлога за изгласавање неповерења влади. Ова уставна забрана, међутим, ту има своје особено оправдање, уклопљена у институт тзв. конструктивног изгласавања неповерења, где се парламент истовремено изјашњава и о личности новог председника владе. Одређивање мандатара за састав владе ту се у целини преноси на сам парламент, јер устав установљава дужност краља да кандидата, који је у поступку изгласавања неповерења влади предложен у доњем дому и добио поверење парламентарне већине, именује за председника владе.²⁶ Устав Шпаније познаје и институт обавезног распуштања парламента, којем се приступа уколико у року од два месеца од првог гласања о образовању владе у новом парламентарном сазиву, или после оставке владе у случајевима губитка парламентарног поверења, ниједан кандидат не добије поверење доњег дома. Краљев указ о распуштању домова и расписивању нових избора тада је везан премапотписом председника доњег дома парламента. Иначе, устав уопште не допушта краљевску дисолуцију. Осим наведеног случаја дисолуције „*ex constitucione*“, распуштање парламента увек се врши само по предлогу и под одговорношћу председника владе, који премапотписује указ о распуштању. Краљ при томе не може да одбије предложено распуштање.²⁷

Условљеност председничке дисолуције предлогом владе према нашем Уставу битно не умањује пресудну политичку моћ коју му пружа располагање том важном полугом власти. Снабдевен правом дисолуције као личном прерогативом, с правом дискреционог одлучивања о предлогу владе за распуштање скупштине и невезан министарским премапотписом, председник Републике начињен је арбитром који по сопственом нахођењу решава како о судбини владе, тако и о судбини парламентарне већине. Према Уставу, предлог за распуштање скупштине влада може ставити по својој оцени целисходности, с било којом политичком мотивацијом. Разлози могу бити разноврсни: отежан рад са скупштином услед помањкања потпоре солидне, или бар стабилне већине у парламенту; разилажење с парламентарном већином у неком важном питању законодавства или у каквом крупном политичком питању; захтев опозиције за ванредне изборе снажно подржан у јавности; озбиљније неслагање унутар саме владе или пак процена да ће владајуће странке на превременим изборима остварити бољи резултат. Као што се унапред не може предвидети исцрпна листа мотивација предлога за рас-

26 Према члану 113. Устава Шпаније од 1978. године, предлог за изгласавање неповерења мора да предложи најмање једна десетина посланика и њиме мора бити предвиђен кандидат за председника владе. Гласању се може приступити тек по протеклу пет дана од подношења предлога и током прва два дана у оквиру овог рока могу се подносити алтернативни предлози о личностима кандидата за председника владе. Према члану 114, ако доњи дом усвоји предлог за изгласавање неповерења, влада подноси оставку. Уједно, сматра се да кандидат наведен у предлогу ужива поверење дома да образује владу и краљ га именује за председника владе.

27 Вид. члан 99. и члан 115, став 1. Устава Шпаније од 1978.

пуштање парламента, тако и разлози за одбијање или прихватање предлога остају ствар пуне дискреције. Домашај тог дискреционог одлучивања је замашан. Својим одбијањем предлога за распуштање скупштине председник може срушити владу, за коју би даља сарадња са парламентом постала политички немогућа а остајање на власти неодрживо, те би била принуђена да поднесе оставку. Својим пак прихватањем владиног предлога, председник може да осујети образовање неке друге, чак солидне већине у парламенту, кадре да изнедри нову стабилну владу. Те су опасности иманентне председничкој дисолуцији.

Због двосеклости коју одлучивање о распуштању парламента свагда подразумева, за ту одлуку треба да постоји јасна политичка одговорност која се установљава премапотписом. Уставотворац је, међутим, решавање о дисолуцији хтео да постави као „арбитражу“ и зато је одлуку председника разрешио од одговорности. Арбитрирање је тиме остало без икаквих предохрана да се не извргне у арбитрерност. Улога арбитра у једном есенцијално политичком спору, као што је то сукоб између владе и скупштинске већине или сукоб унутар страначке коалиције у влади, захтева пуну и строгу неутралност. То изискује једну посредујућу и умеравајућу власт која стоји уздигнута изнад метежа страначке утакмице и превирања у јавном мњењу и у парламенту. Замишљати у непосредно бираном председнику Републике, чији положај и сам потиче из изборне борбе политичких партија, мудрог и скрупулозног чувара уставности и брижљивог и тактичног модератора претераности и поремећаја, најблаже речено остаје „платонском жељом“ уставотворца. Улога судије у страначкој утакмици, која вазда стоји у позадини питања о распуштању скупштине, поверена је партијској личности, а за пет година важења Устава и шефу једне странке. Наивно је помишљати да председник Републике, који без зазора и номинално и стварно остаје вођа своје странке, арбитрирајући о распуштању скупштине, једном за његову партију одсудно важном питању, тада наступа посве неутрално: да иступа изван подручја страначког просуђивања и одмеравања и узвисује се изнад сфере партијског интереса и рачуна.

У светлу приказаних уставних решења и у реалном политичком контексту, председничка „арбитража“ пре ће бити сметња правилном развоју односа између парламента и владе, но јемство складног уравнотежавања политичке одговорности министара и самосталности егзекutive. У свом зазирању од парламентаризма председничкој дисолуцији уставотворац није поставио других ограничења, осим уобичајеног захтева да скупштина не може бити распуштена за време ванредног или ратног стања (чл. 109, ст. 4). У дирљивој вери у идеализовани лик председника, свагда посвећеног општем добру, опасност од злоупотреба распуштања скупштине остављена је без уставних предохрана.

Класичан вид ограничавања права распуштања парламента садржан је у поузданим уставним јемствима пуног буџетског права скупштине. У уставима донесеним после Првог светског рата појавиле су се и изричи-

те одредбе о забрани узастопног распуштања парламента на истом питању.²⁸ Међу савременим уставима, такво ограничење задржано је у аустријском Уставу, који у члану 29. прописује да председник прерогативу дисолуције може да употреби само једном из истог разлога. Класици уставног права сагласни су у томе да је узастопно распуштање парламента на истом питању недопустиво у парламентарном систему и када о томе нема изричите уставне норме, јер право апела на народ подразумева дужност повиновати се изреченом суду. Диги сматра да би се поништавање воље бирачког тела поновним распуштањем парламента имало сматрати не само непарламентарним него и грубо, евидентно неуставним.²⁹ После Другог светског рата, уставна ограничења права дисолуције везују се и за одређени временски период, по правилу опредељењем рока у којем се парламент изабран након једном употребљеног права дисолуције не може распустити.³⁰ У оним уставима који усвајају институт тзв. конструктивног изгласавања неповерења чак се врло рестриktivно одређују случајеви када је распуштање парламента уопште допуштено.³¹ Премда је ограничавање права дисолуције својствено савременим европским уставима, наш Устав, изузев забране распуштања скупштине у време ванредног и ратног стања, не познаје ниједно од тих различитих ограничења. У њему нису садржана чак ни класична уставна јемства буџетског права скупштине која су, у виду ограничења могућности указног продужења буџета само за случај када је скупштина распуштена и најдуже на четири месеца, при томе уз обавезан премапотпис свих министара, постојала у нашем ранијем парламентаризму, по уставима Краљевине Србије из 1888. и 1903. и по Видовданском уставу од 1921. Заостајући и у томе за некадашњом нашом уставношћу, Устав је законодавцу у целини препустио утврђивање рокова за усвајање буџета и нормирање начина привременог финансирања (чл. 92). Ово карактеристично деконституционализовање јемстава буџетског права, уз моменат да се управо у важном питању ограничавања председничке дисолуције српски устав одвојио и од свог француског узора „јаког председника“, речито говори о свесној вољи уставотворца да владу, и посебно председника Републике, никако не спута у неомеђеној употреби тог моћног средства владања.

28 Вид. члан 25. Устава Немачке од 1919. или члан 29. Устава Аустрије од 1920, након ревизије из 1929.

29 L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, IV, стр. 577.

30 Тако, на пример, Устав Француске од 1958. забрањује ново распуштање представничког дома у години која следи за изборима одржаним услед распуштања (чл. 12, ст. 4). Устав Шпаније од 1978. такође прописује да се новом распуштању не може приступити док не протекне година дана од претходног (чл. 115, ст. 3). Устав Италије од 1948. одређује другачије временско ограничавање права дисолуције, везујући га за трајање председничког мандата: председник Републике нема право распуштања парламента у току последњих шест месеци свога мандата (чл. 88, ст. 2).

31 Карактеристични по стриктном одређивању уставних разлога за распуштање парламента, нормирањем оних уставних ситуација када је дисолуција уопште допуштена, јесу немачки Основни закон из 1949. или Устав Белгије од 1994.

V

Док је, с једне стране, председнику Републике остављено пространо поље самосталног одлучивања у широком кругу надлежности, његова је одговорност, с друге стране, веома уско постављена. Међу различитим упоредним решењима, наш уставотворац се определио у погледу одговорности председника Републике за аустријски узор, али га је применио у једном битно осакаћеном и исквареном виду. Пре свега, аустријски устав правну ваљаност председничких аката, изузев акта разрешења канцелара, условљава обавезним министарским премапотписом, утврђујући истовремено и политичку и кривичну министарску одговорност за те акте.³² Такву условљеност и, по томе, и одговорност српски устав не познаје. Даље, од ревизије из 1929, по угледу на Вајмарски устав, у Аустрији је уведена и политичка одговорност председника путем референдумског опозива.³³ Институт опозива, који је опет као једини и то рестриктивно формулисан и веома отежан вид одговорности председника Републике за „кршење устава“ био предвиђен у Уставу од 1990,³⁴ напуштен је у нашем уставном систему. Из аустријског система пак преузет је само један облик одговорности председника – одговорност за повреду устава. Према аустријском уставу, право иницијативе за покретање механизма правне одговорности председника у случајевима повреде устава имају оба дома Федералне скупштине, а одлука о оптужењу доноси се на заједничкој седници домова. О оптужби против председника одлучује уставни суд. Осуда може гласити на губитак звања и, у нарочито отежавајућим околностима, на привремени губитак политичких права. Уколико дело повреде устава у вршењу службене дужности има и обележја неког кривичног дела кажњивог по општим прописима кривичног права, уставни суд тада примењује прописе кривичног законодавства у погледу квалификације дела, доказног поступка и санкција.³⁵

Нормирајући само овај институт, већ истргнут из целовитог система политичке и кривичне одговорности за председничке акте, наш уставотворац је правну одговорност председника за повреду устава још искварио, преиначивши битне елементе правне природе те одговорности. Одговорност председника Републике постављена је као

32 Видети чланове 67, 70, 74, 76. и 142. Устава Аустрије.

33 Члан 60, став 6. Устава Аустрије. Вид. Трипковић, Б., *Настанак одговорности шефа државе у Немачкој и Аустрији: опозив и судски импичмент у перспективи полупредседничког система*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 3, 2009, стр. 348, 354, 358.

34 У погледу различитих оцена упоредити: Јовичић, М., *Уставни положај председника Републике по новом српском Уставу*, стр. 351–354; Кутлешкић, В., „Уставни положај председника Републике Србије“, *Архив за правне и друштвене науке*, 2–3, 1991, стр. 306–307; Р. Марковић, *Одговорност председника Републике – према уставима Републике Србије од 1990. и 2006. године*, стр. 19–28.

35 Видети чланове 68, 142. и 143. Устава Аустрије.

разређење и тиме је посве одстрањено њено кривичноправно обележје. Према Уставу, поступак за разређење може покренути скупштина, на предлог најмање једне трећине од укупног броја посланика (чл. 118, ст. 2). Закон о председнику Републике из 2007, искорачивши изван уставних оквира, нашао је да је предлог једне трећине посланика само иницијатива и, мимо уставних одредби од начину одлучивања у скупштини (чл. 105), прописао да се поступак за разређење покреће већином гласова свих посланика.³⁶ Тим додатним законским условом апсолутне већине гласова неопходне за покретање поступка веома је отежан и читав поступак одговорности председника. „О постојању повреде Устава“ одлучује уставни суд (чл. 118, ст. 3). Судско решавање о томе да ли повреда устава постоји или не несумњиво конципира сам појам „повреда устава“ уско и строго правно, као поступање које је противно изричитој уставној норми.³⁷ Упркос томе, карактер одлуке уставног суда је заправо двојак. Наиме, само ако уставни суд одлучи да председник Републике није повредио устав, правно дејство те одлуке је коначно и поступак за разређење се обуставља.³⁸ Уколико пак уставни суд утврди одговорност председника Републике за повреду устава, та одлука има само саветодавни карактер у поступку његовог разређења.

Пошто је уставни суд утврдио постојање повреде устава, правно дејство његове одлуке препуштено је политичкој оцени парламентарца. Одлуку о разређењу председника Републике због повреде устава може донети само скупштина, и то гласовима најмање две трећине посланика (чл. 118, ст. 1). Тим бизарним решењем – да одлука о правном питању највеће важности, коју је донео суд високог ауторитета, као што је уставни суд, потом бива подвргнута политичкој арбитражи у парламенту – наш се Устав одвојио од изворног аустријског модела, издвајајући се такође и у кругу земаља чија су уставна решења у основи следила тај узор.³⁹ Пословник Народне скупштине из 2010. године, нормираном процедуром одлучивања о разређењу председника Републике, раскрива да у коначном исходу решава огољена политичка воља, изражена пуким

36 Члан 15, став 1. Закона о председнику Републике. Вид. Марковић, Р., *Одговорност председника Републике – према уставима Републике Србије од 1990. и 2006. године*, стр. 30–31.

37 У том смислу дефинисан је и предмет одлучивања уставног суда по Закону о Уставном суду из 2007. године – *Службени гласник РС*, бр. 109 од 28. новембра 2007. Уставни суд је ограничен само на одлучивање о повредама одредаба Устава које су наведене у скупштинском акту о покретању поступка, који мора садржати правни основ, одредбе Устава које су повређене и доказе на којима се акт заснива (чл. 95. и чл. 93, ст. 2).

38 Члан 15, став 4. Закона о председнику Републике.

39 Ово врло спорно решење преузето је, иначе, из Устава Црне Горе из 1992. Вид. Марковић, Р., „Устав Републике Србије из 2006. – критички поглед“; *Анали Правног факултета у Београду*, 2, 2006, стр. 19; Пајванчић, М., „Уставни суд и оптужбе против највиших државних функционера“, *Правни живот*, 12, 1995, стр. 253, 256–257.

збрајањем палих гласова.⁴⁰ Довољно је да само једна трећина посланика не да свој глас за разрешење, при томе без икаквог образложења и, евентуално, на тајном гласању, па да и став апсолутне већине у скупштини приликом усвајања акта о покретању поступка одлучивања о повреди устава, једнако као и одлука уставног суда да председник Републике јесте повредио устав, остану пренебрегнути и практично одбачени. Била би то нека врста накнадне разрешнице која више нема сличности са актом индемнитета. Посебно бизаран постајао би читав овај споран поступак, уколико би повреда устава о којој је одлучио уставни суд истовремено представљала и неко дело кажњиво по кривичном законнику, а скупштина је усвојила разрешницу. Уставне одредбе ваљало би и тада тумачити у складу са начелом да и за дела учињена у вршењу службене дужности председник Републике одговара према општим прописима казног права, те да би тада републички јавни тужилац требало да покрене кривични поступак у складу са одредбом о процесном имунитету (чл. 119). На концу би имали да замислимо скупштину да одлучује и трећи пут, сада о имунитету. Таква процесна акробатика већ измиче правној логици, док је с политичког аспекта одговорност готово илузорна.

Одговорност председника Републике, постављена испрва као правна – одговорност за поступање противно некој уставној норми, када уставни суд одлучује о постојању повреде устава – гласањем о скупштинској разрешници извргава се у једно превасходно политичко питање. Председник, за кога је уставни суд утврдио да је повредио устав, вољом својих страначких другова у парламенту може према слову Устава и даље остати шеф државе. Уставне одредбе о разрешењу и имунитету само потврђују неодговорност председника Републике за противзаконито поступање у вршењу функције, ма колико оно вређало јавни интерес, само ако при томе није повређено и неко индивидуално право. Најзад, уз неомеђено подручје дискреције, која олако може склизнути у арбитрерност и загазити у политичку злоупотребу овлашћења, председнички акти не повлаче никакву и ничију политичку одговорност. Указивање Бенжамена Констана на илузорност одговорности највише власти, изречено пре скоро два века, у одредбама нашег Устава добило је убедљиву потврду. Установа министарског премапотписа суштински је и нужан елемент система одговорне владе. Она никако не може бити надомештена легитимношћу непосредних председничких избора, у којима се не могу наћи предохране од злоупотреба. Политичка легитимација не сме се узимати за заклон од одговорности нити бити изговор за неодговорност.

40 Према члану 235. Пословника Народне скупштине, по пријему одлуке уставног суда да је председник Републике повредио устав, председник скупштине је одмах доставља посланицима и у року од 15 дана сазива седницу на којој ће се одлучивати о разрешењу. О разрешењу председника Републике Народна скупштина одлучује без претреса. Пре приступања гласању о разрешењу, скупштина одлучује да ли ће се гласати тајно или јавно.

Mirjana Stefanovski, PhD

Professor of Law University of Belgrade, Faculty of Law

NON/EXISTENCE OF MINISTERIAL CONTRA-SIGNATURE IN THE CONSTITUTION OF SERBIA OF 2006

Summary

The Constitution of 2006 took over from the previous constitution non-existence of ministerial contra-signature. In that way has been removed the very foundation of parliamentary system without which there is no responsible government. According to the Constitution all acts and official deeds of the President of the Republic are his/her personal prerogatives. The President of the Republic not only performs traditional powers of the chief of the state but also disposes with influential means of power: the right to determine mandatarly for the composition of the government, the right to dissolve the assembly and the right of suspensive veto. By disposing of the right to determine mandatarly he/she can substantially influence the composition of the government, and he/she can force it to resign by non-cooperation in guiding foreign policy or in case of nomination or dismissing in diplomacy or the military. By his/her discretion concerning government's proposal for the dissolution of the assembly the President has become the arbiter who according to his/her own consideration decides on the destiny of ministry as well as on the destiny of parliamentary majority. By refusing to dissolve the assembly the President may overthrow the government for which the further co-operation with the parliament has become politically imposible, and remaining in power untenable; and would in that way be forced to resign. By accepting government's proposal the President may by dissolving the assembly frustrate the creation of some other even more solid majority in the parliament able to establish more stable government.

Along side with unlimited sphere of discretion which easily can glide into arbitrariness and cross into political misuse of powers, the presidential acts are released of any political responsibility. Within an extraordinary difficult procedure for the release, the legal responsibility of the President is set in a very strait form as a responsibility for acts counter some explicit constitutional provision. In that case if a proposal for a release would be accepted by absolute majority in the assembly, and later on be approved by the Constitutional Court, the Constitution provides even more bizarre solution – remaining of the President in power by the will of only one third of people's representatives despite the fact that he/she as a chief of the state has violated the Constitution. The responsibility of executive power cannot be in fact solved by personal responsibility of the chief of the state, since so highly established it is mainly illusory. The prerogatives of the President can be brought into conformity with profound principle of government's responsibility only if it is conditioned by a co-operation of parliamentary ministry through the institution of contra-signature.

Key words: Serbian Constitution 2006. Counter signature. Dissolution of the Parliament. Liability of the President

PRAVO DETETA NA ODRŽAVANJE LIČNIH ODNOSA SA BLISKIM OSOBAMA

Apstrakt

Pravo deteta i roditelja da održavaju lične odnose na redovan način priznato je stavom 3. člana 9. Konvencije UN o pravima deteta iz 1989. godine. Evropska konvencija o ljudskim pravima iz 1950. godine (član 8), kao i Evropski sud za ljudska prava u svojoj praksi, takođe potvrđuju da je od suštinskog značaja poštovanje najboljeg interesa deteta, koji uključuje i pravo na kontakte deteta sa onim roditeljem koji ne vrši roditeljsko pravo posle razdvajanja roditelja. Najzad, i u svim pravnim sistemima koji su prikazivani u ovom tekstu, dete ima pravo na održavanje ličnih odnosa sa svojim roditeljima. To je posledica preovlađujućeg stava prema kome se održavanje ličnih odnosa deteta sa roditeljima smatra ključnim preduslovom za uspešno podizanje i razvoj deteta. Štaviše, u velikoj većini zakonodavstava – pa tako i u zakonodavstvu Srbije – važnost kontakata deteta sa osobama koje nisu njegovi roditelji, ali sa kojima dete vezuju srodničke veze (kao što je slučaj sa bakama i dedama i drugim krvnim srođnicima) ili veze posebne emocionalne bliskosti takođe je potvrđena kao najbolji interes deteta.

Ključne reči: *Prava deteta. Pravo deteta na lične odnose sa bliskim osobama.*

1. Pravo deteta na održavanje ličnih odnosa sa roditeljima

Detetu koje je odvojeno od jednog ili oba roditelja, Konvencija UN o pravima deteta jemči pravo na redovno održavanje ličnih i neposrednih odnosa sa oba roditelja.¹ Porodičnim zakonom takođe je utvrđeno da dete ima

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

1 „Države članice poštuju pravo deteta koje je odvojeno od jednog ili oba roditelja da održava lične odnose i neposredne kontakte sa oba roditelja na stalnoj osnovi, osim ako je to u suprotnosti sa najboljim interesima deteta.“ Videti čl. 9. st. 3. Konvencije o pravima deteta. Konvencija o pravima deteta usvojena je rezolucijom Generalne skupštine Ujedinjenih nacija od 20. novembra 1989. godine. Videti *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 15/1990. Naknadno su ratifikovani i Fakultativni protokol o učešću dece u oružanim sukobima uz Konvenciju o pravima deteta, kojim se zabranjuje obavezna regrutacija i direktno učešće u neprijateljstvima licima koja još nisu navršila 18 godina, te Fakultativni protokol o prodaji dece, dečjoj prostituciji i dečjoj pornografiji uz Konvenciju o pravima deteta, kojim se države članice obavezuju

pravo da održava lične odnose sa roditeljem sa kojim ne živi u porodičnoj zajednici.² To, drugim rečima, znači da jedno od najvažnijih prava deteta – čiji jedan od roditelja ne živi sa detetom ili su oboje odvojeni od deteta – jeste njegovo pravo da održava lične odnose sa onim roditeljem sa kojim ne živi zajedno.³ Nesporno je, naime, da je za pravilan razvoj deteta i njegovo formiranje u zreli i stabilnu ličnost neophodno prisustvo oba roditelja, koji će svojim ličnim osobinama i moralnim vrednostima ravnopravno učestvovati u vaspitavanju i podizanju deteta, ali će time, s druge strane, i roditelj sa kojim dete ne živi moći da ostvari jedan važan deo sadržine svog roditeljskog prava. Ovo pravo deteta, dakle, proizilazi iz opšteg principa da oba roditelja deteta imaju zajedničku odgovornost za podizanje i razvoj deteta i da su ravnopravni u vršenju roditeljskog prava.⁴ Ono obuhvata ne samo pravo deteta da viđa svog roditelja već i pravo da sa njim održava lične odnose na svaki mogući način (telefonom, pismima, putem elektronskih komunikacija itd.).⁵

Kao i kada je reč o vršenju roditeljskog prava uopšte, sporazum roditelja o načinu vršenja ovog prava i dužnosti je dobrodošao, kako dete nikada ne bi imalo utisak da je prestankom zajedničkog života izgubilo jednog roditelja. Ovakav sporazum roditelja ima mnogobrojne prednosti. Na prvom mestu, on pokazuje da su roditelji spremni da nastave da dele zadovoljstvo i odgovornost odgajanja deteta i nakon što prestanu da žive zajedno u braku ili vanbračnoj zajednici. U odnosu na dete, njihov sporazum je poruka detetu da je i dalje jednako voljeno od oba roditelja – čime se u velikoj meri sprečava traumatičan osećaj gubitka zbog razdvajanja majke i oca⁶ – te da trajnost i čvrstina roditeljske privrženosti detetu nisu ugroženi poremećajima u njihovom međusobnom odnosu. S druge strane, poznato je da roditelji koji se razdvajaju od deteta posebno teško i sa velikim stresom primaju to razdvajanje,

da prodaju dece, dečju prostituciju i dečju pornografiju moraju sankcionisati krivičnim zakonodavstvom. Videti *Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori*, br. 7/2002.

- 2 Videti čl. 61. st. 1. Porodičnog zakona (*Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 18/2005).
- 3 Štaviše, ako dete i roditelji žive u različitim državama, Konvencija o pravima deteta obavezuje države članice da zahteve deteta ili roditelja da uđu u državu članicu ili je napuste radi spajanja porodice rešavaju na pozitivan, human i ekspeditivan način. Videti čl. 10. st. 1. Konvencije o pravima deteta. Opširnije o teškoćama primene ove odredbe u uporednoj praksi, videti *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, UNICEF, Geneva, 2002, str. 147–150.
- 4 Videti čl. 18. Konvencije o pravima deteta i čl. 7. Porodičnog zakona.
- 5 Otuda se i u literaturi na engleskom jeziku za označavanje ovog prava više ne upotrebljavaju izrazi *access to children* (pristup deci) ili *visitation rights* (prava posećivanja), nego *contact concerning children* (kontakt koji se odnosi na decu). S druge strane, ova terminološka promena ukazuje i na pravu prirodu ovog prava, koje se više ne odnosi nužno samo na roditelje, već obuhvata različite druge kategorije osoba, o čemu će više reći biti u narednim izlaganjima.
- 6 Glavni razlog zbog koga je razdvajanje roditelja toliko teško za decu jeste taj što deca imaju malo iskustva da bi mogla da shvate razloge rušenja porodičnog nukleusa. Zbog toga terapeuti ozbiljno preporučuju roditeljima da deci daju detaljna i jednostavna objašnjenja o tome šta znači razdvajanje i zašto je do njega moralo doći. To je takođe pogodan trenutak da se dete razuveri kako razlog zbog koga roditelj napušta porodični dom nije to što je ono nešto reklo, uradilo ili mislilo. Videti opširnije: *Draškić, M., Mediation in Family Matters*, University of Bologna, Bologna 2003, www.uniadriun.unibo.it, str. 3.

naročito u prvo vreme, pa su tada često spremni da stvaraju sukob povodom svakog detalja novog načina ostvarenja kontakta sa detetom, a nekada i da postupe sasvim suprotno, prekidajući svaki kontakt kako sa detetom, tako i sa bivšim partnerom. Zbog toga je i sa stanovišta roditelja samih, njihov sporazum o ostvarenju prava deteta na lične odnose sa roditeljem sa kojim dete više ne živi u porodičnoj zajednici neuporedivo bolji i sigurniji put da se vršenje tog prava obavlja na zadovoljavajući način.⁷ Najzad, dogovorno uređenje ličnih odnosa deteta i roditelja afirmiše kulturu sporazumevanja, koja počiva na načelnom poverenju države u roditelje te na uverenju da roditelji najbolje poznaju svoje dete i najbolje znaju šta je dobro za njihovo dete.

U nedostatku roditeljskog sporazuma, o načinu održavanja ličnih odnosa deteta i roditelja s kojim dete ne živi odlučuje sud. Sporazumom odnosno odlukom o održavanju ličnih odnosa deteta sa roditeljem sa kojim ne živi u porodičnoj zajednici određuju se vreme, mesto i trajanje međusobnih susreta deteta sa roditeljem (preciziranjem trajanja dnevnih, nedeljnih, mesečnih ili godišnjih susreta), a ako se radi o nekim posebno osetljivim okolnostima (na primer, u slučaju sumnje na zlostavljanje deteta), određuje se i posebno mesto susreta (na primer, u nekom neutralnom i sigurnom prostoru) ili se nalaže da susrete deteta i roditelja nadzire stručnjak (socijalni radnik, psiholog, lekar itd.).

U pravnoj teoriji izrečene su, međutim, ozbiljne kritike suviše preciznog regulisanja načina na koji se uređuje ostvarivanje ličnog kontakta deteta sa roditeljima. Ističe se kako je takvo regulisanje izveštačeno i neprimereno zahtevima savremenog života i, umesto toga, predlaže se veće korišćenje medijacije koja treba u svakom slučaju da dovede do fleksibilnog sporazuma roditelja koji bi se sa lakoćom mogao prilagođavati dnevnim zahtevima i planovima deteta i roditelja.⁸

1.1. Pravo deteta ili pravo roditelja? U uporednom pravu i pravnoj literaturi, međutim, raspravljalo se i o nekim spornim aspektima u vezi sa pravom i dužnošću deteta i roditelja da međusobno održavaju lične odnose.

Prvo je pitanje da li je subjekt prava na održavanje ličnih odnosa roditelj sa kojim dete ne živi u porodičnoj zajednici ili dete. Danas su retki pravni sistemi koji izričito predviđaju da se radi o pravu roditelja;⁹ savre-

7 U pogledu uspešnosti postupka medijacije u porodičnim odnosima ubedljivo najbolji rezultati u Evropi zabeleženi su u Švedskoj, budući da samo 10% roditelja sporove u vezi sa decom rešava sudskim putem, a 90% roditelja rešava ih sporazumno, bilo samostalno ili uz pomoć drugih osoba. Videti opširnije: Casals, M. M., „Divorce Mediation in Europe, An Introductory Outline“, *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol. 9, No. 7/2005, str. 8.

8 Videti opširnije: Schwab, D., *Familienrecht*, 12. Auflage, Verlag C.H. Bech, München 2003, str.326.

9 Takav pravni sistem je američki, budući da je iz američkog Ustava izvedeno načelo kojim se tradicionalno, kao osnovne vrednosti američkog društva, štite roditeljsko pravo i porodična autonomija. Prema tom principu, duboko ukorenjenom u američko društvo i pravni sistem, „teorija o roditeljskom pravu“ (*parental rights doctrine*) znači da je zaštita prava deteta prevashodno dužnost roditelja, a da država tek posredno može postati odgovorna, ako roditelji to nisu u stanju. Stoga, u američkom pravu, pravo na susrete (*visitation rights*) nije priznato detetu, nego roditeljima i drugim osobama bliskim detetu. Videti opširnije o ka-

meni zakoni uglavnom govore ili o pravu deteta¹⁰ ili, pak, definišu lični kontakt deteta i roditelja kao pravo deteta i, istovremeno, pravo i obavezu roditelja da održavaju lične odnose sa svojom decom.¹¹ U pravnoj teoriji se iznosi i to da nikada ne može biti reči o obavezi roditelja već da je pravo – a ne dužnost – roditelja da sa svojim detetom održavaju lične odnose, te da bi se moglo govoriti samo o moralnoj dužnosti roditelja, za čije neizvršavanje nije predviđena nikakva direktna ili indirektna sankcija. Štaviše, prisiljavanje roditelja da održava kontakt sa svojim detetom bilo bi za dete potpuno bezvredno.¹²

1.2. Pravo deteta da samo odluči o održavanju ličnih odnosa sa roditeljima. Dete koje je navršilo 15. godinu života i koje je sposobno za rasuđivanje može samostalno doneti odluku o načinu na koji će održavati lične odnose sa onim roditeljem sa kojim ne živi.¹³

Danas u svetu, naime, postoji široka saglasnost o tome da je konstituisan poseban korpus prava deteta u okviru međunarodnog prava ljudskih prava – na šta je bez sumnje najviše uticalo usvajanje i gotovo univerzalna ratifikacija Konvencije o pravima deteta – kao i koja su to opšta, univerzalna prava deteta, koja postoje sama po sebi, dok izvori prava služe samo da bi se ta prava opisala i sistematizovala. Međutim, priznavanje posebnog korpusa prava deteta ne bi imalo nikakvog smisla ukoliko deci ne bi bilo omogućeno da svoje autentično mišljenje, u nekim situacijama i pod određenim uslovima, pretvore u slobodno odlučivanje o sopstvenim pravima. Pravo deteta na slobodno izražavanje mišljenja više puta je u literaturi i praksi Komiteta za prava deteta bilo označeno kao opšti princip koji ima fundamentalnu važnost u svim aspektima primene

rakteru ovog pravnog instituta američkog porodičnog prava: Dwyer, J. G., *The Relationship Rights of Children*, Cambridge University Press, New York 2006, str. 1–11. Videti takođe i raniji čl. 106. Zakona o braku i porodičnim odnosima Slovenije, čl. 69. st. 5. ranijeg Zakona o braku porodičnim odnosima Hrvatske, čl. 84. st. 4. ranijeg Porodičnog zakona Bosne i Hercegovine, raniji čl. 47. st. 3. Zakona o porodici Makedonije itd.

- 10 Videti, na primer, par. 6. čl. 15. švedskog Zakonika o roditeljima, staraocima i deci, čl. 87. st. 3. Obiteljskog zakona Hrvatske, čl. 124. st. 2. Porodičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine, čl. 55. Porodičnog zakonika Rusije itd. Konvencija o pravima deteta, takođe, eksplicitno predviđa da je pravo deteta da održava lične odnose sa svojim roditeljima (čl. 9. st. 3).
- 11 Videti, na primer, par. 1684. Nemačkog građanskog zakonika, čl. 106. st. 1. noveliranog slovenačkog Zakona o braku i porodičnim odnosima i čl. 47. st. 3–4. noveliranog Zakona o porodici Makedonije. Pravo deteta i roditelja na lični kontakt nesumnjivo je priznato i u okviru prava na poštovanje porodičnog života, koje jemči čl. 8. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (*Službeni list Srbije i Crne Gore – Međunarodni ugovori*, br. 9/2003, 5/2005 i 7/2005, u daljem tekstu: Evropska konvencija), o čemu svedoči bogata praksa Evropskog suda za ljudska prava.
- 12 Tako, Zupančič, K., „Nekatera vprašanja pravice staršev do osebnih stikov z otrokom“, *Pravnik*, br. 10–12/1972, str. 406, Zupančič, K., „Posegi družbene skupnosti v izvrševanje roditeljske pravice“, *Zbornik znanstvenih razprav*, Ljubljana 1985, str. 192. Ipak, Porodični zakon navodi kao osnov za potpuno lišenje roditeljskog prava – između ostalih – i činjenicu da roditelj izbegava da izdržava dete ili da održava lične odnose sa detetom sa kojim ne živi. Videti čl. 81. st. 3. tačka 3. Porodičnog zakona.
- 13 Videti čl. 6. st. 4. Porodičnog zakona.

Konvencije o pravima deteta.¹⁴ U suštini, ono afirmiše dete kao osobu koja je ravnopravna i kompetentna da izražava svoje stavove u svim pitanjima koja se na nju odnose, ali i obavezuje odrasle da dete saslušaju te da stavovima deteta pridaju dužnu pažnju u skladu sa njegovim godinama i zrelošću. Dete na taj način postaje aktivni partner koji učestvuje, a ne pasivni prenosnik želja njegovih roditelja. Participacija je i u psihološkom smislu veoma povoljna za dete, zato što podstiče samopouzdanje, promovira raznovrsne mogućnosti deteta, učvršćuje razumevanje za demokratske procese, doprinosi razvoju osećanja autonomije, nezavisnosti, socijalne kompetencije i otpornosti.

Dok za ostvarivanje prava deteta na slobodno izražavanje mišljenja nije predviđena nikakva donja starosna granica, osim one koja nalaže da se radi o detetu koje je sposobno da formira svoje mišljenje, Porodični zakon Srbije ustanovljava zakonsku pretpostavku da je dete starije od 15 godina dostiglo zadovoljavajuću zrelost da može da odlučuje o nekim svojim pravima i potpuno samostalno, bez zakonskog zastupnika. Pored drugih prava (kao što su pravo na odluku o tome sa kojim će roditeljem živeti, pravo na uvid u matičnu knjigu rođenih i dokumentaciju koja se odnosi na njegovo poreklo, pravo na davanje saglasnosti za preduzimanje medicinskih zahvata i pravo na odlučivanje o tome koju će srednju školu pohađati), dete koje je navršilo 15. godinu života i koje je sposobno za rasuđivanje može samostalno doneti odluku i o tome na koji način će održavati lične odnose sa roditeljem sa kojim ne živi. Dete, razume se, nije dužno da takvu odluku donese i može je prepustiti roditeljskoj saglasnosti ili odluci suda, ali ako želi da vrši svoje pravo, odluka deteta isključuje odlučivanje roditelja odnosno suda.

1.3. Dužnost roditelja sa kojim dete živi da omogući održavanje ličnih odnosa sa drugim roditeljem. Neki zakoni posebno apostrofiraju obavezu roditelja sa kojim dete živi da omogući drugom roditelju da ostvaruje lične odnose sa detetom i da ga informiše o svemu što je neophodno da se takav kontakt ostvari.¹⁵ Štaviše, u engleskom pravu ovaj pravni institut nije ni koncipiran kao pravo deteta, već kao zakonska obaveza roditelja sa kojim dete živi da omogući drugom roditelju da održava lični kontakt sa detetom, a pojam *contact order* tumači se kao pravno sredstvo pomoću koga se protiv

14 Videti: Van Bueren, G., *The International Law on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/London 1998, str. 131, *Implementation Handbook*, op. cit, str. 159.

15 Tako, sprečavanje roditelja da viđa dete predstavlja krivično delo prema Novom krivičnom zakoniku Francuske, za koje je zaprećeno kaznom do jedne godine zatvora i novčanom kaznom do 100.000 franaka, a u slovenačkom pravu to je jedan od osnova za izmenu odluke o poveravanju deteta roditelju koji onemogućava susrete deteta sa drugim roditeljem. U makedonskom pravu, pak, roditelju koji ne vrati dete u roku označenom u rešenju o načinu ostvarivanja ličnih kontakata, organ starateljstva može ograničiti pravo da viđa dete ili mu sasvim zabraniti lične kontakte sa detetom, ali ne duže od 6 meseci. Videti *Family Law in Europe* (Edited by Carolyn Hamilton & Kate Standley), Butterworths, London, Dublin, Edinburgh 1995, str. 153, te čl. 106. st. 6. noveliranog slovenačkog Zakona o braku i porodičnim odnosima i čl. 87. st. 5. noveliranog makedonskog Zakona o porodici.

roditelja sa kojim dete živi ostvaruje pravo na lične odnose deteta i drugog roditelja sudskim putem.¹⁶

Prema rešenju Porodičnog zakona, jedan od izričito navedenih osnova za potpuno lišenje roditeljskog prava zbog grubog zanemarivanja dužnosti iz sadržine roditeljskog prava jeste i slučaj ako roditelj sprečava održavanje ličnih odnosa deteta i roditelja sa kojim dete ne živi.¹⁷

1.4. Ograničenje prava deteta na održavanje ličnih odnosa sa roditeljima Kako je održavanje ličnih odnosa sa roditeljem sa kojim dete ne živi pravo deteta, ono se može ograničiti samo sudskom odlukom kada je to u najboljem interesu deteta, a to znači kada postoje razlozi da se roditelj potpuno ili delimično liši roditeljskog prava ili u slučaju nasilja u porodici.¹⁸ Iz stilizacije ove zakonske odredbe proizilazi da će sud posegnuti za ovakvom merom samo onda kada lične, subjektivne karakteristike roditelja ili neki postupci roditelja ugrožavaju najbolji interes deteta i njegov pravilan razvoj.¹⁹ To, međutim, nikako ne znači da će sud morati prethodno da donese odluku o potpunom ili delimičnom lišenju roditeljskog prava da bi nakon toga ograničio kontakte deteta i roditelja, već ovakva odredba predstavlja zakonski okvir koji treba da uputi sud na opravdane razloge prilikom odlučivanja o ograničavanju prava deteta da održava lične odnose sa jednim ili oba roditelja (to bi bili postupci roditelja koji prilikom susreta sa detetom protivreće interesima deteta u toj meri da je ozbiljno ugrožen njegov fizički, moralni i intelektualni razvoj ili kada roditelj, provodeći vreme sa detetom, uopšte ne brine o detetu niti podmiruje neke njegove osnovne životne potrebe).²⁰ S druge strane, razume se, prethodna odluka o potpunom lišenju roditeljskog prava automatski će lišiti roditelja svih prava i dužnosti u odnosu na dete (izuzimajući dužnost izdržavanja), pa time i na neodređeno vreme ograničiti pravo deteta da održava kontakt sa roditeljem koji je potpuno lišen roditelj-

16 Videti: Cretny, S. M., Masson, J. M. & Bailey-Harris, R. B., *Principles of Family Law*, 7th Edition, Sweet & Maxwell, London 2003, str. 590.

17 Videti: čl. 81. st. 3. tačka 3. Porodičnog zakona.

18 Videti: čl. 61. st. 3. Porodičnog zakona. U istom smislu i čl. 9. st. 3. *in fine* Konvencije o pravima deteta.

19 Takvi su razlozi, na primer, zavisnost roditelja od psihoaktivnih supstanci, nasilničko ponašanje, upadljiv nedostatak brige za dete, postojanje ozbiljnog rizika od otmice ili protivpravnog zadržavanja deteta, izuzetno velika netrpeljivost među roditeljima itd. U nemačkom pravu, štaviše, sud može izreći meru trajne zabrane susreta roditelja sa detetom ako je roditelj duže vremena pokušavao samovoljno da viđa dete i time ga uveo u „konflikt lojalnosti“ prema drugom roditelju, što stvara veliko opterećenje za dete i smatra se posebno teškim slučajem ugrožavanja dobrobiti deteta. Tako, Schwab, D., *op. cit.*, str. 326.

20 Zanimljivu odredbu u ovoj materiji poznaje makedonsko pravo, prema kojoj je organ starateljstva ovlašćen da ograniči pravo roditelja na održavanje ličnih odnosa sa detetom ako više od tri meseca ne daje izdržavanje za dete, ako više od tri puta zaredom prekrši pravilo o načinu održavanja ličnih odnosa sadržano u rešenju organa starateljstva ili ako ne vrati dete u roku koji mu je određen rešenjem organa starateljstva, odnosno ako odvede dete u nepoznatom pravcu. Videti čl. 87. st. 2–5. noveliranog makedonskog Zakona o porodici.

skog prava. Odluka o delimičnom lišenju roditeljskog prava, pak, imaće takvo dejstvo samo ako je roditelj lišen upravo ovog prava iz sadržine roditeljskog prava.²¹ Najzad, sudovi nikada ne bi smeli da upotrebljavaju ovu meru radi kažnjavanja roditelja, već samo kao krajnju meru, koja je motivisana suštinskim zahtevom za ostvarenje dobrobiti deteta.

Sa posebnom pažnjom u sudskoj praksi razmatraju se situacije u kojima je došlo do porodičnog nasilja, posebno ako je ono bilo usmereno prema detetu, ali i onda kada se nasilje dogodilo prema drugom roditelju ili je dete bilo svedok nasilja. Iako se u pravnoj teoriji iznose mnogi argumenti u prilog stavu da nasilje, samo po sebi, ne bi smelo da bude razlog za ograničenje prava na lične kontakte deteta i roditelja, te da sudovi treba da imaju u vidu, pre svega, perspektivu budućih odnosa i da odluka ne bi smela da se temelji samo na događajima iz prošlosti, preovladava stav da istorija porodičnog nasilja ne bi nikada smela da bude izostavljena iz procene, čak i kada je reč o samo jednom događaju.²² Stoga, u kontekstu porodičnog nasilja koje se odigralo ranije, sudovi se najčešće opredeljuju da se susreti deteta i roditelja odvijaju pod nadzorom treće osobe ili u zaštićenom prostoru, odnosno da se mogu odvijati i samo posredstvom komunikacionih sredstava (telefonski razgovori, pisma, imejl i SMS poruke, video-link, upotreba društvenih mreža itd.). Na taj način, zadovoljava se zahtev da se odnos deteta i roditelja očuva po svaku cenu, jer je to nesumnjiv dugoročan interes svakog deteta,²³ ali da se istovremeno obezbedi i zaštita za dete od mogućeg ponovljenog nasilja, s druge strane.²⁴

Posebno su delikatni slučajevi životne situacije u kojima dete pokazuje doslednu i tešku netrpeljivost prema roditelju sa kojim ne živi, odbijajući svaki lični odnos, viđanje ili druženje sa njim, dok taj roditelj ispoljava snažnu

21 Videti detaljnije odredbe Porodičnog zakona koje se odnose na lišenje roditeljskog prava (čl. 81–82).

22 U tom smislu videti: Cretney, S. M., *op. cit.*, str. 595.

23 Dečji psiholozi posebno insistiraju na tome da se nikada ne bi smelo dogoditi da dete zaboravi kako izgleda njegov roditelj, kao i da je za dete važno da poznaje svoje poreklo, čak i onda kada je ono loše.

24 Nažalost, nekada se dešava da sudovi propuste da obezbede efikasnu zaštitu za decu u slučajevima ozbiljne sumnje na porodično nasilje. Tako, na primer, rešenjem o privremenoj meri Trećeg opštinskog suda u Beogradu P. 727/07 od 9. aprila 2009. godine, održavanje ličnih odnosa S.J. sa maloletnim ćerkama T.J. i K.J. bilo je uređeno na takav način da devojčice provode svaki drugi vikend u kući u kojoj otac živi zajedno sa svojim ocem (dedom devojčica), iako se protiv dede devojčica istovremeno vodio sudski postupak zbog krivičnog dela obljube zloupotrebom položaja iz čl. 181. stav 3. Krivičnog zakonika, u kome su oštećene upravo maloletne devojčice! Okružni sud u Beogradu potvrdio je ovakvu odluku svojim rešenjem Gž. 13260/09 od 11. avgusta 2009. godine. Odlučujući povodom ustavne žalbe u ovom predmetu, koji je zahtevao naročitu hitnost, Ustavni sud je 18. februara 2010. godine doneo rešenje UŽ-2650/2009 kojim je odložio izvršenje privremene mere do donošenja odluke Vrhovnog kasacionog suda po reviziji. Nakon toga, Vrhovni kasacioni sud je 30. juna 2010. godine doneo rešenje Rev. 2944/10, Gzz. 16/10, kojim je revizija odbačena kao nedozvoljena, a usvojen zahtev za zaštitu zakonitosti republičkog javnog tužioca, ukinuta su rešenja Trećeg opštinskog suda u Beogradu i Okružnog suda u Beogradu i predmet vraćen Prvom osnovnom sudu u Beogradu na ponovno odlučivanje. – Iz arhive Ustavnog suda.

potrebu da ostvari lični kontakt sa detetom. Budući da danas u uporednom pravu apsolutno preovlađuje stav da je pravo na lični odnos deteta sa roditeljem, pre svega, pravo deteta, a da tek potom može biti reči i o pravu roditelja koje mu pripada na osnovu roditeljskog prava, u ovim slučajevima uvek se daje primat volji deteta.²⁵ Kao što će se videti i iz dve detaljno prikazane odluke Evropskog suda za ljudska prava, takva slobodno izražena želja deteta može biti korigovana jedino odgovornošću tužene države zbog toga što nadležni organi nisu preduzeli sve što je bilo u njihovoj moći da se kontakt između deteta i roditelja uspostavi na pravi način.²⁶ Ipak, prema svedočenjima iz engleske literature, održavanje ličnih kontakata deteta sa roditeljem sa kojim dete ne živi može biti natureno u engleskom pravu i protiv volje deteta ako sud oceni da je to u interesu i za dobrobit deteta.²⁷

U slučajevima u kojima je ograničeno pravo na lične odnose deteta i roditelja, taj roditelj ima pravo da bude informisan o ličnim stvarima koje se tiču deteta. To je nesumnjivo pravo roditelja koji ne živi zajedno sa detetom, bez obzira na njegov položaj u pogledu vršenja roditeljskog prava. U literaturi se kao školski primeri takvih informacija navode slanje kopije školskog svedočanstva, namera drugog roditelja da promeni prebivališta deteta i sve informacije koje se tiču detetovog zdravlja.²⁸

2. Pravo deteta na održavanje ličnih odnosa sa drugim bliskim osobama

Pravo je deteta, takođe, da održava lične odnose ne samo sa roditeljima, nego i sa srodnicima i drugim licima sa kojima ga vezuje posebna bliskost ako je to u njegovom najboljem interesu.²⁹

U pravnoj teoriji postavilo se pitanje da li je održavanje ličnih odnosa roditelja i deteta sastavni deo sadržine roditeljskog prava ili nije. Neki pravni pisci zastupaju stanovište da ovo pravo nema atribut roditeljskog prava, budući da izvire neposredno iz srodničkog odnosa roditelja i deteta i da se pravo na održavanje ličnih odnosa sa detetom mora proširiti i na druge srodnike.³⁰

25 U pravnoj teoriji, međutim, može se naići i na suprotno stanovište, prema kome nema nijednog razloga zbog koga dete ne bi imalo odgovornost i dužnost da održava lične odnose sa roditeljem sa kojim ne živi, te da nikako ne treba zanemariti činjenicu da dete i u drugim granama prava ima određene dužnosti i odgovornosti (kao što su, recimo, dužnosti u vezi sa zaključenim ugovorom o radu, krivična odgovornost, građanskopravna odgovornost za naknadu štete itd.). Drugim rečima, u nauci se sve više počinje razmišljati o tome da se princip autonomije deteta proširi i na područje njegovih obaveza i odgovornosti. Videti opširnije: Rešetar, B., *Pravna zaštita prava na susrete i druženje u obiteljskom pravu*, doktorska disertacija, Zagreb 2008, str. 329–330.

26 Videti odluke u slučajevima *Sommerfeld v. Germany* i *Sophia Gudrun Hansen v. Turkey* u nastavku ovog teksta.

27 U tom smislu videti: Cretney, S. M., *op. cit.*, str. 589.

28 Videti: Schwab, D., *op. cit.*, str. 327. i par. 1686. nemačkog Građanskog zakonika.

29 Videti čl. 61. st. 5. Porodičnog zakona.

30 Tako Zupančić, 1985, *op. cit.*, str. 192.

U uporednom pravu zaista je primetno znatno proširivanje kruga lica kojima se priznaje pravo na održavanje ličnih odnosa sa detetom, i to ne samo na krvne srodnike deteta (babe, dede, prababe, pradede, sestre, braća), već i na druge osobe sa kojima dete vezuje posebna bliskost i koje su imale važnu ulogu u životu deteta.³¹ Određeni uticaj u tom pogledu imala je i odluka Saveznog ustavnog suda Nemačke, koji je proglasio neustavnim odredbe par. 1600. i 1685. nemačkog Građanskog zakonika, zbog toga što nisu priznavale pravo biološkog oca deteta da osporava očinstvo bračnom ocu niti su mu davale zakonsko pravo na kontakte sa detetom. U vezi sa ovom odlukom, takođe je važna činjenica da je nemački Savezni ustavni sud po prvi put upotrebio termin „socijalno-porodični odnos“ (*sozial-familiäre Beziehung*) kako bi označio vezu koja se stvara na osnovu zajedničkog života u porodici, koja nije nužno uslovljena postojanjem krvnog ili tazbinskog srodstva. Tako je, na osnovu ove odluke Saveznog ustavnog suda Nemačke, vanbračni otac dužan da, najpre, dokaže postojanje socijalno-porodične veze između njega i deteta, a potom može osporavati očinstvo muškarcu koji se smatra bračnim ocem deteta, zahtevati da bude utvrđeno njegovo očinstvo i tražiti da ostvari lični kontakt sa detetom.³²

3. Ostvarivanje prava deteta na održavanje ličnih odnosa u sudskom postupku

3.1. Pokretanje postupka. Pravo deteta na lične odnose sa roditeljem sa kojim ne živi, odnosno sa drugim osobama sa kojima ga vezuje posebna bliskost, zaštićeno je pravilima koja su predviđena za poseban postupak u sporu

31 Videti, na primer, par. 6. čl. 15. st. 3. švedskog Zakonika o roditeljima, staraocima i deci, čl. 371. st. 4. francuskog Građanskog zakonika, čl. 107. Obiteljskog zakona Hrvatske, čl. 124. st. 2. Porodičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine, čl. 377. knjiga 1. holandskog Građanskog zakonika. Nemački Građanski zakonik pravo na kontakt sa detetom jemči dedi i baki, bratu i sestri (te polubratu i polusestri), a nakon reforme iz 2001. godine, nemačko pravo načelno garantuje ovo pravo i svim ostalim osobama koje imaju bliske odnose sa detetom, odnosno koje se stvarno brinu ili su se brinule o detetu. Videti par. 1685/2 nemačkog Građanskog zakonika. Novelirani slovenački Zakon o braku i porodičnim odnosima među takve osobe uvrstio je izrekom i braću i sestre, polubraću i polusestre, ranije hranitelje, ranijeg ili sadašnjeg supružnika odnosno ranijeg ili sadašnjeg vanbračnog partnera roditelja deteta. Videti čl. 106a. st. 1. Zakona o braku i porodičnim odnosima Slovenije. Makedonski Zakon o porodici priznaje pravo deteta da održava neposredne kontakte sa roditeljima i drugim bliskim srodniciima umrlog roditelja, odnosno roditelja koji je lišen roditeljskog prava ili je na drugi način sprečen da vrši roditeljsko pravo, a način održavanja tog kontakta uređuje svojom odlukom centar za socijalni rad. Videti čl. 47. st. 4. i čl. 79. st. 4. noveliranog Zakona o porodici Makedonije. Porodični zakonik Rusije, štaviše, pravo na kontakt priznaje i nekim srodniciima deteta (deda, baba, braća, sestre), tako da ga oni mogu ostvarivati i onda kada se zakonski zastupnik deteta tome protivi. Videti čl. 67. ruskog Porodičnog zakonika.

32 Videti odluku BVerG 1493/96, 1724/01 od 9. aprila 2003.godine, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, br. 12/2003, str. 816-826. Na ovu odluku, prema preovlađujućem mišljenju u pravnoj književnosti, uticala je i praksa Evropskog suda za ljudska prava, naročito u slučajevima *Sommerfeld v. Germany*, *Hoffmann v. Germany* i *Sahin v. Germany* o kojima će biti više reči u narednim izlaganjima.

za zaštitu prava deteta. Tužba se u ovom postupku može podneti u pogledu svih prava koja su detetu priznata Porodičnim zakonom, a nisu zaštićena nekim drugim postupkom.³³ Pri tom, tužbu za zaštitu prava deteta mogu podneti dete, roditelji deteta, javni tužilac i organ starateljstva, ali pravo i dužnost da obaveste javnog tužioca ili organ starateljstva o razlozima za zaštitu prava deteta imaju sve dečje, zdravstvene i obrazovne ustanove ili ustanove socijalne zaštite, pravosudni i drugi državni organi, udruženja i građani. Aktivna legitimacija je, dakle, ograničena na subjekte koji su najpozvaniji da brinu o zaštiti prava deteta, ali je zato inicijativa da se skrene pažnja nadležnim državnim organima prepuštena najširem mogućem krugu osoba i institucija koje mogu biti u kontaktu sa decom i time u prilici da saznaju za sumnju da su prava deteta povređena ili ugrožena.

Međutim, iz ovakve odredbe nesumnjivo proizilazi i zaključak da druge osobe koje su bliske detetu i sa kojima dete takođe ima pravo da održava lične odnose ne mogu same pokrenuti sudski postupak za zaštitu prava deteta, već to može učiniti samo organ starateljstva – ili neko od ostalih lica koja imaju aktivnu legitimaciju za pokretanje ovog postupka – nakon što proceni da je u najboljem interesu deteta da mu se omoguće kontakti sa osobama sa kojima ga vezuje posebna bliskost.³⁴

3.2. Nadležnost. Za sve sporove u vezi sa pravima deteta uvek su stvarno nadležni sudovi opšte nadležnosti. Novi Zakon o uređenju sudova, koji je počeo da se primenjuje 1. januara 2010. godine, za ove sporove predviđa prvostepenu nadležnost osnovnog, a drugostepenu nadležnost apelacionog suda.³⁵

Mesno *nadležan* sud u sporovima povodom prava deteta jeste sud na čijem području tuženi ima prebivalište ili boravište (sud opšte mesne nadležnosti), ali dete može podići tužbu bilo pred sudom opšte mesne nadležnosti bilo pred sudom na čijem području ono ima prebivalište odnosno boravište.³⁶

33 Videti čl. 263. Porodičnog zakona.

34 Štaviše, američki Vrhovni sud proglasio je u jednom slučaju neustavnom odredbu vašingtonskog zakona, koja je dopuštala svakoj osobi da tuži roditelje i zahteva pravo na susrete sa njihovom decom, iako je u konkretnom slučaju bila reč o baki po ocu, kojoj je majka dece, nakon smrti svog supruga, ograničila pravo na viđanje sa devojčicama na jednu posetu mesečno. Prema jednodušnom stavu američke pravne teorije, ova odluka je reafirmisala ustavno pravo roditelja da sami donose sve odluke o svojoj deci – koja je zasnovana na pretpostavci da roditelj zna bolje od države šta je dobro za njegovo dete – odnosno da država ima legitimni interes da se umeša u oblast porodičnih odnosa tek onda kada roditelji nisu u stanju da zaštite dobrobit deteta. Videti odluku *Troxel v. Granville*, 530 U.S. 57 (2000). Navedeno prema: Rešetar, B., *op. cit.*, str. 96. Naproiv, rusko pravo je jedno od retkih u uporednom pravu koje daje samostalno pravo na zahtev onim osobama sa kojima dete ima pravo da održava lične odnose. Videti čl. 67. ruskog Porodičnog zakonika. U engleskom pravu, osobe sa kojima je dete živelo najmanje 3 godine neposredno pre pokretanja sudskog postupka ne moraju prethodno od suda ishodovati odobrenje (*leave of the court*) za pokretanje postupka, kao što je to potrebno u ostalim slučajevima. Videti opširnije: Bainham, A., *Children: The Modern Law*, 3rd Edition, Jordan Publishing Limited, Bristol 2005, str. 244.

35 Videti čl. 22. st. 2. i čl. 24. st. 1. tačka 3. Zakona o uređenju sudova.

36 Videti čl. 261. Porodičnog zakona.

Funkcionalna nadležnost u sporovima u vezi sa pravima deteta rezervirana je u prvom stepenu za sudsko veće sastavljeno od jednog sudije i dvojice sudija porotnika, a u drugom stepenu za veće od trojice sudija.³⁷

3.3. Osobnosti postupka. Postupak u sporovima koji se tiču prava deteta razlikuje se po nekim svojim osobenostima od pravila opšteg parničnog postupka.

To se odnosi, najpre, na pravila koja su zajednička za sve postupke u vezi sa porodičnim odnosima. Tako, sudije u postupcima u vezi sa porodičnim odnosima uopšte moraju biti lica koja su stekla posebna znanja iz oblasti prava deteta, a sudije porotnici treba da budu birani iz reda stručnih lica koja imaju iskustva u radu sa decom i mladima.³⁸ Takođe, svaki postupak u vezi sa porodičnim odnosima hitan je ako se odnosi na dete ili roditelja koji vrši roditeljsko pravo, ali postupak u sporu za zaštitu prava deteta naročito je hitan. Naročita hitnost definisana je pravilom da se prvo ročište zakazuje u roku od 8 dana od dana kada je tužba primljena u sudu, a drugostepeni sud je dužan da odluku donese u roku od 15 dana od dana kada mu je dostavljena žalba.³⁹ U sporu za zaštitu prava deteta, kao i u svim drugim postupcima u vezi sa porodičnim odnosima, javnost je zakonski isključena, a znatno je proširena primena istražnog načela i ograničena primena načela dispozicije. To znači da u postupku u vezi sa porodičnim odnosima sud može utvrđivati činjenice i kada one nisu među strankama sporne, a može i samostalno istraživati činjenice koje nijedna stranka nije iznela. Najzad, o naknadi troškova postupka u vezi sa porodičnim odnosima sud odlučuje po slobodnoj oceni, vodeći računa o razlozima pravičnosti.⁴⁰

U sporovima koji se pokreću radi zaštite prava deteta, nadalje, važe i neka pravila koja su zajednička samo ovoj vrsti sporova. Njihov je smisao da osiguraju da se prava deteta mogu efikasno ostvarivati u svakom postupku u kome učestvuje i dete. Tako, ako između deteta i njegovog zakonskog zastupnika postoje suprotni interesi, dete zastupa privremeni (kolizijski) staratelj. Štaviše, dete koje je navršilo 10. godinu života i koje je sposobno za rasuđivanje može samo, odnosno preko nekog drugog lica ili ustanove, zatražiti od organa starateljstva da mu postavi kolizijskog staratelja, a od suda da mu postavi privremenog zastupnika, kako bi se razrešio konflikt interesa između deteta i njegovog zakonskog zastupnika.⁴¹

Predviđen je, takođe, poseban skup pravila koja važe za sud odnosno za kolizijskog staratelja ili privremenog zastupnika deteta. Tako je sud u sporu za zaštitu prava deteta uvek dužan da se rukovodi najboljim interesom deteta te da detetu postavi privremenog zastupnika ako utvrdi da dete kao stranka nije zastupano na odgovarajući način. Ako sud utvrdi da je dete sposobno da

37 Videti čl. 203. st. 1. Porodičnog zakona.

38 Videti čl. 203. st. 2–3. Porodičnog zakona.

39 Videti čl. 269. Porodičnog zakona.

40 Videti čl. 205–207. Porodičnog zakona.

41 Videti čl. 265. Porodičnog zakona. U nemačkom pravu, takođe, sud može imenovati posebnog staratelja detetu u svakom postupku u kome to smatra nužnim radi zaštite njegovih interesa. Videti par. 50. Zakona o vanparničnom postupku.

formira svoje mišljenje, dužan je da se stara da dete dobije sve informacije koje su mu potrebne za formiranje mišljenja, kao i da dozvoli detetu da neposredno izrazi svoje mišljenje, da mišljenju deteta posveti dužnu pažnju u skladu sa godinama i zrelošću deteta te da, konačno, mišljenje deteta utvrđuje na način i na mestu prikladnom za njegove godine i zrelost. Sud se može osloboditi dužnosti da primenjuje ovakva pravila samo ako bi to očigledno bilo u suprotnosti sa najboljim interesom deteta.⁴² Smisao ovih odredaba, dakle, leži u tome da se sud učini pripravnim da neprekidno i aktivno posmatra položaj deteta tokom sudskog postupka, kako bi u svakom trenutku mogao da reaguje najpovoljnijom merom za zaštitu prava deteta.

Kolizijski staratelj, odnosno privremeni zastupnik, s druge strane, takođe ima posebne dužnosti prema detetu koje zastupa. To znači da je dužan da se stara da dete blagovremeno dobije sva obaveštenja koja su mu potrebna, da mu pruži objašnjenje koje se tiče mogućih posledica akata koje on preduzima te da sudu prenese mišljenje deteta ako dete nije izrazilo mišljenje neposredno pred sudom. Ovih obaveza može se osloboditi kolizijski staratelj, odnosno privremeni zastupnik deteta, opet samo ako bi njihovo preduzimanje bilo očigledno u suprotnosti sa najboljim interesom deteta.⁴³

Najzad, u sporovima za zaštitu prava deteta nije dozvoljeno izricanje presude zbog propuštanja niti presude na osnovu priznanja ili odricanja, a stranke ne mogu da zakluče ni sudsko poravnanje.⁴⁴ Takođe, sud može presudom u sporu za zaštitu prava deteta odlučiti i o vršenju odnosno lišenju roditeljskog prava, odnosno odrediti jednu ili više mera zaštite od nasilja u porodici.⁴⁵

3.4. Postupak izvršenja. Izvršenje odluke o pravu deteta na lične odnose ostvaruje se povremenim i privremenim oduzimanjem deteta radi omogućavanja kontakta sa roditeljem sa kojim dete ne živi odnosno drugom osobom sa kojom dete vezuje posebna bliskost. Prema novom Zakonu o izvršenju i obezbeđenju, ako roditelj sa kojim dete živi (ili druga osoba *in loco parentis*) odbija da preda dete ili preduzima radnje sa ciljem otežavanja ili onemogućavanja sprovođenja izvršenja, sud će izreći novčanu kaznu ili kaznu zatvora. Novčana kazna izriče se u rasponu od 10.000 do 200.000 dinara; izriče se ponovo ako dužnik ne postupi po izvršnom nalogu suda odnosno izvršitelja, ali po pravilu u povećanom iznosu, a izricanje i izvršenje kazne će se ponavljati sve dok lice na koje se odnosi ne postupi u skladu sa odlukama suda, odnosno izvršitelja. Sud može izreći i kaznu zatvora, koja traje sve dok izvršni dužnik ne postupi po nalogu suda, ali ona može biti izrečena najviše do 60 dana. Oduzimanje deteta od lica kod koga se dete nalazi i predaju deteta roditelju, odnosno drugom licu sa kojim dete ostvaruje pravo na lični odnos, sprovodi sudija u saradnji sa psihologom organa starateljstva, škole, porodičnog savetovališta ili druge specijalizovane ustanove za posredovanje u porodičnim odnosima, a po potrebi i uz

42 Videti čl. 266. Porodičnog zakona.

43 Videti čl. 267. Porodičnog zakona.

44 Videti čl. 271. Porodičnog zakona.

45 Videti čl. 273. Porodičnog zakona.

pomoć policije.⁴⁶ Za žaljenje je, međutim, to što je srpski zakonodavac, kako se čini, potpuno zaboravio na važnost i korisnost medijacije u postupku izvršenja odluka o ostvarivanju prava deteta na lične odnose sa bliskim osobama.⁴⁷

4. Praksa Evropskog suda za ljudska prava

Moglo bi se slobodno reći da su sporovi o ostvarivanju prava deteta na kontakt sa drugim roditeljem najčešći sporovi u oblasti prava deteta kako u uporednom pravu, tako i u praksi Evropskog suda za ljudska prava. Na ovom mestu biće detaljno prikazane dve važne odluke Evropskog suda za ljudska prava, koje dobro ilustruju tanku liniju koja razdvaja dva različita stanovišta Suda o povredi prava na poštovanje porodičnog života, a u kontekstu prava deteta i roditelja da održavaju međusobne lične odnose.

4.1. Zomerfeld protiv Nemačke. U prvom slučaju, podnosilac predstaveke je nemački državljanin, otac devojčice M. koja je rođena 1981. godine u

⁴⁶ Videti čl. 229. do 232. u vezi čl. 234. Zakona o izvršenju i obezbeđenju (*Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 31/2011). Slično se postupa i u uporednom pravu. Tako, prema navodima iz engleske literature, jedan engleski sudija je majci četvorogodišnjeg deteta odredio kaznu zatvora zbog nepoštovanja sudske odluke o ostvarenju ličnih odnosa deteta sa ocem, obrazlažući takvu odluku stavom da su kratkoročne posledice privremenog odvajanja deteta od majke prihvatljivije od dugoročnih efekata otuđenja i nepoznavanja sopstvenog oca. Videti Cretney, S. M., *op. cit.*, str. 632–634. U italijanskom pravu, sud može izreći jednu ili više mera u izvršnom postupku koji se vodi povodom odluke o načinu ostvarivanja ličnih kontakata deteta i roditelja, koje obuhvataju: upozorenje roditelju koji ne ispunjava svoju obavezu, određivanje naknade štete zbog nepoštovanja sudske odluke ili onemogućavanja susreta deteta i roditelja, te izricanje novčane kazne u rasponu od 75 do 5.000 evra. Videti čl. 706. Zakonika o građanskom sudskom postupku Italije.

⁴⁷ Tako, na primer, u nemačkom pravu, pre nego što započne postupak izvršenja odluke o ostvarivanju ličnog kontakta deteta i roditelja, sudija raspravlja sa roditeljima o zakonskim posledicama njihovih radnji ili propusta u vezi sa sudskom odlukom. Ako se ne postigne sporazum, ili se jedan od roditelja ne odazove pozivu za posredovanje, postupak se proglašava neuspešnim i tek tada se sprovodi postupak izvršenja. Izvršenje se sprovodi opomenom, novčanom kaznom koja može dostići iznos od 25.000 evra (doduše, prema svedočenjima iz pravne teorije, u praksi se ne izriču kazne veće od 5.000 evra), te mera oduzimanja i predaje deteta. Nakon reforme nemačkog izvršnog postupka iz 1998. godine, izričito je zabranjeno primenjivati silu protiv deteta prilikom njegovog oduzimanja i predaje, tako da se odbijajući stav deteta da ostvari lični kontakt sa roditeljem bezuslovno mora poštovati. Videti par. 33. nemačkog Zakona o vanparničnom postupku.

U uporednom pravu mogu se sresti i druge mere koje mogu da pospeše izvršenje odluka o ostvarivanju ličnih odnosa deteta sa bliskim osobama, kao što su: ukidanje izdržavanja, izricanje kazne kućnog zatvora ili mere prinudnog neplaćenog rada za opšte dobro prema roditelju koji sprečava ostvarenje kontakta deteta sa drugim roditeljem, dodavanje vremena koje dete nije iskoristilo za lični odnos sa drugim roditeljem u novu sudsku odluku, naknada kako materijalne, tako i nematerijalne štete, nalaganje roditeljima da pohađaju edukaciju i/ili odgovarajuću terapiju itd. U pravnoj teoriji, posebno američkoj, predlaže se i zasnivanje jedinstvene nadležnosti za postupak donošenja odluke i njenog izvršenja, kako bi isti sudija koji je doneo odluku o održavanju ličnih odnosa roditelja i deteta, na zahtev donosio i sprovodio i odluku o izvršenju, a prema principu „jedna porodica – jedan sudija“. Videti opširnije: Shepard, A. I., *Children, Courts and Custody, Interdisciplinary Models for Divorcing Families*, Cambridge University Press, Cambridge 2004, str. 115-116. Navedeno prema: Rešetar, B., *op. cit.*, str. 332.

njegovoj vanbračnoj zajednici sa majkom deteta. Gospodin Zomerfeld je priznao očinstvo odmah po rođenju deteta. Par se rastavio u septembru 1986. godine, od kada je majka zabranila svaki dalji kontakt između oca i deteta. Gospodin Zomerfeld se obratio sudu u Roštoku 1990. godine, zahtevajući da sud svojom odlukom reguliše način njegovog viđanja sa ćerkom. Tokom sudskog postupka saslušana je devojčica M., tada stara 10 godina, koja je izjavila da ne želi da vidi svog oca, čak i ako bude doneta takva odluka suda. Navela je da je posebno uznemirava to što njen otac često stoji pored ograde školskog dvorišta. Angažovani sudski veštak psiholog izjasnio se da, budući da je kontakt između oca i deteta bio prekinut već 6 godina, ne postoji mogućnost da se ponovo uspostavi njihov odnos. Prema njegovom mišljenju, devojčica odrasta u potpunoj porodici, sa majkom koja se u međuvremenu udala, tako da ona, za razliku od oca, ne pati ni od kakvog nedostatka u pogledu kontakta sa ocem. Sudski veštak je predložio da devojčici bude ostavljeno neophodno vreme kako bi sama preduzela inicijativu za susrete sa ocem. U daljem toku postupka devojčica je još jednom ponovila, tada kao 13-godišnjakinja, da ne želi da razgovara sa ocem, da ne želi da prima njegove poklone i da on ne bi trebao da je dalje uznemirava. Dodala je da ona ima oca koga voli, iako on nije njen prirodni otac. Prvostepeni sud je doneo odluku da gospodinu Zomerfeldu ne može biti dopušteno da viđa svoju ćerku, sa obrazloženjem da to ne bi bilo u najboljem interesu deteta. Obrazloženje je bilo da odluka kojom bi devojčica bila primorana da viđa oca protivno njenoj volji nikako ne bi mogla biti opravdana i da bi, štaviše, mogla ozbiljno da ugrozi njenu emocionalnu i psihološku stabilnost. Identičnu odluku doneo je i Okružni sud u Roštoku, izjašnjavajući se da je devojčica od 13 godina svakako sposobna da donese sopstvenu odluku u ovom slučaju, što je ona i učinila, više puta izjavljujući da ne želi nikakav kontakt sa svojim ocem. „Otac bi trebalo da prihvati ovako jasno izraženu želju kako u interesu svoje ćerke adolescentkinje, tako i u svom sopstvenom interesu.“ Savezni ustavni sud Nemačke je u januaru 1996. godine odbacio žalbu podnosioca predstavlke.

Evropski sud za ljudska prava doneo je 2001. godine prvostepenu odluku u korist podnosioca predstavlke, nalazeći da je povređeno njegovo pravo na poštovanje porodičnog života (član 8. Evropske konvencije o ljudskim pravima) i da nije poštovana zabrana diskriminacije (član 14. Evropske konvencije o ljudskim pravima). Na inicijativu nemačke Vlade, predmet je došao pred Veliko veće koje se, međutim, izjasnilo drugačije. Sud je, istina, ocenio da se prvostepeni nemački sud nije nikako smeo zadovoljiti samo iskazom devojčice i jednog veštaka psihologa – čiji je nalaz ocenjen kao prilično površan – već je morao imati na raspolaganju još neko ekspertsko mišljenje koje bi moglo adekvatno da proceni na prvi pogled čvrsto izraženo mišljenje devojčice o kontaktima sa svojim ocem. Korektna i kompletna informacija o odnosu deteta i oca jeste neophodna pretpostavka da bi se mogla ustanoviti prava volja deteta i poštena ravnoteža između njenog interesa i interesa njenog oca. Uprkos tome, Evropski sud je ipak presudio da nije uveren da je to što su nemački sudovi propustili da pribave dodatno ekspertsko mišljenje psihologa i detaljnije utvrde mogućnosti za stvaranje odnosa između oca i ćerke pred-

stavljalo povredu prava na poštovanje porodičnog života (član 8. Evropske konvencije o ljudskim pravima) podnosioca predstavke. U pogledu tvrdnje podnosioca predloga da je bio žrtva diskriminišućeg tretmana nemačkog zakonodavstva u vezi sa pravom na poštovanje porodičnog života, Veliko veće je zaključilo da je njegov zahtev opravdan. Naime, odredbe nemačkog Građanskog zakonika koje su važile u vreme kada se vodio predmetni sudski postupak pred nemačkim sudovima zaista su stavljale u različitu poziciju oca bračnog i vanbračnog deteta. Dok je otac bračnog deteta posle razvoda braka imao zakonsko pravo da viđa dete i to pravo mu je moglo biti ograničeno ili oduzeto samo ako je to u interesu deteta (par. 1634. nemačkog Građanskog zakonika), pravo oca vanbračnog deteta na lične odnose sa detetom moglo je biti konstituisano samo dozvolom majke ili odlukom suda koji bi utvrdio da je takav kontakt u interesu deteta (par. 1711. nemačkog Građanskog zakonika). Pod takvim uslovima, teret dokazivanja se neopravdano prenosi na vanbračnog oca, jer se odnos vanbračnog oca i deteta ne smatra *prima facie* kao interes deteta. Evropski sud za ljudska prava je zaključio da je zbog toga prekršena zabrana diskriminacije (član 14. Evropske konvencije o ljudskim pravima) i podnosiocu predstavke dosudio iznos od 20.000 evra na ime naknade neimovinske štete, kao i naknadu troškova sudskog postupka.⁴⁸

48 Videti *Case of Sommerfeld v. Germany*, No. 31871/96 od 8. jula 2003. Na isti način i sa sličnom argumentacijom je presudio Evropski sud za ljudska prava u još dva nemačka slučaja.

U prvom od njih ocenjeno je, naime, da zabrana nemačkih sudova vanbračnom ocu da viđa svoju ćerku – koja je bila zasnovana na činjenici da je otac napravio trogodišnju pauzu u kontaktima sa detetom, na ekspertskom mišljenju o štetnosti takvih kontakata te na izričitom protivljenju devojčice tada stare 7 godina – ne predstavlja povredu prava na poštovanje porodičnog života. Sa druge strane, postojanje diskriminacije između bračnih i vanbračnih očeva u ranije važećem par. 1711. Nemačkog građanskog zakonika potvrđeno je i u ovoj odluci. Po tom osnovu, Sud je podnosiocu predstavke dosudio naknadu neimovinske štete u iznosu od 25.000 nemačkih maraka, kao i naknadu troškova postupka. Videti *Case of Hoffmann v. Germany*, No. 34045/96 od 11. januara 2002.

U drugom slučaju, koji se odnosio na gotovo identične okolnosti uskraćivanja prava na kontakt između vanbračnog oca i deteta, Evropski sud za ljudska prava takođe je, najpre, odlukom veća utvrdio postojanje povrede čl. 8. i čl. 14. Evropske konvencije o ljudskim pravima, da bi kasnija odluka Velikog veća ocenila da postoji samo povreda čl. 14. Evropske konvencije o ljudskim pravima. Sud je stao na stanovište da propuštanje nemačkih sudova da utvrde mišljenje deteta – devojčica je bila stara 5 godina u vreme trajanja sudskog postupka – o tome da li želi da viđa svog oca ne predstavlja povredu prava vanbračnog oca na poštovanje porodičnog života. U nastavku, Sud je ocenio prihvatljivim nalaz veštaka koji je smatrao da je protivljenje majke ostvarivanju kontakata između oca i deteta tako snažno da bi suprotna odluka suda stavila devojčicu u situaciju antipatije i napetosti koje bi bile štetne za njenu dobrobit. U pogledu ocene par. 1711. Nemačkog građanskog zakonika, Sud je, isto kao i u slučajevima *Sommerfeld* i *Hoffman*, zauzeo stav da on jeste bio diskriminišući za pravo vanbračnog oca na ostvarivanje kontakata sa svojom kćerkom. Po tom osnovu, Sud je obavezao Nemačku da podnosiocu predstavke plati naknadu pretrpljene neimovinske štete u iznosu od 20.000 evra, kao i naknadu sudskih troškova u iznosu od 4.500 evra. Videti *Case of Sahin v. Germany*, No. 30943/96 od 8. jula 2003.

Sasvim suprotnu odluku Sud je doneo opet u jednom nemačkom slučaju, u kome su okolnosti bile unekoliko različite. Naime, dečak star 5 godina bio je saslušan pred ne-

4.2. Sofija Gudrun Hansen protiv Turske. U drugom slučaju, spor pred Evropskim sudom za ljudska prava pokrenula je islandska državljanka Sofija Gudrun Hansen protiv Turske. Ona je majka dve ćerke, V. A., koja je rođena 1981. godine, i A. A., koja je rođena 1982. godine. U vreme rođenja dece ona je živela u Rejkjaviku u vanbračnoj zajednici sa ocem devojčica, gospodinom Halilom Alom, državljaninom Turske. U aprilu 1984. godine, par je sklopio brak na Islandu. Tokom 1989. godine, supružnici su prestali da vode zajednički život i Halil Al se, u februaru 1990. godine, iselio iz zajedničke kuće. U junu 1990. godine, on je oputovao u Tursku i odveo obe ćerke sa sobom na letovanje, uz saglasnost majke devojčica. Dva meseca kasnije, Halil Al je obavestio svoju bivšu suprugu da se njihove ćerke više neće vratiti na Island i od tada je odbijao svaku dalju komunikaciju sa njom. Između 1992. i 1998. godine podnositeljka predstavke je više od 100 puta putovala sa Islanda u Tursku nastojeći da ostvari svoje pravo na kontakt sa ćerkama. Međutim, gotovo svi njeni naponi ostali su bezuspešni, jer je njen bivši suprug konstantno odbijao da se povinuje sudskim odlukama koje su uređivale način na koji će majka ostvarivati svoje pravo na susrete sa decom. Za vreme od šest godina ona je uspela da se samo četiri puta sretne sa svojim ćerkama, zbog toga što je otac svaki put uspevao da ih sakrije pre nego što bi se pojavio sudski izvršitelj. Protiv Halila Ala 18 puta su vođeni krivični postupci, ali je on bio kažnjavao samo simboličnim zatvorskim ili sasvim malim novčanim kaznama. U postupcima pred sudom obe devojčice su više puta odlučno i na identičan način odbijale svaki kontakt sa majkom, navodeći da ih je majka napustila, da nije pokazivala nikakav interes za njih i da žele da ostanu da žive u Turskoj sa ocem te da su privržene islamskom načinu života. Svi postupci su obustavljeni posle oktobra 2000. godine, budući da su tada obe devojke već bile postale punoletne.

Evropski sud za ljudska prava zaključio je da postoji odgovornost Turske za povredu prava na poštovanje privatnog i porodičnog života (član 8. Evropske konvencije o ljudskim pravima) Sofije Gudrun Hansen. Iako obaveza države da preduzme mere kako bi se obezbedilo da se ostvari kontakt deteta sa roditeljima nije apsolutna i nekada se ne može obezbediti momentalno, država je dužna da preduzima sve adekvatne pripremne mere kako bi se postigao ovaj cilj. Sud je ocenio da su devojčice u ovom slučaju bile izložene stalnom pritisku javnosti i medija za vreme sudskih postupaka koji su vođeni godinama te da su turske vlasti propustile da angažuju socijalne službe, psihologe ili dečje psihijatke kako bi se ostvario kontakt podnosioca predstavke sa njenim ćerkama i ostvarila atmosfera saradnje između roditelja dece. Štaviše, Sud je procenio da devojčicama zapravo nikada nije bila data stvarna prilika da razviju svoj odnos sa majkom u mirnom okruženju i da zaista slobodno izraze svoja osećanja prema njoj bez ikakvog spoljnog pritiska. Za kazne koje su izricane Halilu Alu

mačkim sudom i u tom iskazu on se žestoko protivio kontaktima sa vanbračnim ocem, ali je ocenjeno da je kombinacija propuštanja nemačkih sudova da angažuju eksperta koji bi procenio dečakove tvrdnje i ustanovio njegovu pravu volju u očiglednom konfliktu lojalnosti i propuštanja da u proces odlučivanja više uključuje oca predstavljalo povredu člana 8. Evropske konvencije o ljudskim pravima. Videti *Case of Elsholz v. Germany*, No. 25735/94 od 11. jula 2000.

zbog opstrukcije sudskih odluka izrečena je ocena da nisu bile ni efikasne ni adekvatne. Sud je obavezao Tursku da Sofiji Gudrun Hansen isplati iznos od 50.000 evra na ime naknade imovinske štete, 15.000 evra na ime naknade neimovinske štete i 10.000 evra na ime naknade sudskih troškova.⁴⁹

Marija Draskic, PhD

Professor of Law University of Belgrade, Faculty of Law

THE RIGHT OF THE CHILD TO MAINTAIN PERSONAL RELATIONS WITH CLOSE PERSONS

Summary

The right of the child and parents to maintain personal relations (or regular contact) on a regular basis is recognized by Article 9 par. 3. of the United Nations Convention on the Rights of the Child (1989). The European Conven-

49 Videti: *Case of Sophia Gudrun Hansen v. Turkey*, No. 36141/97 od 23. decembra 2003. Sličnu odluku doneo je Evropski sud za ljudska prava i u slučaju Mer protiv Portugalije. Naime, Sud je potvrdio povredu prava na poštovanje porodičnog života gospodina Mera (član 8. Evropske konvencije o ljudskim pravima) zbog toga što su portugalske vlasti propustile da preduzmu adekvatne i efikasne mere kako bi se zaštitilo pravo podnosioca predstavke na to da mu bude vraćeno dete koje je njegova razvedena supruga kidnapovala i odvela u Portugaliju. To se dogodilo malo pre nego što je francuski sud u Bezansonu u februaru 1998. godine doneo odluku o razvodu braka i poveravanju dečaka Žilijena Mera na staranje njegovom ocu. Bezuspešna potraga za detetom i majkom trajala je od juna 1997. do decembra 2001. godine i, mada je ponašanje majke označeno kao glavni uzročnik za toliko trajanje postupka, Sud je obavezao portugalsku Vladu da podnosiocu predstavke isplati iznos od 20.000 evra na ime naknade neimovinske štete za povredu prava na poštovanje porodičnog života. Videti: *Case of Maire v. Portugal*, No. 48206/99 od 26. juna 2003. Videti, u istom smislu, odluku u *Case of Sylvester v. Austria*, No. 36812/97 od 24. jula 2003; odluku u *Case of Ignaccolo-Zenide v. Romania*, No. 31679/96 od 25. januara 2000. itd.

Slične odluke doneo je Evropski sud za ljudska prava i u prva dva slučaja protiv Srbije. U obe odluke Sud je ocenio da vlasti Srbije nisu preduzele primerene i delotvorne napore za izvršenje privremene mere o viđanju deteta, odnosno pravnosnažne sudske odluke o poveravanju deteta, čime je bilo prekršeno pravo na poštovanje porodičnog života obe podnositeljke predstavke. U prvom slučaju, IV opštinski sud u Beogradu nije uspeo da uruči sudski poziv tuženom D. M., zbog čega je podnositeljka predstavke V. A. M. bila lišena kontakta sa svojom ćerkom S. M. čitavih 8 godina. Sud je obavezao državu Srbiju da V. A. M. isplati iznos od 15.000 evra na ime naknade neimovinske štete i 4.350 evra na ime naknade sudskih troškova. Videti V. A. M. protiv Srbije, predstavka br. 39177/05 od 13. marta 2007, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 53/2007. U drugom slučaju, propuštanje Opštinskog suda u Krupnju da tokom 2 godine (od 18. marta 2005. do 14. marta 2007) izvrši pravnosnažnu sudsku odluku o poveravanju deteta podnositeljki predstavke S. T. Evropski sud je takođe kvalifikovao kao povredu prava na poštovanje porodičnog života, zbog toga što je podnositeljki predstavke bilo onemogućeno da duže vreme uspostavi kontakt sa svojim detetom. Sud je podnositeljki predstavke dosudio iznos od 10.000 evra na ime naknade neimovinske štete, kao i naknadu troškova sudskog postupka. Videti: Tomić protiv Srbije, predstavka br. 25959/06 od 26. juna 2007, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 67/2007.

tion on Human Rights (1950) under Article 8 and the jurisprudence of the European Court of Human Rights also recognize that the best interest of the child includes the right of contact of a non custodial parent and child after separation of parents as of crucial importance. Finally, in all legal systems surveyed for the purpose of this article the child has a right of contact with its parents. This is the consequence of the prevailing approach that the maintenance of personal relations is seen as a crucial prerequisite for successful upbringing and development of the child. Moreover, in the vast majority of jurisdictions – as well as in the Serbian legislation – the importance of contacts between the child and persons other than his or her parents but based on the existing kinship (like grandparents and other siblings) or on existing emotional ties with close persons is also recognized as the best interest of the child.

Key words: Rights of the child. Child's right to maintain personal relations with close persons. Right to contact.

*Prof. dr Branko Lubarda**

POSEBNA ZAŠTITA ZAPOSLENOG UZBUNJIVAČA Evropsko, uporedno i domaće pravo i praksa

Apstrakt

U radu se razmatra posebna zaštita zaposlenog uzbunjivača u evropskom i uporednom pravu i praksi. Ukazuje se na neodgovarajuća rešenja u domaćem pravu i daju predlozi de lege ferenda kako bi se afirmisao koncept zaposlenog–građanina.

Ključne reči: Zaposleni–građanin. Izražavanje mišljenja. Uzbunjivač. Zaštita. Evropska unija.

I. Pravo na izražavanje mišljenja u radnom pravu i pravo zaposlenog na uzbunjivanje

Za razliku od domaćeg radnog prava, koje ne priznaje pravo na izražavanje mišljenja kao individualno pravo zaposlenog na mestu rada u toku radnog vremena, u uporednom radnom pravu, posebno u okviru evropskog socijalnog modela, afirmacija koncepta zaposlenog–građanina vodila je zakonskom priznavanju ovog individualnog prava zaposlenog, i to ne samo u vezi sa uslovima rada već i u vezi sa organizacijom rada i proizvodnje kod poslodavca (u preduzeću).¹ U pitanju je pravo na slobodu izražavanja (mišljenja) kod poslodavca – na mestima rada u toku radnog vremena, uz plaćeno odsustvo sa rada. Tako, francusko radno zakonodavstvo (zakoni od 1982. – opšti režim i 1983. – javni sektor) uvode ovo pravo zaposlenog kao individualno pravo koje se neposredno ostvaruje na mestima rada u toku radnog vremena, i to iznošenjem mišljenja, davanjem sugestija pretpostavljenima u hijerarhiji kod poslodavca, odnosno upravi preduzeća, s tim što se, zarad ekonomije vremena kod poslodavca (preduzeća), utvrđuju varijeteti ostvarivanja ovog prava zaposlenog (građanina) na taj način što se predviđaju kolektivni sastanci (zborovi) za više zaposlenih na mestima rada u toku radnog vremena. Sa tim ciljem zakonodavac predviđa ovavezu pregovaranja za poslodavca kod

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

1 Pélissier, J., Supiot, A., Jeammaud, A., *Droit du travail*, Dalloz, Paris 2000, str. 902–903.

koga su osnovani reprezentativni sindikati (sindikalne sekcije) radi zaključivanja osobene vrste kolektivnog ugovora kod poslodavca – „sporazuma o izražavanju mišljenja“ (*les accords d'expression*), čija obavezna sadržina uključuje: nivo, način organizovanja, raspored i trajanje sastanaka (u praksi često tri do četiri sastanka godišnje, najmanje šest do osam časova godišnje); način iskazivanja mišljenja i njihovog prenošenja poslodavcu; mere koje će sindikatima, savetu zaposlenih (komitetu preduzeća) omogućiti da se upoznaju sa mišljenjima, zahtevima i datim predlozima na ovim sastancima.² Razume se, zakon predviđa da zaposleni uživaju imunitet, tj. da se ne mogu pozivati na (disciplinsku) odgovornost zbog iznetog mišljenja niti otpustiti (osim za slučaj zloupotrebe ili uvredljivih predloga koji nisu u vezi sa predmetom prava na izražavanje mišljenja).³

Na taj način se pravo na izražavanje mišljenja kod poslodavca potvrđuje kao individualno pravo koje se ostvaruje na osoben (kolektivni) način, a ne samo posredstvom sindikalnih ili drugih radničkih predstavnika (članova saveta zaposlenih), što je standardno rešenje u međunarodnom i evropskom,⁴ kao i uporednom i domaćem pravu.⁵ Pravo zaposlenih na informisanje i konsultovanje, kao osnovno socijalno, kolektivno pravo, može da se realizuje posredstvom (reprezentativnog) sindikata, saveta zaposlenih, pravovaljano izabranog predstavnika zaposlenih ili neposredno svih zaposlenih (kod malih poslodavaca).

Pravo na informisanje i konsultovanje (kod poslodavca) u evropskom nekomunitarnom pravu priznato je u relativno skorije vreme – sa donošenjem Revidirane evropske socijalne povelje, mada nije svrstano u korpus osnovnih socijalnih prava (tzv. tvrdo jezgro RESP obuhvata devet prava). Razvoj koncepta zaposlenog–građanina u EU doveo je do svrstavanja prava na informisanje i konsultovanje u korpus osnovnih socijalnih prava u komunitarnom pravu, što izražava i Povelja o osnovnim pravima u EU iz 2000. (Povelja iz Nice), koja je kao „izvor inspiracije“ (za komunitarne institucije i organe) poslužila za donošenje Direktive 2002/14.⁶ Naime, radi jačanja socijalnog dijaloga unutar preduzeća, koje zapošljava najmanje 50 zaposlenih ili u delu preduzeća sa najmanje 20 zaposlenih, doneta je Direktiva 2002/14 o informisanju i konsultovanju predstavnika zaposlenih o razvoju ekonomske situacije i zapošljavanja u preduzeću, kao i u pogledu odluka (uprave) poslodavca koje vode promenama u organizaciji rada i ugovornim odnosima

2 *Ibidem*, str. 904–905.

3 *Ibid.*, str. 905–906.

4 Konvencija MOR-a br. 135 o radničkim predstavnicima; Betten, L., *International Labour Law*, Kluwer 1993, str. 70–71; Evropska socijalna povelja (čl. 6); Samuel, L., *Fundamental Social Rights – Case law of the European Social Charter*, Strasbourg 2002, str. 135–139.

5 *Zakon o radu (Službeni glasnik RS, br. 24/05 i 61/05)* predviđa da „savet zaposlenih daje mišljenje i učestvuje u odlučivanju o ekonomskim i socijalnim pravima zaposlenih“ (čl. 205), kao i to da sindikat zaposlenih daje mišljenje u postupku promene poslodavca (čl. 151), iskazivanja viškova (čl. 156), otkaza ugovora o radu (čl. 181) i dr.

6 Bercusson, B., *European Labour Law*, 2009, str. 318, 324.

(ugovori o radu; kolektivni ugovor o radu).⁷ Transponovanje ove Direktive (do 2005. godine) izvršeno je u državama članicama EU posredstvom saveta zaposlenih, sindikata kod poslodavca ili posredstvom drugih (pravovaljano) izabranih predstavnika.⁸ Na taj način su kompletirani evropski standardi u pogledu informisanja i konsultovanja koji su najpre bili doneti Direktivom 94/45 o evropskom savetu zaposlenih, kako bi se informisanje i konsultovanje uspostavili u preduzećima komunitarnog nivoa (kod poslodavaca/povezanih poslodavaca⁹ koji obavljaju svoju ekonomsku delatnost na nivou EU – privredno društvo koje zapošljava najmanje 1.000 radnika, od kojih najmanje po 150 zaposlenih u svakoj od najmanje dve države članice). Središnja uprava poslodavca koji obavlja delatnost na nivou EU obavezna je da obezbedi potrebna sredstva za osnivanje i rad evropskog saveta zaposlenih. Pri tom, saradnja središnje uprave i evropskog saveta zaposlenih se zasniva na međusobnom poverenju (uz obavezu čuvanja poslovnih tajni i po isteku mandata člana evropskog saveta zaposlenih).

Štaviše, pravo na informisanje i konsultovanje je kompletirano sa pravom na saodlučivanje radnika u evropskom društvu (*Societas Europea*), kao poslodavcu koji se osniva pod posebnim uslovima, pošto pored prava na informisanje (saveta zaposlenih ili drugih predstavnika zaposlenih o pitanjima koja se odnose na evropsko društvo) i prava na konsultovanje (saveta zaposlenih ili drugih predstavnika zaposlenih i odgovarajućeg nivoa uprave), zaposlenima je priznato i pravo na saodlučivanje – pravo imenovanja ili izbora predstavnika zaposlenih u organ koji nadzire vođenje poslova evropskog društva (nadorni odbor, upravni odbor, odnosno drugo odgovarajuće telo), kao i pravo na predlaganje ili protivljenje imenovanju pojedinih ili svih predstavnika u organ koji nadzire vođenje poslova evropskog društva.

Sve to ukazuje na tendenciju u radnom pravu, u duhu koncepta zaposlenog građanina, da se i na mestima rada (u toku radnog vremena) omogući ostvarivanje prava na slobodno izražavanje mišljenja, čime se značajno sužava pravna podređenost (subordinacija) kao bitno obeležje radnog odnosa. Štaviše, pod određenim uslovima, zaposlenom se priznaje pravo na slobodno izražavanje mišljenja o poslodavcu i van mesta rada, a da se to ne smatra povredom obaveze vernosti (lojalnosti) zaposlenog poslodavcu. Sve to potvrđuje afirmaciju koncepta zaposlenog građanina, kao i nedeljivosti, uzajame uslovljenosti i međuzavisnosti osnovnih ljudskih prava (svih „generacija“) – u ovom slučaju povezanosti prava na rad, prava na izražavanje mišljenja, prava preduzetništva i drugih ekonomskih prava (poslodavca). Donošenje Povelje o osnovnim pravima u Evropskoj uniji (2000), koja je sa ratifikacijom Lisabonskog ugovora dobila pravnoobavezujuću snagu (Ugovora), a koja je usmerena na institucije EU i dr-

7 U praksi Evropskog suda pravde standardi sadržani u Direktivi 2002/14 tumače se na način da je poslodavac (menadžment) dužan da pre donošenja odluke konsultuje, zatraži mišljenje od predstavniknika zaposlenih; Bercusson, B., *op. cit.*, str. 313.

8 Bercusson, B., *op. cit.*, str. 306–307.

9 Povezani poslodavci su poslodavci s vladajućim uticajem i svi poslodavci pod njegovim vladajućim uticajem (član 167. stav 2. Zakona o radu Hrvatske).

žave članice kad primenjuju komunitarno pravo, nov je podsticaj za razvoj koncepta zaposlenog–građanina. Povelja, u okviru naslova II – Slobode, proklamuje slobodu mišljenja, savesti i veroispovesti: „Svako lice ima pravo na slobodu mišljenja... (čl. 10, st. 1), kao i slobodu izražavanja i informisanja (čl. 11).¹⁰

U okviru Saveta Evrope, odnosno Evropskom konvencijom o pravima čoveka zajemčeno je pravo na izražavanje mišljenja (čl. 10), koje „predstavlja jedan od suštinskih osnova demokratskog društva, jedno od osnovnih uslova za njegov razvoj i za razvoj svakog čoveka.“¹¹ Pravo na slobodu izražavanja se tako najtešnje povezuje sa savremenim ustavima zajemčenim pravom na slobodan razvoj ličnosti i dostojanstvo (čl. 23. Ustava Srbije), kao i pravom na rad i pravom zaposlenog na izražavanje mišljenja na mestima rada i van poslodavca – pravo na uzbunjivanje. Praksa Evropskog suda za ljudska prava u pogledu slobode izražavanja mišljenja od značaja je za pitanje granica slobode izražavanja mišljenja zaposlenih, imajući u vidu ograničenja u slobodi izražavanja mišljenja zaposlenih u kontekstu obaveze vernosti, odnosno lojalnosti zaposlenog poslodavcu (*duty of trust and confidence*). Tako, u nizu slučajeva povodom javnog kritikovanja poslodavca od državnih službenika, što je imalo za posledicu izricanje disciplinskih mera (zbog povrede obaveze lojalnosti i čuvanja poverljivosti podataka), Komisija, odnosno Evropski sud za ljudska prava našao je da postoji posebna obaveza diskrecije (*duty of discretion*), odnosno da je sloboda kritike vladine politike (koju, inače uživaju građani) značajno ograničena. Ipak, ograničenja moraju biti srazmerna, uz priznavanje državnom službeniku prava na uzbunjivanje (whistleblower), pod određenim uslovima i u pogledu poverljivih informacija.¹²

Potreba da se zaštite zaposleni koji svoje pravo na izražavanje mišljenja ostvaruju u svojstvu zaposlenog–uzbunjivača od posebnog je značaja za suzbijanje korupcije, na što upućuje i Građanskopravna konvencija o borbi protiv korupcije (čl. 8), koju je i Srbija ratifikovala.

II. Zaštita zaposlenog uzbunjivača u uporednom pravu

U uporednom pravu je razvoj koncepta zaposlenog građanina imao za posledicu pružanje posebne zaštite zaposlenom uzbunjivaču, kako bi se zaštitio javni interes koji svojim poslovanjem ugrožava poslodavaca, a na čije ugrožavanje ili povredu ukazuje zaposleni u postupku koji po pravilu uređuju posebni zakoni o zaštiti uzbunjivača.

Ustavima zajemčena sloboda mišljenja i izražavanja („da se govorom, pisanjem, slikom ili na drugi način traže, primaju i šire obaveštenja i ideje“¹³),

10 Janjević M. (prir.), *Konsolidovani Ugovor o Evropskoj uniji – od Rima do Lisabona*, Beograd 2009, str. 365–366.

11 *Handyside v. United Kingdom*, Judgment of 7 December 1976, Series A, No. 24; (1979–80) 1 EHRR 737, para 48; prema C. Ovey, R. White, *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford 2006, str. 317.

12 Ovey, C., White, R., *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford 2006, str. 330–331.

13 Ustav Republike Srbije od 2006. godine (čl. 46, st. 1).

koja se „može zakonom ograničiti, ako je to neophodno radi zaštite prava i ugleda drugih...“, tradicionalno se ograničava radnim zakonodavstvom radi zaštite prava poslodavca. Tako se u dužem periodu u radnom pravu (sudskoj praksi) smatralo da zaposleni koji kritički ukazuje javnosti na praksu poslodavca (koja se odnosi na metode rada, dizajn, organizaciju rada i slično, što predstavlja poverljive podatke čije obelodanjivanje može da pričini štetu poslodavcu) čini povredu (implicitne) obaveze lojalnosti (*duty of trust and fidelity*), tako da se disciplinsko sankcionisanje smatralo opravdanim¹⁴ (odnosno ne suprotnim slobodi izražavanja mišljenja koju garantuje i Evropska konvencija o ljudskim pravima – čl. 10).¹⁵ U opštem režimu radnih odnosa, iz implicitne (ugovorne) obaveze vernosti/lojalnosti proizilazi i obaveza zaposlenog da ne saopštava bilo koju poverljivu informaciju o poslovanju poslodavca (neovlašćenim licima), a ne samo visokopoverljivu tajnu koja se štiti kao poslovna tajna (*trade secret – Lancashire Fires Ltd v s A Lyons Co Ltd*, 1999) – u suprotnom radi se o povredi ugovora o radu,¹⁶ pri čemu poslodavac može da podnese tužbu (za naknadu štete) i protiv treće strane koje je navela zaposlenog na povredu ugovora o radu.¹⁷ U britanskom pravu, da bi se odredilo da li je određena informacija zaista poverljive prirode, treba da budu ispunjena tri uslova: a) da informacija ima nužni kvalitet poverljivosti (npr. novi modeli ili dizajn, načini rada, profitabilnost posla); b) da je informacija dostavljena zaposlenom u okolnostima koje podrazumevaju obavezu poverljivosti; c) da postoji neovlašćeno korišćenje informacije na štetu poslodavca.¹⁸ Postepeno, međutim, ograničava se ili napušta tzv. kultura tajnovitosti na mestima rada, gde zaposleni osećaju obavezu da (pre)čute, nezavisno od toga da li je praksa kod poslodavca protivpravna. Drugim rečima, sve više se afirmiše koncept zaposlenog–građanina, koji podrazumeva da se i u radnom odnosu primenjuje ustavom garantovana sloboda izražavanja (mišljenja), a predviđa se i posebna zakonska zaštita uzbunjivača–zaposlenih, koji ukazuju na povredu javnog interesa ili korupciju kod poslodavca.

Uporedno pravo proteklih nekoliko decenija sve veću pažnju posvećuje zaštiti uzbunjivača (eng. *whistleblower*) – lica (građana, zaposlenih) koji po pravilu najpre ukazuju poslodavcu, a potom nadležnim državnim organima (agencijama) na ugrožavanje javnog interesa nezakonitim postupanjem – u vezi sa zaštitom životne sredine¹⁹; zaštitom zdravlja i bezbednosti; ometanje

14 Taylor, S., Emir, A., *Employment Law*, Oxford University Press, 2010, str. 487; Willey, B., *Employment Law in Context*, Pearson, Longman, 2009, str. 54.

15 Freedom of expression – ograničenja propisana zakonom... neophodna u demokratskom društvu... radi zaštite prava drugih... *preventing the the disclosure of information received in confidence*; Ovey, C., White, R., *op. cit.*, str. 221.

16 Selwyn, N., *Law of Employment*, Oxford University Press, 2011, str. 315.

17 Na to ukazuje slučaj *Bents Brewery Co Ltd v Hogan* (1945); Selwyn, N., *op. cit.*, str. 315.

18 Selwyn, N., *op. cit.*, str. 315.

Tako, u slučaju *Foster v Scaffolding (GB) Ltd* (1973) zaposleni je bio opravdano otpušten pošto je saopštio poverljive informacije rivalskom poslodavcu (kompaniji) što je bilo na štetu njegovog poslodavca. *Ibidem*.

19 „Visoki nivo životne sredine i unapređenja njenog kvaliteta moraju biti integrisani u politike Unije i osigurani u skladu sa principom dugoročnog razvoja“ – čl. 37 Povelje o osnovnim pravima u EU; Janjević, M., *prir., op. cit.*, str. 371.

pravde; nezakonito postupanje (npr. poreska evazija; nenamensko korišćenje javnih fondova); učinjeno krivično delo (koruptivna krivična dela).

U uporednom pravu više decenija priznato je i pravo zaposlenog na „duvanje u pištaljku“ (eng. *right to whistleblow*), odnosno na obraćanje nadležnom državnom organu ukoliko poslodavac nastavlja da svojim poslovanjem ugrožava javni interes definisan zakonom – npr. ugrožava životnu sredinu nepreduzimanjem mera za otklanjanje propusta u zaštiti zdravlja i bezbednosti na radu koje istovremeno ugrožava životnu sredinu, zdravlje potrošača (*Drinking Safety Water Act* u SAD). Takav je slučaj *Karen Silkwood*, laboranta (analitičara) i izabranog sindikalnog predstavnika u SAD početkom sedamdesetih godina XX veka, koja je radila kod poslodavca koji je proizvodio plutonijumske igle za punjenje u nuklearnim reaktorima. Radilo se o neprimenjivanju standarda bezbednosti na radu (plutonijum je visokotoksičan, kancerogeni radioaktivni hemijski element) u proizvodnju igala, kad je nivo dozvoljene radioaktivnosti narušio zdravlje zaposlene, koja je o tome (sa pribavljenom dokumentacijom) nameravala da obavesti nadležnu upravnu agenciju i medije (*New York Times*), pošto je poslodavac ignorisao navode zaposlene o ugrožavanju zdravlja i bezbednosti na radu (*Silkwood v. Kerr-McGee*, 464, U.S.).²⁰

U britanskom pravu se Zakonom definiše tzv. kvalifikovano obelodanjivanje (*qualifying disclosures*), odnosno prijavljivanje koje za svoj predmet ima: a) krivično delo (korupciju); b) povredu javnog interesa definisanog zakonom; c) ometanje pravde; d) opasnost po zdravlje i bezbednost lica²¹; e) ugrožavanje životne sredine; f) informacije o tome da se prikrivaju ili verovatno prikrivaju dokazi u vezi sa navedenim predmetima uzbunjivanja.²²

Kvalifikovano objavljivanje se ne odnosi na objavljivanje podataka koji su zaštićeni Zakonom o tajnosti podataka.²³ U domaćem pravu se Zakonom o tajnosti podataka²⁴ regulišu određivanje i zaštita tajnih podataka koji su od interesa za nacionalnu i javnu bezbednost, odbranu, unutrašnje i spoljne poslove Republike Srbije, pristup tajnim podacima, nadležnost organa i nadzor nad sprovođenjem ovog zakona (čl. 1). Tajni podatak (od interesa za Republiku Srbiju) može da ima jedan od sledećih stepena: državna tajna (*top secret*), strogo poverljivo (*secret*), poverljivo (*confidential*) i interno (*restricted*).²⁵ Prema Zakonu o državnim službenicima (*Službeni glasnik RS*, br. 79/05, 81/05 – ispr. i 83/05 – ispr.), teža povreda dužnosti iz radnog odnosa jeste „odavanje službene ili druge tajne“ (čl. 109, st. 1, al. 5), a lakša povreda „nesavesno čuvanje spisa ili podataka“ (čl. 108, st. 1, al. 2). Odavanje službene tajne

20 Kate Repa, B., *Your Rights in the Workplace*, Nolo, Berkley 2007, str. 333.

21 Postoje određeni izuzeci od pravila da zaposleni ne saopštava poverljive informacije – npr. zaposleni je dužan da dostavi inspektor neophodne informacije radi vršenja inspekcijanskog nadzora u skladu sa zakonom o zaštiti zdravlja i bezbednosti na radu; Selwyn, N., *op. cit.*, str. 316.

22 *Ibidem*, str. 488–489.

23 Borković, I., *Službeničko pravo*, Zagreb 1999, str. 148.

24 *Službeni glasnik RS*, br. 104/2009

25 Čl. 14. i 15. *Zakona o tajnosti podataka Srbije*.

je teža povreda službene dužnosti u uporednom pravu.²⁶ Iznošenje neistinitih činjenica kojima se narušava ugled službe tradicionalno se smatra težom povredom službene dužnosti na osnovu Zakona o spoljnim poslovima.

Zaposleni–uzbunjivači uživaju veći stepen slobode izražavanja (u odnosu na zaposlene kad nisu ispunjeni uslovi za uzbunjivanje/alarmiranje) kad osvajanjem prava na uzbunjivanje rešavaju svoju unutrašnju tenziju, moralnu dilemu – lojalnost poslodavcu i čuvanje poverljivih informacija do kojih dođu u toku ili u vezi sa radom, s jedne, i potreba da se spreči ugrožavanje javnog interesa definisanog zakonom, ozbiljnih opasnosti (čak teških krivičnih dela), s druge strane. U rešavanju ove unutrašnje dileme, ali i pri rešavanju sudskih, radnih sporova između poslodavaca i uzbunjivača–zaposlenog, pribegava se testu dobre vere (*bona fide*), kako bi se najpre odgovorilo na pitanje šta jeste a šta nije (vršenje prava na) uzbunjivanje, odnosno da bi se definisalo zaštićeno uzbunjivanje (eng. *protected whistleblowing*).²⁷ Ovaj test omogućuje da se postigne ravnoteža između javnog interesa i interesa poslodavaca – što je u praksi dosta delikatno uspostaviti, a bez čega nije moguće odrediti zaštićeno uzbunjivanje. Uzbunjivanje koje ukazuje na zloupotrebe, odnosno kršenje zakona (krivičnog ili upravnog zakonodavstva); ometanje pravde (npr. tako što uzbunjivač–zaposleni ima razumnu sumnju da će poslodavac prikriti dokaze); opasnosti po zdravlje, bezbednost; po životnu sredinu, uživa posebnu zaštitu,²⁸ ako je učinjeno određenim licima pod propisanim uslovima.²⁹ Posebna zaštita se obezbeđuje ako je došlo do otkaza ili na drugi način povrede prava iz radnog odnosa usled dostavljanja–uzbunjivanja.³⁰

Posebna zaštita zaposlenih–uzbunjivača je neophodna pošto su ova lica potencijalno izložena diskriminaciji³¹, odnosno stavljaju u nepovoljniji položaj u pogledu niza prava (npr. zaštite zdravlja i bezbednosti na radu; odsustava – porodiljskog, radi nege deteta, po osnovu usvojenja; radnog vremena i fleksibilnosti)³² zlostavljanju na radu (*mobingu*), povredi prava ličnosti (privatnosti), otkazu ugovora o radu, čak ugrožavanju bezbednosti (posebno u slučaju ukazivanja na korupciju). Uz to, posebna zaštita je neophodna kako bi se podstakli zaposleni na borbu protiv korupcije, na zaštitu javnog interesa, koji je i pravno i moralno superiorniji u odnosu na privatni interes (dobit) poslodavca. Čitav niz nesreća se mogao izbeći u zdravstvu,

26 Borković, I., *op. cit.*, str. 146.

27 Sargeant, M., Lewis, D., *Employment Law*, Pearson, 2009, str. 73–74.

28 Mnoge nesreće su se mogle izbeći npr. u saobraćaju (potonuće feribota „Herald of Free Enterprise“), u industriji (Piper Alpha oil platform) da su zaposleni imali posebnu zaštitu kod uzbunjivanja; Teylor, S., Emir, A., *op. cit.*, str. 488.

29 Selwyn, N., *op. cit.*, str. 316.

30 *Ibidem*.

31 U Velikoj Britaniji postoji mogućnost da se zaposleni–uzbunjivač koji smatra da je zbog toga diskriminisan obrati Komisiji za jednakost i ljudska prava, koja se tako javlja kao ovlašćeno lice (*prescribed person*) kome se može obratiti uzbunjivač; Taylor, S., Emir, A., *op. cit.*, str. 491.

32 Willey, B., with contribution from: Murton, A., Hannon, E., Mison, S., Sachev, S., *Employment Law in Context*, Pearson, Longman, 2010, str. 54.

saobraćaju (npr. tragedija feribota *Zeebrugge*), proizvodnji (npr. naoružanja) da strah od autokratskog okruženja kod poslodavca nije uticao na to da se zaposleni ne usuđuju da progovore o rizicima. Drugim rečima, zaštita uzbunjivača–zaposlenog je vid ohrabrivanja kulture otvorenosti organizacija (poslodavca), dobrog upravljanja, namenskog korišćenja sredstava (posebno u javnom sektoru), zakonitosti poslovanja i rada poslodavaca, zaštite javnog interesa – prevencija je bolja nego lečenje, a organizaciona kultura nalaže da se zlostavljanje uzbunjivača ne sme tolerisati (*victimisation for whistleblowing is not tolerated*). Otuda je u uporednom pravu došlo poslednjih par decenija do zakonskog uređivanja posebne zaštite uzbunjivača–zaposlenih: npr. američko, britansko, holandsko, južnoafričko zakonodavstvo.³³ Na taj način se obezbeđuje da zaposleni mogu bez bojazni da ukazuju u dobroj veri interno – kod poslodavca na ugrožavanje javnog interesa ili lošu praksu. Uz to, ako dođe do eksternog uzbunjivanja, zakonom se propisuju uslovi pod kojima će se pružiti zaštita zaposlenom–uzbunjivaču: a) uzbunjivanje u dobroj veri; b) pružiti istinski osnov za razumno verovanje da je ugrožen javni interes; c) da uzbunjivanje nema za cilj ličnu ili korist za članove porodice (u novcu ili naturi, pri čemu se ne podrazumeva pod ličnom koristi nagrada koju bi uzbunjivač dobio na osnovu posebnih propisa, koju dodeljuju određeni državni organi – npr. u V. Britaniji *Carina i Poreska uprava (Customs and Excise)*). Radi preventivne zaštite zaposlenih–uzbunjivača, u uporednom pravu se predviđa i obaveza poslodavca da članovima odbora direktora, odnosno menadžerima na višim mestima organizaciji (senior menagers), koji su određeni za pitanja uzbunjivanja, obezbedi odgovorajuću obuku (slično je i u pogledu obaveze pružanja obuke licima određenim kod poslodavca za pitanja sprečavanja zlostavljanja).

Tako, britanski Zakon o prijavljivanju informacija u javnom interesu (*Public Interest Disclosure Act*) od 1998. godine predviđa posebnu zaštitu svih uzbunjivača (potrošač, klijent, zaposleni, radnik kod kuće itd.), u javnom i privatnom sektoru pod zakonom predviđenim uslovima (pod terminom javnost podrazumevaju se i nadležni državni organi, mediji). Prvo, predviđena je zaštita u pogledu tzv. zaštićenog prijavljivanja. Ovaj standard najpre podrazumeva da uzbunjivač u dobroj veri ima razumnu sumnju (*reasonable suspicion*) da je došlo ili da će verovatno doći do izvršenja krivičnog dela (posebno tzv. koruptivnih krivičnih dela); neizvršavanja zakonskih obaveza (npr. zloupotreba fondova³⁴); ugrožavanja životne sredine; dovođenja u opasnost zdravlja ili bezbednosti lica; namernog prikriivanja relevantnih informacija. „Zaštićeno prijavljivanje“ podrazumeva poštovanje odgovarajućeg postupka: „interno prijavljivanje“ a potom „eksterno prijavljivanje“ – u suprotnom, smatra se da je zaposleni povredio obavezu lojalnosti (*trust and confidence*). Interno prijavljivanje podrazumeva obaveštavanje poslodavca – direktora

33 Dehn, G., *Public Interest Disclosure Act, 1998 – The UK's whistleblowing law in practice* (Preface), Sweet@Maxwell, 2003.

34 *Street v Derbyshire Unemployment Workers' Center* (2005); Taylor, S., Emir, A., *op. cit.*, str. 490.

ili drugog ovlašćenog lica za ovu vrstu obaveštenja.³⁵ Eksterno prijavljivanje može biti nadležnim upravnim agencijama ili državnim organima (*regulatory disclosure*) i prijavljivanje u širem smislu (*wider disclosure*) – npr. medijima, članovima parlamenta (poslancima), potrošačima.

U slučaju da zaposleni pribegava uzbunjivanju *mala fide*, odnosno bez razumne sumnje da je povređen javni interes ili da je po sredi koruptivno ponašanje, zakonodavac predviđa sankcije (*penalties for making false allegations maliciously*). U crnogorskom službeničkom pravu, zloupotreba prava na prijavljivanje sumnje na korupciju ili davanje zlonamerne izjave o tome predstavlja teži disciplinski prekršaj.³⁶

Interno prijavljivanje uživa zaštitu ako je učinjeno u dobroj veri, ako uzbunjivač ima razumnu sumnju da se nepoštovanje zakona dogodilo ili da će se verovatno dogoditi. Poslodavac je dužan da poštuje poverljivost zaposlenog–uzbunjivača,³⁷ ukoliko ovaj to želi. Pod internim uzbunjivanjem podrazumeva se i obraćanje zaposlenog–uzbunjivača nekom drugom ovlašćenom telu kod poslodavca, ako je kod poslodavca uređen postupak uzbunjivanja: npr. obraćanje zaposlenog predstavniku za zaštitu zdravlja i bezbednosti na radu; sindikalnom predstavniku (koji su takođe dužni da čuvaju poverljivim podatke o dostavljaču–uzbunjivaču). Ukoliko je sindikat osnovan kod poslodavca, a zaposleni–uzbunjivač se, kao član sindikata, obrati pravniku sindikata (*union solicitor*) za dobijanje pravnog saveta, takođe uživa zaštitu. Na taj način se pruža veća zaštita zaposlenom–uzbunjivaču od moguće negativne reakcije (odmazde) poslodavca. Najzad, zaposleni–uzbunjivač može da se obrati advokatu radi dobijanja pravnog saveta, a može i ovlastiti advokata da u njegovo ime dostavi informacije (izvrši uzbunjivanje).

Kad je u pitanju interno uzbunjivanje od strane državnog službenika, ono se smatra kvalifikovanim (tj. zaštićenim) ako je učinjeno u dobroj veri ministru (članu vlade).³⁸

Ne smatra se (u sudskoj praksi) da uzbunjivač–zaposleni postupa u dobroj veri ako ima ličnu korist od uzbunjivanja ili ako nudi poslodavcu da odustane od prijavljivanja ako mu ponudi poboljšanje uslova rada (npr. napredovanje na radu; povećanje zarade). Katkad, može doći do zloupotrebe uzbunjivanja tako što zaposleni–uzbunjivač izlaže pretpostavljenog tzv. zlostavljanju na gore (*upward bulling*), stavljajući u izgled obelodanjivanje informacija (eksterno uzbunjivanje) ako pretpostavljeni ne ispuni zahteve zaposlenog (npr. za povećanje zarade).

35 Deakin, S., Morris, G. S., *Labour Law*, 2009, str. 323–324; Taylor, S., Emir, A., *op. cit.*, str. 489; Willey, B., *op. cit.*, str. 54.

36 Čl. 54, st. 4 Zakona o državnim službenicima i namještenicima od 2008.

37 Osim zaposlenog, zaštitu uživa i lice koje se nalazi na obuci kod poslodavca (*training for employment*) ili lica sa invaliditetom na profesionalnoj rehabilitaciji. Britanski zakon (*Public Information Disclosure Act*) ne primenjuje se na zaposlene u službama državne i javne bezbednosti (*Security Service, Security Intelligence Service, GCHO*), ali se primenjuje – pruža zaštitu policajcima (od 2004).

38 Selwyn, N., *op. cit.*, str. 317.

Pod internim uzbunjivanjem podrazumeva se i svako dostavljanje informacija pretpostavljenom licu zaposlenog, koje je izričito ili prećutno ovlašćeno od poslodavca sa upravljačkim odgovornostima prema radnicima. (Pod internim uzbunjivanjem se ne smatra prijavljivanje kolegi na poslu u istom rangu, odnosno onome ko nema ovlašćenja i odgovornosti u pogledu upravljanja kadrovima.)

Ukoliko poslodavac u određenom roku ne preduzme mere u vezi sa uzbunjivanjem, zaposleni–uzbunjivač ima pravo da pribegne eksternom uzbunjivanju – nadležnoj upravnoj agenciji ili državnom organu. Tako, u sudskoj praksi se smatra da, ako poslodavac ništa ne preduzme po proteku devet dana od internog uzbunjivanja, zaposleni–uzbunjivač postupa u dobroj veri ako pribegne eksternom uzbunjivanju (ovlašćenoj agenciji ili državnom organu – *prescribed regulator*).

Eksterno prijavljivanje ima dva svoja varijeteta: prijavljivanje (regulatornim) agencijama (*regulatory disclosure*) i prijavljivanje u širem smislu (*wider disclosure*).

U pogledu „prijavljivanja agenciji“, Zakon postavlja dodatne i restriktivne uslove za zaštitu zaposlenog–uzbunjivača, kako bi se ostvarilo načelo srazmernosti u ostvarivanju interesa, odnosno prava poslodavca i zaposlenog, kao i prava trećih lica (javnog interesa), čime se, između ostalog, sprečava zloupotreba prava na uzbunjivanje. Tako, zahteva se ne samo da zaposleni ima razumno uverenje da je obelodanjena informacija istinita (suštinski tačna) i izuzetno ozbiljne prirode već i da neće imati lične koristi od uzbunjivanja (uzbunjivanje je, po definiciji, ukazivanje na povredu javnog a ne privatnog interesa, uključujući interes samog uzbunjivača).³⁹ Uzbunjivanje treba da bude adresovano nadležnim državnim organima, odnosno upravnim agencijama; npr. u Velikoj Britaniji: u pogledu rizika zdravlja i bezbednosti (Health and Safety Executive); u pogledu poreskih nepravilnosti (the Inland Revenue and the Financial Services Authority); u pogledu kompanijskog prava (Secretary of State for Trade and Industry); u pogledu konkurencije i zaštite prava potrošača (Office for Fair Trading); u pogledu usluga (Rail Regulator); u pogledu zaštite životne sredine (Environment Agency). Postupanje zaposlenog–uzbunjivača se, tako, ocenjuje sa stanovišta načela *bona fides*, imajući u vidu sve okolnosti slučaja, što je od odlučujućeg značaja za posebnu zaštitu zaposlenog uzbunjivača, odnosno ocenu da li je zaposleni povredio obavezu lojalnosti ili treba da uživa posebnu zaštitu. U praksi se često najpre uspostavljaju neformalni kontakti zaposlenog–uzbunjivača i (određene) upravne agencije, pre nego što se formalno dostave informacije. U slučaju uzbunjivanja nadležnom organu/agenciji, pošto se traži veći stepen dokaza nego kod internog uzbunjivanja, zaposleni–uzbunjivač uživa posebnu zaštitu nezavisno od toga da li je najpre pribegao internom uzbunjivanju. Ako bi se istovetno pravilo primenilo u domaćem zakonodavstvu, to bi značilo *de lege ferenda* da zaposleni (državni službenik) koji ukazuje na korupciju funkcionera neposredno Republičkoj agenciji za borbu protiv korupcije i priloži odgovarajuće dokaze

39 *Ibidem*, str. 324.

(potpunije nego u slučaju internog uzbunjivanja) uživa zaštitu iako nije najpre pribegao tzv. internom uzbunjivanju.

Šire prijavljivanje (*wider disclosure*) – npr. medijima ili poslanicima parlamenta, uživa zaštitu, što u svakom konkretnom slučaju utvrđuje nadležan sud (tribunal) ako, pored uslova koji se postavljaju za prijavljivanje nadležnoj agenciji, uzbunjivač nema lične koristi od prijavljivanja i ako je uzbunjivanje razumno, imajući u vidu sve okolnosti slučaja. Naime, kod ovog prijavljivanja pružanje zaštite se uslovljava jednim od dodatnih preduslova: a) da uzbunjivač razumno veruje da će postati žrtva ukoliko pribegne internom ili uzbunjivanju nadležnoj agenciji (prescribed regulator); b) ako nije osnovana agencija, a uzbunjivač razumno veruje da će dokaz biti prikriven ili uništen; c) da je zabrinutost već bila iskazana poslodavcu ili agenciji (regulator); d) da je zabrinutost izuzetno ozbiljne prirode.⁴⁰ Kada odlučuje o tome da li je prijavljivanje (uzbunjivanje) razumno, nadležan sud (tribunal) procenjuje i razumnost odgovora poslodavca ili agencije kojima se uzbunjivač najpre obratio.

Kod uzbunjivanja putem medija, javlja se dodatni delikatan problem kako pomiriti pravo na privatnost (zaštitu ličnih podataka) lica koja su žrtve povrede javnog interesa (npr. pacijenta u bolnici koji ne želi da se njegovo ime pominje u kontekstu nezakonitog postupanja/korupcije u zdravstvenoj ustanovi) i interesa javnosti da bude obaveštena o povredi javnog zdravlja nezakonitim radom u zdravstvenoj ustanovi. Mediji ne mogu saopštavati imena pacijenata koji su žrtve nezakonitog postupanja (dužni su zaštititi identitet pacijenta), ali će ukazati na to u čemu je povreda javnog interesa u praksi zdravstvene ustanove ili privatne prakse (na koju je ukazao uzbunjivač).

Posebna zaštita se ogleda u unošenju određenih odredbi Zakona o otkrivanju (prijavljivanju) informacija javnosti u Zakon o radnim odnosima, tako da se zabranjuju zlostavljanje, dovodenje u nepovoljniji položaj i otkaz po osnovu uzbunjivanja.⁴¹ Otkaz zaposlenom–uzbunjivaču po osnovu zaštićenog uzbunjivanja (koje ispunjava zakonom propisane uslove) smatra se neopravdanim. Doduše, teret dokazivanja da li određeno prijavljivanje potpada pod kategoriju kvalifikovanog (*qualifying disclosures*) pada na zaposlenom,⁴² tako da uzbunjivač treba da dokaže da je imao razumno verovanje/sumnju za pribegavanje uzbunjivanju,⁴³ kao i da njegov motiv nije bio lični antagonizam, da nije do informacije došao na nezakonit način.⁴⁴ Uzbunjivaču se obezbeđuje zaštita ako je došlo do povrede prava zaposlenog (*victimization*).

Mada su u načelu dopuštene klauzule ugovora o radu o obavezi zaposlenog da čuva (ne saopštava) podatke poverljive prirode, ugovaranje klauzula koje zaposlenom zabranjuju da saopšti ove podatke (*gagging clauses*) ništavo je ako bi bile u suprotnosti sa zaštitom koju Zakon (Public Interest Disclosure Act, odnosno Employment Act) pruža uzbunjivačima. Ništav je svaki sporazum radnika i poslodavca kojim se radnik sprečava da pribegne zaštićenom

40 Teylor, S., Emir, A., *op. cit.*, str. 489.

41 *Ibid.*

42 *Ibid.*, str. 489–490.

43 Selwyn, N., *op. cit.*, str. 316–317.

44 *Ibidem*, str. 318.

uzbunjivanju (*protected disclosure*).⁴⁵ U slučaju da radni sud, tj. tribunal za rad (*employment tribunal*) utvrdi da je uzbunjivač nezakonito otpušten, ovaj ima pravo na naknadu štete, pri čemu se pored načela integralne naknade imovinske štete može dosuditi i naknada neimovinske štete. Uz to, otpušteni uzbunjivač može da zahteva privremenu meru vraćanja na rad, odnosno nastavka radnog odnosa do (ročišta za glavnu raspravu, odnosno) donošenja sudske odluke. U pogledu naknade štete za neopravdano otpuštanje, Zakonom se predviđa da naknada štete uključuje ne samo naknadu imovinske štete (neisplaćene zarade, kao i buduća šteta usled narušavanja profesionalne karijere), kao i naknada neimovinske štete (*injury to feelings*), kao i uvećana naknada (*aggravated damages*). Uzbunjivačima se, na osnovu posebnih zakona, mogu dodeliti čak i posebne nagrade (*special awards*), što, inače, izaziva konceptijska neslaganja o legitimnosti ovakvog vida nagrađivanja uzbunjivača.

Po pravilu se donose posebni zakoni kojima se pruža zaštita prilikom podnošenja prijava, a kako se veoma često kao uzbunjivači javljaju zaposleni, donose se i posebni zakoni o zaštiti uzbunjivača–zaposlenih. Naime, mada je osnovna obaveza zaposlenog u odnosu na poslodavca lojalnost, vernost (*trust and confidence*) – obaveza koja je vid ispoljavanja pravne subordinacije kao bitnog obeležja radnog odnosa, čija povreda – saopštavanje javnosti informacija o radu poslodavca, za sobom povlači mogućnost disciplinske odgovornosti (i otkaza), posebna zaštita zaposlenog–uzbunjivača svojevrsna je potvrda ograničavanja pravne podređenosti, odnosno izraz je priznavanja koncepta zaposlenog–građanina. Kao građanin, titular osnovnih prava, zaposleni dolazi u svojevrsnu moralnu dilemu – lojalnost poslodavcu (po pravilu privatnom interesu – dobit poslodavca) ili lojalnost javnom interesu (javno zdravlje, životna sredina, vladavina prava, ravnopravnost u ostvarivanju ljudskih prava i sl.).

U novijem uporednom radnom zakonodavstvu – npr. američkom⁴⁶, britanskom⁴⁷ i međunarodnim instrumentima o suzbijanju korupcije (Građanskopravna konvencija o suzbijanju korupcije Saveta Evrope od 1999⁴⁸) predviđa se posebna zaštita zaposlenog–uzbunjivača koji u dobroj veri, sa razumnim uverenjem (po pravilu najpre poslodavcu, a potom nadležnom

45 *Ibid.*, str. 319.

46 Shodno setu zakona (u federalnim jedinicama SAD) predviđena je zaštita zaposlenih koji u dobroj veri prijavljuju nadležnim državnim organima nezakonite aktivnosti (npr. koruptivna krivična dela) ili aktivnosti poslodavca koje ugrožavaju javni interes (npr. povreda Zakona o zaštiti životne sredine, koja po pravilu zaposlenom nalaže da najpre upozori svog poslodavca, a potom se, ako poslodavac nastavi sa povredom javnog interesa, prijavljuje nadležnom državnom organu – slučaj *Karen Silkwood*); Kate Repa, B., *Your Rights in the Workplace*, Nolo, Berkley 2007, str. 332–338.

47 Posebna zaštita uzbunjivača predviđena je Zakonom o prijavljivanju iz javnog interesa (*Public Interest Disclosure Act*, 1998 – PIDA), čiji su odgovarajući delovi ugrađeni u Zakon o radnim odnosima (*Employment Relations Act*, 1996 – ERA); Deakin, S., Morris, G. S., *op. cit.*, str. 323–325.

48 Article 9 – Protection of employees – “Each Party shall provide in its internal law for appropriate protection against any unjustified sanction for employees who have reasonable grounds to suspect corruption and who report in good faith their suspicion to responsible persons or authorities.”

Srbija je potpisala ovu Konvenciju 2005, a ratifikovala je 2008. godine.

državnom organu – pod uslovom da ukazivanje ne donosi ličnu korist; da se radi o informacijama u vezi sa ponašanjem koje je „izuzetno ozbiljne prirode“ ukazuje na povredu javnog interesa od poslodavca (ugrožavanje zdravlja; ugrožavanje životne sredine itd.) ili na koruptivna krivična dela.⁴⁹ Posebna zaštita se ogleda u zabrani zlostavljanja ili otkaza zbog uzbunjivanja. Tako, britanski Zakon o radnim odnosima od 1996. godine predviđa da se zaposleni, koji je otpušten zbog „zaštićenog prijavljivanja“ (*protected disclosure*), smatra automatski nezakonito otpuštenim (*unfairly dismissed*).⁵⁰ U ovom pogledu je veoma značajna i praksa Evropskog suda za ljudska prava.⁵¹

III. Domaće pravo – *de lege lata* i *de lege ferenda*

U domaćem pozitivnom pravu posebnu zaštitu zaposlenom uzbunjivaču u određenoj meri pruža Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu, a u posebnom režimu radnih odnosa državnih službenika Kodeks ponašanja državnih službenika. U širem kontekstu, zaštitu uzbunjivaču pruža i Zakon o Agenciji za borbu protiv korupcije⁵², u pogledu uzbunjivača koji prijave (razumno) sumnju da su funkcioneri u sukobu interesa ili na drugi način povredili obaveze koje proizilaze iz Zakona, mada za odgovarajuću zaštitu uzbunjivača ovaj Zakon treba dopuniti.

U crnogorskom službeničkom pravu se pruža posebna zaštita državnim službeniku (namešteniku) uzbunjivaču (koji prijavljuje sumnju na korupciju) – zaposleni koji starešini državnog organa ili ovlašćenom licu nadležnog državnog organa prijavi krivično delo uživa zaštitu od otkaza, tj. od prestanka radnog odnosa po tom osnovu, kao i zaštitu od zlostavljanja, uskraćivanja ili ograničavanja prava. Štaviše, kad postoji osnovana bojazan, odnosno stvarna opasnost po život, zdravlje, fizički integritet, slobodu ili imovinu većeg obima, uzbunjivaču se obezbeđuje zaštita u skladu sa posebnim propisima o zaštiti svedoka.⁵³

De lege ferenda u domaćem pravu najpre treba doneti poseban zakon o zaštiti uzbunjivača u materijalnopravnom (upućivanjem na set zakona kojima se štiti javni interes ili sprečava korupcija) i formalnopravnom smislu (propisivanjem postupka uzbunjivanja, odnosno pravila pod kojima se može

49 Bliže o prijavljivanju raširene korupcije (Evropskom parlamentu) u Evropskoj komisiji od Paula van Buitenena, holandskog pomoćnika revizora, koji je zbog toga bio suspendovan i izložen drugim vidovima zlostavljanja i pretnji članovima porodice, kao i o masovnim ostavkama članova Komisije; J. Bowers QC, M. Fodder, J. Lewis, J., Mitchell, *Whistleblowing – Law and Practice*, Oxford University Press, 2007, str. 8.

50 Deakin, S., Morris, G. S., *op. cit.*, str. 323–324, 437.

Bliže o zaštiti zaposlenih uzbunjivača: J. Bowers QC, M. Fodder, J. Lewis, J., Mitchell, *op. cit.* (Part I: Protecting whistleblowers – The public interest disclosure act 1998; Part II: Protecting Whistleblowers – Outside PIDA).

51 J. Bowers QC, M. Fodder, J. Lewis, J., Mitchell, *op. cit.*, str. 300–312.

52 Agencija za borbu protiv korupcije donela je Pravilnik o zaštiti uzbunjivača, ali bez izmene Zakona o Agenciji nije moguće obezbediti odgovarajuću, potpuniju zaštitu uzbunjivačima.

53 Čl. 54 Zakona o državnim službenicima i nameštenicima (2008).

Posebnu zaštitu uživa zaposleni uzbunjivač koji u dobroj veri prijavljuje sumnju na korupciju, tako da zloupotreba prava na prijavljivanje sumnje na korupciju ili davanje zlonamerne izjave o tome predstavlja teži disciplinski prekršaj (čl. 54, st. 4 Zakona).

pribeći internom uzbunjivanju (kod poslodavca) i eksternom uzbunjivanju – posredstvom nadležnih (regulatornih) agencija i uzbunjivanju u širem smislu (medijima, narodnim poslanicima/poslanicama/odbornicima).

Ovim zakonom treba definisati pojam tzv. zaštićenog uzbunjivanja slično konceptu britanskog zakona (*Public Information Disclosure Act*), tj. navesti pod kojim uslovima se može ukazivati na povredu javnog interesa definisanog nizom zakona na primer, u oblasti zaštite životne sredine; zaštite zdravlja i bezbednosti na radu; javnog zdravlja do ukazivanja na koruptivna krivična dela.

Zakonom treba urediti posebno uzbunjivanje kad se radi o zaposlenom uzbunjivaču, imajući u vidu potrebu da se pomiri obaveza lojalnosti zaposlenog poslodavcu, savesno obavljanje rada u interesu poslodavcu, s jedne strane, i obaveza ukazivanja na povredu javnog interesa kao pravno i moralnog superiornijeg interesa, s druge strane. Načelo srazmernosti nalaže da se zakonom najpre uredi obaveza takozvanog internog uzbunjivanja, kod poslodavca, ukazivanjem pretpostavljenom (starešini) na povredu javnog interesa, a potom eksternog uzbunjivanja koje, po pravilu, dolazi posle internog uzbunjivanja (ako nisu otklonjeni rizici po javni interes). Zakonom bi trebalo uputiti na ovaj oblik uzbunjivanja posredstvom (regulatornih) agencija – na primer Agencije za zaštitu životne sredine; Agencije za borbu protiv korupcije itd. Tek potom bi se moglo pribeći takozvanom širem uzbunjivanju – medijima, narodnim poslanicima/odbornicima. Zakonom treba predvideti i izuzetak od ovih pravila u slučaju ukazivanja na koruptivna krivična dela (shodno Evropskoj građanskoj konvenciji za borbu protiv korupcije).

Bilo bi potrebno zakonom (Zakonom o radu ili posebnim zakonom) urediti posebnu zaštitu zaposlenih uzbunjivača od otkaza, zlostavljanja, diskriminacije, povrede privatnosti i slično, predviđanjem odgovarajućih prekršajnih kazni protiv poslodavca i odgovornog lica. Razume se, pored naknade imovinske štete, u slučaju povrede prava na uzbunjivanje zaposleni bi mogao zahtevati i naknadu neimovinske štete.

Branko Lubarda, PhD

Professor of Law, University of Belgrade, Faculty of Law

PROTECTED DISCLOSURE OF EMPLOYEE WHISTLEBLOWER

– European, comparative and domestic law and practice –

Summary

The paper deals with protected disclosure of an employee whistleblower in European and comparative labour law and practice. Case law of employment tribunals in the UK and conseil des prud'hommes in France is analysed, as well as case law of European Court of Human Rights and Court of Justice of the EU. The author gives some remarks on domestic law de lege ferenda.

Key words: *Whistleblower. Protected disclosure. ECHR. EU.*

Проф. др Оливера Вучић*

УСТАВНОСТ УСТАВНОГ ЗАКОНА

Када Уставни суд треба да цени
уставност уставног закона?

Апстракт

У пракси некадашње Југославије, али и у Србији и након њеног уставотворног осамостаљења, често је прибегавано доношењу уставних закона. Ова врста општих аката доношена је по поступцима различите сложености, чиме је мењана њихова правна снага и тиме однос са важећим уставима, што је било узроковано различитим правним и, чешће, политичким мотивима. Та неуједначеност пратила је и однос уставног судства према овој врсти акта, које се, без ваљаног упоришта у јасним ставовима уставноправне науке, различито односило према питању оцене сагласности уставних закона са уставом.

Кључне речи: *Уставни закон. Спроведбени закон. Уставни суд. Оцена уставности уставног закона.*

Историја уставних закона у некадашњој Југославији, па и пракса њиховог доношења у данашњој Републици Србији, нису уједначене у смислу разумевања природе ових аката и, самим тим, доношење поузданих закључака о овом питању јавља се као врло деликатан посао. Ако се овим констатацијама дода и чињеница да су како Југославија, тако и данашња Србија, ову врсту закона доносиле из различитих разлога, али неретко са снажним политичким мотивом, који је понекад имао и суштински утицај на њихово доношење, као и њихову садржину, због непостојања правила поступања чије би упориште било у уставној науци, знатно се увећава сложеност целог питања. Примена различитих поступака приликом релативно честог прибегавања доношењу уставних закона кретала се од поступања на истоветан начин путем кога је донет сам устав, до примене различитих, истини за вољу, унеколико сложенијих поступака од оног који је уставом био предвиђен за доношење осталих, „обичних“ закона. Разлика се најчешће испољавала у прописивању снажније подршке од стране посланика у скупштини, те је за доношење уставних закона, уколико нису били доношени по уставотворном поступку, била потребна наполовична већина свих посланика, или чак двотрећинска већина, што је представљало строжи пут изгласавања

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

ове врсте закона у односу на остале законе, који у свом називу нису носили атрибут уставног. Сагласно правној теорији, тако доношени закони требало би да имају и различиту правну снагу, односно да у формалном смислу буду, уколико су доношени на начин на који се мења или доноси нови устав, једнаке снаге као и устав или, уколико се доносе поступком лакшим од уставотворног али тежим од законодавног, да се одликују и мањом правном снагом од устава и тако представљају акте подуставног карактера. Из тог разлога, начини доношења ових закона у пракси, посебно друге Југославије, али и Србије од 1990, а ништа мање ни данас у време важења Устава од 2006. године, као и начин на који се схвата и тумачи природа ових аката, отварају и могућности различитих тумачења односа уставног закона према важећем уставу и, на крају, односа који је уставно судство имало или има данас према уставном закону, с обзиром на оцену уставности овог акта.

У теорији се разликује неколико врста уставних закона¹. Бавећи се овим питањем релативно исцрпно и без осврта на конкретан уставни закон, што је у нашој уставној литератури био најчешћи случај, и још у најскорије време, М. Пајванчић је рекао да „правну природу ових извора уставног права није једноставно одредити, јер се она разликује од случаја до случаја“². Тако ова ауторка разликује уставни закон, који може бити донет истовремено са доношењем устава, као *акт спровођења устава*, „када уставни закон не регулише непосредно уставну материју већ режим преласка једног уставног система у други и рокове у којима се правни систем заснован на претходном уставу мора саобразити са новим уставом“³. Регулишући у том случају прелазни режим за примену новог устава овај акт има значење спроведбеног акта, који се, како истиче Пајванчић, „*по правилу* (истакла О. В.) доноси истовремено са уставом и по поступку за доношење устава“⁴. Следећу врсту уставних закона чини закон који може бити донет и као „*акт којим се*

1 У новијој уставноправној књижевности нема честих примера бављења питањем уставног закона. Поготово написа са таквом садржином нема у смислу разматрања појма уставног закона, без повода који је садржан у научној анализи конкретног примера ове врсте закона. Раније су осврти на природу и значај уставног закона били чешћи, али су се, скоро без изузетка, везивали за конкретан пример таквог акта, па се тако највећи број писаца бави уставним законом када пише о уставној историји Федеративне Народне Републике Југославије и Уставном закону од 1953, који је, без премца, оставио најдубљи траг у нашој уставној пракси као закон са таквим именом. Очигледно је да значај уставног закона, као једне од могућих врста општих аката које доноси парламент, опада са нестанком социјалистичког друштвеног уређења и њему својствене социјалистичке уставности. Па ипак, последња догађања у Републици Србији, везана за Уставни закон за спровођење Устава Републике Србије од 2006. године, пробудила су интерес за анализу овога питања. По моме суду, М. Пајванчић у своме уџбенику уставног права и К. Чавошки у једном од својих најновијих радова, у коме се бави Уставним законом као спроведбеним законом, дају допринос разјашњењу овог питања.

2 Пајванчић, М., *Уставно право*, Нови Сад 2008, стр.15.

3 *Исто*.

4 *Исто*.

устав мења или допуњава“, када је „садржај уставног закона делимична ревизија устава, а његову садржину чини уставна материја“⁵. У овом случају, уставни закон се доноси након доношења важећег устава, када се стекну услови који налажу приступање измени уставног текста који је на снази и „његова правна снага једнака је правној снази устава, јер одредбе садржане у уставном закону мењају устав“⁶. На крају, према овој класификацији врста уставног закона, уставни закон може бити и акт који *регулише питања која би се могла регулисати и самим уставом*, али нису регулисана у уставу или су регулисана на нивоу начела, док се конкретније регулисање препушта законодавцу⁷. У том случају, закључиће ова ауторка, „уставни закон се доноси после доношења устава, по процедури једноставнијој од процедуре уставне ревизије, али сложенијој од поступка доношења осталих закона“⁸. Овај исцрпан приказ ставова о уставном закону, чини се, не даје одговоре на сва питања која се могу поставити у вези са уставним законом. Тако, остаје отворено питање да ли уставни закон, као акт спровођења устава, који не регулише непосредно уставну материју већ се бави само уређењем прелазног режима примене новог устава, а доноси се истовремено са уставом и по поступку за доношење устава, има правну снагу устава или не? Можда се то подразумева, с обзиром на спровођење истоврсне процедуре, те је изричита констатација о томе изостала. У погледу друге врсте уставног закона, који се доноси као акт којим се устав мења или допуњава, чија је садржина делимична ревизија устава и који се доноси након доношења устава, изричито се каже да је његова снага једнака правној снази устава јер одредбе које су у њему садржане мењају устав. Овде се, опет, ваљда и због искуства у вези са Уставним законом ФНРЈ од 1953, не помиње начин на који се такав уставни закон доноси, већ је тежишна аргументација везана за чињеницу да се уставним законом мења или допуњава устав, те да његову садржину чини уставна материја. Оправдано је подразумевати да се уставна материја може регулисати само и једино актима уставноправне снаге, односно актима који имају снагу једнаку снази устава. Чини се да је све јасно у вези са трећом врстом уставних закона. Њима се регулишу питања која би се могла (што значи да се тако не мора поступити) регулисати самим уставом, али тако није учињено, па је уређење тих питања препуштено законодавцу. Из чињеница да се ова врста уставних закона доноси после доношења устава, по процедури која је једноставнија од оне предвиђене за доношење и промену устава, али сложенијој од оне којом се доносе остали закони, следи закључак да су, сасвим неупитно, у питању акти мање правне снаге од устава. Сама

5 Исто.

6 Исто.

7 Ови закони се односе на организацију власти, баве се регулисањем органа власти, затим слободама и правима грађана. Као примери могу да послуже закони о уставном или редовним судовима, закон о влади или омбудсману, или закон о изборима, о правима националних мањина итд.

8 Исто.

чињеница да се ова врста уставних закона бави регулисањем уставне материје, дакле питањима која се у неком другом случају налазе у самом уставном тексту, нема, сасвим разумљиво, значај који би таквом акту обезбедио уставну снагу.

Јаснијем разумевању свих ових питања свакако ће допринети одређени примери посезања за уставним законима у прошлости, у време социјалистичке уставности, као и данас, у земљама које у својим уставима утврђују разликовање између уставних и осталих закона.

У поратној уставној историји тадашње друге југословенске државе завидна улога припала је Уставном закону донетом 1953. године⁹. У преамбули која претходи самом тексту овог Закона било је истакнуто да Народна скупштина ФНРЈ доноси Уставни закон „да би се уставни систем довео у склад с променама оствареним у основама друштвеног и политичког уређења земље“. Наведени разлог доношења Уставног закона био је последица карактера важећег Устава ФНРЈ од 1946, с једне стране, и динамичног послератног развоја друштвених односа, с друге. Донет као највиши закон земље која је тек изашла из ратног вихора, Устав ФНРЈ од 1946. био је реалан устав, правни акт највише снаге којим је само санкционисано постојеће стање у друштву и који објективно није био у стању да пројектује развој друштвених односа и тако представља и уставни програм за будућност. У тој чињеници лежала је и судбина овог Устава, који је, у погледу већине норми које су чиниле његову садржину, био на снази само седам година. У тим годинама свога важења овај Устав је, према речима многобројних уставних теоретичара, изгубио корак са промењеним друштвеним односима, те је приступање уставној реформи било неминовно¹⁰. Те, 1953. године, за ревизију Устава одабрана је форма уставног закона. Није, како истиче Стефановић, уместо Устава од 1946. донет нови устав, нити су вршене измене у самом тексту постојећег Устава, већ је донет Уставни закон, као својеврстан непотпуни устав, по начину доношења и својој формалној снази у свему једнак са Уставом, али по обухвату уставне материје ужи од важећег Устава. Тако је Уставним законом од 1953. укинута осам глава Устава од 1946, а њихова садржина замењена одговарајућим одредбама Уставног закона. У „Завршним одредбама“ садржаним у члану 115. Уставног закона, речено је да, осим престанка важења поменутих глава Устава од 1946, даном ступања на снагу Уставног закона престају да важе и одред-

9 Пун назив овог Закона гласио је: „Уставни закон о основама друштвеног и политичког уређења ФНРЈ и савезним органима власти“, објављен у *Службеном листу ФНРЈ*, бр. 3, од 14. јануара 1953. Више о овом Закону, као и о припреми за његово доношење в. Ј. Ђорђевић, *О Уставном закону о основама друштвеног и политичког уређења Федеративне Народне Републике Југославије и савезним органима власти*, Поговор, Београд 1955, стр. 77. и даље.

10 Ј. Стефановић сматра да су измене савезног устава „имале да санкционишу промене, које су већ биле остварене, и да пропишу промене, које је требало тек остварити после ступања уставних измена на снагу“. Ј. Stefanović, *Ustavno pravo FNR Jugoslavije i komparativno*, knjiga I, Zagreb 1956, str. 249.

бе Устава, закона и других прописа које су у супротности са одредбама Уставног закона. Ову норму Уставног закона Ј. Ђорђевић сматра „последницом самог његовог карактера“. Ово стога што Уставни закон „није обичан ‘закон о измени и допуни’ старог устава. Уставни закон је један од досад најважнијих уставних аката једног новог уставног система“¹¹, документ који, како су писали хрватски уставни стручњаци, „установљава ново уставно уређење“¹². Марковић сматра да Уставни закон „није био потпун, целовит устав“, јер „није регулисао уставну материју у целини ни систематски већ само један део ове материје“¹³, али је, и поред те чињенице „био устав“ јер је, „пошто је регулисао уставну материју, морао бити донет по поступку предвиђеном за промену устава“¹⁴, те зато Уставни закон „има правну снагу устава“¹⁵. Пишући, и касније, о Уставном закону од 1953. Ђорђевић није мењао свој став о природи овог акта ни много година након његовог доношења, када је истицао да је „назив ‘уставни закон’ коришћен у Југославији за акте различитог значаја и садржине; кад је употребљен за назив акта који садржи (радикалније) уставне промене, он је представљао у основи нови устав (такав је Уставни закон од 1953)“¹⁶. И најновији рад на тему уставног закона, из пера К. Чавошког, не мења начин разумевања природе Уставног закона од 1953. Тако Чавошки закључује да „иако није обухватао целокупну уставну материју, са становишта форме, а тиме и правне снаге, Уставни закон од 1953. године је био прави устав који је чак имао и своје завршне одредбе (чл. 115). Њима је, поред осталог, било утврђено да ће се спровођење овог уставног закона вршити према одредбама посебног закона, дакле обичног а не уставног закона, што је значило да тај спроведбени закон нема правну снагу устава. У духу таквог решења, године 1953. и

11 Ђорђевић, Ј., *Уставно право*, Београд 1958, стр. 69.

12 Mratović, V., Filipović, N., Sokol, S., *Ustavno pravo i političke institucije*, Zagreb 1981, str. 148.

13 Марковић, Р., *Уставно право*, Београд 1982, стр. 215. Исто и у: Марковић, Р., Срдић, М., *Устав и уставна документа социјалистичке Југославије 1942–1981*, Београд 1987, стр. XVIII–XIX.

14 Марковић, Р., *Уставно право*, Београд 1982, стр. 215.

15 Исто. Марковић образлаже да се у теорији сматра „да се оваквом регулисању уставне материје – у облику уставног закона – прибегава онда када нису сазрели друштвени услови за доношење новог, потпуног устава, а жељена промена уставног уређења не може се остварити обичним изменама и допунама старог устава. У облику уставног закона врши се реформа постојећег уставног уређења, а не обична коректура важећег устава, која не значи никакву, чак ни делимичну, уставну реформу. Такав случај уставне реформе управо је представљао Уставни закон од 1953. Он је нормирао једно друкчије и ново друштвено и политичко уређење од оног успостављеног Уставом од 1946. и друкчије је организовао власт у федерацији, одн. републици и аутономној покрајини (области). Измене уставног поретка извршене Уставним законом нису биле мале, оне су биле фундаменталне и одражавале су дубоке друштвене промене. Због тога се оне нису могле ни извршити у облику измена и допуна Устава ФНРЈ од 1946.“

16 Ђорђевић, Ј., *Уставно право*, Београд 1976, стр. 531.

касније, назив уставни закон означавао је сам устав, а речи спроведбени закон означавале су обични закон ниже правне снаге од устава¹⁷.

Уставни закон од 1953. био је, дакле, неспорно и сагласно јединственом ставу теоретичара уставног права, акт уставноправне снаге, односно устав (доиста непотпун, јер није обухватао целокупну уставну материју), донет по поступку који је Устав ФНРЈ утврдио као уставноправну процедуру путем које је требало вршити уставну ревизију – мењати важећи устав и доносити, када се за то стекну потребни услови, потпуно нови уставни акт¹⁸. У формалном смислу, Уставни закон је, заједно са неизмењеним деловима Устава од 1946. године, био важећи устав ФНР Југославије, све док није извршена комплетна уставна ревизија након које је 1963. године донет Устав СФР Југославије.

О постојању различитих врста уставног закона сведочи и садашња уставна пракса у Републици Хрватској, која, након распада СФР Југославије, као и све сада већ одавно бивше чланице ове федералне државе, свој уставни систем гради самостално и сагласно европском уставном обрасцу. Према важећем уставном решењу, у Хрватској постоје, осим „обичних“ закона, и органски и уставни закони. Органским законима, по слову Устава, уређују се права националних мањина и разрађују Уставом утврђена људска права и основне слободе, изборни систем, устројство, делокруг и начин рада државних тела, као и устројство и делокруг локалне и подручне (регионалне) самоуправе. И међу органским законима начињена је разлика, тако што се органски закони којима се уређују права националних мањина доносе двотрећинском већином гласова свих заступника у Сабору, док се органски закони којима се уређују сва остала наведена питања доносе већином гласова свих заступника¹⁹. О уставним законима, хрватски уставни правници кажу да је „уставни закон у пуном смислу речи само онај који је као такав дефинисан самим Уставом те је, осим што носи назив ‘уставни закон’, донесен по поступку

17 Чавошки, К., „Уставни закон као спроведбени закон“, Споменица академику Гаши Мијановићу, Бања Лука 2011, стр. 91.

18 Уставни закон је донет на основу члана 72 Устава ФНРЈ од 31. јануара 1946. године који је имао следећу садржину: „Народна скупштина ФНРЈ врши промену и допуну Устава. – Предлог за промену и допуну Устава може понети Президијум Народне скупштине ФНРЈ, Влада ФНРЈ или трећина посланика једног дома. – Предлог да се приступи решавању о промени или допуни Устава треба да буде примљен у сваком дому већином гласова. – Предложена промена или допуна Устава усвојена је ако за њу гласа апсолутна већина од целокупног броја посланика у сваком дому. – Усвојену промену или допуну Устава проглашује Народна скупштина ФНРЈ на заједничкој седници оба дома.“

19 Устав Републике Хрватске, члан 82. ст. 1 и 2. Смердел и Сокол, образлажући овакво решење Устава Хрватске, истичу да је, слично као и у неким земљама Европе, хрватски уставописац увео посебну категорију закона који су по начину свога доношења, односно по својој правној снази, испод устава, али изнад осталих закона. Ова „већа правна снага органских закона извире из строже, односно квалификоване већине, којом се они доносе за разлику од свих осталих закона који се доносе натполовичном већином присутних заступника у представничком тијелу односно његовом дому“. Smerdel, B., Sokol, S., *Ustavno pravo*, Zagreb 2009, str. 17.

предвиђеном за доношење и промену одредби самог Устава Републике Хрватске²⁰, и да у такве треба сврстати Уставни закон о Уставном суду Републике Хрватске, који се доноси по поступку предвиђеном за измену Устава, „тако да његове одредбе имају надзаконску снагу, већу од органских закона и једнаку правној снази одредби самог Устава“²¹ и Уставни закон за спровођење Устава Републике Хрватске, са изменама и допунама тих закона, које су такође извршене по поступку промене Устава²². Уставним законом извршене су и измене и допуне Устава Републике Хрватске (1997, 2000. и 2001), и ови уставни закони су „у суштини уставни текстови, који су уклопљени у текст Устава објављивањем пречишћеног текста у Народним новинама“²³.

Очигледно је да у Републици Хрватској не постоји јасан и прецизно диференциран став о природи акта који се назива уставним законом. Односно, очигледно је да се тим именом означавају и они акти који се не одликују суштинском одликом уставног закона – као закона који носи такав назив јер је донет по поступку којим се мења важећи и доноси нови устав. Дакле, не само да се уставни закони доносе по поступку сложенијем од оног којим се доносе „обични“ закони, као што је то, сагласно Уставу Хрватске, случај са органским законима. Наиме, истакли смо да се и ова врста закона доноси по поступку сложенијем од онога којим се доносе закони који не носе назив ни „органски“ ни „уставни“, али је ипак у питању поступак који се разликује од поступка за измену самог устава. Чињеница да су неки у суштини органски закони, који су такви из разлога што се баве уређењем питања која је уставотворац изричито навео и означио као питања од посебног друштвеног значаја те се не уређују „обичним“, већ наведеним органским законима, ипак названи „уставним“ није довољна да би се они сматрали и третирали једнако као уставни закони у правом смислу, односно закони који су

20 Smerdel, B., Sokol, S., *исто*.

21 *Исто*, стр. 181.

22 В. члан 131. став 2. Устава Републике Хрватске, у коме је утврђено да се Уставни закон о Уставном суду Републике Хрватске „доноси по поступку одређеном за промену Устава“.

23 У наставку ови аутори напомињу да „поред тога цијели низ уставних закона у Републици Хрватској, иако би се из назива „уставни закон“ могло закључити друкчије, сагласно наведеном члану 82. Устава, у ствари представља органске законе, којима је из политичких разлога, због важности материје коју уређују дат назив „уставни закон“. Познати пример је Уставни закон о правима националних мањина из 2002. године, односно ранији уставни закони којима су разрађивана уставна јемства посебних права и посебне заштите етничких и националних мањина у Републици Хрватској (1991, 1995. и 2000). У њему се, наиме, уређују национална права и разрађују Уставом утврђена људска права и темељне слободе, што је несумњиво према изричитој одредби члана 82. Устава материја закона, односно органског закона. У категорију по називу „уставних“, а у суштини органских закона, спадају поред овог и Уставни закон о сарадњи Републике Хрватске с међународним кривичним судом из 1996. године, као и Уставни закон о привременој спречености Председника Републике Хрватске за обављање својих дужности из 1999. године. *Исто*, стр. 18.

начином на који су донети испунили суштински услов да се називају уставним законима, јер су једнаке правне снаге као устав. То потврђује и поступање Уставног суда Републике Хрватске када је, ценећи уставност оспореног Уставног закона, закључио следеће: „...погрешно су и неодговарајуће Уставу... названи, поред оспореног Уставног закона и Уставни закон о сарадњи Републике Хрватске с Међународним кривичним судом, као и Уставни закон о привременом непримјењивању појединих одредби Уставног закона о људским правима и слободама... Но, оваква *falsa nominatio* не мења правну природу закона, не чини их правно друкчијим од оног што они по Уставу и свом садржају јесу, а Уставни суд их не оцењује по њиховом имену него по њиховој правној природи“ (Одлука US U-I-774/2000)²⁴.

Митровданским уставом донетим 2006. Република Србија је, чланом 205, који у оквиру деветог дела Устава, који је посвећен промени устава, уређује питање уставног закона, уредила да се за спровођење промене Устава доноси уставни закон (ст. 1, чл. 205) и да се уставни закон доноси двотрећинском већином од укупног броја народних посланика (ст. 2, чл. 205). Ова уставна формулација омогућава, извесно, један закључак, а то је да је уставни закон који је Уставом предвиђен спроведбени закон, подразумевајући све оно што оваква врста закона значи. Односно, да је у материјалном смислу уставни закон, предвиђен Уставом Републике Србије од 2006. године, спроведбени закон којим се могу уређивати само она питања која својом садржином обухватају, како се у Уставу и истиче, „спровођење промене Устава“. Наиме, садржину Уставног закона чине норме прелазног карактера, односно прелазне одредбе, чије је важење временски ограничено и које се исцрпљује протеком законског рока предвиђеног за прелаз из једног уставног стања у друго. У вези са садржином уставног закона важно је истаћи и да Уставни закон не може представљати основ за доношење закона, што је једно од основних својстава Устава и, иако је то акт јаче правне снаге од закона јер се доноси по поступку који је сложенији од оног по коме се доносе остали закони, који немају у свом називу атрибут „уставни“, уставни закон нема то важно својство које би га, између осталог, чинило актом уставне природе. У случају да се постави питање да ли је овај Уставни закон за спровођење Устава својом садржином прекорачио природу спроведбеног закона која је у односу на њега утврђена самим Уставом, на Уставном суду била би обавеза да се у поступку оцене уставности овога спроведбеног акта изјасни да ли је такав акт у сагласности са Уставом. У формално-правном смислу, будући да се овај уставни закон доноси двотрећинском већином од укупног броја народних посланика, што је поступак тежи од оног који је предвиђен за доношење осталих закона²⁵, и предвиђен

24 Овакво становиште Уставног суда Републике Хрватске прихваћено је и исте године, приликом измена и допуна Устава Републике Хрватске, конституционализована изменама члана 82. става 1. и 2. из 2000.

25 В. члан 105. Устава РС од 2006. којим се уређује начин одлучивања у Народној скупштини, и који предвиђа да Народна скупштина „доноси одлуке већином гла-

је као један од елемената који су обавезни у поступку промене Устава, остаје да се размотри да ли је приликом његовог доношења поступак за промену устава примењен у потпуности. Наиме, једино се двотрећинском већином од укупног броја народних посланика усвајају предлог за промену Устава (чл. 203, ст. 3 Устава РС) и акт о промени Устава (чл. 203, ст. 6. Устава РС), уз могућност, или обавезу, зависно од дела уставне материје чијој се промени приступа, да се и грађани, на референдуму, изјасне о таквој измени Устава²⁶. Међутим, и поред постојања овог заједничког елемента у обе процедуре – оној путем које је донет уставни закон и оној којом је донет важећи Устав, није тешко закључити да се поступак доношења уставног закона умногоме разликовао од поступка који је предвиђен за доношење и промену устава. Прво, у поступку за доношење уставног закона нису предвиђени овлашћени предлагачи, који би својим предлогом иницирали доношење овога акта, као што није предвиђен ни предлог за његово доношење, о коме би требало да се изјасни поменута скупштинска већина. Такође, у поступку доношења уставног закона није предвиђено да га Народна скупштина може, или мора, изнети на референдум, да би се грађани изјаснили о његовој садржини. Све наведено неспорно казује да је уставни закон донет по поступку који је мање сложен од поступка за доношење или промену Устава, из чега се једино може закључити да је у питању акт мање правне снаге од Устава, а последица тога је његова обавезна сагласност са Уставом као највишим правним актом²⁷.

У погледу могућности уставног судске контроле уставности уставног закона, чини се да на основу свега што је речено не би требало да остаје места за недоумице. Будући да је уставни закон спроведбени закон, који се доноси по поступку различитом, мање сложенем, од оног који је предвиђен за доношење или промену устава, нема препрека вршењу контроле уставности овога закона од стране Уставног суда. Али ствари ни изблиза нису тако једноставне када се размотри пракса поступања Уставног суда у Републици Србији.

сова народних посланика на седници на којој је присутна већина народних посланика“ (ст. 1. овог члана), затим се набрајају питања о којима Народна скупштина одлучује „већином гласова свих народних посланика“ (ст. 2. истог члана) и на крају се (ст. 3, истог члана) наводе закони о којима Народна скупштина одлучује већином гласова свих народних посланика.

26 В. чл. 203, ст. 6. и 7. Устава Републике Србије.

27 Разматрајући питање правне снаге Уставног закона за спровођење Устава, односно питање да ли је „овај Уставни закон по својој правној снази акт исте или ниже правне снаге од Устава“, Чавошки сматра да је „одговор на ово питање могао дати студент прве године на било ком правном факултету тако што би упоредио форму ова два правна акта, па би утврдио да поступак за доношење овог Уставног закона као спроведбеног акта није садржавао све оне елементе које је имао поступак за доношење самог Устава. А то би значило да је уставни закон ниже правне снаге од самог Устава, те да стога мора бити с њим у складу“. К. Чавошки, „Уставни закон као спроведбени закон“, Споменица академику Гаши Мијановићу, Бањалука 2011, стр. 87.

У време важења Устава Републике Србије од 1990. године, Уставни суд је, поводом предмета у којима је тражена оцена уставности Уставног закона за спровођење Устава, 9. марта 1995. донео став²⁸ којим је утврђено: „1) Уставни закон за спровођење Устава Републике Србије има карактер прелазних уставних одредби, и у Уставу нема основа за успостављање надлежности Уставног суда за оцену уставности уставног закона.“²⁹ Тако је у Решењу које је Уставни суд донео у предмету IY-56/92 од 28. априла 1995. (Билтен Уставног суда број 1/95, стр. 3) и којим је одбацио захтев за оцену уставности члана 2. Уставног закона о изменама и допунама Уставног закона за спровођење Устава РС наведено да „према одредбама члана 125. Устава Републике Србије нема основа за успостављање надлежности Уставног суда за оцену уставности Уставног закона за спровођење Устава Републике Србије. Мишљење је Уставног суда да Уставни закон за спровођење Устава Републике Србије, па и Закон о изменама и допунама овог акта, има карактер прелазних уставних одредби, те је Суд решио да захтев иницијатора одбаци због ненадлежности“. Исти став заузео је и Савезни уставни суд, па се у Решењу IY број 156/96³⁰, којим је одбачена иницијатива, наводи да је „по схватању Савезног уставног суда Уставни закон за спровођење Устава СРЈ акт уставотворне власти и саставни је део Устава, као његове прелазне и завршне одредбе, који не подлеже уставној контроли коју врши Савезни уставни суд“³¹. Навешћемо и пример када је Уставни суд Републике Србије преузео надлежност за оцену уставности уставног закона у својој Одлуци IY – 138/91 од 22. септембра 1992. године (Билтен Уставног суда РС број 2/92, стр. 22–25). Оцењујући уставност одредаба члана 19а и 19б Уставног закона о изменама и допунама Уставног закона за спровођење Устава РС (*Службени гласник РС*, број 18/91), Уставни суд је стао на следеће становиште: „Уставни закон је специфичан закон у правном поретку. То је спроведбени закон, којим се спроводи промена устава. С обзиром да само устав, односно акт промене устава не може да буде предмет уставној контроли, уставни закон подлеже оцени уставности, као и други закони, без обзира на своју специфичну правну природу. На то упућује и одредба члана 119. Устава Републике Србије према којој целокупни систем правних прописа мора да буде у складу са уставом, што значи да и уставни закон, као део тог система, подлеже оцени уставности у оквиру надлежности Уставног суда у смислу члана 125. Устава Републике Србије.“ У погледу решења која су била садржана

28 В. ставове Уставног суда, Пречишћени текст од априла 2009. године, стр. 39.

29 У даљем тексту овог става Уставног суда истиче се да ће „захтеве за оцену уставности одредби Уставног закона за спровођење Устава Републике Србије, Уставни суд одбацивати с позивом на члан 125. Устава Републике Србије“, и да ће законе и друге опште правне акте, који су донети на основу и ради примене одредби Уставног закона, Уставни суд оцењивати у односу на одговарајуће одредбе Устава Републике Србије.

30 В. збирку одлука и решења Савезног уставног суда од 1996.

31 В. збирку одлука и решења Савезног уставног суда од 1996.

у Уставу Републике Србије од 1990. године, а у односу на која је Уставни суд доносио цитиране одлуке, важно је подсетити се на следеће чињенице: чланом 134. Устава било је утврђено да се за спровођење промене Устава доноси уставни закон, који доноси Народна скупштина двотрећинском већином од укупног броја народних посланика, да овај закон проглашава Народна скупштина и да он ступа на снагу истовремено с променом Устава. Из приказане садржине јединих одредаба Устава Републике Србије од 1990. у којима се помињао уставни закон, произлази да је поступак предвиђен за доношење овог акта за спровођење промене Устава лакши од поступка који је предвиђен за доношење новог или промену важећег Устава³². Како је уставни закон донет по поступку који је био посебно уређен Уставом и који се разликовао од поступка за доношење Устава, будући да је био знатно једноставнији, и како се својом садржином, коју је опредељивао циљ његовог доношења, а то је спровођење промене Устава, могао односити само на питања везана за спровођење Устава, лако се могао извести закључак да је уставни закон спроведбени акт који ни у формалном ни у материјалном смислу не представља уставни акт. Доношење оваквог закључка учинило би одлучивање Уставног суда о успостављању надлежности оцене уставности уставног закона као спроведбеног акта сасвим једноставним.

Како ствари стоје данас у погледу односа Уставног суда према уставном закону за спровођење Устава? Најкраће, Уставни суд је одлучио да остане при ставу Суда донетом 9. марта 1995. године, у време важења Устава Републике Србије од 1990. Овакво своје опредељење Уставни суд је засновао на констатацији да Устав од 2006. године, у члану 167, којим је уређена надлежност Уставног суда, једнако као и Устав од 1990. године (члан 125), *не утврђује уставни закон као акт који подлеже уставно-судској контроли*. Полазећи од тога да одредбама члана 167. Устава није утврђена надлежност Суда да оцењује сагласност уставног закона са Уставом, као и да према ставу Суда Уставни закон за спровођење Устава Републике Србије има карактер прелазних уставних одредаба, Уставни суд је закључио да није надлежан за оцену уставности Уставног закона за спровођење Устава Републике Србије. Закључком, који је донео на својој седници од 7. јула 2011. године, Уставни суд је одбацио све предлоге и иницијативе којима је тражена оцена уставности Уставног закона за спровођење Устава Републике Србије³³. Из приказаног дела образ-

32 Уставом Републике Србије био је предвиђен изузетно сложен поступак промене Устава, чија је свакако најзахтевнија фаза био републички референдум без чијег одржавања се акт о промени било ког дела Устава није могао сматрати коначно усвојеним и на коме је требало остварити сагласност више од половине укупног броја бирача (члан 132. и 133. Устава). Изостанак само ове фазе у поступку доношења уставног закона за спровођење промене Устава довољан је аргумент да је уставни закон доношен по знатно лакшем поступку од оног по коме се доносио и мењао сам Устав.

33 Уставном суду поднето је више предлога (30 посланика Народне скупштине, окружни судови у Прокуљу, Лесковцу и Шапцу, Општински суд у Куршумлији), за утврђивање неуставности и несагласности са потврђеним међународним уговори-

ложења овакве одлуке Суда произлази да је основна тачка ослонца за њено доношење била чињеница да одредбама Устава којима је уређена надлежност Уставног суда није предвиђено одлучивање о сагласности уставног закона са Уставом. При том се Уставни суд у свом образложењу није осврнуо, још мање позвао, на члан 194. Устава, у коме се каже да је правни поредак Републике Србије јединствен, да је Устав највиши правни акт Републике Србије, и да сви закони и други општи акти донети у Републици Србији морају бити сагласни са Уставом (чл. 194, ст. 1, 2 и 3). Да је тако поступио, Уставни суд би морао закључити да би и уставни закон морао бити подведен под појам „сви закони и други општи акти“, те би и његова сагласност са уставом морала бити сматрана обавезном, из чега би ваљало закључити да би оцену те сагласности, за случај да она буде оспорена, морао извршити Уставни суд. У праву је Уставни суд кад констатује да се у поменутом чл. 167, ст. 1. каже да Уставни суд одлучује о сагласности закона и других општих аката са Уставом, а да се уставни закон као „закон посебне врсте“ изричито не помиње. Међутим, овде Уставни суд, како то истиче Чавошки, „није приметио да је у овом контексту реч закон употребљена као *родни* појам који обухвата *све врсте закона*. Како је, пак, уставни закон *закон*, а не *устав*, и он би се морао подвести под овај родни појам, што би значило да је Уставни суд надлежан и за испитивање уставности уставних закона“³⁴.

Тако, примера ради, поступа Уставни суд Републике Хрватске у односу на уставне законе који се доносе и важе у Републици Хрватској. О томе сведочи не само Одлука овога Суда коју смо већ навели, него и једна од сасвим нових одлука – број: U-I-3786/2010, U-I-3553/2011, од 29. јула 2011. године, која се односи на оцену сагласности са Уставом Републике Хрватске, Уставног закона о изменама и допунама Уставног закона о правима националних мањина (*Narodne novine*, бр. 80/10). У опширном образложењу ове Одлуке, у делу којим се говори о „надлежности Уставног суда за оцену Уставног закона о изменама и допунама Уставног закона о правима националних мањина“, између осталог, стоји да је наведени закон „органички закон који се доноси двотрећинском већином гласова свих заступника“ и да „независно од свог назива“ ни основни Уставни закон који се оспорава ни Уставни закон о изменама и допунама тог Уставног закона „немају снагу Устава, јер се не доносе и не мењају у поступку у коме се доноси и мења Устав“. У тексту који следи

ма одредаба чл. 99, ст. 1, чл. 100. и 101. Закона о судијама (*Службени гласник РС*, бр. 116/08, 58/09 и 104/09). Том приликом оспорена је уставност чл. 7, ст. 2. Уставног закона за спровођење Устава Републике Србије, којим је прописано да ће се избор судија и председника осталих судова извршити најкасније у року од једне године од дана конституисања Високог савета судства. Тако је, у суштини, повод за оцену уставности Уставног закона за спровођење Устава била спроведена реформа правосуђа, која се, као „роман-река“, јавља пред Уставним судом у бројним предметима већ више од две године. Јавности, стручној и општој, добро је познат став Уставног суда изречен у досадашњим одлукама о реформским законима који су послужили као нормативни оквир изведених захвата у правосуђу Србије.

34 Чавошки, К., „Уставни закон као спроведбени закон...“ стр. 87–88.

понавља се образложење да „чињеница да се неки закони називају уставним не мења правну природу закона, не чини их правно другачијим од онога што они по Уставу и по свом садржају јесу, а Уставни суд их не оцењује по њиховом имену него по њиховој природи“, те је Уставни суд надлежан за оцену сагласности са Уставом наведеног Уставног закона и Уставног закона којим се основни закон мења и допуњава. Како Устав Републике Хрватске, у члану 128, уређује да Уставни суд одлучује о сагласности закона са Уставом и о сагласности других прописа са Уставом и законом, Уставни суд очигледно сматра да је овом уставном одредбом обухваћена и оцена закона који се доносе по поступку сложенијем од оног којим се доносе сви остали закони, тзв. уставни закони и органски закони, осим уставних закона, који се доносе по поступку једнаком оном којим се мења или доноси нови устав, те је у приказаном случају успоставио своју надлежност и приступио оцени овог Уставног закона.

Где треба тражити разлоге за приказано поступање Уставног суда Републике Србије? У питању је најеминентнија институција којој је Уставом поверено чување Устава и заштита људских и мањинских права и слобода. У њој су, како Устав захтева, истакнути правници (чл. 172, ст. 5), чије би правничке каријере требало да гарантују одлично познавање Устава и целокупног правног система и, више од тога, несумњиву способност да у сваком уставном спору који се пред њима нађе, донесу одлуку која је, будући „коначна, извршна и општеобавезујућа“ (чл. 166, ст. 2. Устава СР), неспорна потврда свих ових чињеница. Зато је тешко разлоге оваквог поступања, у смислу начина разумевања надлежности Уставног суда у односу на оспорени Уставни закон за спровођење Устава Републике Србије и опредељење за донети Закључак, сагледавати на овом трагу. Друга, и једина преостала могућност лежи у оној добро познатој чињеници, на коју упозорава Leibholz, да се уставни суд увек налази на „пресеку права и политике“. Није у питању оптужба, реч је о констатацији која у деловању свакога суда који штити уставност и законитост представља до сада регистровану неминовност. У мери у којој је устав, који представља мерило уставног суда, политички акт, и сам поступак уставног судовања одликује се димензијом политичког. Од времена у коме се Kelsen борио против силе аргумената својих опонената у погледу идеје о успостављању уставног судства, мало шта се суштински променило. Суштина је у битном превладавању права над политиком, у чврстом и истрајном отпору према снази актуелне политике која том својом силином може потрти право и од „самосталног и независног државног органа“, какав је, по великој идеји с почетка XX столећа и по слову Устава Републике Србије, Уставни суд, начинити политизовани инструмент реализације политичких наука, и тиме поред потирања права поништити и саму институцију уставног судства. Извор потребне чврстине и истрајности мора бити знање достојно институције каква је Уставни суд, морална стаменост и професионална част.

Olivera Vučić, PhD

Professor of Law University of Belgrade, Faculty of Law

CONSTITUTIONAL LAW'S CONSTITUTIONALITY

When should Constitutional Court decide on constitutional law's constitutionality?

Summary

The Constitutional Law represents a special sort of act which had different meanings in former socialist Yugoslavia. One of these is related to the FPRY's Constitutional Law of 1953, which, being adopted under the procedure for the adoption and amendment of the constitution and regulating the particular constitutional materia, represented the constitution itself. Second type of constitutional laws, which is known both by the socialist constitutionalism and that established after the fall of socialism, in the first place by the Serbian Constitution of 1990 and followed later by the actual Constitution of 2006, are the implementing laws which are adopted, as the constitutional creators themselves regulate, under the different procedure from that designed for the constitutional amendment and which contents are defined by their aim, which is the implementation of the constitutional amendment. As for the nature of these acts, constitutional doctrine is unanimous – their legal force is of lesser value than the constitution. One open question is the relation of the constitutional court to the constitutional law. The Constitutional court refuses to establish its jurisdiction to revise the constitutionality of laws and other general acts over the constitutional law itself, basing this position on the fact that the Constitution of the Republic of Serbia does not explicitly acknowledge this jurisdiction.

Key words: *Constitutional law. Implementing law. Constitutional court. Revision of constitutional law's constitutionality.*

O DVE VRSTE OBJEKTIVNE ODGOVORNOSTI HABITATORA IZ UGLA PRETOROVOG EDIKTA *de his qui effuderint vel deiecerint* (Ulpian, 9.3.1.pr-1)

Abstrakt

Autor posmatra iz istorijskog ugla dve vrste objektivne odgovornosti i ukazuje na problem koji proizilazi iz Ulpijanovog teksta o pretorovom ediktu *de his qui effuderint vel deiecerint* (D.9.3.pr-1). U prvom delu edikta, pretor uvodi objektivnu odgovornost za korisnika stana u slučaju kada su nastupile štetne posledice zato što je neka stvar izbačena ili tečnost prolivena iz zgrade ili stana na mesto gde se uobičajeno prolazi. Objektivna odgovornost korisnika stana na celokupan iznos kazne ustanovljena je bez obzira na to da li je on sam počilnic ili neko drugi. U poslednjoj rečenici edikta, prema Ulpijanovom citatu, pretor je dao mogućnost korisniku stana da noksalno izruči roba ako je on izbacio ili prolio nešto iz stana bez znanja vlasnika. Ovaj dodatak stvara problem jer protivreči prethodnim odredbama edikta. Autor se osvrće na postojeće interpretacije ovog teksta u romanističkoj literaturi. Ovim tumačenjima dodaje još jednu moguću interpretaciju po kojoj je pretor, u nameri da pojača zaštitu građana, imao na umu kumulativnu primenu *actio de effusis vel deiectis* i odgovarajuće noksalne tužbe.

Ključne reči: Korisnik stana. Pretorov edikt. Objektivna odgovornost. Noksalna odgovornost.

Uvodne napomene

Odgovornost bez obzira na krivicu, kako se jednostavno i kratko definiše objektivna odgovornost, odnosi se na pravo u celini i šire.¹ U ovom članku će biti razmatrana u kontekstu privatnog vanugovornog prava, s obzirom na to da ovoj kategoriji pripada slučaj korisnika stana (habitatora), koji će ovde biti analiziran.

Svi evropski pravni sistemi primenjuju princip objektivne odgovornosti kao dodatak osnovnom pravilu po kojem se odgovara za krivicu, dakle subjektivno.² S druge strane, istorijski posmatrano, objektivna odgovornost se,

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

1 U krivičnom pravu, npr. Jovan Ćirić, *Objektivna odgovornost u krivičnom pravu*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2008.

2 Komparativan prikaz najvećih evropskih sistema, francuskog, nemačkog i engleskog daje npr. Cees van Dam, *European Tort Law*, New York 2006. On naglašava relativnost podele na subjektivnu i objektivnu odgovornost, str. 255 i sl.

prema još uvek dominantnom mišljenju, javlja u najstarijem pravu kao prvi oblik odgovornosti i prethodi odgovornosti s obzirom na krivicu.³

Postoje mnogobrojni razlozi za primenu objektivne odgovornosti: obezbeđenje od povećanog rizika i prebacivanje gubitka na određenu društvenu grupu u skladu s pravilom *cuius commodum eius incommodum*, olakšavanje pozicije tužioca koji nema teškog tereta dokazivanja, postizanje veće efikasnosti postupka i slično. Što se domena primene tiče, najčešće se svodi na odgovornost za štetu od opasne stvari ili opasne delatnosti, a zatim i na neke slučajevne odgovornosti za drugoga kao i posebne slučajevne.⁴ Slučaj odgovornosti korisnika stana (habitatora), koji je ovde analiziran, daje istorijsku perspektivu objektivne odgovornosti iz ugla rimskog prava i još kompleksniji pogled na njene moguće oblike. Naime, o ovom slučaju paralelno postoje moderan koncept objektivne odgovornosti i arhaičan oblik noksalne odgovornosti. Ovaj rad ukazuje na probleme koji usled toga nastaju.

Problem

Radi zaštite građana i njihove sigurnosti na gradskim ulicama od nesavesnih stanara koji s prozora svojih stanova izbacuju predmete ili tečnost i tako ugrožavaju imovinu i živote prolaznika, pretor je doneo edikt o čijem sadržaju doznajemo iz jednog Ulpijanovog fragmenta uvrštenog u Digesta. Ulpijan citira edikt:

9.3.1 pr – 1 (ULPIANUS libro 23 ad edictum):

Praetor ait de his, qui deiecerint vel effuderint: „Unde in eum locum, quo volgo iter fiet vel in quo consistetur, deiectum vel effusum quid erit, quantum ex ea re damnum datum factumve erit, in eum qui ibi habitaverit, in duplum iudicium dabo. Si eo ictu homo liber perisse dicetur, quinquaginta aureorum iudicium dabo. Si vivet nocitumque ei esse dicetur, quantum ob eam rem aequum iudici videbitur eum cum quo agetur condemnari, tanti iudicium dabo. Si servus insciente domino fecisse dicetur, in iudici adiciam: aut noxam dedere.“ 1. Summa cum utilitate id praetorem edixisse nemo est qui neget: publice enim utile est sine metu et periculo per itinera commeari.

(Pretor kaže o onima koji bi nešto izbacili ili prolili: „Ako bi na mesto gde se nalazi put kojim ljudi prolaze ili se zaustavljaju nešto bilo izbačeno ili proliveno, i tako bila naneta ili učinjena šteta, protiv onoga ko tu stanuje, daću tužbu na dvostruki iznos. Ako bi zbog tog izbacivanja poginuo slobodan čovek, daću tužbu na 50 zlatnika. Ako je živ,

3 Obrad Stanojević, *Rimsko pravo*, Beograd 2002, str. 32, Bertold Eisner, Marijan Horvat, *Rimsko pravo*, Zagreb, 1948, str. 356 (§129, 5), 450 (§ 169, 2).

4 Oliver Antić, *Obligaciono pravo*, šesto izdanje, Beograd 2011, str. 486 i sl., govori o slučajevima objektivne odgovornosti u užem i širem smislu. Jakov Radišić, *Obligaciono pravo*, šesto prerađeno i dopunjeno izdanje, Beograd 2000, str. 193, 236 i sl., Marija Radovanić, *Obligaciono pravo II*, Novi Sad 1982, str. 19–58.

a ranjen, daću tužbu na onaj iznos koji u ovom slučaju sudija smatra pravičnim. Ako bi rob bez znanja gospodara ovo učinio, u tužbu ću dodati: ili neka izruči delinkventa.“ 1. Niko neće poreći da je najveća korist što je pretor izdao edikt: naime, u javnom je interesu da se može bez straha i rizika hodati ulicama.)

Pretor uvodi strogu, objektivnu odgovornost korisnika stana. Lice odgovorno po osnovu edikta – *habitor* jeste onaj koji u stvarnosti ima kontrolu nad zgradom ili stanom. To može biti vlasnik ili zakupac ili lice koje besplatno stanuje u stanu.⁵

Habitor odgovara za činjenicu da je nešto izbačeno ili proliveno, bilo da je on to učinio ili neko drugi iz njegovog stana. Nije potreban dokaz ni o krivici habitatora niti lica koje je nešto izbacilo ili prolilo iz stana, što ovu tužbu razlikuje od *actio legis Aquiliae*⁶. Stav nauke o prirodi odgovornosti habitatora kao objektivnoj gotovo je nepodeljen.⁷

Razlozi za ovakvu strogu odgovornost habitatora objašnjeni su u sledećem paragrafu: *utilitas publica*, javni red i mir, sigurnost građana.

Ovakvoj logici protivreći kraj uvodnog paragrafa koji govori o mogućnosti noksalnog izručenja roba ukoliko je on bacio ili prolio iz stana *insciente domino*. Ovakav završetak pretorovog edikta nameće dileme. Uočavaju se nekonzistentnost, protivrečnost, pa čak i nelogičnost edikta.

Najpre, reč je o paralelnom postojanju dve vrste objektivne odgovornosti. Jedna je odgovornost *suo nomine*, i to *in solidum*. To je, dakle, neograničena, lična i neposredna odgovornost korisnika stana. Druga je noksalna, ograničena odgovornost *servi nomine*.

Paraleno postojanje dve vrste objektivne odgovornosti habitatora različitog karaktera i smisla nameće brojna pitanja. Koji je interes oštećenog da tuži habitatora noksalnom tužbom umesto pretorskom *actio de effusis vel deiectis*? Naime, u slučaju kada koristi *actio in factum* oštećeni ima veoma lagodan položaj u parnici jer ne mora da dokazuje krivicu habitatora. Kazna za odgovornog habitatora koji ima veoma sužen prostor da se odbrani je visoka; *in duplum* ako je došlo do materijalnog gubitka, zakonska kompozicija od 50 zlatnika u slučaju smrti slobodnog čoveka i prema proceni sudije za slučaj ranjavanja slobodnog čoveka. U slučaju noksalne tužbe oštećeni može računati

5 Ulpianus, D.9.3.1.9, Gaius, D.44.7.5.5.

6 Ulpianus, D.9.3.1.4: *Nec adicitur culpa mentio vel infitiationis...*

7 Problem jedino predstavlja tekst u kojem se spominje reč *culpa* u vezi sa odgovornošću habitatora (*Habitor suam suarumque culpam praestare debet*, Ulpianus, D.9.3.6.2). Međutim, postoji saglasnost u nauci da se *culpa* ovde ne prevodi u značenju krivice, nego odgovornosti u najširem smislu te reči: npr. Zurechenbarkeit – Reinhard Zimmermann, *Effusum vel deiectum*, *Festschrift für Hermann Lange*, Zum 70 Geburtstag am 24. Januar 1992, str. 306–307, „ein rein objektives Zurechnungskriterium“ – Roland Wittmann, *Die Körperverletzung an Freien im klassischen römischen Recht*, München, 1972, str. 63, *imputabilité* – Hans Ankum, *L'edit du préteur de his qui dieecerint vel effuderint*, *Studia Iuridica* XLI/2003, Warszawa, str. 11, Teresa Gimenez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, Madrid 1990, str. 76 i sl., Bruce Frier, *A Casebook on the Roman Law of Delict*, Atlanta, 1989, str. 229.

na to da će tuženi iskoristiti mogućnost noksalnog izručenja i time ograničiti svoju odgovornost. Prednost pretorske tužbe je očigledna.

Ima još razloga da se postavi pitanje postojanja dveju paralelnih odgovornosti na istom mestu. U pitanju je *ratio legis*. Dok je u slučaju uspostavljanja stroge odgovornosti habitatora kao razlog naveden javni interes zaštita građana, u krajnjem slučaju lica koje će se naći u ulozi tužioca, to kod noksalne odgovornosti nije slučaj. Ovde je pre reč o zaštiti interesa tuženog jer je u pitanju ograničena, objektivna odgovornost vlasnika roba.

Cilj stroge odgovornosti korisnika stana po osnovu *actio de effusis vel deiectis* je da učini odgovornim nadređenog za ponašanje u stanu ili zgradi nad kojim on ima kontrolu, dok je cilj noksalnih tužbi da se omogući neposredna odgovornost delinkventa, a da se odgovornost nadređenog ograniči i olakša.⁸

Osim toga, teško se može objasniti situacija da habitator odgovara strogo, *in solidum*, za goste, strance i eventualno lica pod vlašću (*alieni iuris*), na dvostruki iznos, a za robove je ta odgovornost noksalna.

Ovaj problem je uočio Ulpijan, doduše ne u slučaju edikta *de effusis vel deiectis*, nego u srodnom slučaju krađe na brodu, gostionici ili štali, kada ovaj delikt počini rob koji pripada odgovornom licu. On je pokušao ujedno da objasni i eventualno opravda ovakvo rešenje, ali se to objašnjenje teško može prihvatiti.⁹

D.47.5.1.pr-5 (Ulpianus, libro 38 ad edictum):

pr. In eos, qui naves cauponas stabula exercebunt, si quid a quoquo eorum quosve ibi habebunt furtum factum esse dicitur, iudicium

8 O prirodi noksalne odgovornosti, noksalnog izručenja i noksalnih tužbi postoje brojne teorije, od kojih su najznačajnije Žirara, Bjondija, De Višera, Sardentija i Puljezea (P. F. Girard, *Les actiones noxales*, Mélanges de droit romain, II, Paris 1923; Biondo Biondi, *Actiones noxales*, Cortona 1925; Fernand de Visscher, *Le régime romain de la noxalité (de la vengeance collective a la responsabilité individuelle)*, Bruxelles 1947; Manlio Sargenti, *Contributo allo studio della responsabilità nossale in diritto romano*. Pubblicazioni della Università di Pavia, Studi nelle scienze giuridiche e sociali, Pavia 1949. i *Limiti, fondamento e natura della responsabilità nossale in diritto romano*, Pubblicazioni della Università di Pavia, Studi nelle scienze giuridiche e sociali, Pavia 1950; Giovanni Pugliese, *Appunti in tema di azioni nossali*, Studi Canelutti, II, Padova 1950, *Obbligazione del capofamiglia e responsabilità diretta del colpevole nel regime della nossalita*. Studi Emilio Albertario, I, Milano 1953, *Nuove osservazioni sul regime della nossalita in Roma*, RISG, 16, 1972 i drugi. Izdvojeni su samo najobimniji i najznačajniji radovi.) Iako se po mnogo čemu razlikuju, postoji tačka slaganja da je noksalno izručenje nastalo u vezi s privatnom osvetom nad delinkventom ukoliko je reč o imovinskim deliktima. Ovde se ne može dublje ući u raspravu o mnogim složenim pitanjima noksalne odgovornosti i noksalnih tužbi, ali treba naglasiti da je noksalna odgovornost specifičan vid ograničene, objektivne odgovornosti vlasnika. O tome više i u člancima autora ovog teksta Milena Polojac, „The development of the main ideas on noxality after Fernand De Visscher“, *Le monde antique et les droits de l'homme, Actes de la 50e Session de la Société internationale Fernand De Visscher pur l'histoire des droits de l'antiquité*, Bruxelles, 16-19 septembre 1996, Bruxelles 1998, str. 61-69. Takođe, Milena Polojac, „Priroda noksalnih tužbi i noksalne odgovornosti“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, 4/1999, str. 463-485 („Nature of noxal actions and noxal liability“, *Orbis iuris romani, Journal of ancient law studies*, Brno, VI, 2000, str. 151-170).

9 Bruce Frier, *op. cit.*, str. 234.

datur, sive furtum ope consilio exercitoris factum sit, sive eorum cuius, qui in ea navi navigandi causa esset.

(Protiv onih koji upravljaju brodovima, gostionicama, štalama daje se tužba ako se kaže da je krađu počinio neko koga oni tamo imaju, bilo da je krađa počinjena uz pomoć ili savet menadžera, ili onih koji su na brodu radi plovidbe, a to su mornari, nautae.).

5. *Servi vero sui nomine exercitor noxae dedendo se liberat. Cur ergo non exercitor condemnetur, qui servum tam malum in nave admisit? Et cur liberi quidem hominis nomine tenetur in solidum, servi vero non tenetur? Nisi forte idcirco, quod liberum quidem hominem adhibens statuere debuit de eo, qualis esset, in servo vero suo ignoscendum sit ei quasi in domestico malo, si noxae dedere paratus sit. Si autem alienum adhibuit servum, quasi in libero tenebitur.*

[Upravitelj, poslovođa se oslobađa izručujući roba ako je zbog njege tužen. Zašto međutim upravitelj ne bi bio osuđen, koji je tako lošeg roba pustio na brod? I zašto odgovara za pun iznos (in solidum) za slobodne ljude, a ne i za robove? Osim ako nije razlog taj što kod angažovanja slobodnog čoveka, (poslovođa) mora ustanoviti kakav je on, dok u slučaju svoga roba može mu se oprostiti kao da je reč o prekršaju unutar domaćinstva, ako je roba spreman noksalno izručiti. Ako se, međutim, ovo primenjuje na tuđeg roba, onda je odgovoran kao u slučaju slobodnog čoveka.]

Sličan stav ima Ulpijan i u slučaju kada postoji *receptum*.

D.4.9.7.4 (Ulpianus, libro 18 ad edictum)

Hac autem actione suo nomine exercitor tenetur, culpa scilicet suae qui tales adhibuit: et ideo et si decesserint, non relevabitur. Servorum autem suorum nomine noxali dumtaxat tenetur: nam cum alienos adhibet, explorare eum oportet, cuius fidei, cuius innocentiae sint: in suis venia dignus est, si qualesquales ad instruendam navem adhibuerit.

[Zapovednik broda (*exercitor*) odgovara u svoje ime po ovoj tužbi, naravno, zbog svoje krivice pri angažovanju nameštenika. I zato, čak i kada umru, on neće biti oslobođen. Međutim, on je samo noksalno odgovoran za svoje vlastite robove. Jer kada angažuje tuđe robove on mora ispitati njihovu savesnost i poštenje. U slučaju vlastitih robova, zaslužuje da bude pošteđen bilo kakvi da su robovi koje je uzeo na brod.]¹⁰

10 Doduše, iz drugog Ulpijanovog teksta koji se takođe odnosi na *receptum* i pripada istom naslovu (*Nautae caupones stabularii ut recepta restituant* (4.9) vidljivo je da u ovom slučaju noksalna tužba nije moguća. D.4.9.3.3 (Ulpianus, libro 14 ad edictum): *Si filius familias aut servus receperit et voluntas patris domini intervenit, in solidum erit conveniendus. Item si servus exercitoris subripuit vel damnum dedit, noxalis actio cessabit, quia ob receptum suo nomine dominus convenitur.* (Ako je sin ili rob zaključio *receptum*... otac će odgovarati in solidum. Ako je rob zapovednika broda ukrao ili pričinio štetu, noksalna tužba će izostati, jer će vlasnik odgovarati u svoje ime, s obzirom na to da je zaključio *receptum*.)

Stavovi u literaturi

Alan Votson ne vidi nikakav problem u uspostavljanju noksalne odgovornosti pored redovne, stroge odgovornosti habitatora. On objašnjava da mogućnost noksalnog izručenja za korisnika stana – habitatora predstavlja relaksaciju stroge odgovornosti i zato se postavlja zahtev za njegovim neskrivenim postupanjem. Votson takođe primećuje da samo dva edikta ograničavaju noksalnu tužbu na slučajeve *insciente domino*, a to je pored edikta *de his qui deiecerint vel effuderit* i srodan edikt *ne quis in suggrunda*, i to s dobrim razlogom, smatra Votson, s obzirom da predstavljaju znatno olakšanje odgovornosti za habitatora.¹¹

Bjondo Bjondi smatra da je čitava odredba edikta o noksalnom izručenju interpolisana.¹² Razlozi koje navodi Bjondi čine se prilično uverljivim. U ovom slučaju iznimno je upotrebljena formulacija *noxam dedere* koja ukazuje na intervenciju kompilatora umesto uobičajenog klasičnog izraza *noxae dedere*. Kao sledeći argument Bjondi uzima Ulpijanov tekst u kojem se govori o slučaju kada je sam rob habitator.¹³ Biondi dobro primećuje da Ulpijan ne bi bio u dilemi o mogućnosti podizanja noksalne tužbe u ovom slučaju da je u ediktu o tome postojala izričita odredba.

Fernan de Višer vidi noksalnu varijantu odgovornosti habitatora u svetlosti deformacije i nazadovanja režima noksalnosti. Arhaični institut deliktne odgovornosti sve više ustupa mesto sistemu odgovornosti za drugoga koji se zasniva na objektivnoj odgovornosti *suo nomine*, a objašnjava se idejom garancije prema trećima i zaštitom javnog poretka.¹⁴ Stari i novi instituti nastavili su da paralelno postoje, a svoje su mesto našli i u Justinijanovom sistemu, u kojem je došlo do sinteze često nespojivih i protivrečnih elemenata. To se vidi i na primeru odgovornosti habitatora za slobodna lica i strance za koje odgovara strogo u odnosu na vlastite robove za koje odgovara blago, s mogućnošću noksalnog izručenja.

Hans Ankum u potpunosti prihvata Lenelovu interpretaciju.¹⁵ Naime, kao i Lenel, Ankum je uočio da tužilac nema interesa da pokreće noksalnu tužbu ukoliko mu istovremeno stoji na raspolaganju pretorska *actio de effusis*

11 Alan Watson, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford 1965, repr. Aalen 1984, str. 275.

12 Biondo Biondi, *Actiones noxales*, Cortona 1925, str. 266–267.

13 *D.9.3.1.8 (ULPIANUS libro vicensimo tertio ad edictum): Cum servus habitator est, utrum noxalis actio danda sit, quia non est ex negotio gesto? An de peculio, quia non ex delicto servi venit? Neque enim recte servi dicitur noxa, cum servus nihil nocuerit. Sed ego puto impunitum servum esse non oportere, sed extra ordinem officio iudicis corrigendum.*

(Kada je stanar rob, pitanje je da li se daje noksalna tužba jer nije reč o poslovodstvu bez naloga? Ili je reč o actio de peculio jer tužba ne proizlazi iz delikta roba? Ne bi bilo ispravno reći da je reč o deliktu roba jer rob nije naneo štetu. Ali mislim da ne treba roba ostaviti nekažnjenim, pa se ova situacija ispravlja vanrednim sudskim postupkom.)

14 Fernand de Visscher, *Le régime romain de la noxalité (de la vengeance collective a la responsabilité individuelle)*, Bruxelles 1947, str. 529 itd.

15 Hans Ankum, *op. cit.*, str. 14–16.

vel deiectis, koja je za tužioca mnogo povoljnija. Rešenje koje je dao Lenel, a prihvatio Ankum, jeste da je u pitanju prigovor (*exceptio*) tuženog kojim direktnu tužbu može pretvoriti u noksalnu ako dokaže da je rob pričinio štetu *insciente domino*. Ovakva interpretacija argumentovana je time da habitator ne treba ovde da bude u težoj poziciji nego u slučaju tužbe *ex delicto servi*. Drugim rečima, noksalna varijanta tužbe *quasi ex delicto* prema Lenelu ne treba da bude teža za tuženog od noksalne varijante deliktinih tužbi.¹⁶ Međutim, prigovor služi da bi tužba bila odbijena trajno ili privremeno. Dejstvo prigovora koje pretvara direktnu tužbu u noksalnu bilo bi izuzetak. Osim toga, postavlja se pitanje da li se tuženi može braniti tako što će dokazivati da on nije kriv ili da je štetu počinio neko drugi. Čini se da prigovor koji je ovde predložen protivreči prirodi tužbe i odgovornosti habitatora.

Tereza Gimenez Kandela je dala svoju interpretaciju četvrte rečenice edikta pozivajući se na Ulpijanov tekst iz Digesta, D.9.3.1.8. Prema ovom tumačenju, pretor odobrava noksalnu tužbu samo u situaciji kada je rob habitator, dakle kada on živi odvojeno od vlasnika, u stanu koji je sam iznajmio ili ga na drugi način nezavisno koristi.¹⁷ Ovoj interesantnoj tezi protivreči, međutim, Gajev fragment D.44.7.5.5, koji izričito negira mogućnost da se u ovom slučaju podigne noksalna tužba protiv vlasnika.

Moguće objašnjenje

Teško je pomiriti kontradikcije koje postoje u okviru teksta koji nalazimo u Digestama, na koje s pravom ukazuje Fernan de Višer. S te tačke gledišta čak i radikalna interpolacionistička kritika izgleda opravdana, naročito argumenti koje iznosi Bjondo Bjondi. Ovim argumentima moguće je dodati i činjenicu da u ediktu *de feris*, koji je po formulaciji veoma sličan ediktu *de his qui deiecerint vel effuderint*, nema pomena o noksalnoj varijanti tužbe.¹⁸

Ipak, ukoliko želimo izbeći objašnjenja zasnovana na traženju interpolacija, čini se da je moguće ponuditi još jednu interpretaciju polazeći od pretpostavke da Ulpijanova informacija o pretorovom ediktu *de his qui deiecerint vel effuderint* odgovara njegovoj stvarnoj sadržini. Treba obratiti pažnju na zahtev iz edikta po kojem je moguće noksalno izručenje roba u slučaju da je habitator bio *insciens*, tj. da je rob nešto bacio ili izlio kroz prozor *insciente domino* i tako prouzrokovao štetne posledice.

O problemu tzv. *scientia domini* u vezi s noksalnim tužbama često je raspravljano u mnogobrojnim fragmentima u okviru glavnog titulusa Digesta, *De noxalibus actionibus*, 9.4.¹⁹ U izvorima se *scientia domini* objašnjava kao

16 Objašnjenje Lenela glasi: „Der habitator sollte, wenn er selbst nachwies, daß seiner seiner Sklaven der Schuldige wer, hier nicht härter gestellt sein, als bei den Aktionen ex delicto servi.“ Edictum Perpetuum, 1927, 3rd ed., str. 174.

17 Teresa Gimenez-Candela, *op. cit.*, str. 100–104.

18 Ulpianus, D.21.1.40.1, D.21.1.41–42.

19 Vidi detaljno Bernardo Albanese, „Sulla responsabilità del dominus sciens per i delitti del servo“, *Scritti giuridici*, I, Palermo, 1991, str. 483–550 = BIDR, 70 (1976), str. 119–186.

slučaj kad vlasnik nije sprečio roba da izvrši delikt iako je to mogao.²⁰ Ovo pitanje psihičkog odnosa vlasnika prema deliktu potčinjenog roba nije se, po svemu sudeći, postavljalo u početku. Naime, u Zakonu XII tablica nije postojala odredba koja se odnosila na subjektivni odnos tuženog vlasnika prema deliktu svoga roba. Vlasnik je odgovarao noksalno za delikt roba, bez obzira na to da li je znao ili nije znao, tj. da li je mogao ili nije mogao sprečiti taj delikt. Prema decemviralnom zakonodavstvu, uprkos znanju vlasnika, on će odgovarati po noksalnoj tužbi, *servi*, a ne *suo nomine*. Čini se da se pitanje psihičkog odnosa vlasnika prema deliktu svog roba otvorilo i nametnulo donošenjem Akvilijeveg zakona i njegovom kasnijom interpretacijom.²¹

Nakon unošenja novog elementa, pitanja psihičkog odnosa vlasnika prema deliktu svoga roba, nametnula se nova dilema koja je vidljiva u različitim stavovima pravnika po pitanju odnosa direktne tužbe protiv vlasnika koji je znao a nije sprečio delikt roba i noksalne tužbe.

D.9.4.2.1 (Ulpianus, 18 ad edictum):

...Celsus tamen differentiam facit inter legem Aquiliam et legem duodecim tabularum: nam in lege antiqua, si servus sciente domino furtum fecit vel aliam noxam commisit, servi nomine actio est noxalis nec dominus suo nomine tenetur, at in lege Aquilia, inquit, dominus suo nomine tenetur, non servi. Utriusque legis reddit rationem, duodecim tabularum, quasi voluerit servos dominis in hac re non obtemperare, Aquiliae, quasi ignoverit servo, qui domino paruit, periturus si non fecisset. Sed si placeat, quod Iulianus libro octagesimo sexto scribit „si servus furtum faxit noxiamve nocuit“ etiam ad posteriores leges pertinere, poterit dici etiam servi nomine cum domino agi posse noxali iudicio, ut quod detur Aquilia adversus dominum, non servum excuset, sed dominum oneret. Nos autem secundum Iulianum probavimus, quae sententia habet rationem et a Marcello apud Iulianum probatur.

[Celz, međutim, pravi razliku između Akvilijeveg zakona i Zakona dvanaest tablica: naime, u drevnom zakonu, ako rob uz znanje gospodara ukrade ili pričini neku štetu, tužba je noksalna zbog roba (*servi nomine*), a gospodar ne odgovara neposredno, u svoje ime (*suo nomine*), dok prema Akvilijevom zakonu, on kaže, gospodar je neposredno, lično odgovoran (*suo nomine*), a ne posredno, zbog roba (*servi nomine*). On daje objašnjenje za svaki od zakona: Zakon dvanaest tablica kao da bi želeo da u ovakvom slučaju robovi ne slušaju gospodara, dok bi Akvilijev zakon oprostio robu koji je poslušao gospodara, jer bi (rob) bio lišen života kada to ne bi uradio. Ali ako bi se prihvatilo ono što Julijan piše u osamdeset šestoj knjizi da se reči (Zakona dvana-

Takođe, Milena Polojac, „Priroda noksalnih tužbi i noksalne odgovornosti“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, 4/1999, str. 471–475 („Nature of noxal actions and noxal liability“, *Orbis iuris romani, Journal of ancient law studies*, Brno, VI, 2000, str. 160–163).

20 Ulpianus, D.9.4.2.1, D.9.4.3.

21 Ulpianus/Celsus, D.9.4.2.1.

est tablica) „ako rob počini krađu ili štetu“ odnose i na kasnije zakone, onda se može reći da se noksalna tužba protiv gospodara može podići zbog roba (*servi nomine*), a tužba iz Akvilijeveg zakona podignuta protiv vlasnika, ne oslobađa (izvinjava) roba, nego tereti vlasnika. Mi takođe prihvatamo mišljenje Julijana, čiji je stav razložen i prihvaća ga Marcel.]

Mišljenje koje zastupa Celz je da, ukoliko postoji tzv. *scientia domini*, vlasnik odgovara *in solidum suo nomine*, a noksalna tužba je u tom slučaju isključena.

Drugi stav ima Julijan. On smatra da se *actio in solidum* i noksalna tužba kumuliraju. Julijanovom stavu pridružuju se Marcel i Ulpijan. Naime, prema objašnjenju koje je vidljivo iz teksta, u pitanju su dva delikta, jedan koji je počinio gospodar, a drugi koji je počinio njegov rob, a nijedan od njih ne treba da ostanu nekažnjeni.²²

Treći, kompromisni stav je Paulusov i govori o alternativnoj konkurenciji *actio in solidum* i noksalne tužbe.

D.9.4.4.2–3 (Paulus, 3 ad edictum):

2. *Cum dominus ob scientiam teneatur, an servi quoque nomine danda sit actio, videndum est: nisi forte praetor unam poenam a domino exigi voluit. Ergo dolus servi impunitus erit? Quod est iniquum: immo utroque modo dominus tenebitur, una autem poena exacta, quam actor elegerit, altera tollitur.*

[Ako gospodar odgovara zbog znanja tj. svoje krivice, treba videti da li se u tom slučaju dozvoljava tužba zbog roba (*servi nomine*): osim ako pretor nije hteo da traži od gospodara samo jednu kaznu. Da li će dakle nedozvoljeno delo roba ostati nekažnjeno? To bi bilo nepravično: naprotiv, gospodar je odgovoran u oba slučaja, ali kada je jedna kazna izvršena, koju izabere tužilac, druga se gasi.]

3. *Si detracta noxae deditioe quasi cum conscio domino actum sit, qui non erat conscius: absolute facta et finito iudicio amplius agendo cum noxae deditioe exceptione rei iudicatae summovebitur, quia res in superius iudicium deducta et finita est. Donec autem prius iudicium agitur, licentia agenti est, si eum de scientia domini arguenda paeniteat, tunc ad noxalem causam transire. Contra quoque si cum eo qui scit cum noxae deditioe actum sit, amplius in dominum detracta noxae deditioe danda actio non est: in ipso autem iudicio si voluerit et scientiam domini arguere, non est prohibendus.*

[Ako bi bila podignuta direktna tužba bez mogućnosti noksalnog izručenja (*detracta noxae deditioe*), kao da je gospodar znao, a on nije imao svest (o deliktu roba), onda kada je završen slučaj i presuda izre-

22 De Višer smatra da je kontroverza u klasičnom pravu rešena u korist stava Julijana, pravnika najvećeg ugleda, u korist kumulativne primene *actio in solidum suo nomine* kao redovne deliktne tužbe protiv vlasnika i noksalne tužbe zbog delikta roba. *Op. cit.*, str. 401–402.

čena, dalji postupak po noksalnoj tužbi bio bi odbijen prigovorom presuđene stvari – *res iudicata*. Međutim, pre nego što je presuda doneta, dozvoljeno je preći na noksalnu tužbu ako je on (tužilac) žalio zbog (teškog) dokazivanja krivice gospodara. Suprotno, ako je protiv onoga ko je znao podignuta noksalna tužba (*cum noxae deditio*), više se ne može odobriti direktna tužba – *detracta noxae deditio*. Međutim, ako on tokom suđenja želi utvrditi da je postojala krivica vlasnika, to mu se ne treba zabraniti.]

Tužilac ima mogućnost izbora tužbe (*electio*). Ali ako je pokrenuta tužba *detracta noxae deditio* protiv vlasnika i donesena presuda, ne može se više podići *cum noxae deditio* jer bi ona bila odbijena prigovorom o presuđenoj stvari (*res iudicata*).

Sve do Justinijana nema generalnog stava o ovom pitanju.²³ Kompilatori su odlučili da eliminišu kontroverze i usvoje načelan, generalan princip. Priklonili su se Paulusovoj verziji, po kojoj u slučaju tzv. *scientia domini* oštećeni može birati između tužbe *in solidum* i noksalne tužbe. Podizanje jedne tužbe konzumira drugu.

Ako se sada vratimo pretorovom ediktu *de his qui deiecerint vel effuderint* treba zaključiti, dakle, da je pretor imao na umu zaštitu javnog interesa, a time i interesa oštećenih lica. Zbog toga se čini da je pretor, uvođenjem osim *actio de effusis vel deiectis* i noksalne varijante ove tužbe u slučaju da je rob izvršio ovaj delikt *insciente domino*, imao u vidu kumulativnu primenu tužbi. Time je zaštita prolaznika potencijalnih žrtava još dodatno pojačana. Kao što smo videli, mogućnost kumulativne primena direktne i noksalne tužbe bila je branjena od pravnika najvećeg ugleda, Julijana koji je po svemu sudeći imao ugledne sledbenike kao što su Marcel i Ulpijan. Osim toga, ovo je potpuno u skladu s opšteprihvaćenom idejom da se tužbe penalnog karaktera mogu međusobno kumulirati.

Uostalom, u slučaju kada je akter izbacivanja ili prolivanja iz stana slobodan čovek koji nije habitator, npr. gost, oštećeni može podići deliktну tužbu protiv izvršioca, na primer *actio legis Aquiliae (utilis)* paralelno s *actio de effusis vel deiectis* protiv korisnika stana. Takvim potezom on je samo proširio zaštitu prolaznika potencijalnih žrtava i još dodatno zaštitio javni interes. Takođe je postupio u skladu s opštim pravnim principima, po kojima nedozvoljene radnje imaju za cilj kažnjavanje i zato se mogu kumulirati. Ako je ovakva dvostruka odgovornost prihvaćena u slučaju kada istovremeno odgovaraju slobodan čovek i habitator, ne vidimo razloga da ovaj princip ne bude primenjen i kada je štetu pričinio rob.

Moguće je da je tokom vremena ovaj cilj pretora postao manje razumljiv, naročito s promenama ideja o deliktnoj i noksalnoj odgovornosti.²⁴ Ako je kasnije elektivna primena tužbi bila bliža većinskom shvatanju, verovatno

23 Albanese, *op. cit.*, str. 170 i sl., Gian Luigi Falchi, *Ricerche sulla legittimazione passiva alle azioni nossali, Il possessore di buona fede del servo*, Milano 1976, str. 82.

24 Vidi o tome kod De Višera, *op. cit.*, str. 493 i sl.

je da je četvrta rečenica edikta u kojoj se govori o noksalnoj varijanti tužbe ostala samo mrtvo slovo na papiru i kao takva van primene u realnom životu.

Na kraju treba podsetiti na mudre reči Olivera Holmsa da život prava nije logika nego iskustvo.²⁵ Ova konstatacija čuvenog američkog pravnika može svakako naći svoju potvrdu i u ovom slučaju.

Milena Polojac, PhD

Associate Professor, University of Belgrade Faculty of Law

TWO KINDS OF HABITATOR'S
STRICT LIABILITY IN PRAETOR'S EDICT
de his qui effuderint vel deiecerint (Ulpian, D.9.3.pr-1)

Summary

The author points to the problem arising from the text of Ulpian about the edict of the praetor de his qui effuderint vel deiecerint (D.9.3.pr-1). In the first part of the edict, praetor imposed a strict liability on the habitator in case that something is thrown out or poured out from a building onto a place where people commonly pass, and as a result the damage was caused or a free man was killed or injured. The strict liability in solidum of the habitator is imposed irrespective whether he or somebody else did throwing or pouring. In the last sentence of the edict, according to the Ulpian's quotation, the praetor gave the possibility to the habitator to surrender the slave noxally if he has poured out or thrown out something insciete domino. This additional clause introduced some inconsistencies and contradictions. After examining critically existing interpretations in the literature (Lenel, Biondi, De Visscher, Watson, Ankum, Gimenez-Candela), the author offers another possible interpretation: in order to additionally protect citizens, praetor had in mind cumulative application of the actio de effusis vel deiectis and the corresponding noxal action.

Key words: *Habitator. Praetor's edict. Strict liability. Noxal liability.*

25 „The life of the law has not been logic: it has been experience.“ Oliver Wendell Holmes, *The Common Law*, Harvard 1963, str. 5.

Prof. dr Žika Bujuklić*

RIMSKI KORENI EVROPSKOG KOMUNITARNOG PRAVA

Apstrakt

U ovom radu autor se bavi recepcijom rimskog prava na evropskom tlu, ukazujući na razloge koji su omogućili njegovo postojanje u različitim epohama. Ono što je zajedničko antičkom, feudalnom i modernom dobu jeste koncept koji počiva na ideji o jedinstvenom, univerzalnom pravu, koje prati odgovarajući jedinstveni poredak u društvu: *unum sit ius cum unum sit imperium*. Na vrhuncu svoje moći ta ideja je postojala u Rimu (*ius civile*), potom je obnovljena u evropskim feudalnim monarhijama (*ius commune*) i još uvek postoji kao praktičan uzor i inspiracija za uobličavanje evropskog komunitarnog prava (*ius Europaeum*).

Ključne reči: *Recepcija rimskog prava. Ius civile. Ius commune. Ius Europaeum.*

Postoji mišljenje da tokom trajanja ljudske istorije nije postojao toliko značajan i toliko složen problem kao što je sudbina rimskog prava posle pada Rimskog carstva. Nameće se pitanje, kako je moguće da pravni sistem koji je oblikovan prema specifičnim istorijskim okolnostima, ne samo preživi taj društveni poredak, već ostane vitalan i kasnije, sve do modernih vremena, kada se politički i socijalni ambijent potpuno izmenio?¹

Dugo smo podučavani kako progresivni razvoj društva uvek stremlji ka „boljoj i srećnijoj“ budućnosti, a da se razvoj čovečanstva kreće od „komunizma bede“ (u prvobitnoj zajednici), do „komunizma obilja“ na kraju tog istorijskog puta. Pri tom je društveni razvoj determinisan ekonomskim zakonitostima, odnosno stepenom (ne)razvijenosti proizvodnih snaga, pa kada dođe do prevaziđenosti određenog načina proizvodnje, evolutivni društveni razvoj tada revolucionarnim skokom prerasta u novi, viši stepen ekonomskih odnosa. Pravo predstavlja samo nadgradnju nad tom ekonomskom osnovom i njome je ta duhovna sfera ljudskog delanja bitno determinisana. Otuda, prema ovom učenju, normativno uređenje robovlasničkog, feudalnog, kapitalističkog ili socijalističkog (komunističkog) društva ne može imati istovetna obeležja, jer su faktori koji ga bitno određuju – sasvim različiti.²

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

1 Vinogradoff, P., *Roman Law in Medieval Europe*, London 1909, str. 2. Ovu dilemu Vinogradov jezgrovito izražava u uvodu svoje briljantne studije, nastale početkom prošlog veka, pitanjem: „Zašto se još uvek smatra neophodnim da pravni početnici izučavaju udžbenike namenjene rimskim đacima koji su nastali pre više od 1500 godina?“.

2 Ovakav sled društveno-ekonomskih formacija dugo je pripisivan Marks-u, međutim on je u svom delu *Nacrt kritike političke ekonomije (Grundrisse)* izneo drugačiju tipologiju, dok

Nesumnjivo je da se antička, srednjovekovna i moderna epoha znatno razlikuju po svojim opštim obeležjima (socijalnim, ekonomskim, kulturnim i dr.). Međutim, pravna istoriografija je već uveliko stavila pod sumnju ovaj šematski pristup objašnjenju socijalnih fenomena, kao i objašnjenje uzroka njihovog nastanka, razvoja, krize i propadanja. Istoriografija je, uz pomoć ostalih naučnih disciplina, uzdrmala mnoge od navedenih postulata. Van svake je sumnje da se naziv „robovlasničko društvo“ mora daleko obazrivije primeniti u slučaju drevne egipatske civilizacije ili istočnjačkih despotija na Bliskom istoku; takođe, niti se termin „feudalizam“ može ravnopravno koristiti za društveno-ekonomske odnose u feudalnim državama zapadne Evrope (sa rascepanom, autarhičnom i vazalnom strukturom) i za one koji se od njih bitno razlikuju, kod državnopravnog uređenja Vizantijskog carstva (sa jakom centralnom vlašću, jedinstvenom državom i sistemom pronija); naziv „kapitalističko društvo“ obuhvata toliko raznorodne oblike društvenog organizovanja da je između liberalnog i korporativnog tipa kapitalizma teško naći čvrste tačke vezivanja; slično je i sa „socijalističkim“ (tj. komunističkim) društvima, u kojima može da egzistira kruti etatizam, ali i tzv. samoupravljanje ili socijalna država skandinavskog tipa.

Konkretna pravna rešenja moraju se prilagođavati realnim društvenim i ekonomskim potrebama i utoliko je uspešniji onaj pravni sistem koji taj cilj ostvaruje u što većoj meri. Zato je nemoguće zanemariti socijalni ambijent u kome nastaju pravne norme, ali je pravo, ipak, i iznad svega, tvorevina ljudskog duha. Ono je deo opšteg pogleda na svet, „filozofije“ jednog društva, religijskog poimanja, odraz određenih etičkih vrednosti. Najčešće su te ideje sublimisane u spisima najvećih umova određene epohe, ali se one takođe usvajaju i manje ili više spontano, kao unutrašnja potreba čoveka ili šire zajednice da živi na određeni način. Naknadnim istorijskim proučavanjem, na osnovu sačuvanih pravnih i vanpravnih izvora, nauka otkriva kako su one izgledale u antičko doba, u srednjem veku, i poredi ih sa duhovnim, pa i pravnim, tekovinama savremenog doba.

Pri tom se može uočiti da u toj opštoj raznolikosti vrednosnih postulata postoje neke pravilnosti koje povezuju različite narode, kulture i društvene epohe.

Slavni istoričar Edvard Gibon (XVIII vek) uočio je da u globalnoj istoriji čovečanstva postoje različiti civilizacijski krugovi, koji u svome razvoju prolaze, poput ljudske jedinice, kroz različite faze: od rođenja, detinjstva i mladosti, do zrelosti, starosti i fizičkog nestajanja. Rimski civilizacija je, po njegovom viđenju, upravo primer proživljavanja tog istorijskog ciklusa u njegovoj celovitosti, za razliku od nekih drugih naroda, čiji je razvoj u nekoj od tih faza

su pomenutu periodizaciju zastupali pripadnici istorijskog materijalizma Engels, Lenjin i Staljin. Up. Margetić, L., „Predkapitalistički oblici vlasništva po Marksovima *Grundrisse*“, *Zgodovinski časopis*, 1–2/1980, str. 159; Avramović, S., „*Grundrisse* i Marksov koncept antičkog tipa proizvodnje i zemljišne svojine“, *Analiza Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1–4/1983, str. 23; Margetić, L., „Prilog diskusiji o Marksovom shvaćanju antičkog tipa zemljišnog vlasništva“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 3–4/1984, str. 425.

naglo prekinut, a da svoj vrhunac i uspon nisu ni dostigli.³ Pri tom se kategorije „uspon“ i „pad“ moraju uslovno shvatiti, samo ukoliko se istorijski razvoj posmatra globalno, s visokim stepenom uopštavanja pojedinačnih istorijskih zbivanja, koja ne moraju uvek pratiti opštu tendenciju društvenog progressa ili dekadencije. To je najočiglednije u doba kada je rimska država dostigla ogromno teritorijalno proširenje i kada je moguće pratiti sasvim suprotne tendencije razvoja u različitim delovima Carstva. Otuda se istorija Rima može podeliti na četiri faze, koje slikovito možemo obeležiti kao *detinjstvo* rimske civilizacije, doba *mladosti* i punog uspona (pretklasični period), epohu *zrelosti* i stabilnosti (klasičan period) i, na kraju, doba *starosti*, krize i opadanja (postklasični period).

Slična paralela se susreće i u srednjovekovnim državama, koje nose obeležja ranog, razvijenog ili poznog feudalizma. I kod njih se mogu pratiti periodi uspona, znaci krize i konačan raspad. Ta amplituda uzdizanja i pada negde je bila duža, a negde je naglo prekidana, poput srednjovekovne srpske države, čiji je uspon veoma dugo trajao, da bi za vreme cara Dušana dostigla meteorski uspon, a pad je bio relativno brz (period despotovine). Sličan primer je Franačka država, koja je počela da se formira od V veka, tek trista godina kasnije doživela najveći uspon pod Karlom Velikim, da bi se već sredinom IX veka raspala na nekoliko feudalnih teritorija (začeci Nemačke, Italije i Francuske). U oba slučaja radi se o trijumfu partikularizma nad centralnom vlašću, odnosno afirmisanju opšte tendencije sukobljavanja centralne i lokalne vlasti – toliko karakteristične za razne epohe i različite prostore.

Car Dušan je svoje prostrano carstvo, od Dunava do Egejskog mora, video kao obnovu istočnog dela Romejskog carstva („Vizantije“) i sebe kao vasiljevsa na njenom čelu, dok je Karlo Veliki, kao „rimski imperator“, pod svojom kontrolom držao skoro ceo evropski deo nekadašnjeg Zapadnog rimskog carstva. Pri tom, oba ova vladara obeležavaju period najvećeg civilizacijskog uspona naroda kome su pripadali. To je epoha ekonomske, ali i duhovne, kulturne, pa i pravne renesanse. Međutim, ova dva Carstva nisu ništa drugo, do dve polovine prethodno razbijene Rimske imperije. Upravo su njena moć, slava i veličina bili inspiracija za ovu dvojicu srednjovekovnih vladara. Oni su tek zakoračili na mukotrpan put obnove nečega što je uništeno vekovima ranije, i u tome su samo na kratko uspeli. Partikularizam je izvojevao pobedu jer su lokalni interesi oblasnih gospodara prevagnuli nad idejom uspostavljanja organizovane i pravno uređene države. Pred srednjovekovnom Evropom se idejni koncept njenog ujedinjenja tada postavio kao željeni cilj, ali je ostvarenje tog ideala predato u amanet nekim budućim pokolenjima.

Ius civile. Zašto su, u tim okolnostima, baš rimska država i njena pravna tradicija postali uzor kome vekovima teže različiti evropski narodi, pa čak i u sasvim različitim istorijskim epohama?

Rimska država i pravo klasičnog perioda (doba njene pune zrelosti) produkt su određenih istorijskih okolnosti. Tokom prvih dva veka principa-

3 Gibon, E., *Opadanje i propast Rimskog carstva*, Beograd 2003, v. predgovor: Avramović, S., IX–XV.

ta uspostavljen je period stabilnosti i prosperiteta, nazvan „rimski mir“ (*Pax romana*). Ratna osvajanja su privedena kraju, učvršćena je državna granica (*limes*) i znatan broj stanovništva osetio je blagodeti ekonomskog bogatstva akumuliranog krajem republike. To je period velikog privrednog i kulturnog prosperiteta, koji se naročito osećao u provincijama. Došlo je do procesa romanizacije pokorenog stanovništva, koje usvaja rimski način života, latinski jezik, karakterističnu arhitekturu, pa čak i bogove. Kulturna asimilacija se dogodila uglavnom nenasilnim putem, jer im je ona omogućavala lakše uključivanje u administrativni aparat provincijske uprave, bolju komunikaciju sa ostalim stanovništvom, olakšanu trgovinu, učešće u vojsci. S druge strane, i sami Rimljani su u kontaktu sa drugim razvijenim kulturama (pogotovo grčkom) prihvatili njihove civilizacijske tekovine i pragmatično ih uključivali u svakodnevni život. Dolazi do procvata gradova širom imperije, bilo da se obnavljaju stara naselja ili uspostavljaju nove kolonije i municipije. Konzervativni duh Rimljana utiče na to da oni i dalje svoju državu doživljavaju kao federaciju autonomnih gradova-država (*civitates*). Ipak, u stvarnosti to je moćna imperija, koju objedinjuju jedinstveno tržište, isti jezik, zajednička moneta, način života, ali i jedinstvena pravna regulativa nametnuta iz metropole. Kada su, početkom III veka (Karakalanim ediktom), rimski građani izjednačeni sa peregrinima, *ius civile* postaje dostupno i brojnom pokorenom stanovništvu. Ovim terminom je tada označavana sinteza tri pravna sistema koja su do tada postojala odvojeno, a sada su se stopila u jedan. Delatnošću peregrinskog pretora tokom vekova nastalo je *ius gentium* („pravo naroda“), koje je odigralo izuzetno važnu ulogu u povezivanju naroda veoma različitih kultura, vera i pravnih tradicija. Omogućilo je nesmetan promet roba i usluga na teritoriji cele imperije, povezivanje ljudi iz različitih provincija, pa i kulturnu razmenu koja je „rimski način života“ učinila primamljivim i pokorenim narodima. Na taj način je rimsko pravo dostiglo svoje najviše domete, objedinjujući tekovine prošlosti (staro *ius civile*) sa kreativnim doprinosom gradskog pretora (*ius honorarium*) i peregrinskog (*ius gentium*).⁴

Za razliku od Grka, koji su u raspravama svojih filozofa promišljali o idealnim oblicima državnog uređenja i najboljim zakonima, a u praksi ipak ostajali organizovani u omanjim i rasutim polisima, Rimljani su moćnu jedinstvenu imperiju stvorili ne mareći za teorije i apstrakcije. Njihov pragmatičan duh je ratovima i veštom politikom stvorio ogromnu i trajnu državu, koja je bila temelj za nastanak najveličanstvenijeg pravnog sistema, koji će ostati bez premca po svom uticaju na potonju pravnu istoriju.

Čini se nespornim tumačenje velikog britanskog istoričara A. Toynbija po kome je, pored povoljnog strateškog položaja, i kontakt sa visokorazvijenim kulturama drugih naroda predstavljao važan podsticaj, onaj presudan „izazov“ (*challenge*), koji je Latine izveo na put civilizacije.⁵ Rimsko građanstvo

4 Bujuklić, Ž., *Rimsko privatno pravo*, Beograd 2011. (u štampi).

5 Teorijom „izazova“ on objašnjava nastanak i svih ostalih civilizacijskih krugova, kojih je po njemu do sada bilo ukupno dvadeset i šest. Toynbee, A.J., *A Study of History*, London 1934–54, *passim*.

se tokom vekova širilo u koncentričnim krugovima, zajedno sa proširenjem državne teritorije. Prvo su *cives* bili samo stanovnici rođeni u gradu Rimu, i to do prvog miljokaza (kilometar i po od Foruma), dok su svi ostali bili plebejci, koji će se boriti sa starosedeočima za izjednačavanje svojih prava tokom IV i V veka pre n. e. Potom se građanstvo dodeljivalo stanovnicima obližnjih latinskih plemena (Latini), zatim stanovnicima Apeninskog poluostrva (Italici) i na kraju pokorenim stanovnicima izvan Apeninskog poluostrva (peregrini). Veštinom balansiranja i političke manipulacije, zasnovane na načelu *divide et impera*, oni su apsorbovali daleko razvijenije kulture i civilizacije i od njih preuzeli ono što je najbolje. Međutim, na polju prava ovaj narod nema premca, pa se može govoriti i o „pravničkoj genijalnosti“ Rimljana. Nije ni čudo da su predstavnici nemačke istorijskoppravne škole (XIX vek) upravo na ovim specifičnim osobinama, posebnoj nadarenosti i talentu za pravo, stvorili teoriju o postojanju „narodnog duha“ (*Volksgeist*), kao uzročnika nastanka, razvoja i kodifikovanja određenog pravnog sistema. Na toj matrici oni su tražili analogni idejni koncept, koji bi odgovarao tek ujedinjenom nemačkom narodu i njegovom pokušaju da svoju novostvorenu državu pravno uredi. Pri tom im nije smetala vremenska razlika od preko jednog milenijuma, koja je razdvajala njihovu epohu od Rimljana, niti nepodudarnost ranokapitalističkih odnosa sa dalekim antičkim uzorom, državom koja je počivala na klasičnoj robovlasničkoj strukturi. Zahvaljujući pomenutim istorijskim okolnostima, susrele su se dve epohe i jedan isti državopravni koncept. On je počivao na ideji o jedinstvenom, univerzalnom pravu, koje prati odgovarajući jedinstveni poredak u društvu: *unum sit ius cum unum sit imperium*.⁶

Ius commune. Već je napomenuto da je u srednjem veku ideju o obnovi Rimskog carstva na kratko pretvorio u stvarnost Karlo Veliki, a u X veku je preuzimaju germanski carevi, koji su se smatrali zakonitim naslednicima rimskih imperatora i tu državu nazvali *Sveto rimsko carstvo nemačkog naroda*. Logična posledica ovog ideološkog koncepta je da je svaki nemački kajzer želeo da prihvati i pravo koje je kodifikovao njihov uzor, car Justinijan. Otuda je preuzimanje rimskog pravnog nasleđa, kao i svega što je na njegovim osnovama pridodato, bilo ovde daleko lakše sprovesti nego u drugim delovima Evrope. U srednjovekovnim nemačkim pokrajinama do recepcije rimskog prava došlo je čak zakonskim putem (*via lege*). Odlukom Maksimilijana I rimsko pravo je postalo obavezno za Carski vrhovni sud, koji je ustanovio 1495. godine. Time u praksi dolazi do „nove primene Digesta“ (*usus modernus Pandectarum*), a zaslugom škole kameralista, do nastanka tzv. pandektnog prava. „Sveto rimsko carstvo“ (*Heiliges Römisches Reich, Sacrum Romanum Imperium*) ukinuto je kada je Napoleon, posle pobede kod Austerlica (1805), preuzeo carsku titulu za sebe, čime je okončano hiljadugodišnje opstojavanje političke ideje da je imperijalna vlast Rima prenetu u Nemačku (*translatio imperii*).⁷

6 Malenica, A., *Istorijski pogled na sistematizaciju prava u evropskom kontinentalnom pravu i na razvoj pojma „privatno pravo“*, Novi Sad 2010, str. 30–31.

7 Slavni filozof Volter (XVIII vek) izneo je sasvim drugačije mišljenje o Svetom rimskom carstvu, ističući da ono nije ni sveto, ni rimsko, ni carstvo. Razlog za tu neobičnu izja-

Međutim, u ostalim državama je do recepcije dolazilo spontano (*via facti*), tako što su pravnici koji su školovani na tekstovima Justinijanovog korpusa svoja znanja prenosili u sredine gde su živeli i radili (kao sudije, advokati, notari, pravni savetnici lokalnih vladara i sl.). Ukoliko za sporne slučajeve feudalno partikularno pravo nije moglo pružiti odgovarajuće rešenje, oni su samoinicijativno, bez ičijeg naređenja primenjivali rimsko pravo. Tako je ono prodiralo u svakodnevni život, uglavnom putem sudskih presuda, ali i kroz sadržinu srednjovekovnih gradskih statuta, u čijem su sastavljanju ti pravnici takođe učestvovali.

Recepcija *via facti* započinje u Italiji u XII veku, a potom se širi i na druge evropske zemlje, da bi do XVI veka taj proces bio uglavnom dovršen.⁸ Rezultat tog dugotrajnog istorijskog razvoja je stvaranje zajedničkog, „opšteg prava“ (*ius commune*), koje je zasnovano na mešavini Justinijanovog, langobardskog (germanskog) i kanonskog prava. Dakle, to nije izvorno klasično pravo, niti ono koje je kasnijim interpolacijama ušlo u Digesta, već pravo nastalo tumačenjima i izmenama glosatora i postglosatora (komentatora). Ovakvo „rimsko“ pravo oni su usklađivali sa lokalnim feudalnim propisima i elementima kanonskog prava (*ius canonicum*). Treba imati u vidu da se pravo katoličke crkve u srednjem veku smatralo sastavnim delom postojećeg pravnog poretka i zato se na univerzitetima studiralo zajedno sa svetovnim normama. Pošto je i samo bilo zasnovano na rimskom pravu, odigralo je veliku ulogu u njegovoj daljoj primeni u praksi.⁹

Značajno je da je kanonsko pravo takođe počivalo na ideji univerzalizma, kao i da je vrhovni poglavar katoličke crkve nosio titulu rimskog (zapravo paganskog) prvosveštenika, *pontifex maximus*. Time je zapadnoevropski feudalni poredak imao dva lica, jedno ovozemaljsko, a drugo duhovno, i njima odgovarajuća dva normativna sistema (*ius utrumque*): civilno i kanonsko pravo.¹⁰ Svi zajedno, činili su *ius commune*.

vu može se naći u činjenici da je papa prestao da kruniše careve u XVI veku (pa više nije sveto), ono nikad nije vladalo Rimom (pa nije rimsko) i na kraju careve je birala skupština, a sama država je bila konfederacija, a ne carstvo. *Essai sur l'histoire générale et sur les mœurs et l'esprit des nations*, Paris 1756, chapitre 70. Navedeno prema: http://en.wikipedia.org/wiki/Holy_Roman_Empire.

8 Danilović, J., *Bolonjska škola i renesansa prava*, Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 1967–68, knj. 2, str. 381–395.

9 U nauci postoje različita gledišta o tome koliki je udeo sastavnih delova ove „mešavine prava“: rimskog, germanskog i hrišćanskog (kanonskog). O tome: Cassandro G., *Lezioni di diritto comune*, Napoli 1974, str. 254–288. Čini se da je ova rasprava isuviše doktrinarna jer je *ius commune* nesumnjivo počivalo na Justinijanovom pravu, koje je, delovanjem glosatora i postglosatora, bilo ne samo „davalac“, već je istovremeno i primalo uticaje germanskog i kanonskog prava.

10 Malenica, *nav. delo*, str. 33. Težnja crkve za jedinstvom (koje je isto tako moguće samo ukoliko centripetalne sile nadvladaju centrifugalne), ogledala se i pokušaju kodifikacije crkvenog prava. Ona je otpočela sa zbornikom *Decretum Gratiani* (oko 1140. godine), koji obuhvata kanone crkvenih sabora, papske bule i druge crkvene propise. Sastavio ga je monah Gracijan, koji je predavao na univerzitetu u Bolonji, a njegov rad će kasnije postati deo obimne pravne zbirke, nazvane *Corpus iuris canonici*. Treba imati u vidu da se ovaj zbornik ne svodi samo na pravo katoličke crkve, već da u srednjem veku obuhva-

Ono što je ostajalo kao problem koji je trebalo objasniti, bilo je istovremeno postojanje jedinstvenog „opšteg prava“, koje je usklađeno sa zdravim razumom (*ratio scripta*), na jednoj strani, i uz njega partikularnih prava koja postoje na različitim feudalnim teritorijama ili u normama gradskih statuta. Primenom sholastičkog formalnoličkog metoda, odgovor je pronađen u tekstu rimskog pravnika Paula. Mnogo vekova ranije, on je „pojedinačno pravo“ (*ius singulare*) objasnio kao „pravo koje je na osnovu ovlašćenja stvaraoca prava uvedeno radi neke koristi, protivno glasu razuma“.¹¹ Takođe i Gaj govori o *iura propria*, pravnim porecima koji su u Rimu pripadali pojedinim narodima, nasuprot „opšteg prava“: „Svi narodi, koji se vladaju po zakonima i običajima, služe se delom sopstvenim pravom, delom pravom koje je zajedničko svim ljudima.“¹² Srednjovekovna pravna nauka će se vekovima iscrpljivati u objašnjavanju te antinomije i davaće najrazličitije odgovore o odnosu opštih i pojedinačnih izvora prava, ali bi u tu argumentaciju ovde bilo suvišno ulaziti.¹³

Pravnici svakako nisu mogli ignorisati snagu postojećeg lokalnog prava, koje je i samo bilo veoma raznoliko. Pojedini principi rimskog prava ostali su da žive u običajima pojedinih krajeva gde je ostalo pokoreno romansko stanovništvo, dok su u gradovima rimske pravne ustanove prodirale preko statutarnog prava. Otuda rimsko pravo važi uvek kada nema drugog izvora i kao supsidijerni izvor popunjava pravne praznine ukoliko postojeći običaji, odredbe statuta ili crkveni kanoni nemaju rešenje za dati problem. Zato se i kaže da rimsko pravo u srednjem veku počinje tamo gde „*cessat statutum, ius non scriptum, ius canonici*“.¹⁴

Mada nastanak i razvoj recepcije rimskog prava na pojedinim područjima imaju svoje specifičnosti, ipak se mogu zapaziti neke pravilnosti u njenom nastanku i razvoju.

Da bi uopšte nastao fenomen pravne recepcije, neohodno je da se prvo stvore određeni društveno-ekonomski preduslovi za to, zatim da se upozna i prouči pravo koje se želi preuzeti (stručna, doktrinarna recepcija), a tek potom se njegove norme mogu primeniti u praksi (praktična, normativna recepcija). To važi i za srednjovekovnu recepciju rimskog prava u evropskim zemljama:

- u njima je prvo došlo do razvoja robnonovčane privrede, zasnovane na privatnom vlasništvu (nasuprot feudalne podeljene svojine i natu-

ta i norme koje se danas smatraju sekularnom sferom (bračno, trgovinsko, ratno pravo). Winroth, A., *The Making of Gratian's Decretum*, Cambridge 2000, naročito poglavlje „Gratian and Roman Law“, str. 146–174.

11 D. 1,3,16 (*Paulus, libro singulari de iure singulari*): *Ius singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est.*

12 D. 1,1,9 (*Gaius, libro primo institutionum*): *Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur.*

13 Postglosatori su se naročito bavili pravnom prirodom gradskih statuta, koji su kao *ius proprium* stajali nasuprot „opšteg prava“. Da bi ih uklopili u rimsko pravo, neku pravnicima (Bartol, Baldus) poistovećivali su ih sa ediktima rimskih magistrata, drugi (Ćino Pistojski) u njima vide municipalni zakon (*lex municipalis*), a za treće (Akursije) statut je sličan rimskoj ustanovi *pactum*, itd. Calasso, F., *Il concetto di diritto comune*, Modena 1934, str. 36ss.

14 Calasso, *op. cit.*, str. 31ss

ralne razmene), usled čega se javila potreba za pravom koje takve odnose može uspešno regulisati;

- zatim se na univerzitetima stručnom obradom Justinijanovog zbornika (doktrinarna recepcija) dolazi do spoznaje da rimsko pravo predstavlja najbolji odgovor feudalnom pravnom partikularizmu;
- potom su različite pravne škole to pravo sistematskom obradom prilagodile potrebama života i ono je moglo postati važeće, pozitivno pravo pojedinih evropskih regija ili država (normativna recepcija).¹⁵

Dakle, recepcija je zahvatala one evropske zemlje gde su postojali odgovarajući politički, ali i ekonomski preduslovi. Otuda se, na primer, u XIII veku na severu Francuske, zbog privredne nerazvijenosti, i dalje primenjuje feudalno lokalno pravo, pa je to područje „običajnog prava“ (*pays de droit coutumier*), dok se jug Francuske, gde postoje razvijeni primorski gradovi, naziva područjem „pisanog prava“ (*pays de droit écrit*), odnosno rimskog.¹⁶

Pošto su italijanski gradovi prvi doživeli nagli procvat već u XI veku, njihovi organi vlasti (plemićka veća, skupštine građana, magistrati različitih zvanja) započinju praksu donošenja statuta čije su norme bile u potpunom raskoraku sa postojećim feudalnim pravom. Tržišna privreda i robnonovčana razmena stvarale su sasvim nov ekonomski ambijent u kome su žitelji gradova imali zajednički interes da se oslobode patronata feudalnih gospodara. Otuda su se oni borili za svoju gradsku autonomiju, zajednicu slobodnih građana koje su nazivali „komunama“ (*communio*, od *cum* + *munire* – objedinjeni unutar zidina), a statuti su bili izraz upravo tih njihovih težnji. Ovim malim gradskim „ustavima“ propisivali su organizaciju unutrašnje vlasti, ali i načine sklapanja ugovora, testamenta i drugih pravnih poslova, kao i postupak regulisanja sporova pred lokalnim komunalnim sudovima. Rešenja za mnoga od tih pitanja već su se nalazila u rimskim tekstovima i samo ih je trebalo preuzeti i primeniti u praksi. Gradovi širom Evrope postajali su tako oaze slobode od feudalnog ugnjetavanja, pa su čak i kmetovi koji bi prebegli i u njemu živeli određeno vreme (godinu dana) postajali slobodni građani. U Nemačkoj je otuda nastala izreka da „gradski vazduh čini čoveka slobodnim“ (*Stadtluft macht frei*).¹⁷

15 Ovu pravilnost potvrđuje i pravni razvoj novovekovne Srbije. Naime, proterivanjem Turaka ojačao je sloj domaćih trgovaca i zemljoposjednika i formirani su začeci srpske građanske klase. Ona traži zaštitu svoje privatne svojine i sigurnost pravnog prometa, ugroženu kneževom samovoljom, što se postiže donošenjem brojnih ustava i zakona, a pogotovo odredbama Srpskog građanskog zakonika (1844). Međutim, da bi novi pravni poredak (zasnovan na recepciji Austrijskog građanskog zakonika iz 1811. godine) mogao biti primenjen u praksi, bilo je neophodno prethodno obezbediti školovane stručnjake za to. Osnivanjem pravnog odeljenja na Velikoj školi, pogotovo uvođenjem predmeta Rimsko pravo, obezbeđen je i taj preduslov. V. Bujuklić, Ž., „Recepcija rimskih pravnih koncepata i evropska integracija Srbije”, u zborniku *Pravni kapacitet Srbije za evropske integracije*, br. 2, 2007, str. 217–234.

16 Vinogradoff, *op. cit.*, str. 59–83.

17 Mitteis, H., *City air makes free*, in: *Festschrift Edmund E. Stengel*, Munster-Cologne 1952, str. 342–358; Bujuklić, Ž., odrednica „Statuti“, u: *Leksikon srpskog srednjeg veka*, Beograd 1999, str. 702–706 (urednici S. Ćirković i R. Mihaljičić).

Kao da se antička istorija grada Rima počela odvijati iznova: srednjovekovne komune postaju osnova za nastanak usitnjenih feudalnih državnica, a njihovim udruživanjem se potom formiranju šire regije, dok ih konačno neki sposobni vladar ne objedini pod svojom centralnom vlašću. Time se oživljava antagonizam između kralja (cara) i partikularnih interesa feudalnog plemstva, koji se reljefno ogledao i u pravnoj sferi. Otuda, kada je Maksimilijan I osnovao Carski kameralni sud (*Reichskammergericht*), naredio je da se na njemu mora primenjivati „opšte pravo“ (*Gemeines Recht*), osim kada se stranke opredele za lokalno „zemaljsko pravo“ (*Landsrecht*). U tom slučaju su morale dokazivati sadržinu tih pravila, uglavnom običajnih, koja su se veoma razlikovala u svakoj državici, feudu ili gradu. Carski vrhovni sud nije bio obavezan da ih poznaje, pa je važno pravilo *iura novit curia* („sud poznaje pravo“), pri čemu se mislilo na nemačko opšte pravo (*ius commune*).¹⁸

Rimsko pravo se vremenom primenjivalo na sve većoj teritoriji, koja je najpre obuhvatala južnu Italiju, jer je do dolaska Saracena i Normana bila deo Vizantijskog carstva, a Justinijanov kodeks se koristio i u italijanskoj oblasti Romanja, čiji je centar bila upravo Bolonja. Izmenjeno i prilagođeno postklaslično rimsko pravo će, pored većeg dela Nemačke, biti prisutno i u Holandiji, Belgiji, Španiji, delovima Francuske, a duh rimskog prava dotakao je i Englesku.¹⁹ Recepciju je umnogome olakšala činjenica da su vladari, koji su sebe videli kao naslednike rimskih careva, smatrali da je pored Justinijanovog korpusa nepotrebno da i sami donose zakonske propise, pa je njihova normativna aktivnost bila zanemarljiva sve do pojave novovekovnih građanskih kodifikacija.²⁰ Do recepcije je teže dolazilo tamo gde je usled nerazvijenosti postojeće običajno pravo bilo živo, pa još odlukama lokalnih feudalnih gospodara sređeno u posebne zbirke (severna Francuska, severna Nemačka).

Poseban slučaj je Engleska, gde je vladarskim dekretom, Mertonskim aktom iz 1236. godine, zabranjena primena rimskog prava. Umesto preuzimanja evropskog *ius commune*, Engleska je stvorila svoje sopstveno „opšte pravo“ (*Common Law*), koje je prvenstveno nastalo praksom kraljevskih sudova. Zbog toga se anglosaksonski sistem prava danas znatno razlikuje od evropskog ili kontinentalnog.²¹ Međutim, rimsko pravo je i dalje ostalo deo univerzitetskih programa Oksforda i Kembridža, sa kojih su izlazili „doktori“ sa diplomom civilnog (rimskog) i kanonskog prava (*doctores utriusque iuris*).

18 Koschaker, P., *Europa und das römische Recht*, München 1947 (1966), str. 378; Maruotti, L. S., *La tradizione romanistica nel diritto europeo: Dalla crisi dello ius commune alle codificazioni moderne*, Torino 2003, str. 1–15; Mojović, N., *Rimsko pravo – Istorija rimskog prava*, knj. I, Banja Luka 2008, str. 461ss.

19 Vinogradoff, P., *Roman Law in Medieval Europe*, str. 59–132; Stein, P., *Roman Law in European History*, Cambridge 1999, passim.

20 Stanković, O., Vodinić, V., *Uvod u građansko pravo*, Beograd 1966, str. 270.

21 Istorijski je paradoks da je klasično rimsko pravo svojom kazuističkom prirodom daleko bliže anglosaksonskom „precedentnom pravu“ nego pravima kontinentalnog tipa, koja rešenja pojedinačnog slučaja zasnivaju na opštem pravnom pravilu. Stanojević, O., *Zemlje precedentnog prava (Common Law)*, 1987, str. 1–36; Stein, P., “Roman Law, Common Law, and Civil Law”, *Loyola Law Review*, 1991–1992, str. 1592–1604.

Njihovo delovanje je dalo pečat pokušajima sistematizacije engleskog običajnog prava (*Common Law*) i tako doprinelo približavanju nekih pravnih koncepata koji pripadaju različitim pravnim tradicijama, a u Škotskoj je rimsko pravo nastavilo nesmetano da se primenjuje. Pošto u Engleskoj nije bilo kodifikacija koje bi eliminisale pojedine evropske pravne ideje, one su se zadržale čak i duže nego u kontinentalnoj Evropi.²² U tome je značajnu ulogu imala i crkva, koja je putem kanonskog prava delimično sačuvala kontinentalnu tradiciju, tako što su crkveni sudovi primenjivali norme koje su bile zasnovane na rimskom pravu. Superiornost pravničkog rezonovanja Rimljana našla je put i probijala se kroz naizgled neprobojne barijere političkih interesa i ljubomornog čuvanja ostrvske tradicije.²³ U moderno vreme su međusobni kontakti kontinentalnog i precedentnog prava doveli do sve većeg približavanja ta dva pravna sistema, a proces globalizacije i institucionalnog organizovanja Evropske unije tome još više doprinosi.

Ius Europaeum. Postoje dva sasvim oprečna stava o budućnosti rimskog pravnog nasleđa. Jedan polazi od pretpostavke da se radi o vrednoj istorijskoj tekovini, ali koja je za moderne društvene odnose sasvim prevaziđena i neadekvatna. Drugi teoretičari smatraju upravo suprotno. U vremenima kada evropske države prevazilaze okvire nacionalnih država i idu ka uspostavljanju jedinstvenog pravnog sistema svih njenih građana, rimsko pravo treba da bude inspiracija i temelj budućeg zajedničkog evropskog prava, pogotovo privatnog. Među ovim teoretičarima postoji jedino dilema da li osnov tog novog opšeg prava treba da bude srednjovekovno *ius commune* (rimsko pravo prilagođeno tadašnjim feudalnim odnosima) ili klasično rimsko pravo sačuvano u Justinijanovim Digestama.

Moderne romanističke studije na evropskim (pa i svetskim) univerzitetima moraju pružiti naučnu argumentaciju za davanje odgovora na pomenute dileme. Međutim, rimsko pravo je već uveliko inkorporisano u savremene institucije građanskog prava, ono je sastavni deo mnogih teoretskih koncepata, nastalih prihvatanjem pojmova, terminologije i konkretnih rešenja iz antike. U tom smislu ono već predstavlja temelj pravne nauke i prava modernog evropskog društva, kao i onih na drugim kontinentima, koji su putem kolo-

22 O uticaju rimskog prava na anglosaksonsko precedentno pravo videti: Stein, P., *Continental Influences on English Legal thought (1600–1900)*, *The Character and Influence of the Roman Civil Law*, London 1988, str. 223ss; Watson, A., in: "Roman Law and English Law: Two Patterns of Legal Development", *Loyola Law Review*, 1990, str. 247ss.; Buhofer, S. P., "Structuring the Law: The Common Law and the Roman Institutional System", *Swiss Review of International and European Law*, 5(2007), str. 24ss; *Encyclopedia Britannica CD, version 98, The Historical Rise of Common Law* (subsection: *Further Roman Law Influences*).

23 U direktne pozajmice rimskog prava spada *unjust enrichment* (u kome se prepoznaje ustanova *condictiones sine causa*), postoji sličnost i u klasifikaciji ugovora, zatim bliskost nekih institucija, poput anglosaksonskog „trasta“ (*trust*) i rimske fiducije (*fiducia*), a očigledna je i terminološka sličnost termina za označavanje svojine i državnine (*proprietas – property, possessio – possession*). Postoji i paralela između *actiones in rem* i *actiones in personam* sa podelom na *real* i *personal property*. Vinogradoff, *op. cit.*, str. 101ss; Stanojević, *op. cit.*, str. 25ss.

nizacije preuzeli ove tekovine (Latinska Amerika, veliki deo Afrike). Time je umnogome već ostvaren zavet Justinijana, istaknut u konstituciji kojom je proglasio stupanje na snagu Digesta: „Želim ne samo našem nego i svakom dobu, kako upravo predstojećem tako i onom kasnijem, da podarim najbolje zakone (pravo).“²⁴

Moderna vremena su donela krupne civilizacijske promene. Nastanak kapitalizma, mašinski način proizvodnje, prekookeanska osvajanja sveta, nastanak velikih država, promenili su život ljudi iz temelja. Novi socijalni milje nametnuo je i sasvim drugačije svakodnevne probleme, za čije rešavanje je neophodan i odgovarajući normativni poredak.

Evropa se opet našla pred istorijskim izazovom da li će nadvladati partikularni interesi nacionalnih država, koje su nastale iz prirodne želje pojedinih naroda za emancipacijom svoje samobitnosti ili će prevladati ekonomski interesi ka povezivanju i širim integracijama. Nastankom Evropske zajednice, potom Unije, prednost je načelno data ovom drugom konceptu. On omogućuje milionima građana povezivanje i ostvarenje istovetnih ekonomskih, ali pre svega građanskih prava. Ukidanjem granica, obezbeđivanjem jedinstvenog ekonomskog prostora, uvođenjem istovetne valute, dominacijom samo jedne vojne strukture, kao i posrednim nametanjem engleskog jezika kao esperanta svih Evropljana, objedinjuje se obimna teritorija koja od Rimskog carstva nije nikada bila u toj meri integrisana. To nije bio slučaj ni kada se Karlo V nalazio na čelu „Svetog rimskog carstva“, ni kada je Napoleon svojim osvajanjima veliki deo Evrope potčinio svojoj vlasti, a i Austro-Ugarska je obuhvatala samo zapadni deo Starog kontinenta.²⁵

Upravo to je razlog što se u ideji i praksi Evropske unije mogu prepoznati nesporne paralele sa nečim što je istorijski *deja vu*. Stvaranjem neke vrste evropske metadržave, dolazi do objedinjavanja privrednog, ekonomskog i kulturnog prostora, pa se nameće i potreba za jedinstvenim pravnim poretkom: *ius Europaeum*.²⁶ Time se oživljava koncept koji počiva na ideji o jedinstvenom, univerzalnom pravu, koje prati odgovarajući jedinstveni poredak u društvu: *unum sit ius cum unum sit imperium*.

Već je i antičko *ius civile* otkrilo formulu preživljavanja kroz prilagođavanje potrebama života. Rimljani su ljubomorno čuvali tradiciju, ali su preko peregrinskog pretora stvorili *ius gentium*, elastični pravni poredak koji je tada okamenjenom civilnom pravu udahnuo nov život. Tako je nastalo univerzalno „pravo naroda“, kojim su se početkom trećeg veka koristili svi rimski građani, pa i pokoreni peregrini. Otuda se *ius gentium* počeo izjednačavati sa

24 Const. Tanta (3,12): „...et non tantum nostro, sed etiam omni aevo tam instant quam posteriori leges optimas ponere“.

25 Bujuklić, Ž., „Recepcija rimskih pravnih koncepata i evropska integracija Srbije“, u zborniku radova *Pravni kapacitet Srbije za evropske integracije*, br. 2, 2007, str. 230–231.

26 Oppermann, T., *Ius Europaeum: Beiträge zur europäischen Einigung*, Berlin 2006, passim; Smits, J., *The Making of European Private Law: Toward a Ius Commune Europaeum as a Mixed Legal System*, Oxford 2002, str. 306; Hondius E.H. (ed.), *Towards a European Civil Code*, Kluwer Law International, 2004, naročito: Zimmermann, R., *Roman Law and the Harmonisation of Private Law in Europe*, str. 21–42.

pojmom *ius naturale*, „prirodnim pravom“, koje je, prema rimskim jurisprudentima, stvorio prirodni razum (*naturalis ratio*), pa je ono večno i nepromenljivo i zajedničko svim narodima.

Isto tako, srednjovekovno *ius commune* će preživeti vekove jer je kao „mešavina prava“ preuzelo prednosti normativnih sistema koji su ga oblikovali. Osnova je bila Justinijanova kodifikacija, ali su se pravni instituti oblikovali prema zahtevima prakse. Poneki od njih su samo nosili stara latinska imena, ali bi u njima ostajao još samo duh rimskog prava.

Otuda, pod recepcijom u širem smislu treba podrazumevati preuzimanje *rimskih pravnih koncepata* (a ne samo konkretnih normi) jer su koncepti plod viševekovne elaboracije rezultata rimske pravne nauke i otuda primenjivi pri kreiranju veoma različitih pravnih sistema, pa i za društva koja su umnogome različita od rimskog. Time se naročito potencira univerzalni karakter rimskog prava i objašnjava primena njegovih principa, čak i u zemljama koje ne pripadaju evropskom kulturnom krugu (npr. Japan, Kina).²⁷

Sa ovih polazišta nije teško složiti se sa zapažanjem koje je još u XII veku izneo teolog Džon od Salsberija (John of Salisbury), u svom traktatu na latinskom jeziku *Metalogicon* (iz 1159. godine): „*Mi smo poput patuljaka što sede na ramenima divova: vidimo više i dalje od naših starih, ne stoga što je oštrina našeg vida veća, i ne zbog naše visine, već upravo zato što nas uvis uzdiže to što se koristimo njihovom divovskom veličinom.*“²⁸

Nema nikakve sumnje da rešenja koja pruža *Corpus Iuris Civilis* ne mogu biti dovoljna za rešavanje brojnih, sasvim novih i složenih problema atomske, kompjuterske i svemirske epohe u kojoj živimo. Međutim, to nije dovoljan razlog da se naslepo prepustimo često pomodnim, ideološkim ili doktrinarnim rešenjima koja nisu izdržala proveru vremena. Kao što su Grci izmislili filozofsku disciplinu (pa čak ni danas nema takvog filozofa koji bi smatrao suvišnim da se obrazuje u njihovoj školi), tako su Rimljani izmislili pravnu veštinu, i još nema znaka da ih je u toj oblasti iko zamenio.²⁹

27 Za japansku recepciju, prvenstveno pod uticajem nemačkog prava krajem XIX veka (1898), vid. iscrpno Đurović, Lj., Đurović, R., *Pravni sistem Japana*, Beograd 2011. U Kini je Građanski kodeks nastao između 1919. i 1933. godine, a pošto je takođe bio pod uticajem nemačkog Građanskog zakonika, prihvatio je pandektni sistem. Komunistička vlast ga je ukinula, i tek se nedavno krenulo u stvaranje novog kodeksa. Već su doneti *Opšti principi građanskog prava* (1986), a nedavno se pristupilo i prevođenju delova Justinijanovih Digesta. Na svetskim romanističkim kongresima pojavljuju se kineski profesori sa radovima iz oblasti rimskog prava. Malenica, A., *Rimsko pravo*, Novi Sad 2007, str. 155.

28 *The Phrase Dictionary*, <http://phrases.org.uk/meanings/268025.html>

29 Villey, M., *Le droit romain*, Paris 1993, str. 118.

Žika Bujuklić, PhD

Associate Professor, University of Belgrade Faculty of Law

ROMAN ROOTS IN THE EUROPEAN COMMUNITY LAW

Summary

The author deals with the reception of Roman law in the European ground, indicating the reasons that made possible its existence in different epochs. What is common to the ancient, feudal and modern times is a concept based on the idea of unique and universal law, followed by the corresponding unique order in society: sit unum ius cum sit unum imperium. At the height of its power, this idea existed in Rome (ius civile), then has been restored in the European feudal monarchies (ius commune), and is still existing on the level of principals and as an inspiration of European community law (ius Europaeum).

Key words: Reception of Roman law. Ius civile. Ius commune. Ius Europaeum.

Проф. др Дејан Б. Ђурђевић*

Правни положај нотара у европским правним порецима и у српском праву

Апстракт

Народна скупштина је 5. маја 2011. године донела Закон о јавном бележништву, чиме је направљен први корак ка увођењу нове правосудне професије у правни систем Републике Србије. У овом раду аутор анализира најзначајније карактеристике јавног бележништва, које се односе на правни положај нотара у европским правним системима и у српском праву. Између различитих модела организовања нотарске службе, српски законодавац се определио за систем латинског нотаријата, који се одликује тиме што обављање нотарских послова држава схвата као јавну функцију коју поверава самосталним, независним, непристрасним и ученим правницима (нотарима) да је врше као своје искључиво занимање.

Кључне речи: Јавнобележничка (нотарска) служба. Јавни бележник (нотар). Јавно бележништво (нотаријат). Латински тип нотаријата.

1. Увод

Изразом јавно бележништво или нотаријат означава се правно организовано обављање нотарске делатности.¹ Овако одређен појам јавног бележништва садржи два елемента. Први елемент је нотарска делатност, а други се огледа у чињеници да је та делатност правно уређена, јер правни поредак прописује ко су субјекти нотарске делатности, које претпоставке ти субјекти морају да испуне да би се њоме бавили, као и правила по којима се та делатност обавља.

Срж нотарске делатности представља састављање нотарских аката. Ту се, пре свега, мисли на састављање и потврђивање исправа о правним пословима, сачињавање записника о разним правно релевантним чињеницама и на оверавање потписа и преписа.² Начин на који

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

1 Вид. уместо свих: Manfred Wenckstern, „Notariat“, у: J. Basedow, K. Hopt, R. Zimmermann, M. Illmer (Hrsg), *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, Tübingen 2009, стр. 1114.

2 Вид. уместо свих: Christian Armbrüster, Nicola Preuß, Thomas Renner, *BeurkG – Kommentar*, Berlin 2009⁵, 4.

је уређено обављање нотарске делатности разликује се од државе до државе. У већини држава европскоконтиненталног правног круга нотарску делатност обављају јавни бележници латинског типа (*латински нотари*).³ То су самостални и независни правници којима је правни поредак поверио одређена јавноправна овлашћења у погледу састављања и потврђивања исправа.⁴ У Србији након Другог светског рата обављање послова који традиционално спадају у нотарску делатност пренето је у надлежност судова и органа управе. Састављање и потврђивање исправа врши судија основног (раније општинског) суда према правилима ванпарничног поступка.⁵ Послове оверавања потписа, рукописа и преписа обављају основни судови, а може их вршити и општинска управа као поверене послове.⁶

Народна скупштина је, 5. маја 2011. године, донела Закон о јавном бележништву,⁷ чиме је направљен први корак ка увођењу нове правосудне професије у правни систем Републике Србије. Закон о јавном бележништву има 182 члана, која су разврстана у четири дела: 1° положај и делатност јавног бележника (чл. 1–117), 2° удруживање јавних бележника и однос према државним органима (чл. 118–164), 3° јавнобележнички депозит (чл. 165–175) и 4° прелазне и завршне одредбе (чл. 176–182).

У овом раду биће анализирани најзначајније карактеристике јавног бележништва, које се односе на правни положај нотара у европским правним системима и у српском праву.

2. Правни положај нотара

Приликом регулисања правног положаја јавног бележника српски законодавац се определио за *латински тип нотаријата*, који преовлађује у државама европскоконтиненталног правног круга. Најпотпунију дефиницију нотара латинског типа дала је Међународна унија латинских нотара:⁸

„Латински нотар је учени правник коме је поверена јавна функција да прима изјаве воље странака, да их разјашњава и уобличије у правну форму и да у том циљу саставља одговарајуће

3 Wenckstern, M., стр. 1116.

4 О карактеристикама латинског типа нотаријата, вид. уместо свих: Јакшић, Александар, „Нотаријат као јавна служба“, у: Хибер, Д. (прир.), *Јавнобележничко право*, Београд 2005, стр. 86 и даље.

5 Вид. чл. 164–185 Закона о ванпарничном поступку, *Сл. гласник СРС*, 25/82, 48/88 и *Сл. гласник РС*, 46/95, 18/2005.

6 Вид. чл. 2 Закона о оверавању потписа, рукописа и преписа, *Сл. гласник РС*, 39/93.

7 *Сл. гласник РС*, 31/2011.

8 Међународна унија латинских нотара (*Unión Internacional del Notariado Latino* – UINL) основана је 2. октобра 1948. године у Буенос Ајресу и окупља преко 60 националних нотарских организација. Вид. Wagner, Kurt, Knechtel, Gerhard, *Notariatsordnung*, Wien 2000⁵, стр. 4.

исправе које добијају снагу јавних исправа. Даље, он чува изворнике исправа и израђује њихове преписе, који представљају потпуни доказ о садржини изворника. У његову функцију спада и јавно потврђивање чињеница. У свим државама чланицама Уније јавном бележнику је додељена активна улога; он има двоструки задатак: он у својству ученог правника саветује странке, а у својству имаоца јавне функције саставља исправе.⁹

Слична дефиниција садржана је и у чл. 2, ст. 4 Закона о јавном бележничтву:

„Јавни бележник је стручњак из области права, именован од стране министра надлежног за правосуђе, који на основу јавних овлашћења прихвата од странака изјаве воље и даје им потребну писмену форму и о томе издаје исправе које имају карактер јавних исправа, чува оригинале тих исправа и друге поверене документе, издаје преписе исправа, јавно потврђује чињенице, даје странкама савете о питањима која су предмет његове делатности и предузима друге радње и врши друге послове одређене законом.“

Јавни бележник латинског типа одликује се следећим карактеристикама: 1° он је носилац јавне функције, 2° коју обавља као независан и самосталан правник, 3° од кога се захтева одговарајући ниво стручне оспособљености да би могао да пружи превентивну правну заштиту.¹⁰

3. Нотар као носилац јавне функције

Када се за јавног бележника каже да је носилац јавне функције, то значи да му држава поверава вршење послова који спадају у њена суверена овлашћења. Законодавац експлицитно казује да је јавно бележничтво „служба од јавног поверења“¹¹ и да јавни бележник саставља и потврђује исправе „на основу јавних овлашћења“. С обзиром на то да је ималац јавних овлашћења, за нотара се везује читав низ правних последица које нису карактеристичне за адвокате и друга лица која обављају тзв. „слободне професије“,¹² нити за предузетнике. Када је реч о тим правним последицама, ваља се посебно осврнути на: 1° овлашћење јавног бележника да делује ауторитативно и 2° постојање посебних јавноправних дужности.

9 Наведено према: Wagner, K., Knechtel, G., стр. 4.

10 Вид. уместо свих: Wenckstern, M., стр. 1116 и даље.

11 Вид. чл. 2, ст. 1 Закона о јавном бележничтву.

12 У литератури се експлицитно истиче да јавно бележничтво не спада у класичне слободне професије, већ представља професију која је „везана за државу“ и која је само слична слободним професијама. Вид. Wagner, K., Knechtel, G., стр. 8.

3.1. Овлашћење јавног бележника да делује ауторитативно

Као ималац јавне функције, нотар је овлашћен да у појединачним ситуацијама делује ауторитативно.¹³ Због тога се нотаријат сматра једним видом „јавне службе“, при чему се као одлучујући критеријум за квалификовање нотаријата као јавне службе узима управо то што је држава пренела на нотаре своја изворна (оригинарна) овлашћења у сфери састављања, потврђивања и оверавања исправа.¹⁴

Појединачни правни акти које доноси нотар производе шира правна дејства него појединачни акти адвоката. На пример, адвокат може да саставља уговоре и дужан је да стави свој потпис и печат на сваку исправу коју састави.¹⁵ Уколико адвокат на уговору о продаји покретне ствари, који је саставио за своје клијенте, својим потписом и печатом потврди да су странке пред њим прочитале и потписале уговор, таква исправа неће имати доказну снагу јавне исправе јер адвокату није поверено јавно овлашћење да потврђује и оверава исправе.¹⁶ У евентуалном судском поступку суд може али не мора поклонити веру ономе што је адвокат својим печатом и потписом потврдио на уговору.¹⁷ Међутим, ситуација ће бити другачија ако је тај уговор потврдио јавни бележник у складу са формом и процедуром која је прописана законом. Приватна исправа коју је потврдио (солемнизирао) јавни бележник у складу са Законом о јавном бележништву има доказну снагу јавне исправе.¹⁸ Уколико између уговорника дође до спора, ниједан од њих не може да доказује да није потписао уговор или да му приликом потписивања уговора није било познато шта потписује.¹⁹ Такође, и за друге радње које је

13 У том смислу вид. Томић, Зоран, „Општа јавноправна обележја нотаријата“, у: Хибер, Д. (прир.), стр. 198.

14 Wagner, K., Knechtel, G., стр. 8.

15 Вид. чл. 3, тач. 3 и чл. 29, ст. 5 Закона о адвокатури, *Сл. гласник РС*, 31/2011.

16 Вид. чл. 230, ст. 1 Закона о парничном поступку, *Сл. гласник РС*, 125/2004, где стоји да је јавна исправа она исправа „коју је у прописаном облику издао надлежни орган у границама својих овлашћења, као и исправа коју је у таквом облику издало предузеће или друга организација у вршењу јавног овлашћења које јој је поверено законом“.

17 Вид. чл. 8 Закона о парничном поступку: „Које ће чињенице узети као доказане одлучује суд по свом уверењу, на основу савесне и брижљиве оцене сваког доказа засебно и свих доказа заједно, као и на основу резултата целокупног поступка.“

18 Вид. чл. 93, ст. 8 Закона о јавном бележништву.

19 Вид. чл. 230, ст. 1 Закона о парничном поступку, где стоји да јавна исправа „доказује истинитост онога што се у њој потврђује или одређује“. Заинтересованим лицима дозвољено је да доказују да је нотарски запис фалсификован или неправилно сачињен. О неправилном сачињавању нотарског записа говори се онда када нотар није испоштовао законом предвиђену процедуру (нпр. није правилно утврдио идентитет завештаоца и сл.). Али, заинтересованим лицима није дозвољено да доказују да је уговорник приликом потписивања нотарског записа превидео неку одредбу коју је нотар унео у исправу. О доказној снази нотарских исправа, вид. уместо свих: Rosenberg, L., Schwab, K. H., Gottwald, P., *Zivilprozessrecht*, München 2010¹⁷, стр. 675 и даље.

предузео јавни бележник везују се посебна правна дејства која не могу настати уколико је такве радње предузео субјекат који није ималац јавних овлашћења. На пример, ако је поверилац у доцњи, дужник може положити дуговану ствар код јавног бележника у депозит. Полагањем дуговане ствари у нотарски депозит дужник се ослобађа обавезе у часу кад је извршио полагање.²⁰ Давање ствари на чување адвокату или неком другом субјекту који није ималац јавних овлашћења нема за последицу гашење обавезе.²¹

3.2. Посебне јавноправне дужности нотара

Од лица која се баве слободним професијама, нотар се разликује и по томе што је као ималац јавне функције „увезан у мрежу јавноправних дужности“.²² Те дужности огледају се у следећем: 1° јавни бележник је обавезан да предузима службене радње, 2° мора да поштује правила о радном времену, 3° мора да поштује принцип територијалитета и 4° мора да поштује правила о јавнобележничкој тарифи.

Пре свега, нотар је дужан да врши своју функцију. Он сме да ускрати предузимање радњи на које је овлашћен само у случајевима који су предвиђени законом.²³ Реч је о ситуацијама у којима постоји разлог за изузеће јавног бележника²⁴ или када странка захтева обављање радње која је по закону недопуштена, односно којом се тежи остварењу недопуштеног или непоштеног циља.²⁵ Уколико нотар одбије да предузме службену радњу, странка може да изјави жалбу Јавнобележничкој комори.²⁶ Насупрот томе, у адвокатури важи правило да адвокат може да одбије пружање правне помоћи.²⁷

20 Вид. чл. 327 и 331 Закона о облигационим односима, *Сл. лист СФРЈ*, 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89, *Сл. лист СРЈ*, 31/93, 22/99, 23/99, 35/99 и 44/99. Овај закон додуше, као правило, предвиђа да полагање ствари у депозит има за последицу ослобађање дужника од обавезе само ако је полагање извршено у суду. Након увођења јавног бележништва исте правне последице производиће и полагање ствари у депозит код нотара. Вид. чл. 174 Закона о јавном бележништву који предвиђа да „јавнобележнички депозит има исто правно дејство, режим и карактер као и судски депозит“.

21 Од овог правила чл. 329 Закона о облигационим односима предвиђа два изузетка: 1° кад је предмет обавезе ствар која се не може чувати у судском депозиту, дужник се ослобађа обавезе предајом ствари лицу које одреди суд и 2° кад је у питању обавеза из уговора у привреди, дужник се такве обавезе може ослободити предајом ствари јавном складишту.

22 У том смислу: Wagner, K., Knechtel, G., стр. 10.

23 Вид. чл. 53, ст. 1 Закона о јавном бележништву.

24 Вид. чл. 54, ст. 2 Закона о јавном бележништву.

25 Вид. чл. 53, ст. 2 Закона о јавном бележништву.

26 Вид. чл. 53, ст. 6 Закона о јавном бележништву.

27 Вид. чл. 18 Закона о адвокатури, где стоји да адвокат слободно одлучује да ли ће прихватити пружање правне помоћи. Адвокат не може одбити пружање правне помоћи само ако га као заступника или браниоца постави суд, други државни орган или адвокатска комора.

Са обавезом вршења поверених овлашћења тесно је повезана и дужност нотара да поштује радно време. Према чл. 21, ст. 1 Закона о јавном бележничтву, радно време нотара прописује министар правде. Прописано радно време двоструко обавезује јавног бележника.

Прво, он, у принципу, не би смео да предузима радње на које је овлашћен изван утврђеног радног времена. Од овог правила може да се одступи само када за тим постоји потреба.²⁸ У упоредном праву обављање нотарске делатности изван радног времена оправдано је само када постоји опасност да ће странка услед одлагања претрпети знатну штету.²⁹ Обављање нотарске делатности изван утврђеног радног времена (на пример, ноћу или недељом) могло би се квалификовати као прибављање странака на недостојан начин,³⁰ што повлачи за собом одговорност јавног бележника за дисциплински преступ.³¹

Друго, јавнобележничка канцеларија мора бити отворена док траје утврђено радно време. Иако законодавац нигде није експлицитно предвидео обавезу нотара да буде доступан странкама у радно време,³² таква дужност проистиче из системског тумачења Закона о јавном бележничтву. Ако постоји обавеза нотара да предузима службену радњу, онда то имплицира и његову дужност да поштује правила о радном времену.³³

Насупрот адвокатима који своју делатност могу обављати на територији целе државе, а у одређеним случајевима и у иностранству,³⁴ јавни бележници су у вршењу своје функције ограничени *начелом територијалитета*.³⁵ Принцип територијалитета вишеструко се испољава. Јавни бележник је дужан да поштује правила о: 1° јавнобележничкој канцеларији, 2° службеном седишту и 3° службеном подручју.

28 Вид. чл. 21, ст. 2 Закона о јавном бележничтву, где стоји да нотар може по потреби обавити службену радњу и изван утврђеног радног времена.

29 Вид. Wagner, K., Knechtel, G., стр. 177.

30 У европским државама са дугом нотарском традицијом стоји се на становишту да је са положајем нотара неспојиво да без ваљаног разлога обавља нотарску делатност изван радног времена. Wagner, K., Knechtel, G., стр. 177, непотребно обављање нотарске делатности ван радног времена називају „недостојном сервилношћу“.

31 Вид. чл. 150, ст. 3, тач. 6 Закона о јавном бележничтву, где стоји да нотар чини дисциплински преступ ако „уз обећање да ће снизити накнаду, преко посредника, рекламирањем или на други недостојан начин прибавља странке“. За дисциплински преступ могу се изрећи следеће казне: писмени укор, новчана казна у висини 12 месечних плата судије основног суда, привремено одузимање права на обављање делатности у трајању до годину дана и одузимање права на обављање нотарске делатности. Вид. чл. 152 Закона о јавном бележничтву.

32 Другачије је у немачком праву, где § 10, ст. 3 Савезног закона о нотарима (*Bundesnotarordnung*) изричито предвиђа да нотарска канцеларија треба да буде отворена док траје уобичајено радно време.

33 У том смислу: Powlakić, Meliha, Schalast, Christoph, Softić, Vesna, *Komentar zakona o notarima u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo 2009, стр. 92.

34 Вид. чл. 16 Закона о адвокатури.

35 Вид. Triva, Siniša, Dika, Mihajlo, *Gradansko parnično procesno pravo*, Zagreb 2004⁷, стр. 240.

Јавни бележник своју делатност обавља у јавнобележничкој канцеларији и није му дозвољено да прима странке и да предузима службене радње изван ње, осим ако законом није прописано другачије.³⁶ Предузимање службених радњи изван јавнобележничке канцеларије дозвољено је у следећим случајевима: 1° када то налаже природа службене радње коју нотар треба да предузме (на пример, састављање записника са оснивачке скупштине акционарског друштва која има више од 100 чланова, састављање записника о обезбеђењу доказа пре покретања парничног поступка, састављање записника о попису и процени заоставштине), 2° када странка којој треба да се изврши службена радња није способна да дође у јавнобележничку канцеларију или када за то постоје други оправдани разлози.³⁷ У упоредном праву као оправдан разлог за обављање службене радње изван јавнобележничке канцеларије наводе се: случај нужде, хитност и посебан однос поверења који је изграђен између странке и нотара.³⁸ Неоправдано предузимање службених радњи изван јавнобележничке канцеларије могло би да се квалификује као прибављање странака на недостојан начин, што представља дисциплински преступ.³⁹

Приликом именованја јавног бележника, надлежни министар одређује његово службено седиште. Службено седиште обухвата територију једне општине, градске општине или града.⁴⁰ Правила о службеном седишту обавезујућа су за јавног бележника у том смислу што се његова јавнобележничка канцеларија мора налазити на територији службеног седишта.⁴¹ На пример, ако је неко лице именовано за нотара у Земуну, оно не може да води нотарску канцеларију на територији Новог Београда. Такође, јавни бележник мора да има пребивалиште у месту које је одређено као његово службено седиште.⁴² Осим тога, у ситуацијама када му је дозвољено да предузима службене радње изван јавнобележничке канцеларије, нотар може деловати само у границама свог службеног седишта.⁴³ На пример, нотар чије се службено седиште налази у Земуну

36 Вид. чл. 14 и чл. 16, ст. 6 Закона о јавном бележничству.

37 Вид. чл. 166 Закона о ванпарничном поступку. Иначе, правила Закона о ванпарничном поступку којима је уређен поступак састављања и потврђивања исправа у суду, сходно се примењују и на састављање јавнобележничких исправа. Вид. чл. 83, ст. 2 Закона о јавном бележничству.

38 Вид. § 31, ст. 1 аустријског Закона о нотарима (*Notariatsordnung*).

39 Вид. чл. 150, ст. 3, тач. 6 Закона о јавном бележничству. Упор. одлуку Врховног земаљског суда у Бечу: OLG Wien, 18. 5. 1957, где стоји да вршење нотарске делатности у његовом приватном стану представља разлог за дисциплинску одговорност нотара. Наведено према: Wagner, K., Knechtel, G., стр. 186.

40 Вид. чл. 15; чл. 16, ст. 5 и чл. 28, т. 2 Закона о јавном бележничству.

41 Вид. чл. 16, ст. 2 Закона о јавном бележничству.

42 Вид. чл. 16, ст. 5 Закона о јавном бележничству.

43 То проистиче из чл. 10 Закона о јавном бележничству: „Јавни бележник има службено подручје и службено седиште на којем обавља своју делатност, ако овим законом није друкчије одређено.“ У упоредном праву деловање нотара у границама службеног седишта, односно службеног подручја прецизније је регулисано. Према § 10а немачког Савезног закона о нотарима (*Bundesnotarordnung*), службена област

могао би да хоспитализованом завештаоцу састави нотарски тестамент у Земунској болници, јер се место предузимања службене радње налази у границама службеног седишта нотара. Али тај исти нотар не би смео да саставља тестамент тешко оболелом завештаоцу у његовом стану на Новом Београду јер се тај стан налази изван његовог службеног седишта. Од овог правила предвиђен је изузетак: Јавнобележничка комора може дозволити нотару да повремено обавља послове и изван свог службеног седишта, ако то захтевају објективне потребе становништва.⁴⁴

Принцип територијалитета намећу важни правно-политички и организациони разлози.⁴⁵ Одређивањем јавнобележничких места и службених седишта законодавац тежи да обезбеди ефективно вршење нотарске делатности на целокупној државној територији и да свим грађанима омогући равноправан приступ нотарима.⁴⁶ Таква тежња законодавца била би изиграна ако би нотар могао самовољно да обавља своју делатност где хоће.

Предузимање службене радње изван службеног седишта може имати за последицу и дисциплинску одговорност нотара,⁴⁷ али не и ништавост предузете радње,⁴⁸ јер би у супротном био повређен принцип заштите поуздања странака у нотарску службу. На пример, ако нотар сачини нотарски тестамент изван граница свог службеног седишта, та околност неће представљати препреку да тестамент буде формално пуноважан и да има доказну снагу јавне исправе, али се нотару изриче дисциплинска санкција.⁴⁹

нотара (*Amtsbereich*) простире се на територији основног суда (*Amtsgerichtsbezirk*) на којој нотар има своје службено седиште (*Amtssitz*). Нотар сме да предузме радњу у вези са састављањем, потврђивањем и оверавањем исправа изван своје службене области само онда када то налажу посебно важни интереси странака. О састављању и потврђивању исправа изван граница своје службене области нотар је дужан да без одлагања обавести Нотарску комору и да јој том приликом наведе разлоге због којих тако поступио. Немачко право познаје и категорију службеног подручја (*Amtsbezirk*). Оно се простире на територији врховног земаљског суда (*Oberlandesgerichtsbezirk*) на којој нотар има службено седиште. Радње у вези са састављањем и потврђивањем исправа нотар може предузимати изван граница свог службеног подручја само када постоји опасност од одлагања или када му то одобре надлежне јавне власти. Вид. § 11 немачког Савезног закона о нотарима.

44 Вид. чл. 20, ст. 2 Закона о јавном бележничтву.

45 У том смислу вид. Armbrüster, C., Preuß, N., Renner, T., стр. 60.

46 Вид. чл. 15 Закона о јавном бележничтву који предвиђа да се за подручје једне општине, градске општине или града мора одредити најмање једно јавнобележничко место, а да се у градовима или општинама са већим бројем становника и са интензивнијим привредним пословањем може одредити да на сваких 25.000 становника буде једно јавнобележничко место.

47 У том смислу вид. Günther Rohs, Diethard Heinemann, *Die Geschäftsführung der Notare*, Heidelberg 2002¹¹, 1; M. Pvlakić, C. Schalast, V. Softić, 92.

48 Ово експлицитно предвиђа § 2 немачког Закона о потврђивању исправа (*Beurkundungsgesetz*).

49 Према чл. 150, ст. 3, тач. 1 Закона о јавном бележничтву, јавни бележник чини дисциплински преступ ако приликом сачињавања исправа и предузимања других јавнобележничких радњи крши закон.

Осим службеног седишта, сваки нотар има и своје службено подручје. Службено подручје простире се на територији основног суда на којој се налази службено седиште јавног бележника.⁵⁰ На пример, ако је у решењу о именовану нотара одређено да се његово службено седиште налази у Земуну, онда се службено подручје тог нотара поклапа са територијом Првог основног суда у Београду и, осим општине Земун, обухвата још и територију општина: Врачар, Вождовац, Звездара, Нови Београд, Палилула, Раковица, Савски венац, Стари град и Чукарица.⁵¹ Категорија службеног подручја ограничава нотара када обавља послове као повереник суда. Суд може да повери обављање одређених послова (на пример, спровођење поступка за обезбеђење доказа) само оним нотарима чије се службено седиште налази на његовом подручју.⁵²

Српски нотар не сме да предузима службене радње изван граница Републике Србије. Иако ово није изричито предвиђено у закону,⁵³ такав закључак проистиче из принципа суверенитета: с обзиром на то да нотар своја службена овлашћења изводи из суверене власти државе на чијој територији и у складу са чијим прописима је именован, он та овлашћења не може да врши изван граница те државе.⁵⁴ Повреда правила о забрани обављања нотарске делатности изван Републике Србије производи много теже правне последице. Радња коју нотар предузме изван граница Републике Србије неће бити пуноважна. На пример, ако српски јавни бележник састави српском држављанину јавни тестамент на територији Црне Горе, такав тестамент ће бити ништав.⁵⁵

Нотар није предузетник.⁵⁶ Српско право дефинише предузетника као пословно способно физичко лице које обавља делатност са циљем остваривања прихода и које је као такво регистровано у складу са законом о регистрацији.⁵⁷ За предузетника је карактеристично то што је основни циљ обављања његове делатности управо стицање добити, услед чега он сме и треба да се повинује законима тржишне утакмице како би што профитабилније пословао (на пример, за предузетничку делатност је потпуно уобичајено да се привлаче муштерије снижавањем цене, давањем робе на одложено плаћање, продужавањем гарантних рокова

50 Вид. чл. 17, ст. 1 Закона о јавном бележништву.

51 Вид. чл. 3, тач. 1 Закона о седиштима и подручјима судова и јавних тужилаштва, *Сл. гласник РС*, 116/2008.

52 Вид. чл. 17, ст. Закона о јавном бележништву.

53 Вид. Чл. 30, ст. 5 хрватског Закона о јавном биљежништву.

54 Вид. С. Armbrüster, N. Preuß, T. Renner, 63.

55 У том смислу вид. одлуку немачког Савезног врховног суда: BGH – IX ZR 150/97, 30. 4. 1998, *Neue Juristische Wochenschrift*, 38/1998, стр. 2830. На истом становишту стоји и доктрина. Вид. уместо свих: Reinhard Beck, у: Kroiß, L., Ann, C., Mayer, J. (Hrsg), *BGB – Erbrecht (Nomoskommentar)*, Baden-Baden 2010, стр. 1039.

56 У том смислу, експлицитно: Јакшић, А., стр. 89. Аустријски Врховни суд је то изричито истакао у једној одлуци из 1915. године. Вид. GIUNF – 7264, 19. 1. 1915, наведено према: Wagner, K., Knechtel, G., стр. 20.

57 Вид. чл. 83 Закона о привредним друштвима, *Сл. гласник РС*, 36/2011.

и сличним погодностима). Закони тржишне утакмице неспојиви су са нотаријатом као јавном службом.⁵⁸ Приликом обављања делатности нотар је дужан да се придржава јавнобележничке тарифе и да поштује правила о радном времену, као и принцип територијалитета. Ако јавни бележник прибавља клијенте на недостојан начин, такво понашање се квалификује као дисциплински преступ,⁵⁹ за који се могу изрећи: казна писменог укора, новчана казна, привремена забрана делатности до годину дана или трајно одузимање права на бављење нотаријатом.⁶⁰ Као прибављање клијената на недостојан начин законодавац експлицитно наводи: наплаћивање накнаде која је нижа од оне прописане тарифом, рекламирање и прибављање клијентеле преко посредника.⁶¹ У страниој судској пракси као прибављање клијената на недостојан начин квалификовани су и следећи случајеви: када нотар саставља исправе у свом приватном стану,⁶² када се на службеним исправама јавног бележника налази број телефона његовог стана⁶³ или када на службеним исправама употребљава лого.⁶⁴

4. Самосталност јавног бележника

Упркос томе што је нотару поверено вршење јавних овлашћења, нотарска служба се не може квалификовати као посебан вид власти, јер јавни бележник нема могућност да учеснике у нотаријалном поступку принуди на одређено понашање.⁶⁵ Своју јавну функцију нотар обавља као самосталан стручњак, који нема својство ни државног органа ни државног службеника.⁶⁶ Ова особеност правног положаја нотара нарочито долази до изражаја у правилима која уређују: зараду јавног бележника, поступање јавног бележника у своје име и одговорност за штету коју јавни бележник проузрокује у вршењу своје делатности.

За разлику од судије, коме је признато право на плату из „државне касе“,⁶⁷ јавног бележника не плаћа држава. Нотар од странака наплаћује награду за свој рад и накнаду трошкова које је имао у вези са обављеним послом. Наплата награде за рад и накнаде трошкова врши се у складу са

58 Вид. Wagner, K., Knechtel, G., стр. 10.

59 Вид. чл. 150, ст. 3, тач. 6 Закона о јавном бележништву.

60 Вид. чл. 152 Закона о јавном бележништву.

61 Вид. чл. 150, ст. 3, тач. 6 Закона о јавном бележништву.

62 Вид. OLG Wien, 18. 5. 1957, NZ 1957, 107, наведено према: Wagner, K., Knechtel, G., стр. 186.

63 Вид. VwGH 15. 12. 1964, NZ 1966, 58, наведено према: Wagner, K., Knechtel, G., стр. 187.

64 Вид. E v 24. 6. 1996, 35/95, RdW 1996, 457, наведено према: Wagner, K., Knechtel, G., стр. 187.

65 Kostner, Alfred, *Handkommentar zur Notariatsordnung*, Wien 1971, стр. 11.

66 Wagner, K., Knechtel, G., 9; Јакшић, А., стр. 88–89.

67 Вид. чл. 4 и чл. 37 Закона о судијама, *Сл. гласник РС*, 116/2008.

Јавнобележничком тарифом, коју утврђује министар по прибављеном мишљењу Јавнобележничке коморе.⁶⁸ Нотар је дужан да странци изда рачун са спецификацијом и признаницу о плаћеној награди са трошковима.⁶⁹ У случају да странка не прихвати обрачун јавног бележника о висини награде и накнаде трошкова, странка и нотар могу покренути парнични поступак ради одређивања висине награде, односно накнаде трошкова. Надлежан је основни суд на чијем подручју се налази седиште јавног бележника.⁷⁰ Када нотар предузима одређене службене радње као повереник суда (на пример, спроводи оставински поступак), награду за његов рад исплаћује суд који му је поверио посао, и то у складу са Јавнобележничком тарифом. У ситуацијама када делује као повереник суда, јавном бележнику је забрањено да од странака наплаћује награду и трошкове.⁷¹

Када предузима службену радњу, нотар поступа у своје име, а не у име државе. Ова специфичност јавнобележничке делатности најбоље се види када се анализирају правила о садржини јавнобележничког акта и нотарског печата. За разлику од судских одлука, чији увод садржи назначење да се доносе „у име народа“, назив суда и име и презиме судије (односно председника и чланова већа),⁷² јавнобележнички акт садржи име и презиме јавног бележника и *клаузулу о јавнобележничком својству* (изричиту изјаву да одређено лице у поступку састављања акта учествује као јавни бележник).⁷³ Такође, када оверава неку исправу, нотар то чини у своје име,⁷⁴ за разлику од судске овере, где оверавање потписа, преписа и рукописа „обавља“ основни суд, а радњу оверавања „врши“ службено лице одређено решењем.⁷⁵ На акте које саставља, јавни бележни ставља свој печат.⁷⁶ Печат јавног бележника мора да садржи: грб Републике Србије, име и презиме јавног бележника, ознаку „јавни бележник“ и назначење службеног седишта јавног бележника.⁷⁷

Када судија незаконитим или неправилним радом проузрокује штету, за ту штету одговара Република Србија. Држава може тражити од судије накнаду исплаћеног износа уколико је коначном одлуком Уста-

68 Вид. чл. 134 и чл. 135 Закона о јавном бележништву.

69 Вид. чл. 137 Закона о јавном бележништву.

70 Вид. чл. 139 Закона о јавном бележништву.

71 Вид. чл. 140 Закона о јавном бележништву.

72 Вид. чл. 342 Закона о парничном поступку.

73 Вид. чл. 84, ст. 1, тач. 1 Закона о јавном бележништву.

74 Вид. чл. 4 Закона о јавном бележништву, где стоји да је јавни бележник овлашћен да оверава исправе.

75 Вид. чл. 2 Закона о оверавању потписа, рукописа и преписа: „Оверавање потписа, рукописа и преписа *обавља* општински суд, ако овим или другим законом није друкчије одређено. Оверавање потписа, рукописа и преписа *обавља* и општинска управа као поверене послове. Оверавање *врши* службено лице одређено решењем.“ Истакао Д. Ђ.

76 Вид. чл. 84, ст. 1, тач. 10 Закона о јавном бележништву.

77 Вид. чл. 19 Закона о јавном бележништву.

вног суда, правноснажном судском одлуком, односно поравнањем пред судом или другим надлежним органом, утврђено да је штета проузрокована намерно или крајњом непажњом.⁷⁸ Као пример за штету узроковану неправилним радом судије може се навести изостанак увећања имовине путем наслеђивања или легата до којег је дошло услед поништења завештаоачевог судског тестаментa, и то због пропуста судије који је тај тестамент саставио.⁷⁹ С обзиром на то да нотар није ни државни орган ни државни службеник, за штету коју он проузрокује у обављању делатности држава не одговара.⁸⁰ Јавни бележник је дужан да сам надокнади штету коју је проузроковао у вршењу делатности. Осим тога, јавни бележник одговара и за штету коју су у вршењу делатности проузроковали: јавнобележнички приправник, јавнобележнички помоћник и административни радници запослени у нотарској канцеларији. За радње лица која су запослена у његовој канцеларији нотар одговара независно од тога да ли она по општим правилима грађанског права могу самостално да одговарају. Уколико је надокнадио штету коју је проузроковало лице запослено у његовој канцеларији, јавни бележник има право регреса у року од једне године од дана када је надокнадио штету.⁸¹

Штета која настане услед незаконитог или неправилног рада нотара може бити већа од вредности имовине коју он поседује и са којом одговара за своје обавезе. Да би странке и друга потенцијално оштећена лица заштитио од ризика инсолвентности јавног бележника, законодавац је предвидео обавезу нотара да пре почетка рада закључи уговор о осигурању од одговорности за штету коју би могао проузроковати обављањем делатности. То осигурање обухвата и осигурање од одговорности за радње јавнобележничког заменика, помоћника, приправника и других лица која су запослена у нотарској канцеларији.⁸²

5. Независност јавног бележника

Приликом обављања јавне функције која му је поверена, нотар мора бити подређен закону и везан искључиво за законске норме.⁸³ Законитост нотарске делатности обезбеђује се, између осталог, и тиме што је нотар независан, како према држави, тако и према странкама.⁸⁴

78 Вид. чл. 6 Закона о судијама.

79 Вид. пресуду Врховног суда Србије Рев 5682/1996, од 18. марта 1997, *Судска пракса*, 5/2000, стр. 33.

80 Ово је експлицитно предвиђено у чл. 58, ст. 4 Закона о јавном бележничштву. У истом смислу и § 19, ст. 1 немачког Савезног закона о нотарима (*BNotO*).

81 Вид. чл. 58 Закона о јавном бележничштву.

82 Вид. чл. 59 Закона о јавном бележничштву.

83 Вид. Wagner, K., Knechtel, G., стр. 9.

84 Европски кодекс нотарског права који је 1995. године донела Конференција нотара ЕУ предвиђа да је нотар дужан да сачува свој интегритет, како према клијентима, тако и према држави и колегама.

Српско право не познаје инструменте који би у довољној мери јемчили независност нотара од државе. Јавни бележник у Србији прилично је подређен министру правде коме су признате велике ингеренције: одређује број јавнобележничких места,⁸⁵ прописује радно време,⁸⁶ именује јавног бележника,⁸⁷ доноси одлуку о разрешењу јавног бележника,⁸⁸ одлучује о потреби отварања места и врши избор јавнобележничког помоћника (чл. 39 и 40).⁸⁹ За разлику од других правних поредака, у којима је експлицитно предвиђена непреместивост нотара,⁹⁰ српско законодавство таквих одредаба нема. Међутим, нотару је загарантована сталност функције⁹¹ и признат му је имунитет, јер не подлеже одређеним правилима кривичног процесног права која се на друга лица редовно примењују. Наиме, јавни бележник не може бити притворен у кривичном поступку који је против њега покренут због сумње да је учинио кривично дело у вези са обављањем нотарске делатности, без дозволе већа вишег суда на чијем подручју се води поступак.⁹² Такође, посебна правила предвиђена су за претрес јавнобележничке канцеларије и одузимање документације. Ове радње могу се извршити само ако је то изричито наложено у одлуци донесеној у кривичном поступку, а при претресу просторија јавног бележника мора присуствовати представник Јавнобележничке коморе.⁹³

Независност нотара од приватноправних субјеката, било да су у питању учесници у нотаријалном поступку или друга лица чији правни интерес може бити тангиран предузимањем одређене нотарске радње, заштићен је установом изузећа јавног бележника. Јавни бележник не може обављати службену радњу у следећим случајевима: 1° ако је сâм странка, законски заступник или пуномоћник странке, ако је са странком у односу саовлашћеника, саобвезника или регресног обвезника или ако је у истој ствари саслушан као сведок или вештак; 2° ако му је странка или законски заступник странке или пуномоћник странке крвни сродник у правој линији, без обзира на степен сродства, а у побочној линији до четвртог степена, или му је супружник, ванбрачни

85 Вид. чл. 15 Закона о јавном бележничству.

86 Вид. чл. 21 Закона о јавном бележничству.

87 Вид. чл. 27 Закона о јавном бележничству.

88 Вид. чл. 31 Закона о јавном бележничству.

89 Вид. чл. 39 и 40 Закона о јавном бележничству.

90 Вид. §10, ст. 5 аустријског Закона о нотарима, који предвиђа да није дозвољено премештање нотара на друго службено подручје.

91 Вид. чл. 2, ст. 2 Закона о јавном бележничству, где стоји да: „Јавни бележник обавља своје занимање као искључиву и *сталну* делатност...” (истакао Д. Ђ.) Статус јавног бележника може престати само под условима одређеним законом. То су: смрт јавног бележника, кад наврши 65 година живота, када да писмени отказ или када га министар разреши. Вид. чл. 24 Закона о јавном бележничству. Разлози за разрешење су предвиђени чл. 31 Закона о јавном бележничству.

92 Вид. чл. 60 Закона о јавном бележничству.

93 Вид. чл. 23 Закона о јавном бележничству.

партнер или тазбински сродник до другог степена, без обзира на то да ли је брак престао или није; 3° ако је старалац, усвојилац или усвојеник странке, њеног законског заступника или пуномоћника; 4° ако је био пуномоћник или законски заступник странке, ако је са странком био у пословном односу поводом којег треба да сачини исправу или ако је био заступник, односно одговорно лице у правном лицу које је странка у поступку пред њим; 5° ако он или његов крвни сродник у правој линији или у побочној до четвртог степена сродства или његов супружник или ванбрачни партнер или тазбински сродник до другог степена сродства, без обзира на то да ли је брак престао или није, стичу право или неку другу корист из односа поводом којег треба да сачини исправу; 6° ако постоје друге околности које доводе у сумњу његову непристрасност. У случају сумње о постојању разлога за изузеће, јавни бележник је овлашћен да ускрати обављање службене радње или сачињавање јавнобележничке исправе и да Јавнобележничкој комори поднесе захтев за изузеће. Јавнобележничка исправа коју је сачинио јавни бележник који би по закону требало да буде изузет нема правно дејство јавне исправе.⁹⁴

6. Нотарска делатност као искључиво занимање

У оквиру система латинског нотаријата разликују се два подсистема: адвокатско бележништво (*Anwaltsnotariat*) и искључиво бележништво (*Nurnotariat*).⁹⁵ За адвокатско бележништво карактеристично је то што једно лице у исто време обавља два занимања: оно је и јавни бележник, али и адвокат. У сваком конкретном случају такво лице мора јасно ставити до знања у ком својству поступа. Уколико поступа као нотар, дужно је да се придржава законских правила о непристрасности јавног бележника. У случају да делује као адвокат, онда се руководи заштитом интереса свог налогодавца. Насупрот томе, искључиво бележништво одликује се тиме што нотар не може да обавља ниједан други плаћени посао изузев јавнобележничке делатности.

Највећи недостатак адвокатског бележништва огледа се у томе што је у појединачним случајевима веома тешко разграничити да ли је одређено лице поступало као адвокат или као нотар. Српски законодавац се стога определио за модел искључивог бележништва. У српском праву забрањено је да се нотар бави адвокатуром или неким другим плаћеним занимањем, као и функцијама и пословима који нису у складу са угледом, независношћу, самосталношћу и јавним поверењем нотара.⁹⁶ Такође, јавним бележницима је забрањено да се повезују, сарађују или деле пословни простор са адвокатима, агенцијама за промет некретнина и сличним професијама.⁹⁷ Законодавац изричито предвиђа да но-

94 Вид. чл. 54 Закона о јавном бележништву.

95 Вид. Wenckstern, М., стр. 1116.

96 Вид. чл. 5, ст. 1 Закона о јавном бележништву.

97 Вид. чл. 55 Закона о јавном бележништву.

тар не сме бити члан политичке странке, нити сме финансирати учеснике на изборима (странке, коалиције, самосталне кандидате).⁹⁸ Међутим, Закон о јавном бележничтву дозвољава нотару да буде: извршилац тестаментa, старалац заоставштине, старалац пословно неспособног лица, медијатор, арбитар, судски преводилац, да повремено и допунски обавља научну, наставну и уметничку делатност, да обавља функције у Јавнобележничкој комори и у међународним удружењима нотара.⁹⁹

7. Стручна оспособљеност нотара

Приликом дефинисања нотара, посебно се наглашава његова стручност. Тако се у дефиницији Међународне уније латинских нотара експлицитно истиче да је латински нотар „учени правник“, док српски Закон о јавном бележничтву посебно истиче да је нотар „стручњак из области права“. Инсистирање на томе да нотар мора поседовати посебне стручне квалификације није безразложно. Као једна од основних функција нотаријата фигурира тзв. „превентивна правна заштита“, односно „превентивна јурисдикција“.¹⁰⁰ Наиме, јавни бележник је дужан да саветује странке, да тежи утврђивању њихове праве воље, да пази на пуноважност правног посла који се предузима, да странци укаже на последице правне радње коју намерава да предузме. Ако нотар правилно изврши ову своју дужност, то ће представљати најбољу гаранцију да је предузет пуноважан правни посао и у великој мери ће се предупредити парнице о ништавости и тумачењу правних послова, као и спорови о правима и обавезама из предузетог правног посла.

Дужност нотара да поучи странке предвиђена је у чл. 80 Закона о јавном бележничтву:

„Јавни бележник је дужан да поучи странку о садржини и правним последицама немераваног правног посла, изјаве или утврђивања одређених чињеница пре састављања исправе, а мора је упозорити и кад сматра да је дата изјава нејасна, неразумљива или двосмислена, као и на могуће спорове или правне сметње до којих би могло доћи због такве изјаве.“

Да би могао да удовољи овој дужности, нотар мора поседовати завидан ниво правничког знања.¹⁰¹ Српски законодавац предвидео је неколико одредби које пружају извесну гаранцију да ће јавнобележничку

98 Вид. чл. 56 Закона о јавном бележничтву.

99 Вид. чл. 5, ст. 2 Закона о јавном бележничтву.

100 Вид. Кнежић Поповић, Д., „Јавно бележничтво у европским земљама“, у: Шаркић, Н. (прир.), *О јавном бележнику – нотару*, Београд 2004, стр. 93; Triva, S., Dika, M., стр. 238.

101 Европски кодекс нотарског права који је 1995. године донела Конференција нотара ЕУ предвиђа да је нотар дужан да актуелизује и унапређује своје правничко знање, као и обавезу националних нотарских комора да својим члановима омогуће стално усавршавање.

делатност моћи да обављају само она лица која су за то адекватно стручно оспособљена. Пре свега, да би неко лице могло да буде именовано за јавног бележника оно мора да има: завршен правни факултет, положен правосудни испит, положен испит за јавног бележника и најмање пет година радног искуства у правној струци после положеног правосудног испита.¹⁰² Осим тога, законодавац је Јавнобележничкој комори ставио у дужност да се стара о стручном усавршавању јавних бележника, јавнобележничких помоћника и јавнобележничких приправника, да организује стручне скупове, семинаре и саветовања у области јавног бележништва, као и да организује објављивање стручне литературе из области јавног бележништва. Ради обављања послова који се тичу стручног усавршавања нотара, њихових помоћника и приправника, Јавнобележничка комора може основати *Јавнобележничку академију*.¹⁰³ Са своје стране, јавни бележник је дужан да учествује у свим активностима Јавнобележничке коморе и министарства које се тичу стручног усавршавања. Пропуштање јавног бележника да похађа семинаре и друге облике обавезног усавршавања који су одређени од стране Јавнобележничке коморе или министарства, представља дисциплински преступ и разлог за разрешење.¹⁰⁴

8. Закључак

У европским државама нотаријат није организован на јединствен начин. Српски законодавац се определио за тзв. „нотаријат латинског типа“, за који је карактеристично то што је нотар самосталан, независан, непристрасан и учен правник коме је поверено да као искључиво занимање врши јавну функцију у области састављања, потврђивања и оверавања исправа о правним пословима. Јавни бележник није државни орган ни државни службеник, по чему је његова делатност слична адвокатури и другим слободним професијама. Међутим, као носилац јавне функције, он је овлашћен да делује ауторитативно и подвргнут је одређеним јавноправним дужностима, по чему се разликује од адвоката. Јавни бележник се разликује од адвоката и по томе што не наступа као заштитник интереса свог налогодавца, већ делује непристрасно и пази на интересе свих учесника у поступку састављања исправе. Тежња да јавни бележник буде непристрасан и да подједнако штити интересе свих учесника у поступку састављања нотарских аката добила је свој израз и у опредељењу српског законодавства за модел искључивог јавног бележништва, за који је типично то што нотар може да обавља само јавнобележничку делатност и што му је забрањено да се бави адвокатуром и другим професијама које нису у складу са угледом јавног бележништва.

102 Вид. чл. 25 Закона о јавном бележништву.

103 Вид. чл. 119 Закона о јавном бележништву.

104 Вид. чл. 31, ст. 1, тач. 6 и чл. 150, ст. 3, тач. 15 Закона о јавном бележништву.

Dejan B. Đurđević, PhD

Associate Professor, University of Belgrade Faculty of Law

LEGAL POSITION OF NOTARY PUBLIC
IN EUROPEAN LEGAL SYSTEMS AND
IN SERBIAN LAW

Summary

The National Assembly of Serbia passed the Law on Notary Public on May 5th 2011. This new piece of legislation represents the first step towards introducing a new judicial profession into the Serbian legal system. The author examines the main characteristics, legal position and social function of the notaries in the laws of European countries and in Serbia. Among different forms of organizing the notary service, Serbian legislator opted for the system of Latin notariat. The Latin notary, i.e. the civil-law notary, holds a public office; he or she is a highly trained, independent and impartial legal professional, providing a complete variety of regulated legal services as their sole occupation.

Key words: Notary service. Notary public. Notariat. Latin notariat.

USKLAĐENOST SRPSKOG POTROŠAČKOG PRAVA SA DIREKTIVOM 99/44/EZ O PRODAJI ROBE ŠIROKE POTROŠNJE I PRATEĆIM GARANCIJAMA

Apstrakt

Prvi ozbiljan pokušaj da se srpsko ugovorno potrošačko pravo uskladi sa Direktivom 99/44/EZ o prodaji robe široke potrošnje i pratećim garancijama učinjen je krajem 2010. godine, usvajanjem novog Zakona o zaštiti potrošača. Taj zakon sadrži posebna pravila o odgovornosti trgovca u slučaju da prodana i predata roba odnosno pružena usluga nije saobrazna potrošačkom ugovoru. S tim u vezi, autor otvara dva pitanja. Na prvom mestu, u kakvom su odnosu nova pravila potrošačkog prava o saobraznosti robe i usluga sa još uvek važećim pravilima Zakona o obligacionim odnosima, kojima se uređuje odgovornost ugovarača za materijalne nedostatke ispunjenja. I drugo, da li je domaće potrošačko pravo sada u potpunosti usklađeno sa pravilima Direktive 99/44/EZ.

Ključne reči: Saobraznost robe. Saobraznost usluga. Ugovorna (komercijalna) garancija. Zakon o zaštiti potrošača (2010). Direktiva 99/44/EZ.

1. Uvod

Odredbom čl. 90 Ustava Republike Srbije propisano je da Republika Srbija štiti potrošače. Ustav zabranjuje nečasno postupanje na tržištu, kao i radnje usmerene protiv zdravlja, bezbednosti i privatnosti potrošača.¹ Osim toga, Zakon o potvrđivanju Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju nalaže saradnju Republike Srbije sa evropskim zajednicama i državama koje su njihove članice, sa ciljem usaglašavanja standarda zaštite potrošača u Srbiji sa evropskim standardima.² Dogovorena saradnja obuhvata, između ostalog, obavezu Republike Srbije da nacionalne propise u oblasti zaštite potrošača uskladi sa odgovarajućim propisima Evropske unije. To znači da je država na sebe preuzela obavezu da pravno uredi oblast zaštite potrošača i da srpsko

* Dr Marija Karanikić Mirić, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije* (179059), koji podržava Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.

1 Čl. 90, Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS* br. 83/06.

2 Čl. 78, Zakon o potvrđivanju Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između evropskih zajednica i njihovih država članica, s jedne strane, i Republike Srbije, s druge strane, *Službeni glasnik RS* br. 83/08.

potrošačko pravo uskladi sa pravom Evropske unije. Usvajanje novog Zakona o zaštiti potrošača (ZZP) predstavlja prvi korak u ispunjavanju te obaveze.³

Domaći zakonodavac se opredelio da oblast zaštite potrošača uredi okvirnim zakonom, koji se odnosi na širok krug kako javnopravnih, tako privatnopravnih pitanja.⁴ Reč je o zakonskom tekstu kojim se garantuju osnovna prava potrošača i uređuje širok spektar pitanja, poput zaključenja, pravnih dejstava, promene, prestanka i izvršenja potrošačkih ugovora, odgovornosti za štetu od proizvoda sa nedostatkom, uslova i sredstava zaštite potrošača, prava i obaveza udruženja za zaštitu potrošača, vansudskog rešavanja potrošačkih sporova, kao i prava i obaveza državnih organa u oblasti zaštite potrošača.⁵ Drugačija legislativna tehnika podrazumevala bi da se pitanja iz domena ugovornog potrošačkog prava i odgovornosti za štetu prouzrokovanu defektnim proizvodom uredi zakonom kojim se inače uređuju obligacioni odnosi,⁶ a da se javnopravni aspekti zaštite potrošača prepuste drugim zakonima.⁷

ZZP predstavlja pokušaj da se u srpsko pravo transponuju brojni propisi EU u oblasti zaštite potrošača. Tu spadaju: direktive o isticanju cena, prodaji van poslovnih prostorija, prodaji na daljinu, elektronskoj trgovini, nepravičnim ugovornim odredbama, prodaji robe široke potrošnje i pratećim

3 Zakon o zaštiti potrošača – ZZP, *Službeni glasnik RS* br. 73/10.

4 Na taj način zaštita potrošača uređena je u Francuskoj i Italiji. Vid. Code de la consommation, Version consolidée au 1 avril 2011, <http://www.legifrance.gouv.fr>; Codice del Consumo, Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206, <http://www.codicedelconsumo.it>.

5 Domaći zakonodavac je 2002. godine prvi put pokušao da okvirnim zakonom uredi oblast zaštite potrošača, usvajanjem saveznog Zakona o zaštiti potrošača. Vid. Zakon o zaštiti potrošača, *Službeni list SRJ* br. 37/02. Taj zakon prestao je da važi stupanjem na snagu Zakona o zaštiti potrošača Republike Srbije iz 2005. godine. Vid. Zakon o zaštiti potrošača, *Službeni glasnik RS* br. 79/05. Zakon o zaštiti potrošača iz 2005. godine predstavljao je prvi pokušaj srpskog zakonodavca da u domaće pravo transponuje nekoliko relevantnih potrošačkih direktiva Evropske unije. Taj se pokušaj slobodno može okarakterisati kao neuspešan. Vid. Micklitz, Hans-W., *The Law of the Western Balkan Countries in the Mirror of Consumer Law. A Comparative Analysis of Albania, Bosnia and Herzegovina, Croatia, Macedonia, Montenegro and Serbia*, prepared for the Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ), within the Open Regional Fund for South East Europe – Legal Reform, Component 3: *Harmonisation of the legal framework for consumer protection and set up of a network of institutions for consumer protection in the region*, 2008; Jenő Czuczai, *Final Report on Assessment of EU Consistency of Serbia/Montenegro Regulatory Framework for Consumer Protection*, PLAC, Beograd/Podgorica, 2006. U domenu ugovornog prava praktično nema sudske prakse koja bi se oslanjala na Zakon o zaštiti potrošača iz 2005. godine. U sporovima o postojanju, sadržini i izvršenju ugovora koji bi se mogli kvalifikovati kao potrošački, sudovi primenjuju a stranke se po pravilu pozivaju na Zakon o obligacionim odnosima.

6 Na prvom mestu, to bi bio Zakon o obligacionim odnosima – ZOO, *Službeni list SFRJ* 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, *Službeni list SRJ* 31/93, 22/99, 23/99, 35/99 i 44/99, *Službeni list SCG* 1/03 – Ustavna povelja (ZOO).

7 Vlada Republike Srbije formirala je 2006. godine Komisiju za izradu Građanskog zakonika. Vid. Odluka o obrazovanju posebne Komisije radi kodifikacije građanskog prava i izrade Građanskog zakonika, *Službeni glasnik RS* 104/06, 110/06 i 85/09. Sudeći po dosadašnjim izveštajima te Komisije, ne postoji namera da se odredbama buduće građanske kodifikacije posebno uredi potrošački ugovori. Vid. Komisija za izradu Građanskog zakonika, *Prednacr. Građanski zakonik Republike Srbije. Druga knjiga. Obligacioni odnosi*, Vlada Republike Srbije, Beograd 2009, str. 1–451.

garancijama, univerzalnim uslugama u oblasti telekomunikacija, električnoj energiji, prirodnom gasu, putnim aranžmanima, vremenski podeljenom korišćenju nepokretnosti, medijaciji u građanskim i privrednim stvarima, sudskim zabranama, nepoštenom poslovanju; zatim Uredba o postupku u sporovima male vrednosti; kao i preporuke o načelima vansudskog rešavanja potrošačkih sporova.⁸ Osim toga, tokom rada na zakonu u obzir je uzet Predlog direktive o pravima potrošača⁹ sa amandmanima iz Švabovog (*Schwab*) izveštaja Evropskom parlamentu,¹⁰ kao i pojedina rešenja uporednog prava.

Iz svega navedenog može se uočiti da je prvi pokušaj usklađivanja srpskog ugovornog potrošačkog prava sa pravilima Direktive 99/44/EZ o prodaji robe široke potrošnje i pratećim garancijama¹¹ učinjen 2010. godine, usvaja-

8 Directive 98/6/EC on consumer protection in the indication of the prices of products offered to consumers; Directive 85/577/EEC to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises; Directive 97/7/EC on the protection of consumers in respect of distance contracts; Directive 2000/31/EC on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market; Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts; Directive 1999/44/EC on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees; Directive 2002/22/EC on universal service and users' rights relating to electronic communications networks and services; Directive 2003/54/EC concerning common rules for the internal market in electricity; Directive 2003/55/EC concerning common rules for the internal market in natural gas; Directive 90/314/EEC on package travel, package holidays and package tours; Directive 2008/122/EC on the protection of consumers in respect of certain aspects of timeshare, long-term holiday product, resale and exchange contracts; Directive 2008/52/EC on certain aspects of mediation in civil and commercial matters; Directive 98/27/EC on injunctions for the protection of consumers' interests; Directive 2005/29/EC concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market; Regulation (EC) No 861/2007 establishing a European small claims procedure; Recommendation 98/257/EC on the principles applicable to the bodies responsible for out-of-court settlement of consumer disputes; Recommendation 2001/310/EC on the principles for out-of-court bodies involved in the consensual resolution of consumer disputes.

9 *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on consumer rights*, COM(2008) 614/3. Vid. Micklitz, Hans-W., Reich, Norbert, "Crónica de una muerte anunciada: The Commission Proposal for a Directive on Consumer Rights", *Common Market Law Review*, Vol. 46, 2/2009, 471-519; Christian Twigg-Flesner, Daniel Metcalfe, "The Proposed Consumer Rights Directive - Less Haste, More Thought?", *European Review of Contract Law*, Vol. 6, 3/2009. Raspoloživo na SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1345783>. Predlog Direktive o pravima potrošača pretrpeo je značajne izmene pre nego što je usvojen. Vid. *Directive 2011/83/EU of the European parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council - CRD*, OJ L 304/64, 22.11.2011, 64-88. Izmene Direktive 99/44/EZ svode se na uvođenje obaveze država članica da obaveste Komisiju o usvajanju posebnih pravila nacionalnog prava o određenim pitanjima. Vid. Art. 33 CRD.

10 Andreas Schwab, *Draft report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on consumer rights*, COM(2008)0614-C7-0255/2008-2008/0196(COD), Committee on the Internal Market and Consumer Protection.

11 Directive 1999/44/EC on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees, OJ L 171, 12-16. Vid. više: European Consumer Law Group, *Interim Report on Directive 1999/44/EC on Certain Aspects of the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees*, ECLG/020/05. O načinu na koji je Direktiva 99/44/EC transponovana u francusko pravo, vid. Malaurie, Philippe, Aynes, Laurent, Gautier, Pierre-Yves, *Les contrats*

njem novog ZZP. U tom smislu, posebno su značajna pravila sadržana u šestoj glavi, pod marginalnim naslovom *Zaštita potrošača u ostvarivanju prava iz ugovora o prodaji robe* (naročito čl. 51–57 ZZP), kao i pravila osme glave koja nosi naslov *Zaštita potrošača u ostvarivanju prava iz ugovora o pružanju usluga* (naročito čl. 80–81 ZZP).

Predmet ovoga rada biće dva pitanja. Prvo, kakav je odnos novih pravila ZZP o saobraznosti robe i usluga onome što je ugovoreno sa starim, i dalje važećim odredbama Zakona o obligacionim odnosima (ZOO), koje se tiču odgovornosti za materijalne nedostatke ispunjenja. I drugo, da li je usklađivanje domaćeg prava sa pravilima Direktive 99/44/EZ obavljeno na zadovoljavajući način.

2. Odnos pravila ZOO i ZZP u domenu ugovornog prava

Pravila srpskog ugovornog potrošačkog prava još uvek ne čine zaokružen sistem. Domaće ugovorno potrošačko pravo razvija se pod uticajem evropskog ugovornog potrošačkog prava, koje se temelji na potrošačkim direktivama EU i praksi Evropskog suda pravde. Potrošačke direktive ne predstavljaju planski, sveobuhvatan pravni okvir zaštite potrošača, nego fragmentaran odgovor evropskog zakonodavca na ona potrošačka pitanja o kojima je prvo postignut dogovor.

ZOO usvaja načelo jedinstvenog uređenja obligacionih odnosa. Njegovim odredbama uređuju se nastanak, dejstva, promene i prestanak obligacionih odnosa, bez obzira na različite pravne statuse lica koja u te odnose stupaju. Ista pravila važe za obligacione odnose pravnih lica, fizičkih lica, kao i za međusobne odnose pravnog i fizičkog lica. ZOO ne poznaje pojam potrošača, pa se u njemu ne mogu naći posebna pravila o obligacionim odnosima u kojima je jedna strana potrošač.

S druge strane, ZZP ima cilj da u domenu ugovornog potrošačkog prava stvori poseban režim, to jest da postavi specijalna, imperativna pravila o zaključenju, dejstvima, promeni i prestanku onih ugovora koji se kvalifikuju kao potrošački. Potrošački ugovor je svaki ugovor zaključen između trgovca i potrošača. ZZP definiše trgovca i potrošača i propisuje posebna pravila koja se odnose na njihove predugovorne i ugovorne odnose. Pošto ne postoje posebna pravila ugovornog potrošačkog prava, na predugovorne i ugovorne odnose trgovca i potrošača primenjuju se opšta pravila ugovornog prava.

ZZP definiše potrošača kao fizičko lice koje na tržištu pribavlja robu ili usluge u svrhe koje nisu namenjene njegovoj poslovnoj ili drugoj komercijalnoj delatnosti (čl. 5, st. 1 (1) ZZP). Iako ZZP to ne propisuje izričito, u slučaju sumnje treba uzeti da roba ili usluge koje fizičko lice pribavlja nisu namenje-

spéciaux, 4ème éd., Defrénois, Paris 2009, str. 205–208. Vid. Takođe: Micklitz, Hans-W., “Sale of Consumer Goods”, u: Micklitz, Hans-W., Reich, Norbert, Rott, Peter, *Understanding EU Consumer Law*, Intersentia, Antwerp / Oxford / Portland 2009, str. 151–176; Howells, Geraint, Beale, Hugh H., “EC Harmonisation of Consumer Sales Law – A Missed Opportunity?”, *Journal of Contract Law* 12/1997, str. 21–46, Christian Twigg-Flesner, Elise Poillot, “Sale of Goods”, u: Micklitz, Hans-W., Stuyck, Jules, Terry, Evelyn (eds.), *Cases, Materials and Text on Consumer Law*, Hart Publishing, Oxford 2010, str. 303–370.

ne njegovoj poslovnoj delatnosti, te da ono postupa u svojstvu potrošača. Reč je o *prima facie* dokazu, po kome redovan tok stvari i životno iskustvo čine osnov za zaključivanje o relevantnim činjenicama.¹² Drugim rečima, prema redovnom toku stvari i životnom iskustvu, fizičko lice pribavlja robu i usluge za lične potrebe i potrebe vlastitog domaćinstva, pa *prima facie* treba uzeti da se ono kvalifikuje kao potrošač. Dalje, ZZP definiše trgovca kao pravno ili fizičko lice koje nastupa na tržištu u sklopu svoje poslovne delatnosti ili u druge komercijalne svrhe (čl. 5, st. 1 (2) ZZP). Potrošač se ne može unapred odreći prava koja mu priznaje ZZP. Ugovorna odredba kojom se odstupa od pravila ZZP na štetu potrošača ne proizvodi pravna dejstva (čl. 3, st. 1 i 2 ZZP). Isto važi za ugovornu odredbu koja ima za cilj ili posledicu izigravanje pravila ZZP (čl. 3, st. 5 ZZP).

Iz svega navedenog proizlazi da ZZP stvara imperativni zakonski režim za one ugovore koji se kvalifikuju kao potrošački. Potrošač se ne može, ni dobročino ni uz naknadu, unapred odreći prava koja mu garantuje ZZP. Naravno, kada može da zahteva ostvarenje nekog svog prava, potrošač može da izabere i da se njime ne koristi, ali on to pravo ne može unapred prodati niti ga se može unapred besplatno odreći. Ako je neko pitanje već uređeno pravilima ZOO, a ZZP propisuje posebno pravilo o istoj stvari u potrošačkom kontekstu, na odnos potrošača i trgovca primeniće se pravilo ZZP. U tom slučaju, pravilo ZOO koje više ne važi u potrošačkom kontekstu, i dalje važi u odnosima van tog konteksta, dakle u odnosima između dva fizička ili dva pravna lica, kao i u odnosima između pravnog i fizičkog lica, kada se ti odnosi ne kvalifikuju kao potrošački. Ako, pak, ZZP ne uređuje neko pitanje koje se tiče zaključenja, pravnih dejstava, promene ili prestanka potrošačkog ugovora, na to pitanje primeniće se opšta pravila ugovornog prava.

Odgovornost za materijalne nedostatke prodate i predate stvari klasičan je institut obligacionog prava.¹³ Svrha tog instituta je da se osigura izvršenje

12 Uzelac, Alan, *Teret dokazivanja*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb 2003, str. 83–85.

13 O odgovornosti za skrivene nedostatke u rimskom pravu i o docnijem razvoju ovoga instituta vid. Lévy, Jean-Philippe, Castaldo, André, *Histoire du droit civil*, Dalloz, Paris 2002, str. 737–742. Vid. takođe: Deroussin, David, *Histoire du droit des obligations*, Economica, Paris 2007, str. 228–230. O odgovornosti za materijalne nedostatke u švajcarskom pravu vid. Tercier, Pierre; Favre, Pascal G. (eds.), *Les Contrats spéciaux*, Schulthess Verlag, Zürich 2009, str. 98–131, Sivilio Venturi, *Introduction aux articles 197–210*, u: Thévenoz, Luc, Werro, Franz (éds.), *Code des obligations I: CO I. Commentaire*, Helbing Lichtenhahn, Genève / Bâle / Munich 2003, str. 1054–1065. Za francusko pravo, vid: Malaurie, Ph., Aynes, L., Gautier, P.-Y., *op. cit.*, str. 223–247 (o zakonskoj garanciji), str. 248–255 (o ugovornoj garanciji). Francusko pravo poznaje: (1) odgovornost za skrivene fizičke nedostatke prodate stvari (*garantie légale contre les vices cachés*, Art. 1641 à 1649, Code civil, Version consolidée au 1 avril 2011, <http://www.legifrance.gouv.fr>), (2) odgovornost za nesaobraznost (*garantie légale de conformité*, Art. L211-4 à L211-14, Code de la consommation, Version consolidée au 1 avril 2011, <http://www.legifrance.gouv.fr>) i (3) ugovornu garanciju (*garantie contractuelle ou commerciale*, Art. L211-15 et L211-16, Code de la consommation). Uporedni pogled na nemačka, francuska i engleska pravila o raskidu ugovora zbog materijalnih nedostataka, vid. Beale, Hugh, Hartkamp, Arthur, Kötz, Hein, Tallon, Denis (eds.), *Cases, Materials And Text*

ugovora. Za razliku, recimo, od pravila o manama volje kojima se štiti saglasnost izjavljenih volja kao jedan od opštih uslova za zaključenje ugovora, odgovornost za fizičke i pravne nedostatke, ugovorna odgovornost za štetu, kao i raskid zbog neispunjenja štite interes koji ugovorna strana ima u izvršenju ugovora onako kako on glasi.¹⁴

Prema opštim pravilima srpskog ugovornog prava, svaki ugovarač iz ugovora sa naknadom odgovara za materijalne nedostatke ispunjenja (čl. 121, st. 1 ZOO). Kod nekih teretnih ugovora zakonodavac posebno uređuje odgovornost za materijalne nedostatke ispunjenja. Takav je slučaj sa odgovornošću poslenika iz ugovora o delu za materijalne nedostatke izvršenog posla (čl. 614–621 ZOO). Kod ostalih ugovora sa naknadom, zakonodavac propisuje (čl. 121, st. 3 ZOO) shodnu primenu pravila o odgovornosti prodavca za materijalne nedostatke prodate i predate stvari (čl. 478–500 ZOO).

ZOO gradi ustanovu odgovornosti prodavca za materijalne nedostatke prodate i predate stvari na pojmu materijalnog, to jest fizičkog nedostatka. Nasuprot tome, ZZP ne polazi od pojma nedostatka, to jest fizičke mane prodate i predate stvari, nego od pojma saobraznosti robe onome što je ugovoreno. U tom pogledu ZZP se oslanja na Direktivu 99/44/EZ, koja prilikom definisanja saobraznosti robe polazi od Konvencije UN o ugovorima u međunarodnoj prodaji robe.¹⁵

Pravila ZOO o odgovornosti za materijalne nedostatke ispunjenja pretežno su dispozitivne prirode. Odgovornost prodavca za materijalne nedostatke stvari može se ugovorom ograničiti ili sasvim isključiti. Odredba kojom se ograničava ili isključuje odgovornost ne proizvodi pravna dejstva, po pravilima o delimičnoj ništavosti, u slučaju da je prodavac propustio da obavesti kupca o nedostatku koji mu je bio poznat, ili mu je tu odredbu nametnuo koristeći se svojim monopolskim položajem (čl. 486, st. 1 i 2 ZOO). Za razliku od toga, pravila ZZP su imperativna po svojoj prirodi, pa se potrošač ne može odreći prava koja mu ZZP garantuje. Ugovorna odredba kojom se ograničava ili isključuje odgovornost trgovca za nesaobraznost robe ili usluga po pravilima ZZP, ništava je bez obzira na to da li je trgovac od potrošača prikrio postojeći i njemu poznat nedostatak i bez obzira na to da li se trgovac koristio vlastitim monopolskim položajem.

On Contract Law, Hart Publishing, Oxford 2002, str. 756–760. O odgovornosti za materijalne nedostatke u pozitivnom srpskom pravu, vid. Kapor, Vladimir, „Odgovornost za materijalne nedostatke (čl. 478–507)“, u: Blagojević, Borislav T., Krulj, Vrleta (ur.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Savremena administracija, Beograd 1983, str. 1287–1324, Mitrović, Dobrosav, „Odgovornost za materijalne nedostatke (čl. 478–507)“, u: Perović, Slobodan (ur.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Savremena administracija, Beograd 1995, str. 905–953, Perović, Slobodan, *Obligaciono pravo*, Službeni list, Beograd 1990, str. 389–408.

14 Vid. Terré, François, Simler, Philippe, Lequette, Yves, *Droit civil. Les obligations*, 9^e édition, Dalloz, Paris 2005, str. 257.

15 Vid. Zakon o ratifikaciji Konvencije Ujedinjenih nacija o ugovorima u međunarodnoj prodaji robe (sa tekstom Konvencije na srpskohrvatskom i engleskom jeziku), *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori* br. 10-1/84.

3. Pravila srpskog ZZP o odgovornosti za nesaobraznost robe odnosno usluga

Pravila novog ZZP o saobraznosti robe odnosno usluga (čl. 51–55 i 80–81), kao i prateća pravila o ugovornoj garanciji (čl. 56–57), primenjuju se na ugovore o prodaji robe i pružanju usluga zaključene između trgovca i potrošača.¹⁶ Van potrošačkog konteksta i dalje važe pravila ZOO o odgovornosti za materijalne nedostatke ispunjenja. Takođe, pravila ZOO važe za sva ona pitanja iz ugovornog odnosa trgovca i potrošača koja nisu posebno uređena pravilima ZZP, ako se primenom pravila ZOO u takvom slučaju ne umanjuje stepen zaštite koji je potrošačima garantovan pravilima ZZP.

Pod robom se prema ZZP podrazumeva svaka telesna pokretna stvar, osim stvari koje su prodane u izvršnom postupku ili na drugi način po sili zakona (čl. 5, st. 1 (1) ZZP). ZZP ne sadrži posebna pravila o razgraničenju ugovora o prodaji robe od ugovora o pružanju usluga (ugovor o delu), pa se na to pitanje primenjuju odredbe čl. 601 ZOO.¹⁷

Direktiva 99/44/EZ ne sadrži posebna pravila o saobraznosti pruženih usluga onome što je trgovac ugovorio sa potrošačem. Ona se zadržava na pitanjima saobraznosti robe (zakonska garancija) i dopunskim obećanjima trgovca, koja poboljšavaju položaj koji potrošač u svojstvu kupca već ima po samom zakonu (ugovorna ili komercijalna garancija). U tom smislu, pravila ZZP o odgovornosti za nesaobraznost usluge nemaju za cilj usklađivanje domaćeg prava sa pravom EU, nego je svrha tih pravila da se potrošačima pruži približno isti stepen zaštite, bez obzira na to da li na tržištu kupuju robu ili pribavljaju usluge.

16 Za razliku od ZOO, ZZP ne sadrži odredbu o shodnoj primeni pravila o odgovornosti prodavca za materijalne nedostatke ispunjenja na sve ostale teretne ugovore, ako za određeni slučaj nije što drugo izričito propisano. S tim u vezi se za domaće sudove otvara pitanje da li se pravila ZZP o odgovornosti trgovca za nesaobraznost robe odnosno usluga primenjuju na potrošačke ugovore koji se ne kvalifikuju ni kao ugovor o prodaji, ni kao ugovor o delu. Takav je slučaj sa ugovornim odnosom između davaoca finansijskog lizinga i potrošača u svojstvu primaoca lizinga. Davalac lizinga obavezuje se da na primaoca lizinga prenese pravo držanja i korišćenja pokretne nepotrošne stvari na vreme ne kraće od dve godine od dana zaključenja ugovora, a primalac lizinga obavezuje se da mu za to u ratama plaća ugovorenu naknadu. Vid. čl. 2–4, Zakon o finansijskom lizingu – ZFL, *Službeni glasnik RS* br. 55/03 i 61/05. Prema čl. 16 ZFL, za materijalne nedostatke predmeta lizinga primaocu odgovara isporučilac, ako se drugačije ne ugovori. Međutim, ostaje pitanje da li se na eventualne materijalne nedostatke ispunjenja onoga na šta se primaocu lizinga obavezao davalac lizinga mogu primeniti pravila ZZP o nesaobraznosti.

17 Prema čl. 5, st. 1 (4) ZZP, ugovor koji za predmet istovremeno ima prodaju robe i pružanje usluga kvalifikuje se kao ugovor o prodaji. Definicija ugovora o pružanju usluga iz čl. 5, st. 1 (26) ZZP poklapa se sa definicijom ugovora o delu iz čl. 600 ZOO. Na domaćim sudovima ostaje da razreše eventualne dileme u pogledu razgraničenja ugovora o prodaji od ugovora o pružanju usluga u potrošačkom kontekstu.

3.1. Saobraznost predate robe (čl. 51–55 ZZP)

Trgovac je dužan da potrošaču isporuči robu koja je saobrazna ugovoru. Pretpostavlja se da je isporučena roba saobrazna ugovoru ako: odgovara opisu koji je dao trgovac, odnosno ako ima svojstva robe koju je trgovac pokazao potrošaču kao uzorak ili model; ima svojstva potrebna za naročitu upotrebu za koju je potrošač nabavlja, pod uslovom da je to što potrošač nabavlja robu za neku naročitu upotrebu bilo poznato ili je moralo biti poznato trgovcu u vreme zaključenja ugovora; ima svojstva potrebna za redovnu upotrebu robe iste vrste; po kvalitetu i funkcionisanju odgovara onome što je uobičajeno kod robe iste vrste i što potrošač može osnovano da očekuje s obzirom na prirodu robe i javna obećanja o posebnim svojstvima robe (čl. 51, st. 2 ZOO). Ako bilo koji od navedenih kriterijuma nije ispunjen, smatra se da roba nije saobrazna ugovoru. Izloženo pravilo formulisano je kao zakonska pretpostavka, iz čega proizlazi da potrošač može da dokazuje da roba nije saobrazna ugovoru uprkos tome što zadovoljava navedene kriterijume. Za domaće sudove ostaje otvoreno pitanje u čemu bi se u takvom slučaju mogla ogledati nesaobraznost.

Trgovac odgovara za nesaobraznost koja je postojala u času prelaska rizika na potrošača, što je u srpskom pravu obično trenutak kada potrošač stekne državinu na stvari. Trgovac je odgovoran za nesaobraznost bez obzira na to da li je za nju znao. On se može osloboditi odgovornosti ako dokaže da je u času zaključenja ugovora potrošaču bilo poznato da roba nije saobrazna ugovoru, ili da je uzrok nesaobraznosti u materijalu od kojeg je stvar napravljena a koji mu je dao potrošač. Trgovac odgovara i za onu nesaobraznost koju je potrošač mogao lako opaziti, ako je pre ili prilikom zaključenja ugovora trgovac izjavio da roba ima određena svojstva, pa se ispostavilo da tih svojstava nema. Trgovac je vezan vlastitim javnim obećanjima o posebnim svojstvima robe, kao i javnim obećanjima koja je dao njegov predstavnik ili proizvođač, naročito ako je obećanje učinjeno putem oglasa ili na ambalaži robe. Trgovac nije vezan javnim obećanjem u pogledu svojstava robe ako nije znao ili nije mogao znati za dato obećanje; ako je pre zaključenja ugovora objavljena ispravka obećanja; odnosno ako obećanje nije moglo uticati na odluku potrošača da zaključi ugovor (čl. 52 ZZP). Pored svega navedenog, trgovac odgovara za nesaobraznost robe usled nepravilne instalacije ili montaže, ako je po ugovoru dužan da potrošaču obezbedi instalaciju ili montažu robe. On odgovara i ako usled kakvog nedostatka u uputstvu sam potrošač nepravilno instalira ili montira robu (čl. 53 ZZP).

3.1.1. U čemu se sastoji odgovornost trgovca?

U slučaju nesaobraznosti robe onome što je ugovoreno, potrošač na prvom mestu ima pravo da od trgovca zahteva da se ta nesaobraznost otkloni opravkom i zamenom robe, po slobodnom izboru potrošača. Svaka opravka ili zamena mora se izvršiti bez naknade, u primerenom roku i bez značajnijih neugodnosti za potrošača. Trgovac snosi sve troškove koji su neophodni da bi se roba opravala ili zamenila. Tu spadaju i troškovi rada, materijala, preu-

zimanja i isporuke robe. Ako do opravke ili zamene robe ne dođe u primenom roku, potrošač ima pravo da zahteva srazmerno sniženje cene ili da izjavi da raskida ugovor. Potrošač ne može da raskine ugovor ako je nesaobraznost robe neznatna. U svakom slučaju, potrošač ima pravo na naknadu štete prema opštim pravilima obligacionog prava (čl. 54 ZZP).

U toku rada na nacrtu zakona o zaštiti potrošača, predlagano je da se zakonom propiše pravo potrošača da olakša vlastitu poziciju u slučaju da trgovac ne postupi u skladu sa njegovim zahtevom da se nesaobraznost otkloni opravkom ili zamenom robe. U takvoj situaciji, potrošač bi imao pravo da o trošku trgovca opravi robu ili da pribavi novu na drugom mestu. Trgovac bi bio dužan da bez odlaganja naknadi troškove kojima se potrošač na taj način izložio.¹⁸ Ovaj predlog nije prihvaćen. Ni ZOO ni Direktiva 99/44/EZ ne sadrže ovakvo pravilo. Međutim, ono bi umnogome olakšalo poziciju potrošača u slučaju da trgovac bez osnovanog razloga odbije da popravi ili zameni nesaobraznu robu.

Trgovac odgovara za nesaobraznost robe koja se pokaže u roku od dve godine od prelaska rizika na potrošača, izuzev kada je ugovorom određen duži rok. Tim imperativnim pravilom ZZP poboljšava se pozicija potrošača u svojstvu kupca u odnosu na poziciju koja je kupcu garantovana pravilom iz čl. 482, st. 2 ZOO, po kojem prodavac ne odgovara za skriveni nedostatak koji se pokaže pošto protekne šest meseci od predaje stvari, izuzev kada je ugovorom određen duži rok.¹⁹ Kod prodaje polovne robe, može se ugovoriti kraći rok u kome trgovac odgovara za nesaobraznost. Ipak, taj rok ne može biti kraći od jedne godine (čl. 55, st. 3 ZZP).

Ako se nesaobraznost robe pokaže u roku od 6 meseci od prelaska rizika na potrošača, ZZP uvodi oborivu pretpostavku da je ta nesaobraznost postojala u času prelaska rizika. Trgovac koji želi da se oslobodi odgovornosti mora da dokaže da je roba bila saobrazna ugovoru u času kada ju je potrošač primio (čl. 55 ZZP).

Kada prodata i predata stvar ima materijalni nedostatak, ZOO vezuje opstanak kupčevih prava za kratke prekluzivne rokove. U tim rokovima kupac je dužan da prodavca obavesti o postojanju nedostatka, inače gubi prava koja mu po tom osnovu pripadaju (čl. 481 i 482 ZOO). ZZP ne ograničava prava potrošača u svojstvu kupca na ovaj način, to jest ne uslovljava postojanje kupčevih prava u slučaju nesaobraznosti robe brzim obaveštavanjem trgovca o postojanju te nesaobraznosti. Takođe, za razliku od čl. 495 ZOO, ZZP ne propisuje da potrošač gubi gubi pravo da raskine ugovor zbog nedostatka stvari kad mu je nemoguće da vrati stvar ili da je vrati u stanju u kome ju je primio.

Na domaćim sudovima je da utvrde da li se na ugovorni odnos trgovca i potrošača primenjuju pravila o garanciji za ispravno funkcionisanje stvari iz

18 Ovaj predlog formulisan je u okviru Projekta zaštite potrošača (ZAP) – Public Administration Reform / European Integration / Consumer Protection (EU funded project on consumer protection), 2008–2010.

19 Osim toga, po pravilu iz čl. 500, st. 1 ZOO, prava kupca koji je blagovremeno obavestio prodavca o postojanju nedostatka gase se po isteku jedne godine od slanja obaveštenja, izuzev ako je prodavčevom prevarom kupac bio sprečen da ta prava upotrebi.

čl. 503 ZOO, koja se odnose na produženje garantnog roka u slučaju manje opravke, bitne opravke, kao i u slučaju zamene ili bitne opravke dela stvari. Ni ZZP ni Direktiva 99/44/EZ ne sadrže takva pravila. Međutim, u stvarima koje ZZP ne uređuje važe pravila ZOO, ako se njihovom primenom ne umanjuje stepen zaštite koju ZZP već garantuje potrošačima.

3.1.2. Supsidijarna odgovornost proizvođača

ZZP propisuje da se proizvođač robe prema potrošaču nalazi u položaju jemca za obaveze trgovca koje nastanu usled nesaobraznosti robe (čl. 54, st. 8). To znači da proizvođač po samom zakonu garantuje potrošaču da će ispuniti obaveze trgovca koje nastanu usled nesaobraznosti prodane i predate robe, u slučaju da sam trgovac ne ispunji te obaveze. Ta obaveza proizvođača je supsidijarna i akcesorna po svojoj pravnoj prirodi. Na taj način potrošaču se pruža dopunska zaštita u slučaju da predata roba nije saobrazna ugovoru o prodaji, a potrošač ne može da ostvari svoj zahtev prema prodavcu – primera radi, zbog toga što prodavac više ne postoji ili je insolventan.

Zatečena pravila o garanciji za ispravno funkcionisanje stvari (čl. 501–507 ZOO) uređuju solidarnu odgovornost proizvođača i prodavca za materijalne nedostatke ispunjenja. Ta odgovornost proizvođača ugovorna je po svojoj pravnoj prirodi. Ona se zasniva na voljnoj garanciji koju je dao sam proizvođač. Toj garanciji pristupa prodavac, predajom garantnog lista kupcu. Prema novim pravilima ZZP proizvođač po samom zakonu, nezavisno od svoje volje, jemči za obaveze trgovca koje nastanu usled nesaobraznosti robe.

3.2. Ugovorna (komercijalna) garancija (čl. 56–57 ZZP)

ZZP sadrži posebna pravila o ugovornoj, to jest komercijalnoj, garanciji (*garantie contractuelle ou commerciale*), koju trgovci po pravilu daju za tehničku robu ili robu osobite vrednosti. U slučaju da prodana i predata roba nije saobrazna opisu iz garantnog lista, ili iz oglasa objavljenog pre ili u vreme zaključenja ugovora, ugovorna garancija daje potrošaču više prava nego što on već ima po zakonskim pravilima o odgovornosti trgovca za nesaobraznost robe. Prema čl. 1, st. 2 (e) Direktive 99/44/EZ, ugovornom garancijom trgovac se *besplatno*, bez dodatne naknade, obavezuje prema potrošaču da će mu vratiti plaćeni iznos, ili opraviti ili zameniti robu koja nije saobrazna opisu iz garantnog lista ili iz oglasa. Direktiva 99/44/EZ ne odnosi se na pravne situacije do kojih dolazi u slučaju kada potrošač kupuje od trgovca, to jest pribavlja uz naknadu, kakvu dodatnu garanciju u vezi sa robom koju pribavlja.²⁰ Tako treba razumeti i pravilo iz čl. 56 ZZP, dakle kao obavezu koju trgovac prihvata na sebe *besplatno*, bez dodatne naknade.

ZZP definiše ugovornu garanciju kao izjavu kojom njen davalac (prodavac ili proizvođač) daje obećanje u vezi sa robom. Obećanje trgovca je pravno obavezujuće pod uslovima datim u izjavi, kao i u oglašavanju u vezi sa tom robom. Bez obzira na to što zakonodavac govori o garanciji kao o izjavi koju daje trgovac, garancija ne predstavlja jednostranu izjavu volje kao izvor oba-

²⁰ Micklitz, H.-W., "Sale of Consumer Goods", str. 157.

veze. Naprotiv, garancija je ugovor po svojoj pravnoj prirodi.²¹ Zaključujući ugovor o prodaji sa trgovcem, potrošač prihvata sva obećanja trgovca u vezi sa robom, data pre ili u vreme zaključenja ugovora, kojima se poboljšava položaj potrošača u odnosu na ono što mu je garantovano samim zakonom. To obuhvata i obećanja koja je trgovac dao u oglasu.

Za ugovornu garanciju je bitno da poboljšava položaj koji je potrošaču već osiguran zakonom. Zakon zabranjuje trgovcu da prilikom zaključenja ugovora o prodaji robe, kao i prilikom oglašavanja povodom prodaje, koristi reč garancija i izraze istog značenja, ako ugovorom o prodaji potrošač ne stiče više prava nego što ih već ima po zakonu. Trgovac odgovara za prekršaj ako prava koja su potrošaču garantovana zakonom prikazuje kao nekakav poseban ustupak koji mu čini (čl. 151, st. 1 (28) ZZP).

Trgovac koji potrošaču garantuje više prava u pogledu saobraznosti robe nego što to zakon nalaže dužan je da mu na njegov zahtev izda garantni list. Garantni list se izdaje u pisanom ili elektronskom obliku i mora biti jasan, čitljiv i lako razumljiv. U garantnom listu moraju biti navedeni svi uslovi ugovorne garancije, a naročito podaci o: (1) pravima koja potrošač već ima po Zakonu u vezi sa isporukom robe koja nije saobrazna ugovoru, uz obaveštenje da se ugovornom garancijom ne utiče na ta prava; (2) imenu i sedištu davaoca garancije, sadržini ugovorne garancije i uslovima za ostvarivanje prava iz ugovorne garancije, a naročito o njenom trajanju i prostornom važenju; i (3) neprenosivosti, u slučaju da su prava iz garancije neprenosiva.

Trgovac je vezan obećanjima iz ugovorne garancije i ako propusti da potrošaču izda garantni list, kao i ako izda garantni list koji ne sadrži sve neophodne podatke, ili ne ispunjava zahtev transparentnosti (nije jasan, čitljiv, pisan lako razumljivim jezikom). Drugim rečima, to što trgovac nije izvršio sve svoje zakonom propisane obaveze u vezi sa izdavanjem garantnog lista, ne može da ga oslobodi obaveza koje je na sebe preuzeo davanjem ugovorne garancije. Ovo pravilo predstavlja konkretizaciju jednog od opštih načela građanskog prava, po kojem ne treba slušati onoga ko se poziva na vlastitu sramotu.²²

ZOO sadrži posebna pravila o garanciji za ispravno funkcionisanje prodate stvari (čl. 501–507). Prema tim pravilima, kada prodavac tehničke robe preda kupcu garantni list kojim proizvođač garantuje ispravno funkcionisanje stvari, kupac može, ako stvar ne funkcioniše ispravno, da zahteva kako od prodavca, tako i od proizvođača da stvar opravi u razumnom roku ili, ako to ne učini, da mu umesto nje preda stvar koja funkcioniše ispravno. Ako prodavac ne izvrši opravku ili zamenu stvari u razumnom roku, kupac može raskinuti ugovor ili sniziti cenu i zahtevati naknadu štete. Pravila ZOO o garanciji za ispravno funkcionisanje tehničke robe ne diraju u pravila o odgovornosti za materijalne nedostatke. Ona garantuju kupcu jaču zaštitu od one koju on ima prema pravilima o odgovornosti za materijalne nedostatke,

21 Malaurie, Ph., Aynes, L., Gautier, P.-Y., *op. cit.*, str. 207.

22 *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Sec. C. J. 2, 4, 30. Vid. Stojčević, Dragomir, Romac, Ante, *Dicta et regulae iuris*, Savremena administracija, Beograd 1984, str. 308.

pre svega tako što propisuju solidarnu odgovornost prodavca i proizvođača, a onda i tako što relaksiraju kratke prekluzivne rokove za obaveštavanje prodavca o otkrivenim nedostacima kojima je položaj kupca inače značajno otežan po pravilima o odgovornosti za materijalne nedostatke.

Ipak, treba naglasiti da se institut garancije za ispravno funkcionisanje tehničke robe u određenoj meri razlikuje od ugovorne garancije uređene pravilima novog ZZP. Na prvom mestu, ZOO pozitivno uređuje sadržinu garancije za ispravno funkcionisanje stvari, odnosno prava koja kupac ima iz te garancije, dok ZZP samo postavlja uslov da se garancijom potrošaču priznae više prava nego što ih već ima. Zakonodavac ne ulazi u to na koji način će položaj potrošača biti poboljšan garancijom u odnosu na položaj koji mu je već osiguran zakonom.²³ Sadržina ugovorne garancije zavisi od poslovne prakse konkretnog trgovca. To, primera radi, može da bude produženje roka u kojem trgovac odgovara za materijalne nedostatke ispunjenja. ZZP propisuje da je trgovac odgovoran za nesaobraznost u roku od dve godine od prelaska rizika na potrošača, a taj rok se ugovornom garancijom može produžiti na, recimo, pet godina, kakav je slučaj u poslednje vreme u auto-industriji. Osim toga, ZOO propisuje rok u kojem kupac gubi prava prema proizvođaču iz garantnog lista (godinu dana od kada je zahtevao opravku ili zamenu), zatim uređuje odgovornost kooperanata prema finalnom proizvođaču i utvrđuje redosled kojim kupac može da ostvaruje svoja prava prema dužnicima iz garancije (prvo opravka ili zamena, pa tek ako do toga ne dođe u razumnom roku, onda sniženje cene ili raskid). Nasuprot tome, prema pravilima ZZP, sva ova pitanja nalaze se u domenu autonomije volje.²⁴ Osim opštih ograničenja slobode ugovaranja, na njih se odnosi samo jedno posebno ograničenje: ne može se kao komercijalna garancija saobraznosti kvalifikovati obećanje trgovca da će, u slučaju nesaobraznosti, učiniti ono na šta potrošač već ima prava po samom zakonu. Takvo postupanje trgovca prekršajno se sankcioniše (čl. 151, st. 1 (28) ZZP). Osim toga, ono se kvalifikuje kao oblik obmanjujućeg poslova-

23 Srpski zakonodavac je bio inspirisan širom definicijom ugovorne garancije iz čl. 5 Nacrta direktive, koja ne uređuje sadržinu ugovorne ili komercijalne garancije, nego samo to što se komercijalnom garancijom potrošač stavlja u povoljniji položaj od zakonom propisanog i što komercijalna garancija mora biti sačinjena u pisanoj formi i stavljena na uvid potrošaču pre prodaje. Vid. Commission Proposal for a European Parliament and Council Directive on the sale of consumer goods and associated guarantees, COM (95) 520. U ranom dokumentu Evropske komisije, pod nazivom Green Paper on Consumer Guarantees and After Sales Service, COM (93) 509, komercijalna garancija određena je kao garancija koju proizvođač ili prodavac robe, ili bilo koje lice u lancu prodaje i distribucije, nudi potrošaču na voljnoj bazi. Vid. više: Micklitz, H.-W., "Sale of Consumer Goods", str. 154–157, 173, Robert Bradgate, "Consumer Guarantees: the EC's draft Directive", *Web Journal of Current Legal Issues*, 1/1997, izvor: webjcli.ncl.ac.uk/1997/issue1/rtf/bradgate1.rtf. Predlog Direktive o pravima potrošača (vid. fn. 9) sadrži pozitivno određenje sadržine ugovorne garancije. Prema čl. 2, st. 1 (18) Predloga, ugovorna garancija je obećanje trgovca ili proizvođača dato potrošaču, da će mu vratiti plaćeni iznos, ili opraviti ili zameniti robu koja nije saobrazna opisu iz garantnog lista ili iz oglasa objavljenog pre ili u vreme zaključenja ugovora. Pozitivno određenje garancije sadržano je i u čl. 1, st. 2 (e) Direktive 99/44/EZ.

24 ZZP ne ulazi u pitanje odgovornosti kooperanata prema finalnom proizvođaču.

nja (čl. 23, st. 1 (23) ZZP), pa pravo na pokretanje sudskog postupka zabrane takvog poslovanja ima potrošač kome je povređeno neko pravo ili interes, kao i udruženje ili savez udruženja koji su ovlašćeni da zastupaju kolektivne interesa potrošača (čl. 129 i 137 ZZP).

3.3. Saobraznost pružene usluge (čl. 80–81 ZZP)

Već je rečeno da pravila ZZP o odgovornosti za nesaobraznost usluge nemaju za cilj usklađivanje domaćeg prava sa nekom od direktiva EU, već je svrha tih pravila da se potrošačima koji na tržištu pribavljaju usluge pruži isti stepen zaštite koji uživaju kada kupuju robu. Direktiva 99/44/EZ o prodaji robe široke potrošnje i pratećim garancijama ne sadrži posebna pravila o odgovornosti proizvođača za nesaobraznost pružene usluge onome što je ugovoreno. Ona propisuje obavezu trgovca da potrošaču preda robu koja je saobrazna ugovoru i uređuje posledice njegovog ogлуšenja o tu obavezu.²⁵ Direktive o prodaji na daljinu, elektronskoj trgovini, nepravničnim ugovornim odredbama i prodaji finansijskih usluga na daljinu²⁶ sadrže horizontalna pravila o ugovornim pravima potrošača – kako iz ugovora o prodaji robe, tako iz ugovora o pružanju usluga. Pored svega navedenog, postoji posebna Direktiva o uslugama na unutrašnjem tržištu,²⁷ čiji je cilj uklanjanje pravnih i administrativnih prepreka za slobodnu trgovinu. U obimu u kojem uređuje prava korisnika usluga (što je pojam širi od pojma potrošača), Direktiva o uslugama ograničava se na garancije njihove obaveštenosti i javnosti podataka o uslugama i njihovim pružaocima.²⁸

U okviru odredaba o ugovoru o delu, ZOO sadrži pravila o odgovornosti poslenika za materijalne nedostatke ispunjenja (čl. 614–621 ZOO). ZZP uvodi nova pravila o odgovornosti trgovca za nesaobraznost pružene usluge. Ta nova pravila važe isključivo u potrošačkom kontekstu, to jest kada ugovor o pružanju usluga (delu) zaključče trgovac u svojstvu pružaoca usluga (poslenika) i potrošač u svojstvu primaoca usluga (naručioca posla). Pravila ZOO o ugovoru o delu pretežno su dispozitivne prirode. Za razliku od toga, pravila ZZP su imperativna po svojoj pravnoj prirodi. To znači da je ništava svaka ugovorna odredba kojom se potrošač, besplatno ili uz naknadu, odriče prava koja mu za slučaj nesaobraznosti pružene usluge garantuje ZZP.

25 Strogo govoreći, Direktiva 99/44/EZ ne propisuje nikakve obaveze trgovaca, nego obavezu država članica da u svoja nacionalna prava unesu određena pravila o prodaji robe široke potrošnje i pratećim garancijama. Taj princip važi za sve direktive.

26 Directive 97/7/EC on the protection of consumers in respect of distance contracts; Directive 2000/31/EC on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market; Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts; Directive 2002/65/EC concerning the distance marketing of consumer financial services.

27 Directive 2006/123/EC on services in the internal market, OJ L 376, 36–68.

28 O različitim strategijama stvaranja jedinstvenog tržišta usluga i uticaju tih strategija na ugovorne odnose između pružalaca usluga i njihovih korisnika, vid. Micklitz, Hans-W., *Regulatory Strategies on Services Contracts in EC Law*, EU LAW Working Paper No. 2008/06, raspoloživo na SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1093643>.

ZZP izričito propisuje obavezu trgovca da potrošaču pruži uslugu koja je saobrazna ugovorenoj (čl. 80, st. 1). Ako izvršena usluga nije saobrazna ugovoru, potrošač ima pravo na otklanjanje nesaobraznosti vršenjem usluge koja je prvobitno ugovorena (čl. 81, st. 1 ZZP). Ako trgovac dokaže da je otklanjanje nesaobraznosti izvršenjem usluge koja je prvobitno ugovorena nemoguće, ili protivpravno, ili da ono predstavlja nesrazmeran teret za trgovca, potrošač može da zahteva sniženje cene ili da izjavi da raskida ugovor (čl. 81, st. 2 ZZP). U svemu ostalom, ako izvršena usluga nije saobrazna ugovoru o pružanju usluga, ZZP propisuje (čl. 81, st. 3) shodnu primenu vlastitih odredaba o odgovornosti trgovca za nesaobraznost isporučene robe (čl. 49–58). Propisana shodna primena umanjuje značaj pravila o razgraničenju ugovora o prodaji od ugovora o delu, odnosno garantuje da će potrošač biti adekvatno zaštićen u slučaju nesaobraznosti, bez obzira na to da li se potrošački ugovor kvalifikuje kao ugovor o prodaji ili ugovor o delu.

Za razliku od ZOO, ZZP sadrži posebne odredbe o tome kada se smatra da postoji materijalni nedostatak ispunjenja, odnosno da izvršena usluga nije saobrazna potrošačkom ugovoru (čl. 80, st. 2).²⁹ Usluga nije saobrazna ugovoru ako: po sadržini, kvalitetu i svrsi ne odgovara opisu koji je trgovac pre zaključenja ugovora dao oglasom ili na drugi sličan način; ne odgovara opisu koji je trgovac dao u toku pružanja usluge, pod uslovom da je to moglo da utiče na odluke potrošača; nema posebna svojstva koja je zahtevao potrošač, koja su trgovcu bila ili morala biti poznata u trenutku zaključenja ugovora; nema redovna svojstva usluga iste vrste; ne odgovara očekivanjima koja su osnovana s obzirom na prirodu usluge i javna obećanja trgovca u pogledu posebnih svojstava usluge, a naročito ako su ta obećanja učinjena oglasom; po sadržini, kvalitetu i svrsi ne odgovara opisu koji je pre zaključenja ugovora, oglasom ili na drugi sličan način dalo treće lice u ime trgovca. Bilo koje od ovih obeležja dovoljno je da se pružena usluga kvalifikuje kao nesaobrazna. Trgovac ne odgovara za nesaobraznost ako nije znao niti morao da zna da je treće lice u njegovo ime dalo određeni opis usluge, odnosno ako je taj opis na odgovarajući način blagovremeno ispravljen (čl. 80, st. 3 ZZP). Ako je po nalogu trgovca uslugu izvršilo neko treće lice, trgovac je odgovoran za saobraznost izvršene usluge isto kao što bi bio odgovoran da je uslugu sam izvršio (čl. 82 ZZP).

3.4. Nadzor

Odgovornost trgovca za nesaobraznost robe odnosno usluga institut je potrošačkog ugovornog prava. To je poseban režim odgovornosti za materijalne nedostatke ispunjenja, koji važi na terenu potrošačkih ugovora. Ne-

29 Čl. 51, st. 2 ZZP propisuje merilo saobraznosti robe ugovoru o prodaji, to jest *pozitivan kriterijum* prema kojem se utvrđuje kada je prodana i predata roba saobrazna potrošačkom ugovoru. S druge strane, kod ugovora o pružanju usluga isti zakon propisuje *negativan kriterijum*, to jest merilo prema kojem se utvrđuje nesaobraznost pružene usluge onome što je ugovoreno (čl. 80, st. 2 ZZP). Tumačenje i primena ZZP bili bi znatno olakšani da se zakonodavac dosledno držao jednog kriterijuma, odnosno da je kod robe i usluga propisao isti tip merila – bilo saobraznosti, bilo nesaobraznosti.

saobraznost robe odnosno usluga onome što je ugovoreno povlači za sobom građanskopravne sankcije prema trgovcu, među kojima pravo potrošača da zahteva izvršenje ugovora onako kako on glasi (što podrazumeva opravku ili zamenu stvari koja ima fizički nedostatak), zatim pravo potrošača da zahteva sniženje cene, njegovo pravo na jednostrani raskid ugovora, kao i pravo na naknadu pretrpljene štete.

Sam ZZP propisuje koji organi vrše nadzor nad primenom tog zakona (čl. 147 ZZP). Na prvom mestu tu je ministarstvo nadležno za poslove zaštite potrošača, a onda i niz resornih ministarstava – svako u poslovima iz svoje nadležnosti. Međutim, pitanje da li je prodata i predata roba odnosno pružena usluga saobrazna potrošačkom ugovoru predstavlja privatnopravno pitanje, tiče se izvršenja ugovornih obaveza, pa ne spada u nadležnost onih organa koji vrše nadzor nad primenom ZZP. Naprotiv, to je pitanje za parnični sud.

Nadležni inspeksijski organi imaju u ovoj oblasti sasvim ograničena ovlašćenja koja se tiču zakonskih obaveza trgovca da blagovremeno i na odgovarajući način odgovori na reklamaciju potrošača (čl. 58, st. 2 ZZP), odnosno da se uzdrži od zloupotrebe reči garancija i izraza sa istim značenjem (čl. 57 ZZP). Ako nadležni inspektor utvrdi da je trgovac zloupotrebio reč garancija ili propustio da adekvatno odgovori na reklamaciju koju je izjavio potrošač, doneće rešenje kojim će odrediti rok u kome je trgovac dužan da otkloni utvrđeni nedostatak. Ako trgovac ne otkloni utvrđeni nedostatak u roku koji je određen u rešenju inspektora, inspektor će doneti rešenje o privremenoj zabrani prodaje robe, odnosno pružanja usluga do otklanjanja nedostataka zbog kojih je ta mera izrečena. Protiv rešenja inspektora može se izjaviti žalba u roku od osam dana nadležnom ministru, ali ta žalba ne odlaže izvršenje rešenja (čl. 149 i 150 ZZP).

ZZP sankcioniše kao prekršaj zloupotrebu reči garancija i izraza sa istim značenjem, kao i propuštanje trgovca da blagovremeno i na odgovarajući način odgovori na reklamaciju potrošača (čl. 151, st. 1 (28) i (42) ZZP). Zakonom zaprećena novčana kazna za svaki od ovih prekršaja iznosi: 300.000 do 2.000.000 dinara za pravno lice, 50.000 do 150.000 dinara za fizičko lice ili odgovorno lice u pravnom licu, a 50.000 do 500.000 dinara za preduzetnika.³⁰ Pravnom licu se uz prekršajnu kaznu može izreći zaštitna mera privremene zabrane obavljanja određene delatnosti u trajanju od šest meseci do godinu dana i zaštitna mera javnog objavljivanja rešenja. Odgovornom licu u pravnom licu se uz prekršajnu kaznu može izreći zaštitna mera privremene zabrane da vrši određene poslove u trajanju od tri meseca do jedne godine. Preduzetniku se uz prekršajnu kaznu može izreći zaštitna mera privremene

30 Pojam preduzetnika se u ZZP prvi put se pominje u prekršajnim odredbama. Tek tu zakonodavac pravi razliku između fizičkog lica kao trgovca (čl. 151, st. 2 ZZP) i preduzetnika kao trgovca (čl. 151, st. 3 ZZP), propisujući nešto više novčane kazne za potonjeg. Direktiva 99/44/EZ, naravno, ne pravi ovo razlikovanje. Osim toga, zakonodavac propisuje različite oblike zaštitnih mera koje se mogu izreći pravnom licu, odgovornom licu u pravnom licu i preduzetniku (čl. 152 ZZP). Zakon ne predviđa mogućnost da se te zaštitne mere izreknu fizičkom licu u svojstvu trgovca, koje nije registrovano kao preduzetnik ali na tržištu postupa u profesionalnom kapacitetu.

zabrane vršenja određene delatnosti u trajanju od šest meseci do godinu dana (čl. 152 ZZP).

4. Usklađenost srpskog ZZP sa direktivom 99/44/EZ

Odredbe novog srpskog ZZP o odgovornosti trgovca za nesaobraznost prodate i predate robe potrošačkom ugovoru, kao i odredbe o ugovornoj (komercijalnoj) garanciji, pisane su po ugledu na Direktivu 99/44/EZ o prodaji robe široke potrošnje i pratećim garancijama.

ZZP sadrži posebna pravila o supsidijernoj odgovornosti proizvođača, kao i pravila odgovornosti trgovca za nesaobraznost pružene usluge. Takvih pravila nema u Direktivi 99/44/EZ. Budući da je cilj te direktive minimalna harmonizacija nacionalnih zakonodavstava država članica u datoj oblasti, države su slobodne da potrošačima garantuju jaču zaštitu od one koja im je osigurana direktivom.³¹ U tom smislu, činjenica što ZZP sadrži posebna pravila o odgovornosti proizvođača i pružalaca usluga, kojih nema u Direktivi 99/44/EZ, ne može se oceniti kao neusklađenost srpskog prava sa evropskim.

Isto važi za još neke odredbe srpskog ZZP. Na primer, tu je pravilo kojim se kao prekršaj sankcioniše propuštanje trgovca da blagovremeno i adekvatno odgovori na reklamaciju koju je izjavio potrošač (čl. 151, st. 1 (42)). Takvog pravila nema u Direktivi 99/44/EZ, već je ono usvojeno kao odgovor na zatečenu nemarnu praksu domaćih trgovaca u pogledu pritužbi potrošača. Zatim, tu je zabrana zloupotrebe reči garancija i izraza sa istim značenjem (čl. 57), prekršajno sankcionisanje te zloupotrebe (čl. 151, st. 1 (28)), kao i dodavanje takve prakse na listu oblika poslovanja sa potrošačima koji se smatraju obmanjujućim (čl. 23, st. 1 (1))³² i povodom kojih se može pokrenuti postupak zabrane pred sudom (čl. 137).

Direktiva ostavlja mogućnost da država članica obaveže potrošača da obavesti trgovca o nesaobraznosti robe u roku od dva meseca od dana kada je tu nesaobraznost uočio, pod pretnjom gubitka prava koja inače ima u slučaju nesaobraznosti (čl. 5, st. 2 Direktive 99/44/EC). Srpski zakonodavac opredelio se da ne iskoristi ovu opciju. ZZP ne propisuje obavezu potrošača da pregleda robu, niti vezuje opstanak njegovih prava za obaveštavanje trgovca o uočenoj saobraznosti u kratkom roku. To opredeljenje domaćeg zakonodavca u skladu je sa pravilima Direktive. Obaveza kupca da pregleda robu naročito je bitna kod ugovora u privredi, kod kojih se propuštanje kupca da o fizičkim manama robe obavesti prodavca u razumnom roku od kada ih je uočio sankcioniše gubitkom prava.³³ Međutim, u potrošačkom kontekstu fi-

31 Čl. 8 (2) Direktive 99/44/EZ sadrži minimalnu klauzulu po kojoj države članice mogu da donesu ili zadrže stroža pravila o prodaji robe široke potrošnje i pratećim garancijama od onih koja su predviđena Direktivom.

32 Dodavanje zloupotrebe reči garancija i izraza sa istim značenjem na listu zabranjenih oblika nepoštenog obmanjujućeg poslovanja sa potrošačima predstavlja konkretizaciju pravila iz čl. 6, st. 1 (g) Direktive 2005/29/EZ o nepoštenom poslovanju.

33 Upor. čl. 38 i 39 Konvencije UN o ugovorima u međunarodnoj prodaji robe. Vid. čl. 481, st. 1 ZOO.

zičko lice kupuje robu van svoje poslovne delatnosti, profesije i zanata, ono je slabije ekonomske moći i svakako slabije informisano od trgovca, pa obaveza pregledanja robe gubi značaj.

Domaći zakonodavac iskoristio je opciju iz čl. 7, st. 1 (2) Direktive 99/44/EC, propisavši da se prilikom prodaje polovne robe može ugovoriti rok u kome trgovac odgovara za nesaobraznost u trajanju kraćem od dve godine od dana prelaska rizika na potrošača. Ipak, tako ugovoreni rok ne može biti kraći od jedne godine (čl. 55 ZZP).

ZZP ne propisuje obavezu potrošača da trgovcu naknadi koristi od stvari koje je stekao za vreme od prijema stvari do njene zamene novom, koja nema fizičke nedostatke. To izostavljanje u skladu je sa praksom Evropskog suda pravde. U odluci *Quelle* sud je smatrao da pravilo iz čl. 3 Direktive 99/44/EZ stavlja van snage normu nacionalnog prava koja propisuje obavezu potrošača da vrati koristi koje je imao od upotrebe nesaobrazne robe.³⁴ Osim toga, ZZP ne sadrži odredbu koja bi odgovarala pravilu iz čl. 4 Direktive 99/44/EZ, po kojem trgovac koji, kao saugovornik potrošača, odgovara za nesaobraznost isporučene robe, ima regresni zahtev prema proizvođaču ili drugom prethodniku u ugovornom lancu, ako je nesaobraznost posledica njihovog činjenja ili nečinjenja. Budući da to pravilo Direktive nije uneto u srpski ZZP, pitanje regresnog zahteva trgovca rešavaće se prema opštim pravilima domaćeg ugovornog prava. Na kraju, za razliku od Direktive 99/44/EZ, ZZP ne sadrži pozitivno određenje sadržine ugovorne garancije, već samo propisuje da se ugovornom garancijom potrošaču mora priznati više prava nego što on već ima po samom zakonu.

U svemu ostalom što se tiče odgovornosti trgovca za nesaobraznost robe, pravila ZZP slede režim predviđen Direktivom 99/44/EZ. Tu je, pre svega, reč o pravilima ZZP koja se odnose na sledeća pitanja: razlikovanje zakonske od ugovorne (komercijalne) garancije; imperativna priroda ovih pravila; merila za ocenu saobraznosti robe; prava potrošača u slučaju nesaobraznosti robe i redosled njihovog ostvarivanja; odgovornost trgovca za nepravilnu instalaciju ili montažu; rok u kojem trgovac odgovara za nesaobraznost; pretpostavka da je u času prelaska rizika na potrošača postojala svaka nesaobraznost koja se ispolji u roku od šest meseci od tog trenutka; sadržina garantnog lista i činjenica što na prava potrošača po osnovu garancije ne utiče to što trgovac nije izdao garantni list, kao ni to što garantni list ne ispunjava sve zakonom propisane uslove.

5. Zaključak

Usvajanjem novog ZZP Republika Srbija počela je ispunjavanje svoje ustavne obaveze da pravno uredi oblast zaštite potrošača i da domaće pravo

34 "Art. 3 of Directive 1999/44/EC on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees is to be interpreted as precluding national legislation under which a seller who has sold consumer goods which are not in conformity may require the consumer to pay compensation for the use of those defective goods until their replacement with new goods." ECJ Case C-404/06 *Quelle AG v. Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände*.

usklađi sa potrošačkim pravom Evropske unije. Novi zakon sadrži posebna pravila o odgovornosti trgovca u slučaju da prodata i predata roba nije saobrazna potrošačkom ugovoru, kao i pravila o ugovornoj (komercijalnoj) garanciji. Ta pravila su pisana po ugledu na Direktivu 99/44/EZ o prodaji robe široke potrošnje i pratećim garancijama. Osim toga, ZZP sadrži pravila o odgovornosti trgovca za nesaobraznost pružene usluge.

ZZP ima cilj da u domenu ugovornog potrošačkog prava postavi specijalna, imperativna pravila o zaključenju, dejstvima, promeni i prestanku onih ugovora koji se kvalifikuju kao potrošački. ZZP definiše trgovca i potrošača i propisuje posebna pravila koja uređuju njihove predugovorne i ugovorne odnose. U odsustvu posebnih pravila ugovornog potrošačkog prava, na predugovorne i ugovorne odnose trgovca i potrošača primenjuju se opšta pravila ugovornog prava. Drugim rečima, zatečena pravila ZOO o odgovornosti za materijalne nedostatke ispunjenja primenjuju se u potrošačkom kontekstu ako određeno pitanje nije posebno uređeno pravilima novog ZZP, a primena pravila ZOO u konkretnom slučaju ne umanjuje stepen zaštite koji je potrošaču garantovan pravilima ZZP.

ZZP sadrži pojedina pravila kojih nema u Direktivi 99/44/EZ. Budući da je cilj te direktive minimalna harmonizacija nacionalnih zakonodavstava, države su slobodne da potrošačima garantuju jaču zaštitu od one koja im je osigurana direktivom. Tu spadaju pravila o supsidijarnoj odgovornosti proizvođača; pravila o odgovornosti trgovca za nesaobraznost pružene usluge; prekršajno sankcionisanje propuštanja trgovca da blagovremeno i adekvatno odgovori na reklamaciju koju je izjavio potrošač; kao i zabrana zloupotrebe reči garancija i izraza sa istim značenjem, prekršajno sankcionisanje te zloupotrebe i dodavanje takve prakse na listu obmanjujućih oblika poslovanja povodom kojih se može pokrenuti postupak zabrane pred sudom.

Direktiva 99/44/EZ dopušta da država članica obaveže potrošača da obavesti trgovca o nesaobraznosti robe u roku od dva meseca od dana kada je tu nesaobraznost uočio, pod pretnjom gubitka prava koja inače ima u slučaju nesaobraznosti. Srpski zakonodavac se opredelio da ne iskoristi ovu opciju. S druge strane, ZZP predviđa da se prilikom prodaje polovne robe može ugovoriti rok u kome trgovac odgovara za nesaobraznost u trajanju kraćem od dve godine od dana prelaska rizika na potrošača. Ipak, tako ugovoreni rok ne može biti kraći od jedne godine. Na taj način domaći zakonodavac iskoristio je drugu opciju koja je državama članicama ostavljena Direktivom. ZZP ne implementira pravilo Direktive koje se tiče regresnog zahteva trgovca prema proizvođaču i ostalim prethodnicima u ugovornom lancu. U svemu ostalom što se tiče odgovornosti trgovca za nesaobraznost robe, pravila ZZP slede režim predviđen Direktivom.

Marija Karanikić Mirić, LL.M., PhD

Assistant Professor, University of Belgrade Faculty of Law

IMPLEMENTATION OF THE RULES OF DIRECTIVE 1999/44/EC CONCERNING SALE OF CONSUMER GOODS AND ASSOCIATED GUARANTEES IN SERBIA

Summary

The first considerable attempt to transpose into Serbian law the rules of Directive 99/44/EC concerning sale of consumer goods and associated guarantees was made by the legislator in October 2010, when the new and long waited for Law on Consumer Protection (LCP) was enacted. LCP usually follows closely EU Acquis, but takes account of the necessity to extend it, based on the ongoing review of EU directives (the Commission's Proposal for a Directive on consumer rights (2008), with recent amendments by the Schwab report of European Parliament), or on comparative law. LCP includes the rules on trader's liability for lack of conformity of goods and services to the consumer contract (garantie légale), as well as the rules on commercial guarantees (garantie commerciale ou contractuelle). The author examines the relation of the newly enacted rules of LCP to the existing rules of Serbian Law on Obligations on liability of a contracting party for material defects in performance. Secondly, the author looks at the adequacy of manner in which implementation of the Directive 99/44/EC was carried out.

Key words: *Conformity of goods. Conformity of services. Commercial guarantee. Serbian Consumer Protection Act (2010). Directive 99/44/EC.*

NAČELO TRANSPARENTNOSTI IZVRŠNOG POSTUPKA I EVROPSKI STANDARDI

Apstrakt

Skupština Srbije je 5. maja 2011. godine usvojila Zakon o izvršenju i obezbeđenju. Iako je u javnosti prvenstveno prepoznat kao zakon kojim se uvode privatni izvršitelji, ovaj zakon sadrži dosta značajnih novina zbog kojih njegova rešenja zaslužuju kritički osvrt. Jedno od važnih rešenja jeste unapređenje transparentnosti izvršnog postupka. Sve dosadašnje izmene u oblasti izvršnog procesnog zakonodavstva uglavnom su se fokusirale na izmenu sistema pravnih lekova, uvođenje novih sredstava izvršenja, proširivanje kruga izvršnih i verodostojnih isprava, skraćivanje rokova za preduzimanje određenih radnji i slično. Čini nam se da je okretanje ka principu transparentnosti konačno prepoznavanje uzroka problema. Da bi izvršni postupak bio završen namirenjem izvršnog poverioca, on prethodno mora imati uvid u prava izvršnog dužnika koja mogu biti predmet izvršenja. U tom smislu njemu je taj uvid potrebno omogućiti na samom početku izvršnog postupka, a ne nakon što je izvršenje bezuspešno sprovedeno (rešenje iz ranijeg zakona). ZIO je omogućio podnošenje zahteva za dobijanje izjave o imovini već prilikom podnošenja predloga za izvršenje, pa sve dok izvršni postupak ne bude okončan. Nepostupanje dužnika po nalogima suda sankcionisano je novčanim kaznama i pritvaranjem, a davanje lažnih podataka obaveštavanjem nadležnog javnog tužioca. Ustanovljeno je vođenje jedinstvenog i svima dostupnog registra izvršnih dužnika, što će biti snažan podsticaj sigurnosti u poslovnim odnosima.

Ključne reči: Neuspešno izvršenje. Transparentnost. Evropski standardi. Zakon o izvršenju i obezbeđenju.

I. Neuspešno izvršenje kao rezultat netransparentnosti

Izvršni postupak je završna faza u realizaciji subjektivnih građanskih prava, usled čega se neuspešnost izvršnog postupka u značajnoj meri odražava na samo ostvarivanje prava na pravnu zaštitu. Videli smo da se pravo na pravično suđenje iz člana 6 (1) EKLJP primenjuje i na izvršni postupak. Pravni subjekti imaju pravo na izvršenje u razumnom roku. Izvršni poverilac koji ima izvršnu ili verodostojnu ispravu može biti namiren ili tako što će dužnik dobrovoljno da izvrši ono što mu je osnovom izvršenja naloženo ili

* Dr Nikola Bodiroga, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije* (179059), koji podržava Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.

tako što će se tražbina realizovati prinudnim putem. Kako dužnici redovno odbijaju da izvrše svoje obaveze dobrovoljno, potreba za izvršnim postupkom je nesumnjiva.

Redovno sa izvršenje određuje na osnovu izvršne isprave, a sama izvršna isprava nastaje iz prethodno vođenog i okončanog kognicijskog postupka. Za poverioca uspešan završetak kognicijskog postupka nije garantija i uspešno sprovedenog izvršenja. U trenutku pisanja ovog rada broj nerešenih predmeta u izvršnom odeljenju Prvog osnovnog suda u Beogradu prelazi milion (izvršenje na osnovu izvršne isprave), dok se broj predmeta koji se odnose na naplatu potraživanja po osnovu izvršenih komunalnih usluga popeo na 2,5 miliona. Kriza izvršnog postupka je vidljiva i zbog toga su izmene zakona kojim se uređuje izvršni postupak tako česte. Traga se za modelom koji će omogućiti zakonitu i efikasnu naplatu potraživanja uz poštovanje proceduralnih garantija. Uglavnom su se menjali način dostavljanja i sistem pravnih lekova, te se proširivao krug izvršnih i verodostojnih isprava. Ono čemu se u poslednje vreme posvetila pažnja jeste činjenica da se izvršni poverilac ne može namiriti ako nema uvid u katalog imovinskih prava kojima izvršni dužnik raspolaže. Često je izvršni postupak osuđen na propast iako postoje dokazi o postojanju i dospelosti izvršnog potraživanja, ako izvršni poverilac nema uvid u sve moguće predmete izvršenja. Ako izvršni poverilac nije upućen u postojanje svih imovinskih prava izvršnog dužnika, a nema mogućnosti da o tome stekne informaciju, on neće biti u situaciji da odredi sredstva i predmete na kojima će se voditi izvršenje. Tada izvršnom poveriocu ostaje samo izvršna ili verodostojna isprava, dok je sama naplata izvršnog potraživanja osujećena. Stoga je neophodno učiniti transparentnim imovinsku kartu izvršnog dužnika. Izvršnom poveriocu se mora priznati pravni interes za ostvarenje uvida u javne evidencije koje su ustanovljene radi veće preglednosti pojedinih imovinskih prava, npr. zemljišne knjige, odnosno katastar nepokretnosti. Pravu izvršnog poverioca mora korespondirati dužnost izvršnog dužnika, ali i pravnih lica, kao i organa i organizacija kojima su zakonom povereni ustanovljenje i vođenje ovakvih evidencija, da izvršnom poveriocu stave na raspolaganje odgovarajuće podatke.

II. Izvori SE i EU

A. Preporuka Saveta Evrope 2003 (17)

Savet ministara Saveta Evrope je 9. septembra 2003. godine usvojio preporuku upućenu državama članicama, a koja se odnosi na izvršenje. Osnovna premisa od koje se polazi jeste dužnost država članica da uspostave efikasan, pravičan i nezavisan sudski sistem. SE tretira izvršenje sudskih odluka kao integralni deo prava na pravično suđenje u skladu sa članom 6 (1) EKLJP. Države članice su dužne da svim subjektima pod njihovom vlašću osiguraju pravo na izvršenje sudskih odluka u razumnom roku. Samo neizvršenje sudske odluke, odnosno izvršenje praćeno odlaganjem, predstavlja povredu prava

na pravično suđenje. Efikasnost izvršnog postupka ne sme da naruši pozicije stranaka, odnosno da dovede do drastičnog obespravljenja izvršnog dužnika. Sam SE je svestan da se u odsustvu dobro organizovanog izvršnog postupka mogu javiti različiti oblici privatnog zadovoljenja pravde, što vodi narušavanju poverenja u sudski sistem i pravnu državu uopšte. Još na 24. konferenciji ministara pravde država članica, održanoj u Moskvi krajem 2001. godine, usvojena je Rezolucija br. 3 o opštem pristupu i smernicama izvršenja sudskih odluka, pri čemu je zaključeno da je delotvorno i efikasno izvršenje od krucijalne važnosti za obaveze države članica u pogledu razvijanja uglednog i jakog pravnog sistema. Nakon toga 2002 usvojena je na Savetu ministara Rezolucija kojom se ustanovljava Komisija za efikasnost pravosuđa (*European Commission for the Efficiency of Justice: CEPEJ*). Potom su 2003. godine usvojene Preporuka broj 14 o informacionim sistemima u pravnom sektoru i Preporuka broj 15 o arhiviranju elektronskih dokumenata u pravnom sektoru.

Preporuka 2003 (17) rezultat je dugogodišnjeg bavljenja Saveta Evrope problemima izvršenja, pri čemu je revolucionarni korak bila presuda ESLJP Hornsby protiv Grčke iz 1997. godine, kada je ESLJP jasno podvukao da se garantije iz člana 6(1) EKLJP odnose i na izvršenje. Pravo na izvršenje odluka i drugih izvršni isprava u razumnom roku smatra se apsektom prava na pravično suđenje. Od tada je ESLJP u svojim presudama više puta isticao obaveze država članica da obezbede izvršenje konačnih i obavezujućih odluka. U tom smislu je i 1997. godine u Parizu održan poseban seminar na temu „Izvršenje sudskih odluka u građanskim stvarima“. Statusom, ulogom, pravima i dužnostima izvršitelja SE se bavio na seminaru u Varni održanom 19. i 20. septembra 2002. godine.

Preporukom 2003 (17) državama članicama se sugeriše da stvore efikasan i ekonomičan sistem izvršenja sudskih odluka i drugih nesudskih izvršnih isprava i dokumenata. Osim toga, pozivaju se države članice da preduzmu sve za primenu principa (smernica) koji se odnose na izvršenje (*Guiding principles concerning enforcement*). U tom smislu preporuka definiše i neke osnovne pojmove. Sam izvršni postupak se definiše kao svako operacionalizovanje sudskih odluka i drugih izvršnih isprava, odnosno kao primoravanje izvršnog dužnika na određeno ponašanje (*to do*), uzdržavanje od tog ponašanja (*refrain from doing*) ili plaćanje određene sume novca (*to pay what has been adjudged*). Tražilac izvršenja se označava kao *claimant*, a lice protiv koga se traži izvršenje kao *defendant*. Izvršitelj (*Enforcement agent*) jeste lice koje je ovlašćeno od države da preduzima radnje izvršenja (*huissier, bailiff, enforcement judge*). Ovde se moraju imati u vidu različita rešenja pojedinih država članica u pogledu njihovog zapošljavanja i plaćanja. Izvršitelji su ili sudski službenici ili drugi državni službenici ili privatna lica, ili kombinacija oba modela.

Preporuka se primenjuje na građanske, trgovačke i potrošačke stvari, porodične i radnopravne odnose. Upravne stvari su izuzete iz područja primene. Može se primeniti i na izvršenje u krivičnim stvarima u kojima nije izrečena kazna lišenja slobode. Izvršnim ispravama se smatraju sve sudske i

druge odluke i dokumenti koji se izvršavaju po pravilima izvršnog postupka. Preporuka se na bavi imunitetom od izvršenja.

U izvršnom postupku je najpre neophodno jasno definisati prava dužnosti i odgovornosti subjekata i drugih učesnika u postupku. Jasan pravni okvir (*clear legal framework*) podrazumeva da se izvršenje vodi u skladu sa zakonom i sudskim odlukama. Zakonodavstvo u oblasti izvršenja treba da bude u toj meri detaljno da obezbedi sigurnost (*certainty*) i transparentnost (*transparency*), kao i da sam postupak bude efikasan (*efficient*) i predvidljiv (*foreseeable*) u meri u kojoj je to moguće. Izvršni postupak je efikasniji ukoliko su njegova pravila jednostavnija. Sve ove mere treba da umanje opasnost od privatnog zadovoljavanja pravde i podignu kredibilitet izvršnog postupka.

Stranke treba da sarađuju u postupku izvršenja, pri čemu se to naročito odnosi na izvršenje odluka iz porodičnih odnosa, gde države treba da podstaknu tu saradnju. Ovde se naročito misli na opasnost od izjavljivanja veksatornih pravnih sredstava (*vexatious appeals*). Izvršni dužnici treba da pruže informacije o svojim pravima koja mogu biti predmet izvršenja. Treba sprečiti da izvršni dužnik gleda na radnje izvršenja neprijateljski, a poverilac, ako je kooperativan, može da omogući plaćanje na rate. Saradnja banaka je važna kada treba da se otkriju i zaplene sredstva izvršnog dužnika. U porodičnim stvarima dužnik mora da otkrije gde se dete nalazi (*whereabouts of the child*). U izvršnom postupku se prinudno izvršavaju odluke iz drugih kognicijskih postupaka, pri čemu se mora sprečiti zloupotreba procedure, tj. izvršenje ne sme da se pretvori u novu parnicu (*re-adjudication of the case*). Samo odlaganje izvršenja treba da bude uređeno zakonom i podložno kontroli suda.

U samom postupku mora da se obezbedi balans između prava poverioca i prava dužnika, pri čemu se moraju poštovati garantije iz članova 6 i 8 EKLJP (npr. iseljenje izvršnih dužnika u državama u kojima nije razvijena strategija rešavanja ovih problema). Gde je to neophodno, moraju se uzeti u obzir i interesi trećih lica. U izvršenju odluka iz porodičnih odnosa moraju se uzeti u obzir interesi članova porodice, a kada se izvršenje tiče dece, onda ideja vodilja mora biti najbolji interes deteta (*best interest of the child should be primary consideration*). Nijedna od odredaba ove preporuke ipak ne može imati prvenstvo u odnosu na Evropsku konvenciju o priznanju i izvršenju odluka iz oblasti starateljstva i uspostavljanja kontakata između roditelja i dece.

U interesu zaštite dužnika od totalnog uništenja, neka prava moraju biti izuzeta od izvršenja (primanja po osnovu socijalne pomoći) pravo svojine na sredstvima domaćinstva i sredstvima za rad. Proporcionalnost je jedno od osnovnih načela izvršnog postupka. Sam postupak, odnosno pravila postupka moraju biti definisana na način koji omogućava organima da ga efikasno sprovede. Odnosi između učesnika moraju biti jasno definisani, a pre svega prioritet u naplati poverilaca kada ih ima više, odnosno relacija između poverilaca i trećih lica koja imaju prava na predmetima izvršenja. Dostavljanje mora da bude ekspeditivno, pri čemu se može upotrebljavati i elektronska pošta.

Države moraju da sprečavaju zloupotrebe procesnih ovlašćenja (uvođenje novčanih kazni, ali i nekih istražnih ovlašćenja suda). Samo gde je to ne-

ophodno treba omogućiti sudsku kontrolu odluka koje se donose u izvršnom postupku, a razlozi moraju biti usko formulisani.

Sama skala troškova mora da bude razumna i unapred poznata stranaka (pitanje je osetljivo u državama sa malim pravosudnim budžetima). Izvršni postupak mora da bude opštedostupan. Neophodne troškove izvršenja treba da snosi izvršni dužnik, osim za one radnje koje su preduzete kao posledica procesnih zloupotreba. Sam dužnik je i glavni krivac za vođenje izvršnog postupka. Potraga i zaplena dužnikovih dobara treba da bude efikasna uz poštovanje dostojanstva ličnosti. Brzo otkrivanje informacija o dužnikovoj imovini podrazumeva pristup registrima u kojima se evidentiraju pojedina prava, ali dužnike treba i ohrabriti da sastave katalog imovine (registar nepokretnosti, kompanija, podaci poreske administracije). Imovina treba da se proda tako da se postigne najpovoljnija tržišna cena (opet ne nauštrb vremena), te da se izbegne svako obezvređivanje.

Sami izvršitelji, ukoliko države koriste njihove usluge, treba da postupaju u skladu sa odredbama ove preporuke. Njihov položaj, uloga, prava i dužnosti treba da budu jasno definisani zakonom, radi pravne sigurnosti. Prilikom zapošljavanja mora se uzeti u obzir poznavanje prava i prakse, ali i moralni kvalitet kandidata. Njihovo teorijsko i praktično znanje trebalo bi da se proverava na ispitu. Oni moraju svoje dužnosti da ispunjavaju kompetentno, uz poštovanje profesionalnih i etičkih standarda (u suprotnom slede suspenzije ili smanjenje plata), te da uživaju ugled u sredini u kojoj rade. To se mora odraziti i na naknade za njihov rad. Države koje usvajaju sistem izvršitelja kao državnih službenika moraju da im obezbede sredstva za rad (kancelarije, vozila, kompjutere), pomoćnike i administrativno osoblje. Treba razgraničiti krug poslova koje obavlja izvršitelj i koje obavlja sudija. Oni moraju da prođu početni trening, ali da se i kasnije podvrgnu usavršavanjima.

B. EU Green Paper o transparentnosti dužnikove imovine

Evropska komisija je identifikovala teškoće koje se javljaju u prekograničnoj naplati dugova. Ti problemi su opisani u saopštenju „Ka većoj efikasnosti dobijanja i izvršenja presuda unutar EU“. Dve godine kasnije, zaključeno je da bi bilo mnogo lakše izvršavati presude u EU ako bi se mogle dobiti tačne informacije o dužnikovoj finansijskoj poziciji. Stoga treba preduzeti mere kako bi se mogla precizno utvrditi dužnikova imovina na teritoriji država članica. Izrađena je posebna studija koja se bavi mogućim rešenjima ovog problema i predloženo je nekoliko načina u pogledu toga kako da se poboljša izvršenje sudskih odluka unutar EU. Konačno, 24. oktobra 2006. godine, Evropska komisija je usvojila *Green Paper* o povećanju efikasnosti izvršenja sudskih odluka u EU: priključenje bankovnih računa.

Prvi sistem podrazumeva deklaraciju, tj. davanje izjave o celokupnoj imovini izvršnog dužnika. U nekim državama članicama već je na snazi taj sistem, po kojem je izvršni dužnik obavezan da otkrije svoju imovinu, ali samo u meri koja je neophodna za naplatu potraživanja.

Druge države članice, koje ne predviđaju ovakvu obavezu izvršnog dužnika, predviđaju pristup sistemima pretrage putem kojih se ove informacije

mogu saznati. Uglavnom se te informacije dobijaju iz registara. Pojedine države članice se razlikuju u pogledu prava na pristup registrima i drugim izvorima informacija, kao i ovlašćenjima prilikom otkrivanja ovih informacija.

Predlaže se izrada posebnog priručnika – vodiča kroz nacionalne zakone o izvršnom postupku i praksu primene ovih zakona. Takvi priručnici bi morali da sadrže uputstva o otkrivanju imovine izvršnog dužnika, kontakt osobe koja može da obezbedi takve informacije, ako je pristup ograničen, troškove pristupa i druge značajane podatke. Priručnik bi morao da bude dostupan na sajtu Evropske pravosudne mreže u građanskim i trgovačkim stvarima. Mora se unaprediti pristup trgovačkim registrima, registrima stanovništva i registrima socijalnog osiguranja. U tom segmentu je dosta različita situacija u državama članicama. Pravo na pristup registrima može da dođe u sukob sa pravilima o zaštiti podataka o ličnosti i transparentnosti dužnikove imovine. Naročito informacije iz registara socijalnog osiguranja i poreskih registara mogu biti osetljive. Tu se moraju uvažiti razlike između država članica.

Pošto ne postoji registar na nivou EU, jedna opcija bi bila snaženje saradnje između pojedinih država članica u direktnoj razmeni informacija. Organi izvršnog postupka jedne države članice mogli bi da traže pomoć nadležnih organa u drugim državama članicama. Postojeći oblik saradnje između poreskih vlasti mogao bi da posluži kao model. Treba sačiniti listu nacionalnih organa izvršnog postupka koji bi bili ovlašćeni da zahtevaju informacije, kao i rokove za postupanje. To mora biti dostupno na svim jezicima EU i podaci se moraju razmenjivati elektronskim putem. Razlike koje postoje među državama članicama izvode se pre svega iz činjenice da izvršenje u pojedinim zemljama nije u nadležnosti državnih organa, pa ostvarivanje pristupa ovim informacijama može biti otežano.

U pogledu transparentnosti imovine izvršnog dužnika, jedna od mogućnosti bi bilo predviđanje posebnog postupka za davanje izjave o imovini, pri čemu bi same države članice odlučivale o uslovima pod kojima bi se takva izjava davala. Druga mogućnost jeste uniformna deklaracija na nivou EU – *European Assets Declaration*, koja bi obavezivala izvršne dužnike da otkriju sve informacije o imovini unutar evropskog pravosudnog prostora. Ne treba se ograničavati na imovinu izvršnog dužnika u jednoj državi članici imajući u vidu slobodno izvršenje presuda u EU, tako da kompletna imovina dužnika u EU podleže izvršenju. Morale bi se propisati i sankcije za dužnike koje odbijaju da otkriju svoju imovinu. Taj obrazac bi trebalo da bude standardan na svim jezicima EU, dostupan svim poveriocima unutar evropskog pravosudnog prostora. Tako bi se svima njima garantovalo pravo na jednaku pravnu zaštitu i smanjilo kupovanje informacija unutar EU (*information shopping*).

C. Rezolucija Evropskog parlamenta o delotvornom izvršenju sudskih odluka u EU

U rezoluciji usvojenoj 22. aprila 2009. godine, Evropski parlament se pozvao na *Green Paper* i ukazao na probleme koje prate izvršni postupak u državama članicama. Nedostatak transparentnosti izvršenja koji se pre svega

ogleda u nemogućnosti izvršnih poverilaca da steknu uvid u imovinske karte izvršnih dužnika predstavlja povredu principa dobre vere (*good faith*) i imovinske odgovornosti (*pecuniary liability*). Nepoznavanje nacionalnih zakona o izvršnom postupku, odnosno njihova nedelotvornost, predstavlja prepreku stvaranju jedinstvenog tržišta i vodi nepotrebnim troškovima. Samo kašnjenje u plaćanju ili neplaćanje štete razvoju kreditnih poslova, zaštiti potrošača i potkopavaju pravni sistem u celini. Evropski parlament podržava unapređenje zakonodavstva i preduzimanje proporcionalnih mera kako bi izvršni postupak bio efikasniji. Izvršnom poveriocu se zbog toga mora omogućiti pristup javnim registrima (pod nadzorom nadležne vlasti), kako bi plaćanje duga moglo da se realizuje u okviru unutrašnjeg tržišta. Sama izrada priručnika nacionalnih zakona o izvršnom postupku bi, iako korisna, bila samo na prvi pogled u funkciji povećanja uspešnosti izvršnog postupka jer bi, umesto sa jednim režimom izvršenja, stranke imale posla sa 27. Umesto toga, predlaže se izrada registara advokata koji imaju pravo da se bave praksom na području celog unutrašnjeg tržišta.

Evropski parlament se protivi pravu na arbitreran, diskriminatoran i neograničen pristup javnim registrima koji se vode u državama članicama. Ovo se naročito odnosi na registre stanovništva, socijalnog osiguranja i registre poreske uprave. Registri stanovništva bi bili korisni u pronalaženju pojedinaca koji kasne sa plaćanjem izdržavanja, zajmova itd. Samo korišćenje podataka iz poreskih registara i registara socijalnog osiguranja trebalo bi da se odvija u skladu sa principom zaštite ličnih podataka, tj. samo korišćenje podataka iz navedenih registara bilo bi problematično, ako je u pitanju druga svrha osim one zarad koje su ti podaci prikupljeni. U mnogim državama članicama korišćenje ovih registara zarada vođenja izvršnog postupka predstavljalo bi zloupotrebu izvršne vlasti. Teškoću na putu boljeg izvršnog postupka predstavlja i činjenica da nemaju sve države članice tela koja bi se bavila razmenom informacija o pitanjima izvršenja. Samo davanje izjave o imovini izvršnog dužnika može biti sastavni deo izvršnog postupka, samo ako je praćeno sankcijama nacionalnog prava.

Predlaže se i uvođenje mera na nivou zakonodavstva EU, koje bi imale dejstvo na području unutrašnjeg tržišta. Te mere bi se mogle primenjivati u slučaju izvršenja arbitražnih odluka, a trebalo bi ih razmotriti u kontekstu predstojećih izmena Uredbe Brisel I. Komisiji je dat zadatak da postavi kritičku analizu ovog problema (*detailed appraisal of the problem*) posebnu studiju o mogućim instrumentima EU koji bi se mogli uvesti (*feasibility study of possible Community instruments*), da pronade osnovu za primenu ovih mera (*proper legal basis*), te da njihova primena bude ograničena na prekogranične slučajeve (*limited to cross-border cases*). Traži se uvođenje posebnih predugovornih i ugovornih odredaba koje se odnose na kašnjenje u plaćanjima, te izmena direktive koja se odnosi na kašnjenje u plaćanju (*Late Payments Directive*). Studija treba da uvaži različite nacionalne pristupe u sticanju izvršnog naslova (*divergent national legal approaches to retention of title*), te da putem odgovarajućih mehanizama obezbedi njihovo uzajamno priznanje (*mutual recognition*).

III. Stepenasta tužba (ZPP)

Izmenama hrvatskog parničnog zakonodavstva 2003. godine uvedena je posebna vrsta tužbe, tzv. stepenasta, koja predstavlja izuzetak od obaveze tužioca da u tužbi odredi tužbeni zahtev.¹ Stepenasta tužba (*Stufenklage*) uvedena je po uzoru na nemačko pravo. Paragrafom 254. nemačkog ZPO propisano je da se glavni tužbeni zahtev (*Hauptantrag*) može istaći u vezi sa nekoliko samostalnih pomoćnih zahteva (*in Verbindung mit mehreren selbständigen Hilfsansprüchen*), o kojima sud mora da odlučuje stepenasto. Sam glavni tužbeni zahtev ne mora biti određen u trenutku podizanja tužbe.² Smisao postojanja ove tužbe jeste da se tužiocu omogući da realizuje potraživanje, čija obeležja nisu sasvim poznata u trenutku podnošenja tužbe. Postoji potraživanje (*Anspruch*) čiji obim i predmet (*Umfang und Gegenstand*) nisu poznati, pri čemu je neznanje tužioca uzrokovano činjenicama koje se nalaze u sferi tuženog (*Tatsachen die in der Sphäre des Beklagten liegen*). Član 85. švajcarskog ZPO omogućava stranci da, u slučajevima u kojima visina potraživanja nije poznata već zavisi od ishoda dokaznog postupka, precizira svoj zahtev tek nakon što budu poznati rezultati dokaznog postupka. To je naročito slučaj u postupcima po tužbi radi naknade štete, odnosno isplate dobiti. Stranka ne može sama da izvodi dokaze pre nego što je postupak počeo, pa se zato ne traži konkretizacija zahteva u tom trenutku. Član 85. stav 2. švajcarskog ZPO predviđa mogućnost podnošenja stepenaste tužbe koja se svodi na objektivnu kumulaciju jednog materijalnopravnog pomoćnog zahteva za saopštenje informacija (*materiellrechtlich Hilfsanspruch auf Auskunftserteilung*). sa prethodno istaknutim brojčano neodređenim glavnim zahtevom koji glasi na novčano plaćanje (*unbezifferter Hauptanspruch auf eine Geldleistung*).³

Tužilac ne zna sva obeležja potraživanja zato što te informacije odbija da mu saopšti tuženi, odnosno uskraćuje mu pristup tim informacijama. Tužba je složena i može se posmatrati na dva nivoa. Prvi je manifestacioni i njime se od dužnika traži da omogući pregled imovine kojom raspolaže (izjava o imovini u našem produženom izvršnom postupku), a drugi nivo se svodi na isticanje kondemnatornog zahteva. Kada se tužba podnosi, tužilac je dužan da odredi samo manifestacioni zahtev, dok će kondemnatorni zahtev biti preciziran nakon što tuženi dostavi potrebne podatke ili ih tužilac prikupi na drugi način.

Tužilac koji za to ima imovinskopravni interes može tužbom zatražiti od suda da naloži tuženom koji je prema sadržaju pravnoga odnosa dužan da položi račun ili da pruži pregled neke imovine i obaveza, odnosno tuženom za koga je verovatno da nešto zna o utajenoj ili prikrivenoj imovini, da, pod zakletvom ili bez zakletve, položi račun ili preda potpuni pregled imovine ili obaveza, odnosno da saopšti ono što mu je o utajenoj ili prikrivenoj imovini poznato, te da izjavi da su položeni račun, predat pregled imovine i obaveza,

1 Triva, S., Dika, M., *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb 2004, str. 406.

2 Rosenberg, L., Schwab, K.H., Gottwald, P., *Zivilprozessrecht*, Minhen 2010, str. 522.

3 Leuenberger, C., Uffer-Tobler, B., *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, Bern 2010, str. 149.

odnosno dati podaci o utajenoj ili prikrivenoj imovini potpuni i tačni.⁴ U sporovima u kojima ne može postaviti tužbeni zahtev za isplatu određenog iznosa novca, isporuku određene količine zamenjivih stvari, predaju određenih stvari ili prenos određenih prava pre nego što tuženi ispuni svoju obavezu polaganja računa ili predaje pregleda imovine i obaveza, tužilac može u tužbi, pored zahteva za polaganje računa ili predaju pregleda imovine i obaveza, istaći i zahtev kojim će od suda zatražiti da tuženog osudi na isplatu iznosa novca, isporuku ili predaju stvari ili prenos prava, čiju će visinu, količinu odnosno istovetnost odrediti tek nakon što tuženi položi račun ili preda pregled imovine i obaveza, odnosno tek nakon što se sprovede veštačenje ili izvedu drugi dokazi u povodu položenog računa ili predatog pregleda imovine i obaveza ili povodom uskraćivanja polaganja računa ili predaje pregleda imovine i obaveza.⁵ U sporovima u kojima ne može postaviti određeni zahtev pre nego što dođe do podataka koje tuženi ne želi da mu saopšti iako njima raspolaže, a koje mu je prema sadržaju građanskopravnoga odnosa dužan da saopšti, odnosno koji se mogu smatrati zajedničkim za obe stranke, tužilac može u tužbi istaknuti zahtev kojim će zatražiti od suda da tuženog osudi na isplatu iznosa, predaju stvari ili prenos prava čiju će visinu, količinu, odnosno istovetnost odrediti tek nakon što mu tuženi saopšti potrebne podatke, odnosno tek nakon što se sprovede veštačenje ili izvedu drugi dokazi o podacima koje tuženi izbegava da pruži.⁶

IV. Postupak za dobijanje izjave o imovini (ZIO)

Značajna novina koju na tom planu donosi Zakon o izvršenju i obezbeđenju (u daljem tekstu: ZIO)⁷ jeste postupak za dobijanje izjave o imovini. Izvršni poverilac koji je pokrenuo postupak izvršenja, odnosno obezbeđenja, može pred sudom nadležnim za određivanje izvršenja da podnese zahtev za dobijanje izjave o imovini izvršnog dužnika, kada se obaveza izvršnog dužnika sastoji u novčanim davanjima (član 54. stav 1. ZIO). Zahtev se može podneti uz predlog za izvršenje i u toku izvršnog postupka, sve dok postupak ne bude okončan⁸. Kada izvršenje sprovodi izvršitelj, izvršni poverilac može ovlastiti izvršitelja da u njegovo ime podnese zahtev za dobijanje izja-

4 Član 186b stav 1. hrvatskog ZPP.

5 Član 186b stav 2. hrvatskog ZPP.

6 Vidi član 186b stav 3. hrvatskog ZPP.

7 *Službeni glasnik RS*, 31/11

8 Ovo je značajan napredak u odnosu na dosadašnje rešenje. Naime, ranije važeći ZIP od 2004. poznavao je institut produženog izvršnog postupka radi naplate novčanog potraživanja. Osnovna pretpostavka za vođenje produženog izvršnog postupka bila je da izvršni poverilac nije u potpunosti namiren, što je značilo da je izvršni postupak morao biti vođen i bezuspešno okončan, pa bi se tek onda moglo pribeci ovom sredstvu (član 92. ZIP, 2004). U ZIP od 2004. produženi izvršni postupak bio je uređen u okviru izvršenja na pokretnim stvarima radi naplate novčanih potraživanja, iz čega se moglo zaključiti da se on ne može koristiti ukoliko je izvršenje bilo bezuspešno, a primenjena su druga sredstva izvršenja. ZIO ovaj institut uređuje kao opšti, zajednički za sva sredstva izvršenja, a njemu se može pribeci u bilo kom trenutku dok izvršni postupak ne bude okončan.

ve o imovini. Izjava o imovini se pribavlja po službenoj dužnosti kada je to potrebno radi sprovođenja rešenja o naplati novčane kazne. Izjava o imovini ne može se zahtevati u odnosu na Republiku Srbiju, autonomnu pokrajinu i jedinicu lokalne samouprave, kao izvršne dužnike (član 54. stav 5. ZIO).

Postupak po zahtevu za dobijanje izjave o imovini izvršnog dužnika može se razdvojiti. Sud će doneti rešenje kojim će naložiti izvršnom dužniku da pristupi u sud radi davanja izjave o imovini na zapisnik pred sudijom ili da u roku koji ne može biti duži od pet radnih dana dostavi sudu izjavu o imovini u potrebnom broju primeraka (član 55. stav 1. ZIO). Protiv tog rešenja ne može se izjaviti prigovor. Nepostupanje dužnika po nalogu suda povlači novčano kažnjavanje. U slučaju da je izvršni dužnik pravno lice, navedene radnje se preduzimaju prema licu koje je na osnovu zakona ili drugog opšteg akta određeno da ga zastupa. Ako izvršni dužnik nema poslovnu sposobnost, radnje se preduzimaju prema zakonskom zastupniku, a sud će, ako oceni da zastupnik nemarno postupa u zaštiti interesa izvršnog dužnika, o tome obavestiti organ starateljstva (član 56. stav 2. ZIO). Primerak ili kopiju izjave o imovini, odnosno zapisnika sa izjavom, sud će dostaviti izvršnom poveriocu. Ako je sud razdvojio postupak dobijanja izjave o imovini, kopiju izjave, odnosno zapisnika sa izjavom, sa naznačenjem datuma kada je ona dostavljena izvršnom poveriocu, združiće se spisima predmeta povodom kog je zahtevana izjava o imovini (član 57. stav 1. ZIO). Izvršni poverilac može, u roku od pet radnih dana od dana prijema izjave o imovini, odnosno zapisnika sa izjavom, zahtevati dopunu izjave, odnosno novu izjavu ako izjava ne sadrži dovoljno podataka iz kojih se imovina navedena u njoj može identifikovati ili ako javnom, odnosno u skladu sa zakonom overenom ispravom dokaže da je dužnik u izjavi saopštio nepotpune ili netačne podatke i uz to učini verovatnim da se iz imovine izvršnog dužnika koja je do tada poznata ne može u potpunosti namiriti njegovo potraživanje (član 57. stav 2. ZIO). Ako izvršni poverilac nije zahtevao dopunu izjave o imovini ili novu izjavu o imovini, a izvršenje sprovodi sud, dužan je da u roku od pet radnih dana od dana dobijanja izjave o imovini predloži sredstva i predmete izvršenja. Neaktivnost izvršnog poverioca je u tom slučaju sankcionisana obustavom izvršenja.⁹

Izjava o imovini izvršnog dužnika sadrži: 1) podatke o stvarima i pravima izvršnog dužnika koji mogu biti predmet izvršenja, a naročito: pokretne i nepokretne stvari u svojini izvršnog dužnika; gotovinska novčana sredstva koja dužnik poseduje u trenutku davanja izjave; novčane depozite izvršnog dužnika; tekuće račune izvršnog dužnika; prava na hartijama od vrednosti i prava iz hartija od vrednosti; osnivačka (članska) prava na privrednom društvu i dobit koju je izvršni dužnik, po osnovu tih prava, ostvario u poslednjoj godini; prosečan mesečni iznos zarade izvršnog dužnika u poslednjih šest meseci, poslodavacu kod koga izvršni dužnik ostvaruje zaradu, trajanje i vrstu radnog odnosa; potraživanja izvršnog dužnika prema trećim licima, osnov potraživanja, vreme njihovog dospeća i obezbeđenje potraživanja; 2) podatke o potraživanjima trećih lica na teret izvršnog dužnika koja su dospe-

9 U skladu sa rešenjem ZIO po kojem se izvršenje obustavlja u slučaju da se ne nađe imovina koja će biti predmet izvršenja (član 76. stav 1. tačka 6. ZIO).

la ili koja dospevaju u narednih godinu dana i podatke o datom obezbeđenju za ta potraživanja; 3) podatke o postupcima prinudnog izvršenja koji se vode protiv izvršnog dužnika; 4) podatke o svim pravnim radnjama koje je izvršni dužnik preduzeo na teret svoje imovine nakon što je zasnovana obaveza u pogledu koje se zahteva prinudno izvršenje (prenos imovinskih prava sa ili bez naknade ili davanje obezbeđenja za sebe ili za treće lice); 5) svojeručni potpis izvršnog dužnika overen od suda, osim ako se izjava sastavlja na zapisnik u prisustvu sudije (član 58. stav 1. ZIO).

Osim navedenih podataka, izjava o imovini sadrži i druge podatke koji su potrebni da bi se određena stvar, odnosno pravo moglo identifikovati u pravnom prometu, a naročito: 1) naznačenje adrese na kojoj se nalaze pokretne stvari; 2) podatke o stvarima i pravima koja se upisuju u odgovarajući javni registar; 3) podatke iz katastra, zemljišnih i drugih javnih knjiga o nepokretnostima u svojini izvršnog dužnika, odnosno podatke o osnovu i načinu sticanja ako nepokretnost nije upisana u katastar, zemljišne i druge javne knjige; 4) podatke o brojevima tekućih računa, štednih računa, odnosno novčanih depozita i bankama kod kojih se oni vode; 5) podatke o trećim licima u čiju korist je izvršni dužnik preduzeo pravnu radnju na teret svoje imovine i o pravnoj radnji koja je preduzeta.¹⁰ Ako dužnik ne poseduje imovinu koja bi mogla biti predmet izvršenja, dužan je da to izričito navede u izjavi.

Na zahtev izvršnog poverioca, sud će rešenjem naložiti izvršnom dužniku da u roku od pet radnih dana preda isprave o stvarima i pravima koji su navedeni u izjavi o imovini i izreći mu novčanu kaznu ako po tom nalogu ne postupi (član 59. stav 1. ZIO). U slučaju da izvršni dužnik tri puta ne postupi po nalogu suda iz stava 1. ovog člana, sud će mu rešenjem izreći kaznu zatvora, dok ne postupi po nalogu, a najviše 30 dana.¹¹ Protiv rešenja o izricanju kazne zatvora, dozvoljen je prigovor, koji zadržava izvršenje rešenja. Zatvor će se izvršiti u skladu sa odredbama zakona kojim je uređeno izvršenje krivičnih sankcija (član 59. stav 3. ZIO).

Smatra se da je izvršni dužnik dao netačne ili nepotpune podatke o imovini: 1) ako izvršni poverilac javnom ili u skladu sa zakonom overenom ispravom dokaže da je u vreme sastavljanja izjave o imovini izvršni dužnik posedovao imovinu ili da je pre sastavljanja izjave preduzimao pravne radnje na teret svoje imovine koje u izjavi nije naveo (član 57. stav 2), a iz imovine

10 Sadržina izjave o imovini uređena je vrlo detaljno. Zakonodavac se trudio da obuhvati sva prava (mada se u zakonu i dalje mešaju stvari i prava) koja bi mogla da budu predmet izvršenja. ZIP od 2004. sadržinu izjave uopšte nije uređivao, pa se to ostavljalo postupajućem sudiji, odnosno od njega je zavisilo koliko će ta izjava biti sveobuhvatna.

11 ZIO generalno pooštava procesnu disciplinu propisivanjem novčanih kazni učesnicima koji ne postupaju po nalogu suda. Koliko je važno mesto ovih kazni, govori i redakcija člana 51. ZIO „Novčane kazne“, u kojem se najpre govori o iznosima kazni za fizička i pravna lica, načinu izricanja i izvršenja, pa tek u poslednjem stavu o razlozima zbog kojih se novčana kazna izriče. Izricanje kazne zatvora za nepostupanje po nalogu suda (ponovljeno tri puta) iako se na prvi pogled čini oštrim, neophodno je kako bi se odredbe ZIO o dobijanju izjave o imovini učinile operativnim. Ako bi nepokoravanje izvršnog dužnika nalogu suda ostalo bez sankcije, posledice bi snosio izvršni poverilac, a u krajnjem ishodu država jer nije obezbedila izvršenje sudske odluke u razumnom roku.

izvršnog dužnika koja je do tada poznata, odnosno koja je navedena u izjavi, ne može se u potpunosti namiriti njegovo potraživanje; 2) ako treće lice, u skladu sa ovim zakonom, dokaže da njemu pripada imovina koju je izvršni dužnik u izjavi naveo kao svoju (član 60. stav 1. ZIO). Ako postoje osnovi sumnje da je izvršni dužnik, postupajući kao u stavu 1. ovog člana, doveo ili pokušao da dovede izvršnog poverioca u zabludu radi izbegavanja sopstvene obaveze, sud će kopiju spisa dostaviti nadležnom javnom tužiocu (član 60. stav 2. ZIO). Ako je izvršni dužnik dao netačne ili nepotpune podatke o imovini, sud mu može izreći novčanu kaznu.¹²

Knjigu izvršnih dužnika i zbirku isprava vodi sud. Knjiga izvršnih dužnika sadrži evidenciju sa podacima o izvršnom dužniku, osnovu upisa, datumu upisa, rešenju kojim je naložen upis i evidencionom broju pod kojim se izjava čuva u zbirci isprava. U zbirci isprava čuvaju se originalni primerci izjave izvršnih dužnika o imovini, odnosno kopije zapisnika koji sadrže izjave o imovini i rešenja kojim je određen upis u knjigu izvršnih dužnika. U knjigu izvršnih dužnika upisuje se izvršni dužnik: 1) koji je predao izjavu o imovini sa popisom imovine; 2) koji nije postupio po nalogu suda za predaju pismene izjave o imovini (član 58. stav 1); 3) koji je predao izjavu da ne poseduje imovinu (član 58. stav 3); 4) koji je saopštio netačne ili nepotpune podatke o svojoj imovini (član 60). Upis u knjigu izvršnih dužnika sud će izvršiti u roku od pet radnih dana od dana pravnosnažnosti rešenja o upisu. Zbirci isprava prilaže se primerak pravnosnažnog rešenja o upisu u knjigu izvršnih dužnika, a kada je osnov za upis davanje izjave o imovini, prilaže se i original izjave, odnosno kopija zapisnika sa izjavom. Upisom u knjigu izvršnih dužnika, izvršni poverilac na osnovu čijeg zahteva je izvršni dužnik dao izjavu o imovini ne stiče pravo prvenstvenog namirenja. O upisu u knjigu izvršnih dužnika sud odlučuje rešenjem. Rešenje se donosi u roku od pet dana od dana: 1) prijema izjave o imovini, u slučaju kada je izvršni dužnik predao tu izjavu; 2) kada je protekao rok za predaju izjave o imovini, u slučaju kada je izvršni dužnik taj rok propustio; 3) kada je izvršni dužnik odbio da preda izjavu o imovini u prisustvu sudije; 4) kada je sudu dostavljen dokaz (član 57. stav 2) o naknadno pronađenoj imovini izvršnog dužnika koju je u izjavi propustio da navede, odnosno o pravnim radnjama koje je izvršni dužnik preduzeo na teret svoje imovine pre sastavljanja izjave. U rešenju se navodi osnov upisa u knjigu izvršnih dužnika (član 61. stav 4), kao i rok i uslovi pod kojim izvršni dužnik može tražiti brisanje upisa (član 64). Ako nakon izvršenog upisa u istom predmetu nastupi osnov za novi upis zasnovan na drugim činjenicama, sud će doneti rešenje o novom upisu i istovremeno odrediti da se raniji upis

12 Ovim su otklonjeni nedostaci iz ZIP od 2004. koji je propisivao da ako izvršni dužnik da nepotpune ili netačne podatke u izjavi o imovini, smatraće se da je takvim lažnim prikazivanjem odnosno prikrićanjem doveo u zabludu izvršnog poverioca i na taj način onemogućio izvršnog poverioca da naplati svoje potraživanje na imovini koju je lažno prikazao odnosno prikrio (član 94. stav 1. ZIP od 2004). Kao posledica je bilo propisano da svako zainteresovano lice koje utvrdi da je izjava o imovini nepotpuna ili netačna, može da pokrene krivični postupak protiv izvršnog dužnika (član 94. stav 2. ZIP od 2004). Rešenje je bilo dubiozno imajući u vidu da samo krivičnu prijavu može svako da podnese, a krivični postupak pokreću samo organi i lica ovlašćena odredbama ZKP.

bríše. U slučaju da izjava o imovini izvršnog dužnika naknadno bude samo dopunjena (član 57. stav 3), neće se brisati raniji upis već će se rešenjem odrediti da se dopunska izjava o imovini priloži zbirci isprava uz isprave o ranijem upisu (član 62. stav 4. ZIO). Izvršni dužnik može izjaviti prigovor protiv rešenja o upisu u knjigu izvršnih dužnika, u roku od pet radnih dana od dana kada mu je rešenje dostavljeno. Prigovor se može izjaviti iz razloga što nisu bili ispunjeni uslovi za postupanje po zahtevu za dobijanje izjave o imovini (član 54. stav 5) ili ako je rešenje o upisu u knjigu izvršnih dužnika trebalo da bude zasnovano na drugom osnovu. O prigovoru odlučuje veće istog suda u roku od pet radnih dana od dana dostavljanja prigovora. Prigovor zadržava upis izvršnog dužnika u knjigu izvršnih dužnika (nesuspenzivnost).

Na zahtev izvršnog dužnika, sud će rešenjem izvršiti brisanje upisa u knjizi izvršnih dužnika: 1) ako je izvršenje u celini pravnosnažno obustavljeno, osim ako je do toga došlo zbog nepostojanja imovine koja može biti predmet izvršenja; 2) u slučaju kada je upis izvršen zbog propuštanja roka za davanje izjave o imovini, zbog odbijanja izvršnog dužnika da da izjavu, zbog saopštavanja netačnih ili nepotpunih podataka ili kada je upis izvršen na osnovu izjave da izvršni dužnik ne poseduje nikakvu imovinu, kada tokom postupka prestanu razlozi zbog kojih je taj upis izvršen, odnosno ako su protekle dve godine od okončanja izvršnog postupka, a u knjizi izvršnih dužnika nije bilo naknadnih upisa za istog izvršnog dužnika ili su naknadni upisi brisani; 3) u slučaju kada je upis izvršen na osnovu izjave u kojoj je navedena imovina ako je protekla jedna godina nakon okončanja izvršnog postupka, a u knjizi izvršnih dužnika nije bilo naknadnih upisa za istog izvršnog dužnika ili su naknadni upisi brisani (član 64. stav 1. ZIO). Ako je u slučaju iz stava 1. tač. 2) i 3) ovog člana bilo naknadnih upisa, brisanje se može tražiti kada se steknu uslovi za brisanje svih naknadnih upisa. Brisanje upisa može se izvršiti i pre proteka roka iz stava 1. ovog člana, ako sudu bude dostavljena izjava izvršnog poverioca, na osnovu čijeg je zahteva izvršen upis, da je njegovo potraživanje namireno i da je saglasan da se izvrši brisanje. U slučaju sumnje, sud može zahtevati da izjava izvršnog poverioca bude overena (član 64. stav 3. ZIO).

Sud će odrediti brisanje upisa po službenoj dužnosti ako u istom predmetu nastupi osnov za novi upis zasnovan na drugim činjenicama, izuzev ako je izjava o imovini izvršnog dužnika naknadno samo dopunjena (član 62. stav 4). Ako izvršni dužnik u potpunosti ispuni svoju obavezu i dokaz o tome dostavi sudu koji vodi knjigu izvršnih dužnika, pre nego što je postupak upisa pravnosnažno okončan, sud će po službenoj dužnosti obustaviti postupak upisa u knjigu izvršnih dužnika, ukinuti sve prethodne radnje i brisati upise. U slučaju sumnje da je izvršni dužnik ispunio obavezu, sud može zatražiti izjavu od izvršnog poverioca (član 64. stav 5. ZIO).

Sud je dužan da zainteresovanom licu omogućiti uvid u knjigu izvršnih dužnika ili dostavi obaveštenje o upisu određenog lica u knjigu izvršnih dužnika, vremenu i osnovu tog upisa (član 65. stav 1. ZIO). Svako lice koje učini verovatnim postojanje opravdanog interesa može zahtevati od suda da mu se odobri pregledanje, fotokopiranje i prepisivanje podataka iz zbirke isprava

(član 66. stav 1. ZIO). Radi jedinstvene evidencije pravnih subjekata upisanih u knjigu izvršnih dužnika, vodi se jedinstven registar za teritoriju Republike Srbije (član 67. stav 1. ZIO). Jedinstveni registar je javan, vodi se u elektronskom obliku i objavljuje na internetu.

Jedinstveni registar izvršnih dužnika je višestruko bitan. Sama činjenica da će izvršni dužnik biti upisan u knjigu izvršnih dužnika, te da će registar biti dostupan svim zainteresovanim licima, predstavlja podsticaj izvršnom dužniku da na vreme izvrši obavezu koja mu je naložena izvršnom ili verodostojnom ispravom. Upis u knjigu izvršnih dužnika i mogućnost da se izvršni dužnik nađe prilikom onlajn pretrage registra izvršnih dužnika svakako će se odraziti i na mogućnost zasnivanja novih imovinskopravnih odnosa. Banke će prilikom odobravanja kredita imati u vidu da li je potencijalni korisnik upisan u knjigu izvršnih dužnika. To je snažan pritisak na izvršnog dužnika da uskladi svoje ponašanje sa sadržinom izvršne odnosno verodostojne isprave, imajući u vidu da buduća poslovna aktivnost, usled javnosti „crne knjige“, može biti paralisana. Osim uvida u knjigu izvršnih dužnika, zainteresovana lica mogu da zatraže od suda da im dozvoli uvid, odnosno pregledanje i kopiranje podataka iz zbirke isprava. Na taj način se može precizno utvrditi koja je imovinska snaga izvršnog dužnika, odnosno do koje mere se može ići prilikom naplate budućih potraživanja.

Nikola Bodiroga, PhD

Assistant Professor, University of Belgrade, Faculty of Law

TRANSPARENCY PRINCIPLE IN ENFORCEMENT PROCEEDINGS AND EUROPEAN STANDARDS

Summary

On May 5th 2011, Serbian Parliament passed Enforcement and Security Act. Although publicly advertised because of private enforcement agents, it also introduced a lot of significant novelties. Lawmakers have finally recognized the importance of transparency of enforcement proceedings. Enforcement creditor can successfully collect his claim only if he is aware of the debtor's assets. At the request of enforcement creditor (which can be filed together with motion for enforcement) enforcement debtor must declare his entire patrimony. In case he fails to do so the court can impose fines or even detain him. Giving false information means the public prosecutor will be notified so the criminal proceedings could be started. The public register of enforcement debtors will be established so that everyone interested can make online search. This will improve stability of business relations.

Key words: *Unsuccessful enforcement. Transparency principle. European Standards. New Enforcement and Security Act.*

Доц. др Марко Станковић*

О МИШЉЕЊУ ВЕНЕЦИЈАНСКЕ КОМИСИЈЕ О ИЗМЕНАМА И ДОПУНАМА ЗАКОНА О ИЗБОРУ НАРОДНИХ ПОСЛАНИКА

Апстракт

Устав Републике Србије од 2006. године прописује да је народни посланик слободан да, под условима одређеним законом, неопозиво стави мандат на располагање политичкој страници на чији је предлог изабран за народног посланика. Тиме је на неубичајен, „заобилазан“ начин промењена природа посланичког мандата, јер је он, иако правно слободан, учињен политички императивним. Овакво уставно решење је од почетка жестоко критиковано, како од стручне јавности, тако и од респектабилних међународних организација, што законодавца није спречило да покуша да даље разради спорну уставну норму. Ништа мење критике није трпео ни тзв. систем невезаних изборних листа, установљен Законом о избору народних посланика. Но, недавно су, услед великих притисака представника међународне заједнице, ипак предложене измене и допуне спорних законских одредаба које регулишу изборну материју. Своје мишљење о нормативном квалитету предложених решења изнела је и Венецијанска комисија, у сарадњи са Канцеларијом за демократске институције и људска права ОЕБС-а. Штавише, тај документ је довео до тога да измене и допуне Закона о избору народних посланика добију друкчији облик од оног који је првобитно предложен.

Кључне речи: Избор народних посланика. Бланко оставке. Невезане изборне листе. Венецијанска комисија. Устав Србије од 2006. године.

Огромна већина држава у свету у својим уставима прихвата или концепцију народне или концепцију националне суверености.¹ И једна и друга концепција су утемељене на идеји да је носилац суверености бирачко тело, које је једино позвано да оцењује рад изабраних представника. Према теорији националне суверености, њихов рад се оцењује искључиво на наредним изборима за народно представништво, док према изворној концепцији народне суверености контрола изабраних

* Др Марко Станковић, доцент Правног факултета Универзитета у Београду. Рад је резултат истраживања у оквиру пројекта *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије* (179059), који подржава Министарство просвете и науке Републике Србије.

¹ „У савременим уставима као носилац суверености одређује се или народ, или нација, или сви грађани.“ (Марковић, Ратко, *Уставно право*, Београд 2011, стр. 160)

представника може имати још неке модалитете.² У Уставу Републике Србије од 2006. године, као и у Уставу Републике Србије од 1990. године, прихваћена је теорија народне суверености.³ Важећи Устав Републике Србије у члану 2. утврђује да „сувереност потиче од грађана који је врше референдумом, народном иницијативом и преко својих слободно изабраних представника“, као и да „ниједан државни орган, политичка организација, група или појединац не може присвојити сувереност од грађана, нити успоставити власт мимо слободно изражене воље грађана“.

Међутим, Устав Републике Србије је, иако је у начелу прихватио идеје народне суверености и слободног посланичког мандата, „једном својом одредбом слободни посланички мандат претворио у страначки мандат“.⁴ Одредба члана 2. Устава Републике Србије и концепт народне суверености су фактички „прегажени“ чланом 102, став 2. Устава, којим се прописује да је народни посланик „слободан да, под условима одређеним законом, неопозиво стави мандат на располагање политичкој странци на чији је предлог изабран за народног посланика“. Најбољу оцену оваквог уставног решења изнео је, у свом критичком осврту на Устав од 2006. године, Ратко Марковић: „Том, помало лицемерном одредбом (јер укључује слободу за одрицање од права), промењен је карактер мандата народног посланика. Уместо да представља бираче (народ), из овакве одредбе произлази да народни посланик представља странку на чијој је листи (предлог), изабран за посланика. Тиме је посланички мандат, иако формалноправно слободан, постао императиван у политичком смислу (...).“⁵ Захваљујући цитираној уставној норми, политичке странке у Србији су суштински постале „власнице“ посланичких мандата, а народни посланици само пуки извршиоци страначких наређења.

Уставна одредба која омогућава да посланик свој мандат стави на располагање политичкој странци од самог почетка је жестоко критикована од стране стручне јавности. Тако је Милан Јовановић закључио да је уставотворац „настојећи да партијску дисциплину парламентарца зајемчи и Уставом ‘заборавио’ на узвишена демократска начела која је записао на самом почетку основног акта и сувереност грађана фактички пренео на странке“.⁶ Ратко Марковић је своје виђење наве-

2 Изворна концепција народне суверености, наиме, подразумева императиван представнички мандат, али је данас уобичајено у државама које су усвојиле ову концепцију да мандат буде слободан.

3 Погледати: Пајванчић, Маријана, *Коментар Устава Републике Србије*, Београд 2009, стр. 13–14.

4 Марковић, Ратко, *Уставно право, Приручници за полагање правосудног испита (књига 1)*, Београд 2009, стр. 95.

5 Марковић, Ратко, „Устав Републике Србије из 2006 – критички поглед“, *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2006, стр. 16–17.

6 Јовановић, Милан, „Уставни инжењеринг и нови Устав“, *Устав Србије – критичка анализа*, Београд 2007, стр. 135.

деног решења изразио закључком да је „од правно слободног, посланички мандат (је) постао политички императиван (...)“.⁷ А према речима Маријане Пајванчић, „одредба о неопозивој оставци коју посланик ‘слободно’ подноси политичкој странци у нескладу је са експлицитном уставном гаранцијом материјалног имунитета“.⁸ Уставна норма о стављању мандата на располагање политичкој странци критикована је и од Венецијанске комисије у свом мишљењу које је дала поводом доношења Устава од 2006. године.⁹

У пракси је ово право народног посланика да свој мандат стави на располагање политичкој странци било реализовано тако што је сваки посланик био „слободан“ да потпише бланко оставку, што је у ствари био предуслов да му страначко руководство, с обзиром на то да се у Србији примењивао систем невезаних изборних листа, уопште додели посланички мандат. Та оставка је могла да буде активирана у сваком моменту, тј. чим страначко руководство буде незадовољно говором, израженим мишљењем и начином гласања посланика у Народној скупштини. Додуше, пракса бланко оставки је у Србији постојала и за време важења Устава од 1990. године, али тај Устав није садржао изричиту норму којом је допуштао бланко оставке. Може се чак рећи да су такве оставке биле противне духу Устава од 1990. године, који је предвиђао слободан посланички мандат. Сада се „нескривеном намером уставотворца слободни мандат (се) поништава и тиме се у нашој пракси овај ‘европски’ принцип претвара у уставноправни фосил.“¹⁰

Но, премда је нови Устав Србије донет још 2006. године, Закон о избору народних посланика од 2000. године (измењен и допуњен 2004. године) остао је на снази и није мењан готово четири и по године након доношења новог Устава, због чега уставна могућност стављања посланичког мандата на располагање странци није била законски уобличена. Политичке странке су у међувремену наставиле с праксом бланко оставки, а Народна скупштина је поводом тих оставки заузимала променљиве ставове – некада их је прихватала, а некада није. Предлог Закона о изменама и допунама Закона о избору народних посланика коначно се нашао у скупштинској процедури, у фебруару 2011. године, што је био повод да се текст предлога достави Венецијанској комисији (чији је званични назив Европска комисија за демократију путем права – *European Commission for Democracy through Law*) на оцену.

Дана 25. фебруара 2011. године, канцеларија Савета Европе у Београду проследила је Венецијанској комисији званичан захтев председнице Народне скупштине Републике Србије за „хитну експертизу“ Закона о изменама и допунама Закона о избору народних посланика. Венецијанска комисија је поступила по захтеву и 31. марта објавила мишљење о

7 Марковић, Р. (2009), стр. 95.

8 Пајванчић, М., стр. 129.

9 Погледати: CDL-AD (2007) 004, § 53.

10 Јовановић, М., 135.

предложеним изменама и допунама Закона (Opinion n° 619/2011, CDL-AD(2011)005). Најважније новине биле су посвећене бланко оставкама и начину на који политичке странке додељују мандате кандидатима са изборних листа (тзв. невезане листе), односно члановима 84, 88. и 92. Закона о избору народних посланика.

Мишљење под насловом „Заједничко мишљење о предлогу Закона о изменама и допунама Закона о избору народних посланика Републике Србије“ (*Joint Opinion on the Draft Law on „Alerting and Amending the Law on Election of Members of Parliament“ of the Republic of Serbia*) усвојено је од Савета за демократске изборе (*Council for Democratic Elections*) Савета Европе на његовом 36. састанку 24. марта 2011. године и од Венецијанске комисије на њеној 86. пленарној седници 25–26. марта 2011. године.¹¹

Предложене измене члана 84. Закона о избору народних посланика (у даљем тексту: ЗОИМП) односиле су се на сужавање слободе политичких странака (односно изборних листа) да, након утврђивања изборних резултата, одлуче којим ће кандидатима са листе доделити посланичке мандате. Оригинална одредба овог члана предвиђала је тзв. систем невезаних листа, према којем политичке странке приликом додељивања мандата нису биле везане редоследом кандидата на листи. Такав систем је омогућавао велики утицај страначке олигархије на састав парламента, јер „кад страначко руководство зна да редослед кандидата на листи не обавезује странку приликом додељивања мандата, оно може у први план, на ударним местима листе, истаћи кандидате који уживају углед и популарност у јавности, како би они донели листи што више гласова, а потом их приликом додељивања мандата мимоићи и мандат доделити ниже ранжираним кандидатима“.¹²

Пре анализе предложене измене члана 84. Закона, Венецијанска комисија дала је језгровит опис изборног система у Републици Ср-

11 Мишљење је, осим на предлогу Закона, засновано на разматрању следећих докумената: Устава Републике Србије од 2006. године, Мишљења Венецијанске комисије о Уставу Републике Србије од 2007. године (*Opinion on the Constitution of Serbia adopted by the Commission at its 70th plenary session*, CDL-AD (2007)004), Заједничке препоруке Венецијанске комисије и Канцеларије за демократске институције и људска права ОЕБС-а (*OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights*) у вези са законима о парламентарним, председничким и локалним изборима и избору администрације у Републици Србији од 2006. године (*Joint Recommendations on the Laws on Parliamentary, Presidential and Local Elections, and Electoral Administration in the Republic of Serbia by the Venice Commission and OSCE/ODIHR Adopted by the Venice Commission at its 66th Plenary Session*, CDL-AD(2006)013), Резолуцији Парламентарне скупштине Савета Европе бр. 1661 о поштовању обавеза и дужности Републике Србије од 2009. године (*Resolution 1661 (2009) on honouring of obligations and commitments by Serbia of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe*) и Извештају Парламентарне скупштине Савета Европе о поштовању обавеза и дужности Републике Србије од 2008. године (*Report on honouring of obligations and commitments by Serbia of 15 September 2008 (Doc. 11701) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe*).

12 Марковић, Р., (2011), стр. 238. И даље: „То је велика власт у рукама страначког вођства и знатно ограничење слободе будућег народног посланика у опредељењу и гласању у Народној скупштини.“

бији: „Изборни систем у Србији је чист пропорционални систем, који се примењује у једној изборној јединици, у којој се дели 250 мандата. Мандати се додељују странкама на основу Д’Онтовог метода. Након избора, странке дају мандате кандидатима са листе, при чему нису везане њиховим редоследом на листи. Нема могућности преференцијалног гласања.“¹³

Након тога је констатовано да је Комисија и раније оштро критиковала овај „необичан систем“. Такав став је био недвосмислено исказан у мишљењу о Уставу Републике Србије од 2006. године у којем је речено да непосредан избор народних посланика Венецијанска комисија разуме као начин да „гласачи одреде састав Народне скупштине и прекид постојеће праксе да политичке странке након избора могу да одреде личности које ће се сматрати изабраним са њихове листе“, зато што „таква пракса није у складу са европским стандардима“.¹⁴ Исти став је још јасније изражен у новом извештају Венецијанске комисије, када су изнесени суштински аргументи против решења садржаног у члану 84. Закона о избору народних посланика: „Члан 84. Закона омогућава странци да арбитарно бира који ће кандидати са листе, након избора, постати посланици, уместо да претходно одреди редослед кандидата. То ограничава транспарентност система и даје политичким странкама непропорционално јаку позицију *vis-à-vis* кандидата. У системима сразмерног представништва, редослед на листи обично одређује и расподелу мандата; у супротном, мандати се расподељују на основу преференцијалног гласања за кандидате. Исход постојећег система је што гласачи не знају који ће кандидати добити места у парламенту као резултат њихове подршке одређеној странци.“¹⁵

Због свега наведеног, Венецијанска комисија је закључила да „би Закон требало изменити тако да обавезује политичке странке и коалиције да утврде и обзване редослед кандидата на листи пре избора, уместо што им дозвољава да након спроведених избора бирају којим ће кандидатима бити додељени мандати“.¹⁶

У мишљењу се затим доводи у питање сагласност наведеног законског решења са другим унутрашњим и међународним правним актима. Пре свега, наводи се да је „дискутабилно да ли ово законско решење није у супротности са чланом 5. Устава Србије“¹⁷ који говори о политичким странкама, тачније са његовим четвртим ставом који гласи: „Политичке странке не могу непосредно вршити власт, нити је потчинити себи.“ Непосредним вршењем власти, односно њеним потчињавањем себи, Комисија без сумње сматра дискреционо право политичких странака да без икаквих ограничења одлучују којим ће кандидатима са изборне

13 CDL-AD (2011) 005, § 9.

14 CDL-AD (2007) 004, § 51.

15 CDL-AD (2006) 013, § 43.

16 *Ibid.*

17 CDL-AD (2011) 005, § 12.

листе припасти мандати у Народној скупштини. Такође, у мишљењу се наводи да решење садржано у члану 84. ЗОИМП није у складу са јуриспруденцијом Уставног суда Републике Србије, тј. са његовом одлуком од 27. маја 2003. године¹⁸, „која, разматрајући правну одредбу о губитку парламентарног мандата народног посланика услед преласка у другу странку, истиче да места у парламенту припадају изабраним народним посланицима, а не њиховим странкама“.¹⁹

Кад је реч о међународним документима, у мишљењу је изнесен став да је систем невезаних листа у супротности са правилима ОЕБС-а, а нарочито са Документом из Копенхагена од 1990. године (конкретно, са параграфима 5.1, 6. и 7.9. тог Документа), затим са чланом 25. Међународне конвенције о грађанским и политичким правима, као и са „добром међународном праксом“.²⁰ Осим тога, наводи се да је „дискутабилно да ли је процедура постављања изабраних народних посланика у сагласности са чланом 3. првог додатног протокола ЕКЉП (Европске конвенције о људским правима, прим. М. С.)“²¹, која регулише слободно изражавање воље народа приликом избора легислативе.²¹

Након свих наведених критика оригиналног решења садржаног у члану 84. ЗОИМП, Венецијанска комисија је изнела ставове о решењима која су била садржана у предлогу Закона о изменама и допунама ЗОИМП. Верзија новеле ЗОИМП која је поднета на експертизу Венецијанској комисији предвиђала је да најмање једна половина мандата које је политичка странка освојила на изборима буде расподељена према редоследу кандидата на изборној листи, а да остала места буду додељена без обзира на тај редослед, тј. према „старом“ систему невезаних листа. Суштину свог виђења оваквог решења, Комисија је изнела на сажет и недвосмислен начин: „Иако представљају корак унапред, амандмани на члан 84. суштински не поправљају правни оквир.“²² Она је аргументе подносиоца предлога закона, да је овакво решење последица тога што ће избори бити ускоро одржани и што недостаје политички консензус за опсежну реформу, оценила као недовољно уверљиве, јер је систем невезаних листа „очигледно противан европским и међународним стандардима“.²³ Као илустрацију свога става, Комисија је навела да и друге европске земље, на пример Холандија, имају пропорционални систем који се спроводи у целој земљи као једној изборној јединици, „а никада не одступају од основних принципа демократије“.²⁴ Након тога, Комисија је констатовала да ни равномерно регионално представљање

18 Иначе, у мишљењу је начињена грешка, јер је наведено да је ова одлука донета 27. марта 2007. године.

19 Одлука IU br. 197/02 од 27. марта 2003. (Службени гласник РС, број 57/03).

20 CDL-AD (2011) 005, § 14.

21 CDL-AD (2011) 005, § 15.

22 CDL-AD (2011) 005, § 17.

23 CDL-AD (2011) 005, § 19.

24 CDL-AD (2011) 005, § 20.

не би могло бити аргумент у прилог предложеног решења, јер би такво представљање могло бити обезбеђено и на други начин – увођењем обавезе да на листама буде заступљен одређени број представника различитих региона.

Због свега наведеног, у мишљењу се закључује да предложене измене и допуне ЗОИНП не би учиниле изборни поступак транспарентнијим него што јесте, јер би странке и даље имале кључну улогу у одлучивању о томе који ће кандидати с листе бити постављени за посланике. „Са системом затворених листа који се примењује у Србији ово постављање може да резултира да сви изабрани кандидати буду одабрани само од стране странке – а та процедура није јасна бирачима када дају своје гласове.“²⁵ Такође, Комисија је изнела замерке на рачун смерница за уравнотежено регионално представљање, које је садржано у предлогу измена и допуна ЗОИНП. Она сматра да су такве смернице нејасне и да би унеле двосмисленост у поступак расподеле мандата.²⁶ На крају, у мишљењу је учињен и кратак осврт на предлог да подносиоци листа морају да доделе најмање 25% мандата припадницима мање заступљеног пола на изборној листи. Комисија је поздравила овакво решење, констатујући да би се на тај начин повећао број посланика женског пола у Народној скупштини Републике Србије.²⁷

Након изнесеног мишљења о предложеним изменама и допунама члана 84. ЗОИНП, Комисија је оптику анализе усмерила према предложеним изменама и допунама члана 88. Закона, који се односи на престанак мандата народних посланика. И на овом месту се у мишљењу помиње одлука Уставног суда Републике Србије од 27. маја 2003. године²⁸, и подсећа се да је Уставни суд у тој одлуци укинуо одредбе Закона које су се односиле на престанак мандата народног посланика у случајевима искључења из политичке странке или преласка у другу политичку странку (члан 88, став 1, тачке 1. и 9. ЗОИНП).

Први предмет анализе Венецијанске комисије у вези са изменама и допунама члана 88. ЗОИНП био је предлог поступка у вези са бланко оставкама, које за Комисију имају „једнаку вредност уступању мандата народног посланика његовој/њеној странци.“²⁹ Комисија је навела да је законско решење утемељено на члану 102, став 2. устава Републике Србије од 2006. године, о којем је у неколико наврата изнела негативно мишљење. „Ова уставна одредба уводи једну врсту императивног мандата, не у рукама гласача, већ у корист страначког вођства.“³⁰ Највеће критике на рачун таквог решења Венецијанска комисија је изнела у свом

25 CDL-AD (2011) 005, § 22.

26 Погледати: CDL-AD (2011) 005, § 23.

27 CDL-AD (2011) 005, § 25.

28 На овом месту у мишљењу је наведен исправан датум доношења одлуке, што показује да се у претходном случају, када је наведен погрешан датум, радило о техничкој омашци.

29 CDL-AD (2011) 005, § 27.

30 CDL-AD (2011) 005, § 29.

мишљењу о самом Уставу Србије од 2006: „Изгледа да је намера да се представник веже за страначки став у свако време и у сваком погледу. Ово је озбиљна повреда слободе представника да изрази своје мишљење о суштини предлога или деловања. Он усредсређује превише моћи у рукама страначког руководства. Све ово још више забрињава кад се има у виду кључна улога Народне скупштине у избору судија уопште, а посебно у поступку реизбора свих судија предвиђеном Уставним законом за спровођење Устава. Он повећава ризик од судског система у којем су сва места подељена између политичких странака.“³¹

Предлог измена и допуна члана 88. ЗОИМП у мишљењу је начелно окарактерисан као начин да се „заобиђе“ одлука Уставног суда Србије од 27. маја 2003. године у вези са бланко оставкама.³² Наведено је и образложење прелогача да у претходне две године Народна скупштина није прихватала бланко оставке, али и чињеница да у Србији не постоји закон који би уредио материју бланко оставки, а на основу члана 102, став 2. Устава. „Премда измене и допуне постављају услове за признавање валидности таквих оставки, праксу дозвољавања бланко оставки у изборном закону, без обзира на услове, треба избегавати.“³³ На крају, Венецијанска комисија се сагласила са ставом Народне скупштине да су све бланко оставке по себи неважеће и поновила своје раније изражено мишљење да би члан 102, став 2. Устава Републике Србије требало што пре укинути.³⁴

Коначно, последња правна норма којој је посвећена извесна пажња у оквиру овог мишљења Венецијанске комисије био је предлог измена и допуна члана 92. ЗОИМП, који се односио на попуњавање упражњеног посланичког места, тј. на поступак замене изабраног народног посланика другим кандидатом са изборне листе. Првобитно решење је предвиђало да је политичка странка која би требало да попуни упражњено посланичко место имала дискреционо право да слободно изабере са листе посланика који ће попунити упражњено место. Решење садржано у предлогу измена и допуна ЗОИМП било је у директној вези са предлогом измена и допуна члана 84. ЗОИМП јер је начин попуњавања упражњеног места учињен зависним од начина првобитног избора кандидата – уколико је он изабран према редоследу на листи, његов сукцесор ће бити изабран на исти начин и, обрнуто, уколико га је изабрала странка независно од редоследа, она ће имати дискреционо право да повери мандат било ком кандидату са листе. У мишљењу није извршена детаљна анализа оваквог решења, већ је само изнесена констатација да „ова одредба доводи до проблема у вези са расподелом мандата који су раније наведени“, тј. који су изложени у вези са предлогом имена и допуна члана 84 ЗОИМП.³⁵

31 CDL-AD (2007) 004, § 53.

32 CDL-AD (2011) 005, § 29.

33 CDL-AD (2011) 005, § 34.

34 Погледати: CDL-AD (2011) 005, § 35.

35 CDL-AD (2011) 005, § 38.

Осим Закона о избору народних посланика, Венецијанска комисија је анализирао и предложене измене и допуне члана 22. Пословника народне скупштине Републике Србије, који се односи на образовање посланичких група. Предлог је предвиђао забрану да посланик који је напустио матичну посланичку групу приступи другој посланичкој групи у Народној скупштини („floor crossing“³⁶). Комисија је изнела став да одређена ограничења у погледу приступања другој политичкој странци или посланичком клубу „могу бити допуштена када су нужна и када се сразмерно примењују“, али да предлог садржи „апсолутну забрану“, што је у супротности са духом и словом члана 11. Европске конвенције о људским правима, као и Документу из Копенхагена од 1990. године и другим међународним актима.³⁷

Након анализе наведених предлога измена и допуна Закона о избору народних посланика и Пословника Народне скупштине Републике Србије, у мишљењу су изнесени и одређени закључци. Пре свега, наведено је да је циљ измена и допуна ЗОИМП да се промени пракса у подели мандата према којој странке нису везане редоследом на изборној листи, као и да се ограничи пракса бланко оставки које кандидати унапред дају својим политичким странкама. Затим је констатовано да остале сугестије које је Комисија раније упутила Народној скупштини нису усвојене. Предложене измене и допуне, како је навела Комисија, „ограничавају могућност политичких партија да бирају кандидате према својој вољи и да врше контролу над својим мандатима, али странке и даље задржавају део својих дискреционих овлашћења у погледу именовања половине изабраних посланика са листе, што је у супротности са европским стандардима.“³⁸

На самом крају, Комисија је истакла свој чврст став, који је износила и у ранијим мишљењима, да „посланичка места припадају изабраним посланицима, а не њиховим странкама“. Комисија је показала извесно разумевање за „компромисно“ решење садржано у предложеним изменама и допунама, али је навела да је оно неодрживо на дужи рок. „Национално законодавство треба даље унапређивати, како би се у потпуности испунили демократски стандарди. На средњи или дужи рок амандман на став 2. члана 102. Устава Републике Србије изгледа неизбежан.“³⁹

Мишљење Венецијанске комисије је изазвало реакцију Народне скупштине Републике Србије јер су након неколико дана јавне расправе

36 Овај израз је употребљен у тексту мишљења на енглеском језику, а иначе потиче из британске парламентарне праксе и означава две ситуације – када посланик гласа противно упутствима своје политичке странке и када посланик напусти своју политичку странку и приступи другој странци (један од најпознатијих случајева floor crossing-а је био када је сер Винстон Черчил 1904. године напустио Конзервативну странку и приступио Либералној, али се две деценије касније ипак „вратио“ у Конзервативну).

37 CDL-AD (2011) 005, § 40.

38 CDL-AD (2011) 005, § 41.

39 CDL-AD (2011) 005, § 42.

уважени сви савети Комисије у вези са предлогом Закона о изменама и допунама Закона о избору народних посланика, а затим је 25. маја 2011. године предлог и усвојен у том облику. „Нова“ верзија Закона о избору народних посланика садржи „чист“ систем везаних изборних листа јер новоусвојени члан 84. ЗОИНП гласи: „Републичка изборна комисија ће најкасније у року од 10 дана од дана објављивања укупних резултата избора све добијене мандате са изборне листе доделити кандидатима по редоследу на изборној листи, почев од првог кандидата са листе (истакао М. С.).“ Оваквом решењу уподобљен је и члан 92. Закона, којим се предвиђа да када народном посланику престане мандат пре истека времена на које је изабран, мандат се додељује првом следећем кандидату са исте изборне листе коме није био додељен мандат посланика, а када мандат престане посланику који је изабран са коалиционе изборне листе пре истека времена на које је изабран, мандат се додељује првом следећем кандидату на изборној листи коме није био додељен мандат – припаднику исте политичке странке.⁴⁰

С друге стране, укинута је и могућност давања бланко оставки, јер је чланом 88. ЗОИНП предвиђен кратак рок важења поднесене оставке: „Посланик лично подноси оставку, оверену код органа надлежног за оверу потписа, председнику Народне скупштине, у року од три дана од дана овере (истакао М.С.).“ Дакле, уколико оставка не буде поднесена у року од три дана од дана овере код надлежног органа, она постаје неважећа, што значи да народни посланици више не могу унапред да потпишу оставке које њихове политичке странке могу да „активирају“ у било ком тренутку четворогодишњег посланичког мандата. На овај начин је дуго и жестоко критикована могућност политички императивног мандата, садржана у члану 102, став 2. Устава Србије од 2006. године, остала у потпуности неискоришћена, а мандат је учињен и правно и политички слободним.

Објективно посматрано, нормативни квалитет новоусвојених решења бољи је од квалитета претходних, па се може рећи да је српски парламент начинио корак напред на пољу изборног законодавства. Међутим, с обзиром на то да су усвојена решења последица спољних притисака, а не плод законодавне политике Народне скупштине, са жаљењем се мора констатовати да је демократска свест политичких странака у нашој земљи на недовољно високом нивоу јер страначки интереси за њих и даље имају приоритет над државним.

40 Члан 92, став 2. ЗОИНП.

Marko Stanković LL.M., Ph.D.

Assistant Professor, University of Belgrade Faculty of Law

ON VENICE COMMISSION'S OPINION ON THE
DRAFT LAW ON „ALERTING AND AMENDING THE
LAW ON ELECTION OF MEMBERS OF PARLIAMENT“

Summary

The Constitution of the Republic of Serbia of 2006 states that an MP is free to put his/her irrevocable mandate at the disposal of the political party, upon which proposal he or her was elected a deputy, under conditions specified by law. This is unusual, „roundabout“ way to change the legal nature of parliamentary mandate. Parliamentary mandate, though legally free, was made a politically imperative by this constitutional norm. Such a constitutional solution has been heavily criticized from the beginning, both by legal experts and by the respective international organizations, which did not prevent Serbian legislature to try to further develop the controversial constitutional norm. But recently, due to a lot of pressure from the representatives of the international community, however, amendments to the disputed legal provisions regulating this matter were proposed. The Venice Commission, in cooperation with the Office for Democratic Institutions and Human Rights of the OSCE, gave their vision of the normative quality of the proposed solutions. Moreover, this document has resulted in amendments to the Law on Election of Members of Parliament receive a different form than that originally proposed.

Key words: Election of deputies. National Assembly. Venice Commission. Blank resignations. The Constitution of Serbia of 2006.

PREISPITIVANJE SUDSKE ODLUKE OD USTAVNOG SUDA SRBIJE

Apstrakt

Nije jasno da li je namera ustavotvorca bila da Ustavni sud preispituje sudske odluke po ustavnoj žalbi. U praksi, Ustavni sud kao vansudski državni organ ne samo da preispituje sudske odluke već ih i poništava, čime se faktički pretvara u „Nadvrhovni kasacioni sud“. Uzimajući u obzir pravno-političke razloge čiji je cilj poštovanje ljudskih i manjinskih prava i sloboda prihvatljivo je da Ustavni sud utvrđuje da je sudskom odlukom povređeno pravo ili sloboda, ali ne i da poništava sudsku odluku.

Ključne reči: *Ustavni sud. Ustavna žalba. Sudska odluka.*

Ustavna žalba u Republici Srbiji uvedena je Ustavom od 2006. godine.¹ Može se izjaviti protiv pojedinačnih akata ili radnji državnih organa ili organizacija kojima su poverena javna ovlašćenja, a kojima se povređuju ili uskraćuju ljudska ili manjinska prava i slobode zajemčene Ustavom, ako su iscrpljena ili nisu predviđena druga pravna sredstva za njihovu zaštitu (član. 170. Ustava RS).

Postavlja se pitanje da li sudska odluka može biti predmet ustavne žalbe, tj. da li je ustavotvorac pod *pojedinačnim aktom državnog organa* podrazumevao i sudske odluke.

Ustavni sud je, ekstenzivno tumačeći normu o ustavnoj žalbi, presudio: sudska odluka može biti preispitivana po ustavnoj žalbi ako je utvrđeno da je povređeno ljudsko ili manjinsko pravo. I ne samo to. Ustavni sud može poništiti sudsku odluku i narediti donošenje nove.

Kao konkretan primer navodi se odluka Ustavnog suda UŽ. br. 1157/2008 od 14. aprila 2011. godine², kojom je usvojena ustavna žalba Gorana Jančkovića i utvrđeno da je presudom Opštinskog suda u Mionici K. 49/07 od 17. oktobra 2007. godine i presudom Okružnog suda u Valjevu Kž. 434/08 od 15. jula 2008. godine, povređeno pravo podnosioca ustavne žalbe na pravično suđenje, zajemčeno odredbom člana 32. stav 1. Ustava Republike Srbije, dok je u preostalom delu ustavna žalba odbijena kao neosnovana. Istom odlukom u

* Valentina Cvetković Đorđević, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije* (179059), koji podržava Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.

1 U SR Jugoslaviji ustavna žalba je postojala na osnovu Ustava od 1992. godine.

2 *Službeni glasnik RS*, br. 61/2011.

stavu II **poništena** je presuda Okružnog suda u Valjevu Kž. 434/08 od 15. jula 2008. godine i određeno da Apelacioni sud u Beogradu donese novu odluku po žalbi koju je podnosilac ustavne žalbe izjavio protiv presude Opštinskog suda u Mionici K. 49/07 od 17. oktobra 2007. godine.

Naime, Goran Janković je Ustavnom sudu podneo ustavnu žalbu protiv presude Opštinskog suda u Mionici i presude Okružnog suda u Valjevu, zbog povrede prava na pravično suđenje, posebnih prava okrivljenog i prava na jednaku zaštitu prava i pravno sredstvo, zajemčenih članom 32. stav 1, članom 33. stav 5. i članom 36. Ustava RS.

Podnosilac ustavne žalbe naveo je: da je presudom Opštinskog suda u Mionici oglasen krivim za krivično delo ugrožavanja javnog saobraćaja iz člana 289. stav 3. u vezi sa stavom 1. Krivičnog zakonika; da mu je izrečena uslovna osuda tako što mu je utvrđena kazna zatvora u trajanju od četiri meseca, koja se neće izvršiti ako u periodu od jedne godine od pravnosnažnosti presude ne izvrši novo krivično delo; da je presuda doneta uz zanemarivanje bitnih činjenica utvrđenih u sprovedenom krivičnom postupku; da je presuda rezultat grube povrede Zakonika o krivičnom postupku i ustavnih prava podnosioca, jer se radi o očiglednoj proizvoljnosti i arbitrarnosti u postupanju sudova prilikom donošenja odluka, pošto su zanemarili dokaze koji idu u prilog okrivljenom i terete oštećenog kao izvršioca krivičnog dela za koje je podnosilac ustavne žalbe osuđen; da su na navedeni način povređena naznačena ustavna prava podnosioca, zbog čega je predložio da Ustavni sud učinjenu povredu prava utvrdi i poništi osporene presude.

Razmatrajući navode podnosioca ustavne žalbe, Ustavni sud je najpre konstatovao da je u postupku po ustavnoj žalbi nadležan samo da utvrđuje da li je pojedinačnim aktom ili radnjom državnog organa ili organizacije kojoj je povereno javno ovlašćenje došlo do povrede ili uskraćivanja ljudskih ili manjinskih prava i sloboda zajemčenih Ustavom, odnosno da načelno nije nadležan da ispituje zakonitost odluka redovnih sudova i ocenjuje utvrđene činjenice i izvedene dokaze u postupku koji je prethodio podnošenju ustavne žalbe, a na kojima se zasniva osporena sudska odluka. Zadatak Ustavnog suda je da ispita da li je krivični postupak u celini bio pravičan na način utvrđen članom 32. stav 1. Ustava³. Sud je dalje istakao da pojam pravičnog postupka podrazumeva jednakost oružja, postojanje načela raspravnosti i obavezu obrazloženja sudskih odluka, s tim da se u krivičnom postupku tim jemstvima pridodaju pretpostavka nevinosti i prava odbrane. Imajući u vidu da prvostepeni sud utvrđuje činjenično stanje koje je od značaja za donošenje odluke i da ocenjuje dokaze o postojanju bitnih činjenica, Ustavni sud je našao da je u konkretnom slučaju Opštinski sud u Mionici imao obavezu da u obrazloženju osporene presude iznese ključne argumente na kojima temelji svoju odluku i da, u slučaju da postoje određeni dokazi koji potvrđuju, odnosno negiraju neku odlučnu činjenicu, izloži razloge zbog kojih takve dokaze

3 Član 32. stav 1. Ustava RS glasi: „Svako ima pravo da nezavisan, nepristrasan i zakonom već ustanovljen sud, pravično i u razumnom roku, javno raspravi i odluči o njegovim pravima i obavezama, osnovanosti sumnje koja je bila razlog za pokretanje postupka, kao i o optužbama protiv njega.“

prihvata i na koji način je tu odlučnu činjenicu van svake sumnje utvrdio. Ustavni sud je smatrao da je prvostepeni sud propustio da izvrši ocenu verodostojnosti protivrečnih dokaza i da navede jasne razloge zbog kojih je odlučnu činjenicu o krivici optuženog za predmetni sudar uzeo kao dokazanu. Stoga, po oceni Ustavnog suda, Opštinski sud u Mionici u konkretnom slučaju nije dao jasne, dovoljne i ustavnopravno prihvatljive razloge za svoje pravno stanovište u pogledu odlučnih činjenica koje su od značaja za utvrđivanje da li je optuženi učinio krivično delo. Imajući u vidu da se u postupku po ustavnoj žalbi ispituje da li je krivični postupak u celini bio pravičan, Ustavni sud je razmatrao da li je sud više instance u postupku po pravnom leku uklonio evidentne propuste prvostepenog suda na koje mu je žalilac ukazao. Međutim, Okružni sud u Valjevu ocenio je kao neosnovane navode koje je okrivljeni izneo u žalbi, pri čemu nije dao izričit i jasan odgovor na protivrečnost izreke i obrazloženja presude prvostepenog suda na koje je ukazao okrivljeni. Na osnovu izloženog, Ustavni sud je zaključio da osporene presude Opštinskog suda u Mionici i Okružnog suda u Valjevu nisu obrazložene na način koji zadovoljava uslove iz člana 32. stav 1. Ustava, odnosno ne zadovoljavaju standarde pravičnog suđenja, uspostavljene ustavnosudskom praksom i praksom Evropskog suda za ljudska prava. Usled toga, Ustavni sud je ocenio da se štetne posledice utvrđene povrede prava na pravično suđenje zajemčeno odredbom člana 32. stav 1. Ustava mogu otkloniti **samo poništajem** osporene presude Okružnog suda u Valjevu i određivanjem da sada nadležni sud donese novu odluku o žalbi koju je podnosilac ustavne žalbe izjavio protiv osporene presude Opštinskog suda u Mionici.

Uvidom u navedenu odluku, kao i u druge objavljene odluke Ustavnog suda o ustavnoj žalbi, uočava se da se Ustavni sud ponaša kao instacioni sud koji **poništava** sudske presude. Otuda se postavlja pitanje da li se takvom praksom vrši povreda ustavne odredbe o nedozvoljenosti preispitivanja sudskih odluka od strane vansudskih organa kakav je Ustavni sud i da li se on pretvara u „superrevizijski – nadvrhovni sud“. Sledeće pitanje na koje valja odgovoriti jeste: ako bi Ustavni sud Srbije to i mogao činiti, da li sudski akt treba poništavati (ili ukidati) ili samo konstatovati povredu?

Uzimajući u obzir važeće srpske propise, poništenje sudskih odluka i naganje sudovima da ponovo sude je neustavno i nezakonito.

1) Suprotno Ustavu:

- članu 145. stav 3. Ustava RS, po kome su sudske odluke obavezne za sve i ne mogu biti predmet vansudske kontrole; i stavu 4. istog člana, po kome sudsku odluku može preispitivati samo nadležni sud u zakonom propisanom postupku;
- članu 143. stav 4. Ustava RS po kome je Vrhovni kasacioni sud najviši sud u Republici Srbiji.

2) Zakonu:

- članu 3. stav 2. i 3. Zakona o uređenju sudova⁴ koji ponavlja citirane ustavne odredbe.

4 Službeni glasnik RS, br. 116/2008.

Ustavni sud Srbije nije nosilac sudske vlasti.⁵ Otuda, osnivanje, organizacija, status i funkcionisanje Ustavnog suda nisu regulisani pravosudnim zakonima već Ustavom i Zakonom o Ustavnom sudu. Sudovi su samostalni i nezavisni u svom radu i sude na osnovu Ustava, zakona i drugih opštih akata, kada je to predviđeno zakonom, opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava i potvrđenih međunarodnih ugovora⁶. Za razliku od njih, Ustavni sud sudi propisima, a samo izuzetno na osnovu njih. Taj izuzetak predstavlja ustavna žalba. Izvršenje odluka Ustavnog suda uređeno je Zakonom o Ustavnom sudu, dok je izvršenje sudskih odluka uređeno zakonima koji regulišu izvršenje sudskih odluka donetih u krivičnom, parničnom ili vanparničnom postupku. Primarni cilj Ustavnog suda je zaštita Ustava od postupaka zakonodavne i izvršne vlasti, te se ustavno sudstvo shvata kao brana od samovolje, arbitrarnosti, proizvoljnosti, nezakonitog postupanja, prvenstveno zakonodavnih organa i organa uprave.⁷ S druge strane, ustavna žalba je pravno sredstvo građana naspram, protiv države⁸, a ne pravno sredstvo na osnovu koga se rešava spor između stranaka.

Na osnovu iznetog, nije neosnovano upitati da li je srpski ustavotvorac imao nameru da se ustavna žalba dozvoli samo protiv odluka i radnji upravnih državnih organa.

Na ovakvo tumačenje posredno ukazuje i Zakon o Ustavnom sudu koji, ponavljajući ustavnu odredbu o ustavnoj žalbi, dodaje da se ona može izjaviti i u slučaju u kome se povređuju ili uskraćuju ljudska ili manjinska prava i slobode zajemčene Ustavom a zakonom je isključeno pravo na njihovu sudsku zaštitu.⁹ U svim ostalim situacijama sudska zaštita je primarna¹⁰ i obezbeđuje se kroz najmanje dvostepenost u suđenju, a izuzetno i suđenjem u trećem stepenu¹¹. Jedino ako je blagovremena sudska zaštita izostala zbog

5 Ustav RS u članu 143. stav 1. propisuje: „Sudska vlast u Republici Srbiji pripada sudovima opšte i posebne nadležnosti.“

6 Ustav RS, čl. 142. st. 2.

7 Marković, Ratko, *Ustavno pravo i političke institucije*, Službeni glasnik, Beograd 2001, str. 660.

8 Vidi: Đurić, Vladimir, *Ustavna žalba*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd 2000, str. 30.

9 Član 82. stav 1. Zakona o Ustavnom sudu (*Službeni glasnik RS*, br. 109/2007): „Ustavna žalba može se izjaviti protiv pojedinačnog akta ili radnje državnog organa ili organizacije kojoj je povereno javno ovlašćenje, a kojima se povređuju ili uskraćuju ljudska ili manjinska prava i slobode zajemčene Ustavom, ako su iscrpljena ili nisu predviđena druga pravna sredstva ili je zakonom isključeno pravo na njihovu sudsku zaštitu.“

10 Član 22. stav 1. Ustava RS glasi: „Svako ima pravo na sudsku zaštitu ako mu je povređeno ili uskraćeno neko ljudsko ili manjinsko pravo zajemčeno Ustavom, kao i pravo na uklanjanje posledica koje su povredom nastale.“ Prema *Zakonu o uređenju sudova*: „Sudovi su samostalni i nezavisni državni organi koji štite slobode i prava građana, zakonom utvrđena prava i interese pravnih subjekata i obezbeđuju ustavnost i zakonitost“ (član 1. stav 1).

11 Vidi član 395. Zakonika o krivičnom postupku (*Službeni list SRJ*, br. 70/2001, 68/2002 i *Službeni glasnik RS*, br. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 49/2007, 20/2009 – dr. zakon i 72/2009).

toga što je povređeno pravo na suđenje u razumnom roku, moguće je izjaviti ustavnu žalbu iako nisu iscrpljena sva dozvoljena pravna sredstva.¹²

Tumačenje po kome upravni akt (a ne i sudska odluka) može biti napadnut ustavnom žalbom ima osnova i u formulaciji dela odredbe člana 170. Ustava RS koja je slična članu 198. stav 1. Ustava RS koji se odnosi na kontrolu uprave.¹³

Isto tako, u članu 89. Zakona o Ustavnom sudu upotrebljava se termin **poništiti**, koji je karakterističan za upravno, a ne za krivično procesno pravo.

Najposle, da je ustavotvorac hteo preispitivanje sudskih odluka u postupku po ustavnoj žalbi izričito bi to normirao, kao što je to učinio raniji Zakon o Saveznom ustavnom sudu¹⁴, po kome *ustavnu žalbu može podneti svako ko smatra da su mu pojedinačnim aktom ili radnjom sudskih, upravnih i drugih državnih organa... povređeni sloboda i pravo čoveka*.

Osim izloženog, ustanovljenom praksom ugrožava se pravna sigurnost i stvara pravna neizvesnost, vređa načelo pravnosnažno presuđene stvari (pravnosnažno presuđena stvar je tačno presuđena), ugrožava načelo podela vlasti i ruši autoritet sudske odluke. Većinu ljudskih i manjinskih prava konkretizuju posebni zakoni i, u slučaju povrede, štite ih redovni sudovi. Ako bi se postojeća praksa Ustavnog suda nastavila, svaka odluka redovnog suda mogla bi biti predmet ustavnosudskog preispitivanja, što bi dalo dodatni podsticaj strankama i njihovim punomoćnicima da zahtevaju poništenje sudskih odluka, pozivajući se na povredu ljudskih ili manjinskih prava i sloboda. Da je ustavotvorac želeo ustanovljenje sada postojeće prakse Ustavnog suda, ne samo da bi jasnije uredio pitanje njegove nadležnosti, nego bi broj sudija Ustavnog suda učinio većim.

Inspiracija za postojeću praksu očigledno je nađena u nemačkom pravu. Međutim, ispušta se iz vida bitna činjenica da je Savezni ustavni sud, prema članu 92. Osnovnog zakona Nemačke, najviši sud u sistemu sudske vlasti. Otuda, kao sud najviše instance, on može da preispituje sudske odluke zemaljskih sudova. Za razliku od njega, Ustavni sud Srbije ne pripada sistemu sudske vlasti.

Evropsko uporedno pravo sadrži različita rešenja za ustavnosudsko preispitivanje sudskih odluka.¹⁵ Pravnopolitički posmatrano, poštovanje ljudskih i manjinskih prava i sloboda predstavlja jedno od najvažnijih načela demokratskih država. Imajući u vidu da je uspostavljanje vladavine prava proces

12 Član 82. stav 2. Zakona o Ustavnom sudu.

13 Član 170. Ustava RS: „Ustavna žalba se može izjaviti protiv **pojedinačnih akata ili radnji državnih organa ili organizacija kojima su poverena javna ovlašćenja...**“ Član 198. stav 1. Ustava RS: „**Pojedinačni akti i radnje državnih organa, organizacija kojima su poverena javna ovlašćenja**, organa autonomnih pokrajina i jedinica lokalne samouprave, moraju biti zasnovana na zakonu.“

14 *Službeni list SRJ*, br. 30/92.

15 Ustavna žalba, kao individualno pravno sredstvo protiv sudskih akata, postoji u Nemačkoj, Španiji, Češkoj, Hrvatskoj i Makedoniji. Austrija ne dozvoljava ukidanje sudskih odluka i ustavna žalba je usmerena protiv akata državne uprave. Francuska i Italija ne poznaju institut ustavne žalbe, a Engleska uopšte nema ustavni sud.

koji se neprekidno unapređuje i koji, uzimajući u obzir evropske integracije, nema alternativu, jasno je koliki napor treba da učini Srbija kao zemlja mladog demokratskog režima da bi ne samo normativno već i praktično poštovala ljudska i manjinska prava i slobode. U tom smislu je i član 18. stav 3. Ustava RS, prema kome se *odredbe o ljudskim i manjinskim pravima tumače u korist unapređenja demokratskog društva, saglasno važećim međunarodnim standardima ljudskih i manjinskih prava, kao i praksi međunarodnih institucija koje nadziru njihovo sprovođenje.*

Ne osporavajući nezavisnost sudstva i veliko poštovanje za rad sudova, mora se, teorijski posmatrano, dozvoliti mogućnost sudijske greške uopšte, pa i u domenu ljudskih prava i osnovnih sloboda posebno. Kako ljudska prava i osnovne slobode mogu biti povređeni i odlukama sudova, treba se dozvoliti da i sudska odluka može biti napadnuta ustavnom žalbom. Stoga je neophodno precizirati postojeće propise: a) u članu 170. Ustava RS izričito bi trebalo da se navede da se ustavna žalba može izjaviti protiv sudskih odluka (poput formulacije u Zakonu o Saveznom ustavnom sudu SRJ od 1992. godine); b) član 145. Ustava RS – treba predvideti da Ustavni sud može da preispituje sudske odluke; c) u relevantnim zakonima koji ponavljaju ili konkretizuju ustavne odredbe.

Kao odgovor na drugo pitanje – da li postojećem Ustavnom sudu Srbije treba staviti u nadležnost poništenje sudskih odluka, čini se da se na osnovu izloženog odgovor sâm nameće. Mogućnost poništenja sudskih odluka kvalifikovalo bi Ustavni sud u instancioni, nadvrhovni sud, čime bi se faktički pripojio postojećem sistemu sudske vlasti. To bi izazvalo koliziju s postojećim ustavnim i zakonskim propisima koji regulišu sudsku vlast.

Kao poseban državni organ koji ne pripada sudskoj vlasti, on ne može da poništava sudske odluke, ali bi po uzoru na Evropski sud za ljudska prava mogao da konstatuje povredu ljudskih ili manjinskih prava i sloboda. Osnov za ovakav zaključak nalazi se u članu 414. Zakonika o krivičnom postupku, koji se odnosi na mogućnost ponavljanja krivičnog postupka. Naime, prema ovom članu, odredbe koje regulišu ponavljanje krivičnog postupka shodno će se primenjivati i kad je zahtev za ponavljanje krivičnog postupka podnet zbog povrede prava osuđenog u krivičnom postupku, koja je **utvrđena** odlukom Ustavnog suda ili međunarodnog suda, u skladu sa potvrđenim međunarodnim ugovorom, a povreda je bila od uticaja na zakonito i pravilno donošenje presude.¹⁶ Mogućnost ponavljanja parničnog postupka koji je odlukom suda pravnosnažno završen a u kome je Ustavni sud **utvrdio** povredu ili uskraćivanje ljudskog ili manjinskog prava i slobode zajemčene Ustavom propisuje i član 422. Zakona o parničnom postupku.¹⁷

Stavljajući u nadležnost Ustavnom sudu samo utvrđivanje povrede ljudskog ili manjinskog prava ili slobode, a ne i poništenje sudske odluke kojom je povređeno to pravo ili sloboda, ne vređa se načelo pravnosnažno presuđene

16 Vidi član 414. Zakonika o krivičnom postupku.

17 Vidi član 422. Zakona o parničnom postupku (*Službeni glasnik RS*, br. 125/2004 i 111/2009).

stvari niti se narušava načelo podele vlasti. U pogledu formalnopravnog važenja, pravnosnažna sudska odluka mora ostati neprikosnoven. Pravnosnažnu sudsku odluku može obesnažiti samo sud koji odlučuje po vanrednom pravnom leku.¹⁸ Isti efekat postiže se u slučaju kada Ustavni sud poništava pravnosnažnu sudsku odluku i sastoji se u tome da se napadnuta odluka uklanja iz pravnog života. Međutim, postoji bitna razlika u tome da li pravnosnažnu sudsku odluku kojom je povređeno ljudsko ili manjinsko pravo ili sloboda iz pravnog života uklanja sudski ili vansudski organ.

Poništavanjem pravnosnažnih sudskih odluka od vansudskih organa ne samo da se dezintegriše postojeći instancioni sistem sudova i dira u načelo podele vlasti već se dovodi u pitanje i autoritet sudske odluke.

Konstatovanjem da je povređeno ljudsko ili manjinsko pravo ili sloboda zainteresovanoj strani se omogućuje da zahteva ponavljanje sudskog postupka pred nadležnim sudom i uklanjanje nastale povrede.

Zaključna razmatranja

Formulacija člana 170. Ustava RS i člana 82. stav 1. Zakona o Ustavnom sudu ne daje jasan odgovor na pitanje da li sudska odluka može biti napadnuta ustavnom žalbom. Prema ekstenzivnom tumačenju koje je usvojio Ustavni sud, predmet ustavne žalbe može biti i odluka suda. Restriktivno tumačenje uzima u obzir pre svega član 145. Ustava RS kojim se propisuje da sudske odluke ne mogu biti predmet vansudske kontrole te da ih može preispitivati samo nadležni sud, u zakonom propisanom postupku. Budući da Ustavni sud ne pripada sistemu sudske vlasti, on nema pravo da preispituje odluke suda. Da je ustavotvorac želeo suprotno, on bi to izričito propisao, kao što je učinio Zakon o Saveznom ustavnom sudu SRJ od 1992. godine.

Argumenti na kojima počiva ekstenzivno tumačenje polaze od vrhovnog načela demokratskih država, a to je poštovanje ljudskih i manjinskih prava i sloboda. Iako je njihova primarna zaštita poverena nezavisnoj sudskoj vlasti, mora se uzeti u obzir makar i teorijska mogućnost sudijske greške kojom bi se osujetilo ostvarivanje Ustavom zagarantovanih prava i sloboda. Srbija čini velike napore da ispuni uslove neophodne za ulazak u Evropsku uniju. Jedan od tih uslova je stvaranje institucionalnih garantija poštovanja ljudskih i manjinskih prava i sloboda. Idealno bi bilo da se ljudska i manjinska prava i slobode poštuju. Ukoliko ipak dođe do njihove povrede, nezavisna sudska vlast je u prvom redu pozvana da ih štiti. U slučaju da se dogodi propust u sudskoj zaštiti, oštećena strana može da se obrati Ustavnom sudu sa zahtevom da utvrdi nastalu povredu odnosno narušavanje prava ili slobode. Stavljanjem Ustavnog suda u položaj krajnjeg nacionalnog zaštitnika ljudskih i manjinskih prava i sloboda potencijalno bi se smanjio broj stranaka koje bi zaštitu povređenih prava i sloboda tražile pred Evropskim sudom za ljudska prava u Strazburu. Time bi se u međunarodnoj zajednici poboljšala slika Sr-

18 Izuzetci su pomilovanje i amnestija.

bije kao države koja poštuje zajemčena prava i slobode svojih građana. Stoga se ekstenzivno tumačenje člana 170. Ustava RS i člana 82. stav 1. Zakona o Ustavnom sudu čini prihvatljivim.

Međutim, ako je prihvatljivo da Ustavni sud preispituje sudske odluke, on nema pravo da ih poništava. Kasiranjem sudskih odluka faktički se stavlja u položaj instancionog, nadvrhovnog suda koji iz pravnog života uklanja pravnosnažne sudske odluke. Diranjem u načelo pravnosnažnosti narušava se autoritet sudske vlasti, što se kosi s velikim naporima koji se neprekidno čine sa ciljem njene nezavisnosti, nepristrasnosti i dovoljne stručnosti.

Vrlo je važno podsetiti da važeći krivičnoprocesni i građanskoprocesni propisi kao jedan od osnova za ponavljanja postupka predviđaju povredu ili uskraćivanje odgovarajućeg prava ili slobode koju je utvrdio Ustavni sud. Ostaje nejasno zbog čega onda Ustavni sud ide jedan korak dalje i poništava pravnosnažne sudske odluke, čime se protivustavno stavlja u položaj nadvrhovnog suda, kada se isti cilj – donošenje nove sudske odluke postiže i „samo“ konstatovanjem da je osporenom odlukom povređeno ili narušeno ljudsko ili manjinsko pravo ili sloboda. Da bi se okončale nedoumice povodom kontrole sudskih odluka od Ustavnog suda, najbolje bi bilo precizirati postojeće ustavne i zakonske propise.

Valentina Cvetković, LL.M.

Teaching Assistant, University of Belgrade, Faculty of Law

REVISION OF THE COURT DECISION BY THE CONSTITUTIONAL COURT

Summary

It is not clear whether it was the constitution maker's decision that court decisions can also be reviewed by the Constitutional Court. Although Constitutional Court does not belong to judicial power, in practice, it acts like its part and not only does it review but also annuls court decisions. Doing this, Constitutional Court practically turns to be above the Supreme Court of Cassation.

Taking into account the reasons of the legal policy in the field of human rights and fundamental freedoms protection, it is acceptable to allow Constitutional Court to review court decisions and establish the violation of the appellant's right or freedom but not to annul the decision in question.

Key words: *Constitutional Court. Constitutional appeal. Court decision.*

Мр Бојана Чучковић*

МЕЂУНАРОДНА ОДГОВОРНОСТ ДРЖАВЕ ЗА ШТЕТУ ПРИЧИЊЕНУ ЖИВОТНОЈ СРЕДИНИ – КЛАСИЧНА ПРАВИЛА И САВРЕМЕНЕ ТЕНДЕНЦИЈЕ

Апстракт

Међународно право располаже старим и у великој мери прихваћеним правилима о одговорности државе за противправни акт. Суочена са проблемом заштите животне средине, ова правила указују на низ препрека које нису у стању да превазиђу како би у потпуности одговорила специфичностима међународног еколошког права. Чињеница да штета по животну средину у највећем броју случајева настаје као последица активности које су у складу са међународним правом довела је до извесних тенденција новијег датума, које свој израз добијају у правилима о одговорности за штетне последице активности које су дозвољене међународним правом. Осим терминолошке неусклађености израза који су употреби за два наведена режима одговорности у литератури на страним језицима, веома је дискутабилно и да ли правила о одговорности за акте који нису забрањени међународним правом представљају посебан режим одговорности у смислу секундарних правних норми. Два наведена облика одговорности намећу потребу анализе њиховог међусобног односа, који је најочљивији у елементима секундарних правила о одговорности (противправност/допуштеност акта који је изазвао настанак штете, приписивање, успостављање узрочне везе, околности које искључују одговорност, последице установљене одговорности). Специфичности примене расположивих режима одговорности у случају еколошке штете допринеле су развијању нових тенденција у међународном праву заштите животне средине. У том смислу, настају различити механизми надзора над применом појединих уговорних режима који представљају супститут правилима о одговорности и прихватљивији су за државе које ни на актуелном ступњу деградираности животне средине нису спремне да преузму чврсте обавезе.

Кључне речи: *Одговорност државе за противправни акт. Одговорност за штетне последице аката који су дозвољени међународним правом. Комисија за међународно право. Еколошка штета. Приписивање. Позивање државе на одговорност. Околности које искључују противправност.*

* Бојана Чучковић, асистент Правног факултета Универзитета у Београду. Рад је резултат истраживања у оквиру пројекта *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије (179059)*, који подржава Министарство просвете и науке Републике Србије.

Особене карактеристике међународног права заштите животне средине долазе нарочито до изражаја на плану одговорности. Не само да преиспитују постојећа правила о одговорности државе за противправни акт већ подстичу формирање нових, још увек у пракси недовољно утемељених правила о одговорности за штетне последице аката који нису противни међународном праву, као и настанак једне врсте меке одговорности за еколошку штету која се по својим карактеристикама приближава различитим механизмима контроле који оперишу при бројним међународним уговорима у области заштите животне средине.¹

- 1 Покушаји уношења кривичне одговорности државе у међународно јавно право одбачени су услед неспојивости инхерентних карактеристика међународног права и државе, као његовог основног субјекта, и општих услова за постојање кривичне одговорности. Ову расправу оживело је уношење члана 19. Нацрта правила о одговорности државе за противправни акт усвојеног након првог читања 1996. године у Комисији за међународно право, којим се прави разлика између међународних злочина и других противправних аката. Критикујући члан 19, специјални известилац за питање одговорности за противправни акт Џејмс Крафорд (*James Crawford*) истиче да се од режима који би се примењивао на међународне злочине очекује неколико ствари које међународно право није у стању да пружи. Злочине би требало прецизно дефинисати како би се удовољило начелу *nullum crimen sine lege*. Осим тога, требало би да постоји одговарајућа процедура на нивоу међународне заједнице у којој би се спроводиле истражне радње, као и адекватан процес гоњења и суђења за злочине. Не треба заборавити ни нужан систем санкција које међународно право као децентрализован систем не поседује. *Crawford, J., "On Re-reading the Draft Articles on State Responsibility", Am. Soc'y Int'l L. Proc.*, број 92, 1998, стр. 296. Погрешно је, сада већ бивши члан 19. Нацрта из 1996. године, посматрати са становишта кривичне одговорности државе. Овај члан и није био унет са намером да успостави нови режим одговорности. Њега треба сагледати у светлости грађанске одговорности државе и потребе Комисије за међународно право да повуче разлику између противправних аката који су нарочито озбиљне природе и оних који то нису. Такав приступ није лишен недоследности и у пракси би изазвао значајан број проблема. Само навођење аката који би се сматрали нарочито озбиљним доводи до закључка да остали то нису. С друге стране, акти наведени у члану 19. могу, у зависности од ситуације, имати и различит домањај, што упућује на закључак да садржина норме која се крши није пресудна. То се може видети управо на примеру из области животне средине. Могу постојати веома озбиљна кршења обавезе обавештавања (рецимо, пропуштање обавештавања о озбиљној опасности која услед активности на територији дате државе прети животnoj средини других држава) и повреда правила о забрани употребе силе мањег значаја. Међутим, да је члан 19. задржан у актуелним Правилима о одговорности државе за противправни акт, по свој прилици би, захваљујући њему, могли да се реше неки други проблеми. Као што је већ поменуто, доведен у везу с чланом 48. Правила, омогућио би веома широко тумачење појма државе која није непосредно оштећена али која може да позове на одговорност државу штетника, чиме би један од највећих проблема међународног еколошког права, проблем штете нанете просторима изван националних јурисдикција, потенцијално био превазиђен. У том случају би се свака држава могла сматрати заинтересованом јер се ради о просторима чије је очување у интересу читаве међународне заједнице. Мада критикују подвођење озбиљног кршења међународне обавезе од суштинског значаја за очување човекове околине под појам међународног злочина, називајући га чак „парадоксалним“, Пеле (*Pellet*) и Даје (*Daillier*) у томе виде својеврсну криминализацију тешких загађења животне средине што, према њиховом мишљењу, представља покушај да се одговори на недостатке режима који није у потпуности спреман да се ухвати укоштац са изазо-

Терминолошка и појмовна разноликост

За потребе анализе правила о одговорности државе, а ради постизања термилошке прецизности, у даљем тексту биће коришћени изрази 'одговорност државе за противправни акт' и 'одговорност државе за штетне последице аката који нису противни међународном праву'. Ово разликовање одговара приступу који је усвојен од стране Комисије за међународно право. Прихвата га и већи део теорије међународног права, мада се још увек може наићи на одступања.

Комисија за међународно право доследна је у употреби термина *responsibility* који користи за одговорност државе за противправни акт и израза *liability* под којим подразумева одговорност државе за штетне последице аката који нису забрањени међународним правом. Уместо да околност што се енглески језик налази међу ретким језицима² који располажу различитим терминима за реч одговорност (*responsibility*, *liability*, *accountability*) доведе до термилошке усклађености и прецизног изражавања, речи *responsibility* и *liability* често се користе као синонимима управо у стручној литератури на енглеском језику. Бирни (*Birnie*) и Бојл (*Boyle*) изричито упућују читаоца да ће у свом опширном тексту о међународном еколошком праву у делу који се бави одговорношћу, ове термине користити као синониме иако у фусноти објашњавају да они имају различито значење које би се svelo на разлику коју прави Комисија.³ Има, међутим, и примера да не постоји сагласност у погледу значења која се овим терминима приписују, тачније да она одступају од значења које им даје Комисија за међународно право. Они се могу лоцирати не само у теорији већ и у уговорној пракси.

Ханкин (*Hanqin*) тако инсистира на разлици између појма *responsibility*, под којим подразумева обавезу државе да сноси правне последице свог противправног акта, и појма *liability*, који за њу представља обавезу накнаде штете, до чега долази ако је штета причињена противправним актом. Према њеном схватању, *responsibility* је шири концепт и њиме је обухваћен појам *liability* у случајевима у којима је противправни акт за последицу имао настанак штете.⁴ Иако у каснијем тексту оба термина користи као синониме, при чему преферира термин *liability*, јасно је да овај израз не везује за значење у коме га користи Комисија за међународно право, тј. обавезу накнаде штете која настаје

вима који пред њега стављају савремени еколошки проблеми. Daillier, P., Pellet, A., *Droit international public*, LGDJ, Paris 2002, стр. 1298.

2 У немачком језику се такође прави разлика између израза *Verantwortlichkeit*, који би одговарао енглеској речи *responsibility*, и *Haftung*, који појмовно одговара убицајеном значењу речи *liability* у енглеском језику. Наведено према: Winter, G., Jans, J., Macrory, R., Krämer, L., "Weighing up the EC Environmental Liability Directive", *Journal of Environmental Law*, број 20/2, 2008, стр. 167.

3 „State responsibility, or international liability as it is sometimes referred to...”: Birnie, P. W., Boyle, A., *International Law and the Environment*, Oxford University Press, 2002, стр. 181.

4 Hanqin, X., *Transboundary Damage in International Law*, Cambridge University Press, 2009, стр. 75–76.

актима који нису забрањени међународним правом. Сличног схватања је Дупуи (*Dupuy*), за кога међународна одговорност у смислу *liability* представља „обавезу државе која је крива за противправни акт којим је причињена штета другој држави, да ту штету надокнади“.⁵ Произлази да би, са становишта Правила о одговорности државе за противправни акт, овако схваћен израз *liability* подразумевао само једну од последица установљења међународне одговорности државе (*responsibility*). Свела би се на обавезу накнаде штете, а не би обухватала престанак и забрану понављања противправног акта.

Према другом схватању, реч *liability* односила би се на одговорност субјеката приватног права, док је термин *responsibility* резервисан за одговорност држава и међународних организација као субјеката међународног права.⁶ Истина, бројни међународни уговори из области заштите животне средине који предвиђају одговорност физичких и правних лица која се налазе у одговарајућем својству за потребе канализационе одговорности (примена принципа „загађивач плаћа“) готово без изузетка користе реч *liability*.⁷ Ипак, да се разликовање између појмова *responsibility* и *liability* не може заснивати на субјекту који сноси одговорност, показује Конвенција о међународној одговорности (*liability*) за штету коју изазову космичке летелице од 1972. године, којом је предвиђена одговорност државе.

Према трећем схватању, израз *responsibility* одговара појму обавезе државе, док термин *liability* треба схватити у смислу последица које настају кршењем те обавезе.⁸ Наведено схватање се, на актуелном ступњу развоја правила о одговорности државе за противправни акт, чини слабо утемељеним, будући да израз *liability* користи у значењу које се готово без изузетка приписује речи *responsibility*, док овај појам своди на просту обавезу државе у смислу примарног правног правила што он свакако није.

Да лутања у погледу значења које треба дати изразима *responsibility* и *liability* нису само ствар термилошке преференције већ и питање које може имати значајне практичне последице, показује пример Конвенције о праву мора од 1982. године. Члан 235. овог уговора у енглеској верзији текста насловљен је „*Responsibility and Liability*“. У првом ставу овог члана стоји: „*States are responsible for the fulfilment of their international obligations concerning the protection and preservation of the*

5 Наведено према: Boyle, A., "State Responsibility and International Liability for Injurious Consequences of Acts not Prohibited by International Law: A Necessary Distinction?", *International and Comparative Law Quarterly*, број 39, јануар 1990, стр. 9.

6 *Eod. loc.*

7 Као пример могу послужити Конвенција о одговорности треће стране у области нуклеарне енергије од 1960. године, Конвенција о одговорности оператора нуклеарних бродова од 1962. године, Бечка конвенција о грађанској одговорности за нуклеарну штету од 1963. године, Конвенција о грађанској одговорности за штету изазвану загађивањем нафтом од 1969. године са Протоколом од 1984. године и многе друге. Код сваке од ових конвенција у званичном називу фигурира реч *liability*.

8 Birnie, P. W., Boyle, A., *op. cit.*, стр. 234.

marine environment. They shall be liable in accordance with international law.“ Да су аутори Конвенције имали намеру да се наведени изрази користе као синоними са идентичним значењем, не би било потребе у наслов текста ставити оба термина. Ипак, велико је питање да ли би се изрази *responsibility* и *liability* могли протумачити у неком од поменутих схватања, нарочито ако се у виду има верзија текста уговора на француском језику, који у наслову има само једну реч – „*Responsabilité*“, а који у ставу 1. предвиђа: „*Il incombe aux Etats de veiller à l'accomplissement de leurs obligations internationales en ce qui concerne la protection et la préservation du milieu marin. Ils sont responsables conformément au droit international.*“⁹

Претпоставка према којој већи избор термина доприноси јасности и прецизности правничког изражавања тиме је оборена, а језици попут француског, шпанског, па и нашег, који располажу само једном речју када се ради о одговорности, остављају мање простора за широка и неутемељена тумачења. Потребу разликовања појединих режима одговорности надокнађују одредницама уз термин одговорност, што, истина, може оптеретити текст, мада, с друге стране, не оставља простор за различита схватања и тумачења.¹⁰

Оваква термилошка и појмовна неусклађеност у смислу различитог значења које се у теорији и пракси даје изразу *responsibility* и, нарочито, изразу *liability*, говори о њиховој још увек недовољној укорењености у међународном праву и међународној уговорној и судској пракси. Рад Комисије за међународно право би управо требало да допринесе уношењу извесне кохерентности, у чему, по свој прилици, успева. Нормативна активност држава новијег датума, нарочито она која се тиче правног регулисања заштите животне средине, потврђује утицај Комисије јер се у највећем броју случајева води рачуна о томе да се за потребе одговорности изрази *responsibility* и *liability* користе у значењу које им је доделила сама Комисија. Увођење јединствене терминологије и одговарајућих општеприхваћених значења која се приписују појединим изразима треба сагледати независно од судбине коју буду доживела правила која су резултат дугогодишњег рада Комисије за међународно право.

Одговорност државе за противправни акт и одговорност за последице аката који су дозвољени међународним правом – правна природа, однос и специфичности ових правила у контексту еколошке штете

Разлог за разликовање одговорности државе за противправни акт од одговорности за штетне последице аката који су дозвољени међународним правом, како то истиче Фриц (*Fritz*), не треба тражити у „потреби да се повуче разлика између одговорности засноване на кривици од

9 Dupuy, P.-M., *Les grands textes de droit international public*, Dalloz 2004, стр. 699–700.

10 Примера ради, у француском језику прави се разлика између *Responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite* и *Responsabilité de l'Etat pour les conséquences préjudiciables d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international*.

оне која настаје без кривице. Одговорност државе за штетне последице аката који нису противни међународном праву настала је као одвојена теоријска концепција како би се одговорило сазнању да су традиционалне шеме одговорности државе неприкладне када се ради о накнади штете која је настала законитим понашањем друге државе.¹¹

Схватање одговорности државе као последице противправног понашања оставља отвореним питање аката који нису противправни, али који доводе до настанка значајне штете територијама које се налазе изван јурисдикције државе која је акт предузела. Из основне разлике између две врсте аката (противправности или усклађености с међународним правом), произлазе и остале разлике које указују на њихову сасвим различиту правну природу.¹²

Инсистирање на противправности и потенцирање разлике између примарних и секундарних обавеза које Комисији служи као „централно организационо средство“,¹³ створили су идеју водиљу према којој повреда примарне обавезе ствара, непосредно путем правила о одговорности државе, секундарну обавезу или обавезе које се састоје у престанку кршења, забрани понављања противправног акта, накнади штете. Испуњење те секундарне обавезе могу да траже треће државе које су на то овлашћене, тј. државе које имају право да на одговорност позову државу штетника.

Када је реч о одговорности државе за штетне последице аката који нису противни међународном праву, онако како ју је поставила Комисија, у смислу повлачења разлике између Правила о спречавању прекограничне штете и Принципа о расподели губитака, намеће се закључак да постоје три нивоа обавезе. Примарна обавеза је обавеза државе да спречи настанак штете. Повреда ове примарне обавезе ствара, непосредно путем правила о одговорности за штету коју изазову акти који нису противни међународном праву (*liability*), секундарну обавезу да се причињена штета надокнади. Тек повреда ове секундарне обавезе, непосредно путем правила о одговорности државе за противправни акт (*responsibility*), доводи до настанка терцијарне обавезе или обавеза (престанак кршења, забрана понављања, накнада штете), чије испуњење могу да траже треће државе које су на то овлашћене, тј. државе које имају право да на одговорност позову државу штетника.

11 Fritz, K., "Civil and State Liability for Nuclear Accidents: A Proposal for Eastern Europe", *International Legal Perspectives*, број 6/2, 1994, стр. 56.

12 Има схватања да је разлика између противправних и дозвољених аката „суштински погрешна“ те да је од пресудног значаја садржина правила док је разлика између дозвољених и забрањених аката „бескорисна“. Brownlie, I., *System of the Law of the Nations, State Responsibility*, Part I, Clarendon Press, Oxford, 1983, стр. 50. У теорији је чак изражен став да читав рад Комисије за међународно право почива на „неспоразуму“. Akehurst, M.B., "International liability for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law", *Netherlands Yearbook of International Law*, број 16, 1985, стр. 8.

13 Crawford, J., "The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: A Retrospect", *American Journal of International Law*, број 96, 2002, стр. 876.

Овакво схватање, међутим, чини се оправданим само ако се Правила о спречавању прекограничне штете¹⁴ и Принципи о расподели губитака¹⁵ Комисије за међународно право посматрају као целина, што још увек представља велико питање. Наиме, на актуелном степену развоја међународног права, правила о одговорности државе за штетне последице аката који нису забрањени међународним правом представљају пре његов прогресивни развој него кодификацију обичајних правних правила. Розенсток (*Rosenstock*) у томе види основни проблем ових правила јер сматра да „ништа не говори у прилог раширеном, а камоли универзалном прихватању такве апсолутне одговорности“.¹⁶ Прихватају је само неке државе и то само у вези са посебним уговорним режимима.

Ако се, пак, правила о одговорности државе за штетне последице аката који нису забрањени међународним правом, наравно у оној форми у којој их је изнедрила Комисија, схвате као правила и принципи који треба да подстакну и уведу униформност у постојеће и будуће уговорне режиме, у том случају би, у зависности од тога шта сâм уговор предвиђа, пресудно било одредити шта је примарна обавеза – да ли је то обавеза спречавања или обавеза накнаде штете. У сваком случају, повредом примарне обавезе била би активирана правила о одговорности државе за противправни акт.

У том смислу, ако се као неспоран и општеприхваћен усвоји концепт по коме држава одговара за повреду сваке по међународном праву преузете обавезе, теза према којој држава не би одговарала за штету која настане кршењем њене обавезе спречавања, већ да би до активирања правила о одговорности за противправни акт дошло тек уколико она не би испунила своју обавезу да штету надокнади, чини се неутемељеном.¹⁷ Ако би се накнада штете схватила као нека специфична последица повреде примарне обавезе, то би и сам режим одговорности за акте који су дозвољени међународним правом подигло на ниво секундарних правних правила попут режима одговорности за противправни акт, што он још увек није и питање је да ли ће икада постати.¹⁸

14 *Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities*, with commentaries, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, (A/56/10), *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Part Two.

15 *Draft principles on the allocation of loss in the case of transboundary harm arising out of hazardous activities*, with commentaries, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-eighth session in 2006, and submitted to the General Assembly (A/61/10), *Yearbook of the International Law Commission*, 2006, vol. II, Part Two.

16 Rosenstock, R., "The ILC and State Responsibility", *American Journal of International Law*, број 96, 2002, стр. 795.

17 Quentin-Baxter, A., "A Special Rapporteur in search of his topic: Professor Quentin-Baxter's work on 'International liability for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law'", *Victoria University Wellington Law Review*, број 17, 1987, стр. 26. Овај доста критикован став специјални извештај Барбоза је касније напустио, што је поздрављено у теорији међународног права. Boyle, A., *op. cit.*, стр. 11.

18 Сухариткул подсећа да су и правила о одговорности државе за противправни акт започела свој развој управо као примарна правила о одговорности за штету коју држава причини страним држављанима и њиховој имовини. Sucharitkul, S.,

Из наведеног произлази да се, на актуелном нивоу развоја међународног права, одговорност за штетне последице аката који су дозвољени међународним правом своди на примарне обавезе које за државу штетника настају према оштећеној држави. Примарна обавеза у том случају може бити како обавеза државе да спречи настанак штете¹⁹ (уколико таква обавеза постоји било у међународном уговору или евентуално извире из међународног обичаја), тако и обавеза да причињену штету надокнади²⁰ (ако не постоји претходна обавеза државе да штету спречи). У оба случаја ради се о примарним обавезама чија повреда покреће механизам секундарних правних правила о одговорности за противправни акт.

Одговорност државе за штетне последице аката који су дозвољени међународним правом не би тиме представљала неки посебан режим одговорности, већ конкретну обавезу државе да спречи штету која може настати услед активности са високим степеном ризика или пак обавезу да надокнади штету која настане као последица таквих активности.²¹

“State Responsibility and International Liability Under International Law”, *Loy. L.A. Int'l & Comp. L.J.*, број 18, 1995–1996, стр. 831. Тешко је очекивати да ће и правила о одговорности за штетне последице аката који су дозвољени међународним правом доживети исту трансформацију, нарочито ако се у обзир узме околност да пракса држава не иде у јединственом правцу прихватања општег режима одговорности *sine delicto*. Росас истиче да би се евентуално могло говорити о настајању одговорности за значајну штету коју узрокују догађаји у вези са високоризичним активностима. Аутор ипак сматра да је ова теза спорна и да не налази потпору у пракси држава. Rosas, A., „Issues of State Liability for Transboundary Environmental Damage“, *Nordic Journal of International Law*, број 60, 1991, стр. 31. Ван Дуне чак налази да је пракса „практично непостојећа“. Van Dunné, J., “Transboundary Pollution and Liability Issues: Private Law vs Public International Law Approaches. The Cases of the Rivers Rhine and Meuse”, *Acta Juridica*, 1999, стр. 334.

- 19 Нацрт правила о спречавању штете настале услед опасних радњи за примарну обавезу узима обавезу спречавања значајне прекограничне штете или обавезу да се умањи ризик од њеног настанка, обавезу сарадње, обавезу обавештавања и нотификације, обавезу консултовања о привременим мерама и обавезу размене података. *Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities*, with commentaries, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, (A/56/10), *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Part Two.
- 20 Нацрт Принципа о расподели губитака у случају прекограничне штете настале услед опасних активности у принципу број 4 наводи да свака држава предузима све неопходне мере како би се пружила брза и адекватна накнада за жртве прекограничне штете која је настала услед високоризичних активности предузетих на њеној територији или на територији која се налази под њеном јурисдикцијом или контролом. Принцип број 5 установљава обавезу обавештавања, сарадње, консултовања,... која настаје у случају да дође до инцидента услед опасне активности која узрокује или је вероватно да ће узроковати прекограничну штету. *Draft principles on the allocation of loss in the case of transboundary harm arising out of hazardous activities*, with commentaries, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-eighth session in 2006, and submitted to the General Assembly (A/61/10), *Yearbook of the International Law Commission*, 2006, vol. II, Part Two.
- 21 Бирни и Бојл у повлачењу разлике између одговорности за противправне акте и одговорности за акте који су дозвољени међународним правом виде покушај Комисије за међународно право да избегне забрану еколошки штетних активности.

Тако схваћену одговорност за штетне последице аката који нису забрањени међународним правом треба довести у везу са правилима о одговорности за противправни акт. Иако се неспорно ради о питањима која стоје у тесној и нераскидивој вези,²² сасвим различита правна природа ове две групе правила захтева разматрање њиховог међусобног односа. Разлике настају у две равни. Прва се тиче квалификације правила о одговорности за противправни акт као секундарних правних правила у односу на правила о одговорности за штетне последице високоризичних активности која су примарна. Посматран у овој равни, однос између две групе правила своди се на однос између било ког правила међународног права којим су предвиђене конкретне обавезе за државе и правила о одговорности која се примењују у случају њихове повреде. На другој равни однос између ове две групе правила постаје специфичан услед инхерентних карактеристика правила о одговорности за штетне последице високоризичних активности. Посматрана кроз призму секундарних правила о одговорности, та примарна правила, управо због своје *sine delicto* природе, коригују неке од основних постулата на којима почивају традиционална правила о одговорности.

Како то запажа Росас (*Rosas*), док одговорност државе за противправни акт обично подразумева обавезу накнаде штете, на шта се, према схватању аутора, своди одговорност за штетне последице виокоризичних активности, одговорност за штетне последице дозвољених аката нужно не претпоставља одговорност за противправни акт.²³ Заиста, одговорност за штетне последице аката који су у складу са међународним

Birnie, P.W., Boyle, A., *op. cit.*, стр. 182. Став је претеран и у потпуном нескладу са овлашћењима Комисије и општим карактеристикама међународног права. Комисија за међународно право представља помоћни орган Генералне скупштине Уједињених нација задужен за припремање кодификације међународног права и ни у ком случају се не би могла сматрати неком врстом светског законодавца. Само би субјекти међународног права могли у међународно право да уведу забрану еколошки штетних активности. Они за тако нешто још увек немају интерес. Интереси економског и технолошког развоја и даље односе превагу над интересима очувања животне средине, што се одражава и на нормативну активност субјеката међународног права – преваходно држава. Постојећи уговорни режими који уређују различите активности високог ризика задржавају се на установљењу обавезе накнаде њима причињене штете без покушаја увођења забране саме активности. То поменуте ауторе наводи на закључак да „није забрањена сама активност, већ штета коју она узрокује“. *Eod. loc.* Ипак, овако генерализован став не би се могао прихватити за све врсте високоризичних активности већ само за оне код којих конкретни уговорни режими јасно предвиђају обавезу спречавања настанка штете. Осим тога, често се постављају додатни квалификаторни услови код обавезе спречавања штете попут услова да се ради о „значајној штети“, из чега произлази да није забрањена свака штета.

22 Sucharitkul, S., *op. cit.*, стр. 838. Слични ставови заузети су и у расправама вођеним у оквиру Комисије за међународно право. Могло се чути да је одговорност државе за штетне последице аката који су дозвољени међународним правом само „један аспект одговорности државе“ (за противправни акт), као и да се ради о „значајном делу“ овог питања. *Yearbook of the International Law Commission*, 1963, Part One, стр. 7, 12.

23 Rosas, A., *op. cit.*, стр. 29–30.

правом а која подразумева обавезу накнаде проузроковане штете, тиме поставља настанак штете као предуслов за њихово активирање, али и за примену правила о одговорности за противправни акт у случају да обавеза накнаде не буде испоштована. Ако се у обзир узме чињеница да штета не фигурира међу елементима одговорности државе за противправни акт у актуелном изгледу Правила Комисије за међународно право, те да држава може бити одговорна за повреду своје међународне обавезе без обзира на то да ли је штета настала, очигледно је да правила о заштити животне средине, која се у најбољем случају свODE на обавезу спречавања настанка штете, концепцијски одуарају од осталих примарних правила међународног права. Штета у овом случају постаје један од елемената одговорности за противправни акт.

Специфичности постоје и у погледу приписивања штетног догађаја субјекту који ће сносити његове последице. У режиму одговорности државе за противправни акт, приписивање представља један од елемената без којих одговорност не би могла бити установљена. Своди се на квалификацију одређеног акта као акта саме државе, што је регулисано врло конкретним правилима.²⁴ Поступак приписивања може се показати као изузетно компликован и, због саме природе правила о одговорности као правила о одговорности за противправни акт, подразумева јаку субјективну конотацију. Држава којој се приписује понашање противно међународном праву представља државу која је аутор противправног акта. За разлику од тога, приписивање у контексту одговорности *sine delicto* ближа је простом установљењу узрочне везе између штете и радње или пропуштања које је до штете довело. Поступак утврђивања узрочне везе није лишен тешкоћа, нарочито када је у питању еколошка штета, али ипак подразумева један релативно објективизован приступ. Његов циљ није да се установи субјект који је извршио противправни акт већ је акценат на томе да оштећена страна добије адекватно задовољење. То се најбоље види на бројним примерима уговорних режима који установљавају обавезу накнаде штете настале услед активности којима је својствен изванредан степен ризика, а који често предвиђају калисање одговорности на конкретног субјекта који је најподеснији да штету надокнади. У том смислу треба поменути и случајеве увођења резидуалне одговорности државе у ситуацијама када субјект који је штету проузроковао није у стању да је надокнади било из сопствених средстава, било из обавезних фондова који су саставни део уговорног режима.

На овом месту упутно је надовезати се на последице установљене одговорности које нису идентичне. Основни, давно установљени принцип одговорности за противправни акт јесте *restitutio in integrum*. Уколико се установи да је актом, који јој се може приписати, држава повредила норму међународног права, основни циљ установљења њене одговорности јесте да се успоставе услови који су постојали пре него што је повреда настала. У том смислу, осим накнаде штете, као последи-

24 Чланови 4. до 11. Правила о одговорности државе за противправни акт.

це установљења одговорности фигурирају и престанак противправног акта, забрана његовог понављања. Код одговорности за штетне последице аката који нису противни међународном праву, основна последица установљења узрочне везе између штете и догађаја који ју је проузроковао своди се на њену накнаду. Као што је управо поменуто, накнада не само да не мора доћи од субјекта који је штету учинио већ је повраћај у пређашње стање, нарочито када се ради о еколошкој штети, практично немогуће постићи. Накнада, услед различитих околности, често не може бити у потпуности једнака стварно претрпљеној штети. Осим тога, остале последице предвиђене Правилима о одговорности државе за противправни акт у супротности су са базичном карактеристиком високоризичних активности. Акт који је дозвољен међународним правом, ма какав ризик собом носио, не би могао повући обавезу његовог престанка, нити, разуме се, забрану понављања.²⁵

Разлике постоје и у погледу околности које искључују противправност, као веома важан сегмент одговорности државе за противправни акт. Ове околности неспојиве су са одговорношћу за штетне последице аката који су дозвољени међународним правом будући да се ради о радњама које нису противправне. Њихова високоризичност не може се искључити ни по ком основу и подиже степен пажње који је држава дужна да уложи на изузетно висок ниво.

Класична правила о одговорности за противправни акт, сматрало се, нису била адекватан одговор на еколошку штету. Ипак, с једне стране, ни покушај стварања одговорности државе за штету коју узрокују акти допуштени међународним правом није се показао као добро решење, превасходно због тога што се не ради о неком специфичном режиму одговорности већ о обичним примарним правилима, али и због његове слабе распрострањености у пракси.²⁶ С друге стране, чини се да се олако занемарује и прелази преко једног института класичне одговорности државе за противправни акт који би могао имати значајну примену управо у еколошкој сфери. Ради се о принципу *due diligence*. Дужна пажња коју је држава у обавези да поклони активностима које предузима а које собом носе висок степен ризика, могла би да послужи као солидан основ за установљење њене одговорности, нарочито ако се у обзир узме један од основних циљева бројних уговора из области заштите животне средине – постављање јасних стандарда понашања.

25 Сужени круг последица установљене одговорности објашњава се чињеницом да је сам режим одговорности за штетне последице аката дозвољених међународним правом и осмишљен на начин да омогући наставак активности која је до штете довела упркос високом ризику да до штете поново дође. Такве активности сматрају се друштвено и економски корисним. Barboza, J., "Liability: Can We Put Humpty-Dumpty Together Again?", *Chinese Journal of International Law*, број 1, 2002, стр. 514.

26 Овде се мисли на одговорност саме државе, а не на одговорност субјеката унутрашњег права у односу на коју постоји обиље међународних уговорних режима.

Нове тенденције – „мека одговорност“ државе за еколошку штету

Очигледна диспропорција између примарних правила о заштити животне средине и секундарних правила о одговорности, као и њихови још увек недовољно искоришћени капацитети када је у питању еколошка штета, изнедрили су, условно речено, нови облик одговорности који би се могао назвати меком одговорношћу. Државе су склоне да избегавају поступак установљења повреде правила међународног права, што долази до изражаја нарочито у области заштите животне средине због њених инхерентних карактеристика које чине крајње неизвесним примену правила о одговорности на случајеве еколошке штете. Ипак, оне су спремне да прихвате извесне обавезе и да предузимају конкретне кораке за спречавање даљег уништења животне средине. Томе у прилог говори изузетно велики број међународних уговора у овој области. Показало се да државе при том воде рачуна о сопственом уделу у стварању самог проблема. Бруне (*Brunnée*) сумња да би ова појава могла да „од обичног одговора на опасност“ прерасте у „правни концепт“.²⁷ Ради се о нормама које успостављају један координисани систем сарадње и превенције као и уговорне и институционализоване механизме надзора над њиховим функционисањем. Оквирна конвенција Уједињених нација о климатским променама од 1992. године и пратећи Протокол закључен у Кјотоу од 1997. године, типичан су пример уговора који су ангажовали велики број држава на једном проблему глобалних размера. Упркос веома конкретним обавезама и циљевима које државе чланице треба да испуне, ови акти нигде у свом тексту не помињу реч одговорност у смислу последица установљене повреде правног правила. Њен супститут је специфичан систем надзора и контроле над применом одредаба уговора. На основу члана 18. Кјото протокола, Конференција држава уговорница одобрава одговарајуће и ефикасне процедуре и механизме како би се утврдили случајеви непримењивања Протокола, као и да би се на њих одговорило.

Широко постављен концепт одговорности и различити облици у којима се манифестује требало је да буду адекватан одговор на карактеристичне потребе заштите животне средине. Интересантно је да велики број различитих режима одговорности у томе очигледно не успева, за шта својерстан доказ представља сама њихова разноврсност.

Градација ових облика одговорности указује на околност да је сваки био осмишљен на начин да превазиђе свог, по раширеном мишљењу, неуспешног претходника. У способност одговорности државе за противправни акт, која, као што је већ поменуто, једино и представља одговорност у правом смислу речи, рано се посумњало. Чињеница да вели-

27 Brunnée, J., "The Responsibility of State for Environmental Harm in Multinational Context – Problems and Trends", *Les Cahiers de Droit*, број 34, 1993, стр. 843.

ки број активности које могу да изазову еколошку штету још увек спада у групу допуштених по међународном праву, довела је до формирања новог режима. Иако се не ради о одговорности *stricto sensu*, основни задатак његових разних варијанти²⁸ своди се „колико на режим међународне сарадње у циљу умањења ризика од настанка штете и увећања корисности, толико и на режим накнаде оштећеној страни“.²⁹ Управо се у томе види сличност али и разлика у односу на режим такозване меке одговорности који је све присутнији у области заштите животне средине. Тачка у којој се они спајају огледа се у сарадњи између држава како би се на међународном плану створили услови за смањење опасности од настанка еколошке штете. Сарадња, подигнута на ниво уговорне обавезе, често подразумева друге обавезе, попут обавезе обавештавања, обавезе консултовања о привременим мерама и обавезе размене података. Тачка у којој се мека одговорност дистанцира од одговорности за штетне последице високоризичних активности уједно представља и спону ове друге са одговорношћу државе за противправни акт. Обавеза накнаде штете, било да је до ње дошло протиправним или дозвољеним актом, заједничка је карактеристика за обе, с тим што је у првом случају саставни део примарне норме, док је у потоњем последица установљења одговорности за противправни акт и, тиме, део секундарних правних правила. Сваки од наведених режима треба посматрати као заокружену и независну целину, не потцењујући при том корист коју имају у заштити животне средине.³⁰

Ипак, несагледиве размере које може попримити еколошка штета у савременим условима развоја науке, технологије и економије захтевају да се наведени режими сагледају као комплементарни тако што ће недостаци једних бити превазиђени dobrим особинама других.

28 Осим одговорности државе за штетне последице високоризичних активности, у уговорној пракси јавља се и одговорност субјеката унутрашњег права уз резидуалну одговорност државе, као и самостална одговорност субјеката унутрашњег права без резидуалне одговорности државе.

29 Rosenstock, R., *op. cit.*, стр. 795.

30 Комисија за међународно право осећала је потребу да ово истакне већ у коментару преамбуле уз Нацрт принципа о расподели губитака у случају прекограничне штете која настаје као последица високоризичних активности. У параграфу 7 стоји: „*In preparing the draft principles, the Commission has proceeded on the basis of a number of basic understandings. In the first place, there is a general understanding that (a) the regime should be general and residual in character; and (b) that such a regime should be without prejudice to the relevant rules of State responsibility adopted by the Commission in 2001.*“ *Draft principles on the allocation of loss in the case of transboundary harm arising out of hazardous activities, with commentaries, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-eighth session in 2006, and submitted to the General Assembly (A/61/10), Yearbook of the International Law Commission, 2006, vol. II, Part Two, стр. 111–112.*

Bojana Čučković, LL.M

Teaching Assistant, University of Belgrade, Faculty of Law

INTERNATIONAL RESPONSIBILITY OF STATE FOR ENVIRONMENTAL HARM – CLASSICAL RULES AND MODERN TENDENCIES

Summary

International law provides for old and generally accepted rules on State responsibility for wrongful acts. Confronted with the problem of environmental protection, these rules point to a number of obstacles that they seem unable to overcome in order to fully respond to the specificities of international environmental law. The fact that environmental damage is in most cases caused by activities which are consistent with international law, has led recently to certain trends reflected in the rules on liability for injurious consequences of acts not prohibited by international law. Apart from the terminological inconsistency in the foreign literature regarding expressions which are used for the two regimes of responsibility, it is questionable whether rules on liability for acts not prohibited by international law represent a particular regime of responsibility in terms of secondary legal norms. Two types of responsibility impose the need to analyze their relationship which is most evident through the elements of the secondary rules on responsibility (illegality/missibility of acts that resulted in damage, attribution, establishing a causal link, circumstances precluding wrongfulness, consequences of established responsibility). Specific nature of applying the available modes of responsibility to environmental harm contributed to the development of new trends in international environmental law. Thus, various mechanisms of supervision over the implementation of certain treaty regimes are created. They represent a substitute for the rules on responsibility and liability and, at the same time, seem more acceptable for countries that are not prepared to take on firm commitments even at the current level of environmental degradation.

Key words: *State responsibility for internationally wrongful act. International liability for acts not prohibited by international law. International Law Commission. Environmental harm. Attribution. Invocation of State responsibility. Circumstances precluding wrongfulness.*

Mr Mirjana Drenovak Ivanović*

IMPLEMENTACIJA PRAVNIH STANDARDA EVROPSKE UNIJE U PRAVNI SISTEM SRBIJE U OBLASTI GENETIČKI MODIFIKOVANIH ORGANIZAMA

Apstrakt

Odgovor na pitanje o (ne)opravdanosti uvođenja genetički modifikovanih organizama (GMO) zahteva multidisciplinarn pristup i učešće stručnjaka sa područja zaštite zdravlja ljudi, zaštite životne sredine, poljoprivrede, zaštite prirode, kao i javnosti. Pri tome, ključno pitanje jeste formulisanje konzistentnog zakonskog okvira koji će omogućiti da namerno uvođenje GMO u životnu sredinu bude bezbedno po zdravlje ljudi i stanje životne sredine. U radu se analizira regulativa Evropske unije (EU) kojom je uređeno ovo pitanje – Direktiva 2001/18/EC o namernom uvođenju u životnu sredinu genetički modifikovanih organizama i Preporuka Evropske komisije 2003/556/EC o vodičima za razvoj nacionalnih strategija i najbolje prakse za osiguranje suživota genetički modifikovanih useva sa konvencionalnim i organskim uzgojem, Direktiva 2009/41/EC o ograničenoj upotrebi genetički modifikovanih mikroorganizama (GMMO), Uredba (EC) br. 1830/2003 o sledljivosti i označavanju GMO i sledljivosti prehrambenih proizvoda i hrane za životinje proizvedene od GMO. U radu se ukazuje na stepen usaglašenosti novog Zakona o genetički modifikovanim organizmima i standarda utvrđenih na nivou EU.

Ključne reči: Uvođenje GMO u životnu sredinu. Koegzistencija GMO useva sa konvencionalnim i organskim uzgojem. Direktiva 2001/18/EC. Direktiva 2009/41/EC.

1. Uvod

Donošenjem novog Zakona o genetički modifikovanim organizmima (GMO) 2009. godine usvojen je pravni okvir izdavanja odobrenja i uslova za namerno uvođenje u životnu sredinu genetički modifikovanih organizama (GMO). U smislu ovog Zakona, namerno uvođenje GMO u životnu sredinu jeste ograničeno uvođenje GMO kako bi se omogućilo izvođenje oglada, demonstracionih oglada i razvoja novih varijeteta. Polazna osnova za formulisanje pravnog okvira u oblasti uvođenja GMO jeste obaveza zaštite useva

* Mirjana Drenovak Ivanović, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije* (179059), koji podržava Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.

sa konvencijalnim uzgojem i adekvatno informisanje javnosti o poreklu proizvoda, tj. činjenici da li je određeni proizvod uzgajan na konvencijalnom usevu ili je reč o proizvodu od genetički modifikovanog organizma.¹ Pravni okvir mora da obuhvata i pitanje ograničene upotrebe genetički modifikovanih mikroorganizama, kao i pitanje uspostavljanja mehanizma sledljivosti, odnosno praćenja GMO i proizvoda od GMO u svim fazama njihovog stavljanja na tržište na teritoriji određene države.

U radu će biti ukazano na regulativu EU kojom je uređeno ovo pitanje. Pre svega, reč je o Direktivi 2001/18/EC o namernom uvođenju u životnu sredinu genetički modifikovanih organizama², Preporuci Evropske komisije 2003/556/EC o vodičima za razvoj nacionalnih strategija i najbolje prakse za osiguranje suživota genetički modifikovanih useva sa konvencionalnim i organskim uzgojem,³ Direktivi 2009/41/EC o ograničenoj upotrebi genetički modifikovanih mikroorganizama (GMMO)⁴ i Uredbi (EC) br. 1830/2003 o sledljivosti i označavanju GMO i sledljivosti prehrambenih proizvoda i hrane za životinje proizvedene od GMO⁵. Nakon toga, biće ukazano na stepen usaglašenosti novog Zakona o genetički modifikovanim organizmima i standarda utvrđenih na nivou EU.

2. Kartagenski protokol o biološkoj zaštiti (2000)

Ograničene mogućnosti mnogih zemalja, naročito zemalja u razvoju, da se suoče sa prirodom i razmerama poznatih i potencijalnih opasnosti koje se dovode u vezu sa modifikovanim živim organizmima uslovile su potrebu donošenja međunarodnog akta kojim bi se uredilo postupanje sa GMO. Procena potencijalnog rizika po životnu sredinu i zdravlje ljudi od GMO regulisana je Kartagenskim protokolom o biološkoj zaštiti uz Konvenciju o biološkoj raznovrsnosti iz 2000. godine.⁶ Kartagenski protokol o biološkoj zaštiti polazi od ideje da moderna biotehnologija pruža velike mogućnosti za dobrobit čoveka samo ukoliko je njen razvoj usklađen s merama zaštite životne sredine

1 Bodiguel, Luc, Cardwell, Michael, *Genetically Modified Organisms and the Public: Participation, Preferences and Protest*, Luc Bodiguel et al. (eds.) "The Regulation of Genetically modified organisms: Comparative Approaches", Oxford University Press, 2009, str. 15–17.

2 *Directive 2001/18/EC of the European Parliament and of the Council on the deliberate introduction into the environment of genetically modified organisms*, od 12. marta 2001. godine

3 *Commission Recommendation 2003/557/EC on guidelines for the development of national strategies and best practices to ensure the coexistence of genetically modified crops with conventional and organic farming*, od 23. jula 2003. godine

4 *Directive 2009/41/EC of the European Parliament and of the Council on the contained use of genetically modified micro-organisms*, od 6. maja 2009. godine

5 *Regulation (EC) no. 1830/2003 of the European Parliament and of the Council concerning the traceability and labelling of genetically modified organisms and the traceability of food and feed products produced from genetically modified organisms*, od 22. septembra 2003. godine.

6 The Cartagena Protocol on Biosafety on the Convention on Biological Diversity, od 29. januara 2000. godine.

i zdravlja ljudi. Protokol je donet sa ciljem uspostavljanja mehanizama zaštite bezbednog transfera, upravljanja i korišćenja „modifikovanih živih organizama“ stvorenih modernom tehnologijom, koji mogu da imaju negativan uticaj na očuvanje i održivo korišćenje biološke raznovrsnosti i zdravlje ljudi.⁷

Protokolom se uvodi postupak prethodnog obaveštavanja kako bi se omogućilo da države najpre donesu odluku o tome da li se dozvoljava uvođenje GMO na njihovu teritoriju.⁸ Ako je doneta pozitivna odluka o uvođenju GMO u životnu sredinu, izdaje se saglasnost za izvoz „modifikovanih živih organizama“ na teritoriju konkretne države.⁹ Reč je o proceduri preliminar-nog informativnog sporazuma koji se primenjuje pre prvog prekograničnog prometa modifikovanih živih organizama koji se obavlja radi njihovog unošenja u životnu sredinu države uvoznice. U skladu sa načelom predostrožnosti, ukoliko država uvoznica smatra da nema dovoljno naučnih dokaza da je proizvod bezbedan, može zabraniti uvoz modifikovanih živih organizama.¹⁰ Da bi se postigli bezbedno kretanje, tranzit, rukovanje i korišćenje modifikovanih živih organizama, Protokolom je stipulisana obaveza obeležavanja pošiljke koja sadrži ove organizme. Navedene pošiljke obavezno sadrže dokumenta u kojima se navode identitet modifikovanih živih organizama i njihova svojstva, zahtevi za bezbedno rukovanje, skladištenje, transport i upotrebu, kao i kontakt organ za dalje informacije.¹¹ Reč je o merama koje je neophodno preduzeti kako bi se izbegao, ili umanjio, štetan uticaj po očuvanje biološke raznovrsnosti i zdravlje ljudi.

Donošenjem Zakona o ratifikaciji Kartagena protokola o biološkoj zaštiti uz Konvenciju o biološkoj raznovrsnosti sa aneksima 2005. godine, Kartagena protokol je postao deo zakonskog okvira kojim se uređuje postupanje sa GMO u Srbiji.¹²

3. Namerno uvođenje GMO u životnu sredinu

Na nivou EU, pitanje namernog uvođenja GMO u životnu sredinu uređeno je Direktivom 2001/18/EC o namernom uvođenju u životnu sredinu genetički modifikovanih organizama. Direktiva 2001/18/EC jeste izraz primene načela predostrožnosti u oblasti regulative GMO. Doneta je sa ciljem da se usaglase zakoni, propisi i odluke organa uprave država članica koji se odnose

7 Kartagena protokol o biološkoj zaštiti uz Konvenciju o biološkoj raznovrsnosti, član 1

8 Friant-Perrot, Marine, “The European Union Regulatory Regime for Genetically Modified Organisms and its Integration into Community Food Law and Policy“, Luc Bodiguel *et al.* (eds.) *The Regulation of Genetically modified organisms: Comparative Approaches*, Oxford University Press, 2009, str. 81-83.

9 Todić, Dragoljub, *Vodič kroz politike EU – Životna sredina*, Beograd 2011, str. 242.

10 Kartagena protokol o biološkoj zaštiti uz Konvenciju o biološkoj raznovrsnosti, član 10 stav 6

11 Kartagena protokol o biološkoj zaštiti uz Konvenciju o biološkoj raznovrsnosti, član 18 stav 2 tačka c.

12 Zakon o ratifikaciji Kartagena protokola o biološkoj zaštiti uz Konvenciju o biološkoj raznovrsnosti sa aneksima, *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori*, br. 16/2005.

na postupanje sa GMO. Direktivom se uređuje: a) namerno ispuštanje GMO u životnu sredinu u bilo koje svrhe osim stavljanja na tržište u okviru Zajednice; b) stavljanje GMO u promet i c) stavljanje GMO u proizvode unutar Zajednice.¹³ U članu 2 stav 1 tačka 3 Direktive 2001/18/EC, namerno ispuštanje je određeno kao „namerno uvođenje u životnu sredinu GMO ili kombinacije GMO za koje se ne koriste nikakve posebne mere sprečavanja radi ograničenja njihovog kontakta s opštom populacijom i životnom sredinom i za obezbeđenje većeg nivoa sigurnosti za opštu populaciju i životnu sredinu“. Države članice imaju obavezu da obezbede preduzimanje mera koje su neophodne kako bi se izbegao štetan uticaj koji namerno ispuštanje GMO ili njihovo stavljanje na tržište može imati na zdravlje ljudi i stanje životne sredine. Postupak dozvoljenog namernog ispuštanja GMO ili njihovog stavljanja na tržište uređeno je u delu B i delu C Direktive. U delu B uređuje se mogućnost namernog ispuštanja GMO u druge svrhe, osim stavljanja na tržište, ali i pitanje obaveštavanja javnosti i razmene podataka između nadležnih tela i Komisije. U delu C se, između ostalog, stipulišu stavljanje na tržište GMO kao proizvoda ili u sastavu proizvoda, postupak prijave, izveštaj o proceni, standardni postupak, merila i podaci za određene GMO, saglasnost, postupak Komisije u slučaju prigovora i obaveštavanje javnosti.

Na nivou EU, pitanje koegzistencije genetički modifikovanih i konvencionalnih, odnosno organskih useva uređeno je u skladu sa načelom supsidijarnosti. To znači da je Zajednica ovlašćena na preduzimanje radnji, van svoje isključive nadležnosti, ukoliko su one delotvornije od radnji preduzetih na nacionalnom, regionalnom ili lokalnom nivou.¹⁴ Primenom načela supsidijarnosti u pogledu uređenja namernog uvođenja GMO i koegzistencije različitih osnova uzgajanja biljnih kultura postižu se dva cilja. Prvo, primenom načela supsidijarnosti odluke o upotrebi GMO se donose na onom nivou koji je najbliži građanima. Drugo, primenom načela supsidijarnosti otvara se mogućnost monitoringa donošenja i realizacije odluka na nivou Zajednice i donošenja i učinka realizacije odluka na nacionalnom, regionalnom ili lokalnom nivou i utvrđivanje u kojim oblastima primene GMO je svrsishodno donositi odluke na nivou Zajednice, odnosno na nacionalnom, regionalnom ili lokalnom nivou.¹⁵

Da bi se došlo do podataka o odnosu između genetički modifikovanih, konvencionalnih i organskih kultura, neophodno je sprovesti kontinuirani postupak prikupljanja podataka. Evropska komisija je ovlašćena da izradi smernice o koegzistenciji različitih oblika useva na osnovu prikupljenih podatke i sprovedenih istraživanja na nacionalnom nivou i na nivou Evropske unije. Reč je o neobavezujućim smernicama i tehničkim dokumentima čiji je

13 Vid. član 1 Direktive 2001/18/EC

14 *Protocol 2, Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the functioning of the European Union, O J C 83, od 30. marta 2010. godine, str. 206–209.*

15 Brosset, Estelle, “The Prior Authorisation Procedure Adopted for the Deliberate Release into the Environment of Genetically Modified Organisms: The Complexities of Balancing Community and National Competences”, *European Law Journal*, Vol. 10, br. 5, 2004, str. 555–579.

cilj da se pomogne državama članicama u postupku regulisanja pitanja koegzistencije. Da bi državama članicama pomogla u razvoju nacionalnog zakonodavstva, Evropska komisija je 2003. godine usvojila Preporuku 2003/556/EC o vodičima za razvoj nacionalnih strategija o najboljoj praksi za osiguravanje suživota genetički modifikovanih useva sa konvencionalnim i organskim. Osim toga, osnovana je i Mreža za razmenu i koordinaciju podataka u vezi sa koegzistencijom (*Network Group for the Exchange and Coordination of Information – COEX-NET*). Radi realizacije ciljeva formulisanih Preporukom 2003/556/EC, Evropska komisija je, u okviru Zajedničkog istraživačkog centra Evropske komisije (*JRC*), osnovala i Evropski sud za koegzistenciju (*ECoB*).¹⁶

4. Direktiva 2009/41/EC o ograničenoj upotrebi genetički modifikovanih mikroorganizama (GMMO)

Kontrola uvođenja GMO i uticaj koji proizvodi od GMO mogu imati na zdravlje ljudi i životnu sredine može biti potpuna samo ukoliko se ograniči i upotreba GMMO. Da bi se umanjili potencijalni negativni uticaji na zdravlje ljudi i životnu sredinu, na nivou EU je doneta Direktiva 2009/41/EC o ograničenoj upotrebi GMMO. Iako se ne odnosi na sve kategorije genetičkih modifikacija i postupke u vezi sa GMMO, direktiva uvodi obavezu da države članice preduzmu sve neophodne mere kako bi se izbegle negativne posledice ograničene upotrebe GMMO na zdravlje ljudi i životnu sredinu.¹⁷ To se postiže uvođenjem postupka procene rizika koji ograničeno korišćenje GMMO ima u odnosu na potencijalni uticaj na ljudsko zdravlje i životnu sredinu.

Pitanje koje se otvara odnosi se na postupanje u slučaju akcidenta i njime prouzrokovanog nekontrolisanog ispuštanja GMMO u životnu sredinu. Direktiva 2009/41/EC obavezuje države članice da, radi obezbeđenja efikasne zaštite u slučaju akcidenta, donesu plan za hitne slučajeve. Osim toga, države članice su obavezne da informišu sva lica koja mogu biti ugrožena posledicama akcidenta o onim pitanjima koja su u vezi sa njihovom bezbednošću.¹⁸ Reč je o implementaciji prvog stuba Arhuske konvencije kojim se utvrđuje obaveza država da omoguće javnosti blagovremen pristup ažuriranim ekološkim informacijama. Imajući u vidu prirodu akcidenta u slučaju nekontrolisane emisije GMMO i činjenicu da neposredan izvor informacija u vezi sa akcidentom nije državni organ, već korisnik GMMO, Direktiva 2009/41/EC stipuliše i obavezu korisnika da, u slučaju nezgode, odmah obavesti nadležni organ i razmeni sve informacije potrebne za procenu uticaja.¹⁹ Time je omo-

16 Vidović, Bojan, „Novela Zakona o genetički modifikovanim organizmima“, *Novi pravni informator*, br. 5879–5880, 2010, str. 10.

17 Član 2 tačka b Direktive 2009/41/EC o ograničenoj upotrebi genetički modifikovanih mikroorganizama (GMMO).

18 *Direktiva 2009/41/EC o ograničenoj upotrebi genetički modifikovanih mikroorganizama (GMMO)*, član 13.

19 *Direktiva 2009/41/EC o ograničenoj upotrebi genetički modifikovanih mikroorganizama (GMMO)*, član 14.

gućeno da javnost, osim informacije koje poseduje nadležni organ uprave, dođe u posed i onih informacija koje poseduje korisnik GMMO, a koje su javnosti u redovnom stanju nedostupne.²⁰

5. Uloga mehanizma sledljivosti u uspostavljanju i održanju koegzistencije genetički modifikovanih, konvencionalnih i organskih useva

Da bi se izbeglo neplanirano uvođenje u životnu sredinu GMO i proizvoda od GMO, nije dovoljno regulisati samo pitanje mera i uslova za namerno uvođenje GMO i proizvoda od GMO u životnu sredinu već treba utvrditi i regulisati i ostale aktivnosti koje mogu dovesti do kontaminacije konvencionalnih i organskih useva. U tom cilju, veliku ulogu ima uvođenje mehanizma sledljivosti.²¹ U Uredbi (EC) br. 1830/2003 o sledljivosti i označavanju GMO i sledljivosti prehrambenih proizvoda i hrane za životinje proizvedenih od GMO, sledljivost je određena kao „sposobnost praćenja genetički modifikovanih organizama i proizvoda od genetički modifikovanih organizama u svim fazama njihovog stavljanja na tržište putem proizvodnog i distribucijskog lanca“.²²

Mehanizam sledljivosti podrazumeva sprovođenje monitoringa u svim fazama stavljanja na tržište pre svega proizvoda koji sadrže GMO ili se od njih sastoje, zatim hrane koja je proizvedena od GMO, a na tržište stavljena u skladu sa regulativom Zajednice i, konačno, hrane za životinje proizvedene od GMO koja je na tržište Zajednice stavljena u skladu sa njenim propisima.²³ Uvođenjem mehanizma sledljivosti stvara se osnova za sprovođenje kontinuiranog monitoringa navedenih proizvoda sa ciljem da se onemogućiti neplaniran uticaj na životnu sredinu. Osim toga, mehanizam sledstvenosti omogućava upravljenje rizikom. To znači da je u slučaju kada se procenom rizika utvrdi postojanje potencijalnog negativnog uticaja na zdravlje ljudi moguće blagovremeno povući proizvod sa tržišta.

Našim Zakonom o bezbednosti hrane normirano je da u svim fazama proizvodnje, prerade i prometa hrane i hrane za životinje mora biti obezbeđena sledljivost. Time je za subjekte u poslovanju hranom i hranom za životinje uvedena obaveza identifikacije: a) subjekta od koga se nabavlja hrana; b) subjekta koji se snabdeva hranom, hranom za životinje ili životinjama koje služe za proizvodnju hrane; c) supstanci koje se ugrađuju u hranu ili hranu za

20 Cardwell, Michael, “Public Participation in the Regulation of Genetically Modified Organisms: A Matter of Substance or Form?”, *Environmental Law Review*, Vol. 12, br. 1, 2010, str. 12–25.

21 Soregaroli, Claudio, Wessler, Justus, “Coexistence Rules and Regulations in the European Union”, *American Journal of Agricultural Economics*, Vol. 88, br. 5, 2006, str. 1193–1199.

22 Uredba (EC) br. 1830/2003 o sledljivosti i označavanju GMO i sledljivosti prehrambenih proizvoda i hrane za životinje proizvedenih od GMO, član 3 tačka 3.

23 Uredba (EC) br. 1830/2003 o sledljivosti i označavanju GMO i sledljivosti prehrambenih proizvoda i hrane za životinje proizvedenih od GMO, član 2.

životinje.²⁴ Međutim, zakonom nije bliže uređen sam mehanizam sledljivosti, niti je donet odgovarajući podzakonski akt.

6. Regulisanje namernog uvođenja genetički modifikovanih organizama u životnu sredinu u Srbiji

Pravni osnov za regulisanje namernog uvođenja genetički modifikovanih organizama u životnu sredinu u Srbiji čini Ustav, kojim je utvrđeno da Republika Srbija obezbeđuje sistem zaštite i unapređivanja životne sredine i zaštitu i unapređivanje biljnog i životinjskog sveta.²⁵ Zakonski okvir uređenja ove oblasti čine Zakon o genetički modifikovanim organizmima²⁶ i Zakon o bezbednosti hrane.²⁷ Nakon donošenja Zakona o GMO 2009. godine, nije usvojena nova podzakonska regulativa, pa je predviđena primena podzakonskih akata donetih na osnovu ranije važećeg Zakona o GMO²⁸, ukoliko nije u suprotnosti sa novim Zakonom o GMO. Reč je o: Pravilniku o ograničenoj upotrebi genetički modifikovanih organizama²⁹ koji je harmonizovan sa Direktivom 90/219/EC, Pravilniku o uvođenju u proizvodnju genetički modifikovanih organizama i proizvoda od genetički modifikovanih organizama³⁰, koji je harmonizovan sa Direktivom 2001/18/EC, i Pravilniku o sadržini i podacima Registra genetički modifikovanih organizama i proizvoda od genetički modifikovanih organizama.³¹

Namerno uvođenje GMO u životnu sredinu određeno je Zakonom o GMO (član 4 stav 1 tačka 8) kao ograničeno uvođenje GMO u životnu sredinu u svrhu izvođenja ogleđa, demonstracionih ogleđa i razvoja novih varijeteta. Ako navedenu definiciju uporedimo sa određenjem koje sadrži član 2 stav 2 tačka 3 Direktive 2001/18/EC o namernom ispuštanju GMO u životnu sredinu uočavamo veliku razliku. Naime, u Zakonu o GMO se navodi „ograničeno uvođenje“, dok Direktiva 2001/18/EC podrazumeva namerno uvođenje u životnu sredinu GMO ili kombinacije GMO „za koje se ne koriste nikakve posebne mere sprečavanja radi ograničenja njihovog kontakta s opštom populacijom i životnom sredinom“. Za upotrebu u zatvorenim sistemima GMO i proizvoda od GMO i njihovo namerno uvođenje u životnu sredinu neophodno je pribaviti odobrenje koje izdaje ministar nadležan za poslove poljoprivrede. Postupak za izdavanje odobrenja pokreće se podnošenjem prijave stvaraoca, korisnika ili njegovog zakonskog zastupnika u Srbiji. Kako bi nadležni organ uprave mogao

24 Zakon o bezbednosti hrane, član 32 stav 2

25 Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006, član 97 stav 1 tačka 9

26 Zakon o genetički modifikovanim organizmima, *Službeni glasnik RS*, br. 41/09.

27 Zakon o bezbednosti hrane, *Službeni glasnik RS*, br. 41/09.

28 Zakon o genetički modifikovanim organizmima, *Službeni glasnik RS*, br. 21/01, 101/05.

29 Pravilnik o ograničenoj upotrebi genetički modifikovanih organizama, *Službeni list SRJ*, br. 21/01.

30 Pravilnik o uvođenju u proizvodnju genetički modifikovanih organizama i proizvoda od genetički modifikovanih organizama, *Službeni list SRJ*, br. 62/02.

31 Pravilniku o sadržini i podacima Registra genetički modifikovanih organizama i proizvoda od genetički modifikovanih organizama, *Službeni list SRJ*, br. 66/02.

da donese odluku u prijavi je neophodno navesti opis GMO; podatke o pravnom ili fizičkom licu odnosno ovlašćenom zastupniku podnosioca prijave; lokaciju na kojoj se GMO uvodi u životnu sredinu; plan i metode nadzora GMO i proizvoda od GMO i plan mera za slučaj incidenta; kao i procenu rizika po zdravlje ljudi i životnu sredinu.³² Ovi podaci ne mogu biti označeni kao poverljivi. Ako podnosilac prijave određene podatke u prijavi označi kao poverljive, sva lica kojima su takvi podaci dostupni imaju obavezu čuvanja poverljivosti u roku od 10 godina od dana podnošenja prijave. Podaci koji su označeni kao poverljivi ostaju poverljivi i ukoliko podnosilac prijave povuče prijavu.

Pitanje koje se otvara jeste da li javnost, kao učesnik javne rasprave o prijavi, može biti adekvatno informisana o potencijalnim efektima uvođenja GMO u životnu sredinu ukoliko su određene informacije u prijavi označene kao poverljive, a time nedostupne javnosti. Odgovor na ovo pitanje nalazimo u Mišljenju poverenika za informacije od javnog značaja i podataka o ličnosti iznetom povodom upućenog pitanja da li je ministarstvo u obavezi da pruži odgovor na zahtev za pristup informacijama od javnog značaja koje su u skladu sa posebnim zakonom označene poverljivim. „Oznaka poverljivosti dokumenta, odnosno informacija, samo je jedan od uslova koji je bitan sa aspekta ograničenja prava na slobodan pristup informacijama od javnog značaja. Da bi se ograničio pristup takvom dokumentu – informaciji, pored ovog, formalnog uslova, prema čl. 9 st. 1 tač. 5 Zakona o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja, nužno je da je ispunjen i drugi, materijalni uslov, a to je da bi odavanjem takve informacije mogle nastupiti teške pravne ili druge posledice po interese zaštićene zakonom koje pretežu nad interesom za pristup informacijama. Pri tome se ne misli na hipotetičku mogućnost nastupanja štete, već na stvarnu, realnu štetu. Uz to, treba imati u vidu i odredbu čl. 8. Zakona, po kojoj se prava iz ovog zakona mogu izuzetno podvrći ograničenjima propisanim ovim zakonom ako je to neophodno u demokratskom društvu i u meri koja je zaista neophodna. Dakle, eventualno odbijanje zahteva tražioca na osnovu čl. 9. st. 1. tač. 5. Zakona, podrazumeva obavezu prvostepenog organa, na kome je teret dokazivanja po Zakonu, da dokaže da bi pristupom traženih informacija mogle nastupiti teške pravne ili druge posledice po interese zaštićene zakonom, što se iz priloženog zahteva ne prepoznaje, i da dokaže da ti interesi pretežu nad interesom za pristup informacijama, primenom testa interesa iz čl. 8. Zakona.“³³ Tajnost podataka može biti opozvana i na osnovu rešenja poverenika za informacije od javnog značaja na osnovu člana 25 Zakona o tajnosti podataka.³⁴ U tom slučaju, poverenik u postupku po žalbi donosi rešenje o opozivu tajnosti, a ovlašćeno lice organa javne vlasti, postupajući po rešenju poverenika, opoziva tajnost podataka, odnosno dokumenta koji sadrži tajni podatak.³⁵ To znači da bi poverenik za informacije od javnog značaja, po žalbi, imao pristup informaciji, odnosno dokumentu koji sadrži informacije označene određenim stepenom

32 Zakon o GMO, član 10 stav 2.

33 Iz Odgovora poverenika, br. 011-00-216/2011-03, od 23. maja 2011.

34 Zakon o tajnosti podataka, *Službeni glasnik RS*, br. 104/09.

35 Vid. Odgovor poverenika br. 011-00-213 /2009-03, od 20. maja 2011.

poverljivosti i mogao da ceni opravdanost odluke da informacije o uvođenju GMO u životnu sredinu ostanu poverljive.

Procenu rizika koje namerno uvođenje GMO u životnu sredinu može imati po zdravlje ljudi i životnu sredinu vrši Stručni savet za biološku sigurnost, kao ekspertsko i savetodavno telo. Nakon sprovedene procene rizika, Stručni savet formuliše mišljenje o podnetoj prijavi i dostavlja ga Upravi za zaštitu bilja. Odluku kojom se odobrava upotreba GMO ili namerno uvođenje GMO u životnu sredinu donosi nadležni organ uprave na osnovu mišljenja Stručnog saveta za biološku sigurnost i izveštaja ovlašćene laboratorije. Nadležni organ je u obavezi da ceni i mišljenje javnosti koje je izneto u postupku javne rasprave. U odluci se određuju i mere sigurnosti, kao i vreme trajanja odobrenja. GMO i proizvodi od GMO za koje je izdato odobrenje za rad u zatvorenim sistemima ili za namerno uvođenje u životnu sredinu upisuju se u Registar GMO i proizvoda od GMO. Podnosilac prijave ima obavezu da u toku i nakon završetka namernog uvođenja GMO u životnu sredinu ministarstvu nadležnom za poslove poljoprivrede podnese izveštaj o rezultatima namernog uvođenja u životnu sredinu. Dokumentacija za namerno uvođenje GMO u životnu sredinu sadrži identitet i odgovarajuće karakteristike GMO i proizvoda od GMO, uslove za bezbedno rukovanje, skladištenje, prevoz i korišćenje, kao i podatak o mestu za pribavljanje informacija. Prilikom rukovanja, pakovanja i prevoza, GMO i proizvode od GMO prati dokumentacija koja sadrži podatke koji jasno ukazuju da je reč o GMO i proizvodu od GMO.

Zakon o bezbednosti hrane uređuje pitanja koja su od naročitog značaja za vođenje politike rizika i blagovremenu zaštitu zdravlja ljudi od negativnih posledica prvog stavljanja u promet GMO. Ovim zakonom uspostavljen je sistem brzog obaveštavanja i uzbunjivanja, kao i primene hitnih mera i upravljanja kriznim situacijama. Zakonom je normirano i stavljanje u promet GM hrane i GM hrane za životinje. Reč je o stavljanju u promet GMO koji se koriste kao hrana i hrana za životinje, hrane i hrane za životinje koja sadrži ili se sastoji od GMO, kao i hrane i hrane za životinje proizvedene od GMO.³⁶ Subjekt u poslovanju hranom ili hranom za životinje mora imati dozvolu za prvo stavljanje u promet GM hrane i GM hrane za životinje na teritoriji Srbije i dozvolu za stavljanje takve hrane u promet.³⁷ Dozvola, koju izdaje ministar nadležan za poslove poljoprivrede na osnovu pribavljenog mišljenja Stručnog saveta za procenu rizika u oblasti bezbednosti hrane, mora biti u skladu sa „propisom koji se odnosi na uslove za stavljanje u promet genetički modifikovane hrane i genetički modifikovane hrane za životinje“.³⁸

7. Stepen implementacije regulative EU u zakonodavstvo Srbije

Potpisivanjem Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju Srbija je preuzela obavezu razvijanja saradnje sa državama članicama Evropske unije u borbi

36 Zakon o bezbednosti hrane, član 60 stav 1.

37 Zakon o bezbednosti hrane, član 61 stav 1.

38 Zakon o bezbednosti hrane, član 61 stav 3.

protiv uništavanja životne sredine i kontinuiranog rada na poboljšanju postojećeg stanja u oblasti životne sredine sa ciljem ostvarivanja održivog razvoja (član 111 Sporazuma).³⁹ Time je pokrenut i postupak harmonizacije zakonodavstva Srbije sa pravnim standardima EU u oblasti GMO.

Zakonom o GMO zabranjuje se uvoz genetički modifikovanog reproduktivnog materijala. Međutim, zakonom je dozvoljen uvoz sojine sačme sa određenim stepenom modifikacije.⁴⁰ Zakonom je, takođe, uvedena zabrana stavljanja u promet GMO i proizvoda od GMO. U članu 2 Zakona navodi se da „ni jedan modifikovan živi organizam kao ni proizvod od genetički modifikovanih organizama ne može da se stavi u promet, odnosno gaji u komercijalne svrhe na teritoriji Republike Srbije“. Iako Zakon o GMO zabranjuje komercijalno gajenje i stavljanje u promet GMO i proizvode od GMO, što uključuje i GM hranu i GM hranu za životinje, kao što je ranije izneto Zakon o bezbednosti hrane normira proceduru za izdavanje dozvole za stavljanje u promet GM hrane i GM hrane za životinje. Navedenu inkonzistentnost treba ukloniti usklađivanjem zakona.

U Izveštaju Evropske komisije o napretku Srbije za 2010. godinu navodi se da je neophodno postojeći zakonodavni okvir u oblasti GMO, a naročito Zakon o zabrani uvoza genetički modifikovanog reproduktivnog materijala, izmeniti i dopuniti sa ciljem usklađivanja sa pravnim tekovinama EU i zahtevima STO.⁴¹ U tom cilju, 2010. godine je napravljen Nacrt zakona o izmenama i dopunama Zakona o genetički modifikovanim organizmima kojim je predviđena harmonizacija sa Direktivom 2001/18/EC o namernom uvođenju GMO u životnu sredinu, Uredbom 1829/2003/EC o genetički modifikovanoj hrani i hrani za životinje i Uredbom 1830/2003/EC o obeležavanju i sledljivosti GMO.⁴² Implementacija navedenih propisa EU u Zakon o izmenama i dopunama zakona o genetički modifikovanim organizmima zahteva i donošenje niza podzakonskih akata kojima će biti uređena ona pitanja koja sada važeći Zakon o GMO ne poznaje.

8. Zaključak

Uvođenje GMO u životnu sredinu izaziva brojne kontroverze o efektima koje GMO može imati na zdravlje ljudi. Odgovor na pitanje o (ne)opravdanosti uvođenja GMO zahteva multidisciplinarni pristup i učešće stručnjaka sa područja zaštite zdravlja ljudi, zaštite životne sredine, poljoprivrede, zaštite prirode, kao i javnosti. Pri tome, ključno pitanje jeste formulisanje konzistentnog zakonskog okvira koji će omogućiti da namerno uvođenje GMO u životnu sredinu bude bezbedno po zdravlje ljudi i stanje životne sredine. Stoga, zakonski

39 Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju, *Službeni glasnik RS*, br. 83/08.

40 *Izveštaj Evropske komisije o napretku Srbije za 2009*, COM(2009) 533, str. 49.

41 *Izveštaj Evropske komisije o napretku Srbije za 2010-2011. godinu*, COM(2010) 660, str. 38.

42 Todić, Dragoljub, *op. cit.*, str. 249.

okvir treba da uredi pitanje mera i postupaka za namerno uvođenje GMO u životnu sredinu, mogućnost jasnog razlikovanja GMO useva i konvencionalnih ili organskih useva i uslove za njihovu koegzistenciju, kao i da obezbedi pravnu osnovu za sistematsko praćenje, obeležavanje i sledljivost GMO.

Da bi se obezbedili uslovi za korišćenje GMO u skladu sa principom predostrožnosti, Srbija je 2005. godine ratifikovala Kartagena protokol o biološkoj zaštiti uz Konvenciju o biološkoj raznovrsnosti sa aneksima. Donošenjem novog Zakona o genetički modifikovanim organizmima 2009. godine, usvojen je pravni okvir izdavanja odobrenja i uslova za namerno uvođenje u životnu sredinu genetički modifikovanih organizama. U smislu ovog Zakona, namerno uvođenje GMO u životnu sredinu jeste ograničeno uvođenje GMO kako bi se omogućilo izvođenje ogleada, demonstracionih ogleada i razvoja novih varijeteta. Određenje namernog uvođenja GMO bitno se razlikuje od rešenj koje je stipulisano Direktivom 2001/18/EC o namernom ispuštanju GMO u životnu sredinu. Dok se u Zakonu o GMO normira „ograničeno uvođenje“, Direktiva 2001/18/EC podrazumeva namerno uvođenje u životnu sredinu GMO ili kombinacije GMO „za koje se ne koriste nikakve posebne mere sprečavanja radi ograničenja njihovog kontakta s opštom populacijm i životnom sredinom“. Sa ciljem harminizacije zakonodavstva Srbije sa propisima EU, Ministarstvo poljoprivrede je pripremlilo Nacrt zakona o izmenama i dopunama Zakona o GMO u kome se delimično prenosi Direktiva 2001/18/EC i uvodi mehanizam sledljivosti GMO i proizvoda od GMO na teritoriji Srbije.

Mirjana Drenovak Ivanović, LL.M

Teaching Assistant, University of Belgrade, Faculty of Law

IMPLEMENTATION OF EUROPEAN UNION LEGISLATION ON GMOs IN SERBIAN LEGAL SYSTEM

Summary

The answer to the question of (un)justification of the introduction of GMOs requires multi-disciplinary approach and the participation of experts from the area of human health protection, environmental protection, agriculture, nature conservation and public. In doing so, the key issue is the formulation of a consistent legal framework that will ensure eventual deliberate realise of GMOs into the environment to be safe for human health and the environment. The paper analyzes the EU regulations governed this issue (Directive 2001/18/EC on the deliberate release into the environment of genetically modified organisms, Commission Recommendation 2003/557/EC on guidelines for the development of national strategies and best practices to ensure the coexistence of genetically modified crops with conventional and organic farming, Directive 2009/41/EC

on the contained use of genetically modified micro-organisms; Regulation (EC) no. 1831/2003 concerning the traceability and labelling of genetically modified organisms and the traceability of food and feed products produced from genetically modified organisms). The paper indicates the degree of conformity of the new Law on Genetically Modified Organisms and the standards established at EU level.

Key words: *The deliberate release into the environment of GMOs. Coexistence of genetically modified crops with conventional and organic farming. Directive 2001/18/EC. Directive 2009/41/EC.*

POLOŽAJ I ULOGA AGENCIJE ZA ZAŠTITU ŽIVOTNE SREDINE

Apstrakt

Zaštita životne sredine predstavlja dinamičnu oblast delovanja javne uprave uz kontinuirani rast broja upravnih poslova. Radi efikasnog obavljanja sve složenijih poslova, savremeni upravni sistemi u sve većoj meri koriste agencijski oblik organizacije i obavljanja poslova. U radu se ispituju specifičnosti položaja Agencije za zaštitu životne sredine u upravnom sistemu Srbije, odnos sa klasičnim modelom javnih agencija u našem pravu i obim zakonom predviđenih poslova. Sagledavaju se sadašnji kapacitet i potencijali agencije kao instrumenta za ostvarivanje ustavom garantovanog prava na zdravu životnu sredinu odnosno informisanja o njenom stanju kao komponente prava.

Ključne reči: Agencija za zaštitu životne sredine. Informisanje o stanju životne sredine. Evropske integracije.

Uvod

Zaštita životne sredine predstavlja dinamičnu oblast delovanja javne uprave, imajući u vidu rast broja poslova koji proističu iz ekološkopravne legislative. Uz kontinuirano umnožavanje ekoloških propisa, usložavanje procedura i razvoj okvira zaštite (ekoloških) ljudskih prava, uključujući pravo na informisanje o stanju životne sredine, pred savremene javne uprave postavlja se izazov kvalitetnog obavljanja delatnosti. Radi efikasnog obavljanja sve složenijih poslova, savremeni upravni sistemi u sve većoj meri koriste agencijski oblik organizacije i obavljanja poslova.¹ Zaštita životne sredine predstavlja jednu od oblasti u kojima je agencijski model posebno raširen.

Predmet ovog istraživanja je trenutno organizaciono i funkcionalno ustrojstvo Agencije za zaštitu životne sredine Republike Srbije, kao organa u sastavu Ministarstva za zaštitu životne sredine, rudarstva i energetike. U radu će biti ispitane specifičnosti njenog položaja u upravnom sistemu Srbije, odnos sa klasičnim modelom javnih agencija u našem pravu i obim zako-

* Marko Milenković, istraživač pripravnik Instituta društvenih nauka u Beogradu. Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije* (179059), koji podržava Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.

1 O reformi državne uprave u Srbiji i korisnosti agencija za obavljanje poslova videti više: Stojanović, Blaženka, „Organizacioni aspekt reforme državne uprave u Srbiji“, *Pravni život*, br. 5–6, 2004, str. 151–161.

nom predviđenih poslova. Cilj će biti i da se sagledaju sadašnji kapacitet i potencijali agencije kao instrumenta za ostvarivanje ustavom garantovanog prava na zdravu životnu sredinu, odnosno informisanja o njenom stanju kao komponente prava.

Položaj Agencija za zaštitu životne sredine

1. Organizacija javne uprave u oblasti zaštite životne sredine

Poslovi državne uprave u oblasti zaštite životne sredine, zbog dinamičnog karaktera oblasti i potencijalnih štetnih posledica, spadaju u najobimnije i najkompleksnije. Uz izvestan stepen centralizacije podeljeni su između centralnog, pokrajinskog i lokalnog nivoa vlasti. Ustavom Republike Srbije propisano je da poslove državne uprave obavljaju ministarstva, koja primenjuju zakone i druge propise i opšte akte Narodne skupštine i Vlade, kao i opšte akte predsednika Republike, rešavaju u upravnim stvarima, vrše upravni nadzor i obavljaju druge upravne poslove utvrđene zakonom.² Navedene poslove u oblasti zaštite životne sredine, u skladu sa Zakonom o ministarstvima (2011) obavlja Ministarstvo životne sredine, rudarstva i prostornog planiranja,³ čime je izvršeno spajanje čak tri resora u okviru jednog ministarstva. Ti poslovi se, između ostalog, odnose na: sistem zaštite i održivog razvoja prirodnih bogatstava, odnosno resursa (vazduha, voda, zemljišta, mineralnih sirovina, šuma, riba, divljih biljnih i životinjskih vrsta); inspekcijски nadzor u oblasti održivog korišćenja prirodnih bogatstava i zaštite životne sredine i u drugim oblastima određenim zakonom; ...*sprovođenje Konvencije o učešću javnosti, dostupnosti informacija i pravu na pravnu zaštitu u oblasti životne sredine*; zaštitu prirode; zaštitu vazduha; zaštitu ozonskog omotača; klimatske promene; prekogranično zagađenje vazduha i vode; zaštitu voda od zagađivanja radi sprečavanja pogoršanja kvaliteta površinskih i podzemnih voda; ...zaštitu od velikog hemijskog udesa i učešće u reagovanju u slučaju hemijskih udesa; zaštitu od buke i vibracija; zaštitu od jonizujućeg i nejonizujućeg zračenja; upravljanje hemikalijama i biocidnim proizvodima; ...kao i druge poslove određene zakonom.⁴

Prema Zakonu o ministarstvima, Agencija za zaštitu životne sredine je organ uprave u sastavu Ministarstva životne sredine, rudarstva i prostornog planiranja sa svojstvom pravnog lica, obrazovana radi obavljanja različitih poslova državne uprave u oblasti zaštite životne sredine.⁵ Prema Zakonu o državnoj upravi, organi u sastavu učestvuju u oblikovanju politike Vlade (kao oblika upravne delatnosti) putem ministarstva. Imajući u vidu karakter aktivnosti agencije, pre svega sakupljanje informacija, najdirektnije postoje mogućnosti za učestvovanje u formulisanju politike u oblasti zaštite životne

2 Uporediti član 136 Ustava Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 83/2006.

3 Uporediti član 16. Zakona o ministarstvima, *Službeni glasnik RS*, br. 16/2011.

4 Za sve poslove Ministarstva videti član 16. Zakona o ministarstvima.

5 O konkretnim poslovima i ulogi Agencije detaljnije će biti reči u delu II ovog rada, a o samom položaju u okviru naslova tri ovog dela.

sredine. Prema Zakonu o državnoj upravi, vrste organa u sastavu su uprave, inspektorati i direkcije, te Agencija za zaštitu životne sredine predstavlja izuzetak u našem upravnom sistemu.⁶ Dodatno, Zakonom o lokalnoj samoupravi⁷ i Zakonom o utvrđivanju nadležnosti Autonomne Pokrajine Vojvodine dalje se definiše obavljanje poslova u oblasti zaštite životne sredine kao izvornih i poverenih uz asimetričnu decentralizaciju u ovom pogledu.⁸

Pored Ministarstva (i Agencije kao organa u sastavu), na centralnom nivou, u oblasti zaštite životne sredine određena ovlašćenja imaju i druge upravne organizacije, uključujući i specijalizovane agencije. U skladu sa Zakonom o hemikalijama⁹ i Zakonom o javnim agencijama¹⁰, Vlada je svojom odlukom 2009. godine osnovala Agenciju za hemikalije¹¹, čime su stvoreni administrativni kapaciteti za upravljanje hemikalijama i biocidnim proizvodima. Agencija ima status pravnog lica i samostalna je u radu. U nadležnosti Agencije za hemikalije je, između ostalog, donošenje podzakonskih propisa za sprovođenje Zakona o hemikalijama i Zakona o biocidnim proizvodima (*Službeni glasnik RS*, broj 36/09), vođenje Integralnog registra hemikalija, izdavanje dozvola za obavljanje delatnosti prometa i dozvole za korišćenje naročito opasnih hemikalija, izdavanje akata o stavljanju biocidnih proizvoda u promet, vršenje procene biocidnih proizvoda na osnovu tehničkog dosijea, pružanje informacija i stručnih uputstava privrednim subjektima, jedinicama lokalne samouprave i inspektorima, ostvarivanje saradnje sa Evropskom agencijom za hemikalije, agencijama drugih zemalja i sekretarijatima međunarodnih konvencija koji uređuju upravljanje hemikalijama, sprovođenje aktivnosti kojima se informiše javnost o uticaju hemikalija po zdravlje ljudi i životnu sredinu, merama za smanjenje rizika i bezbednom korišćenju hemikalija.¹² Može se zaključiti da je Agenciji za hemikalije poveren širok delokrug upravnih poslova, od regulatornih (donošenje podzakonskih akata), preko rešavanja u pojedinačnim upravnim stvarima, do informativnih i koordinativnih poslova. Agencija za zaštitu od jonizujućih zračenja i nuklearnu sigurnost Srbije, osnovana je 2009. godine od strane Vlade u skladu sa Zakonom o zaštiti od jonizujućih zračenja i o nuklearnoj sigurnosti¹³ i Zakonom o javnim agencijama radi obavljanja regulatornih poslova – izrade pozakonskih akata, izdavanja licenci radi obavljanja radijacione delatnosti i nukleotornih aktivnosti i praćenja stanja i vršenja merenja u oblasti svog

6 Uporediti: član 29. Zakona o državnoj upravi, *Službeni glasnik RS*, br. 79/2005 i 101/2007.

7 *Službeni glasnik RS*, br. 129/2007

8 Više o asimetričnoj decentralizaciji u oblasti zaštite životne sredine, a posebno o obavljanju inspekcijских poslova, videti: Milenković, Marko, „Ekološka inspekcija i decentralizacija Srbije“, u zborniku *Ekologija i pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, 2011. (u štampi).

9 *Službeni glasnik RS*, br. 36/09.

10 *Službeni glasnik RS*, br. 18/05 i 81/05.

11 *Službeni glasnik RS*, br. 78/09.

12 Detaljnije o nadležnostima Agencije za hemikalije i reformama u ovoj oblasti videti: Vlada Republike Srbije, *Nacionalni program zaštite životne sredine*, Beograd 2010, str. 17.

13 *Službeni glasnik RS*, br. 36/09.

delovanja. Zbog samostalnog statusa Agencije, iz njenih nadležnosti je izostao inspeksijski nadzor koji ostao u Ministarstvu za zaštitu životne sredine, rudarstvo i energetiku (sprovođenje mera zaštite od jonizujućih zračenja) i Ministarstvu prosvete i nauke (sprovođenje mera nuklearne sigurnosti i upravljanje radioaktivnim otpadom). Može se zaključiti da te dve agencije, pored toga što su organizaciono samostalne, imaju i šira upravna ovlašćenja te mogu poslužiti i kao model za preispitivanje uloge Agencije za zaštitu životne sredine, o čemu će više reći biti u drugom delu.

2. Formiranje Agencije za zaštitu životne sredine

Formiranje Agencije za zaštitu životne sredine u Srbiji, 2004. godine, koincidiralo je sa procesom evropskih integracija Srbije od 2000. godine, kao i značajnom reformom ekološkopravnog okvira, a model nadležnosti Evropske agencije za zaštitu životne sredine poslužio je i za definisanje nadležnosti naše agencije.¹⁴

Produblivanjem integracija u okviru Evropske unije, države članice su poverile deo (regulatornih) nadležnosti u oblasti zaštite životne sredine Evropskoj uniji, dok je implementacija komunitarnih pravila u nadležnosti država članica. Imajući u vidu posebnu kompleksnost procesa regulacije u oblasti zaštite životne sredine zbog njegovih značajnih ekonomskih i političkih implikacija, pre svega rasta investicionih troškova i rizika relokacije biznisa i radnih mesta u jurisdikcije sa nižim standardima, formiranje valjane informacione osnove i praćenje stanja postavlja se kao važan prioritet. Ovaj imperativ se posebno nameće u Evropi u kontekstu prekograničnog uticaja na životnu sredinu (drugih) država članica. U skladu sa ovim potrebama formirana je i Evropska agencija za zaštitu životne sredine (1990. godine) koja, osim nadležnosti za kontinuirano prikupljanje informacija o stanju životne sredine, ima i koordinativnu ulogu u Mreži evropskih agencija za zaštitu životne sredine.

3. Položaj agencije kao upravnog organa u okviru Ministarstva

U teoriji se javne agencije u našem pravu klasifikuju kao a) javne agencije (javne agencije u užem smislu), b) agencije (javne agencije u širem smislu) i c) tzv. državne agencije, gde bi javne agencije u užem smislu (javne agencije) i javne agencije u širem smislu (agencije) bile ona tela koja imaju javna ovlašćenja za obavljanje stručnih poslova kao što su razvojni i regulatorni poslovi i upravni poslovi, dok državne agencije prevashodno obavljaju poverene poslove države uprave.¹⁵ One se osnivaju za obavljanje različitih razvojnih, stručnih i regulatornih poslova, a razlike u klasifikaciji proističu iz

14 Za sve poslove koje obavlja Evropska agencija za zaštitu životne sredine videti: Regulation (EC) No 401/2009 of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the European Environment Agency and the European Environment Information and Observation Network (Codified version), OJ C 162, 25. jun 2008, p. 86.

15 Urediti: Lilić, Stevan, *Upravno pravo – Upravno procesno pravo*, Beograd 2010, str. 280–281.

većeg broja oblika u kojima su one ustrojene u našem pravu, uz manja ili veća odstupanja od položaja predviđenog Zakonom o javnim agencijama.¹⁶

Agencija za zaštitu životne sredine obrazovana je u skladu sa Zakonom o ministarstvima, kao organ u sastavu Ministarstva zaštite životne sredine, rudarstva i prostornog planiranja, koje i vrši nadzor nad njenim radom. Prema Zakonu o državnoj upravi, Ministarstvo može da ima jedan ili više organa uprave u svom sastavu koji se obrazuje za izvršne, odnosno inspekcijske i s njima povezane stručne poslove, ako njihova priroda ili obim zahtevaju veću samostalnost od one koju ima sektor u Ministarstvu. Organ u sastavu može steći svojstvo pravnog lica kada je to zakonom određeno, što je slučaj sa Agencijom za zaštitu životne sredine. Ipak, Zakon kao organe u sastavu predviđa uprave, inspektorate i direkcije, ali ne i agencije. Zakon dalje propisuje da organom u sastavu rukovodi direktor koga postavlja Vlada na pet godina, na predlog ministra, koji za svoj rad odgovara ministru. Iako organi u sastavu poslove iz svoga delokruga vrše samostalno, Zakonom je propisano da ministar usmerava rad organa u sastavu i *donosi propise iz njegovog delokruga*, kao i da predstavlja organ pred Vladom i Narodnom skupštinom.

Uporednopravnom analizom, uočava se postojanje velikog broja različitih organizacionih oblika u kojima se obavljaju poslovi koje kod nas vrši Agencija za zaštitu životne sredine. U najvećem broju evropskih zemalja, reč je agencijskom modelu čiji se status razlikuje od samostalnog tela (Irska) do organa u sastavu ministarstva zaduženog za zaštitu životne sredine. Neretko se tim telima poveravaju i raznovrsni drugi poslovi (poput zaštite od poplava – Agencija za zaštitu životne sredine Engleske i Velsa) a nekada se poslovi poveravaju drugim javnopravnim telima (Nacionalni institut za zaštitu životne sredine i istraživanja – Italija).¹⁷

4. Kadrovski kapaciteti agencija za zaštitu životne sredine za postojeće i potencijalne poslove

Obavljanje upravnih poslova u oblasti zaštite životne sredine, usled svoje kompleksnosti, zahteva značajne kadrovske kapacitete. Agencija za zaštitu životne sredine trenutno ima 26 zaposlenih koji obavljaju sve poslove predviđene propisima u ovoj oblasti, a koji su angažovani u Sektoru za praćenje i analizu stanja i zagađivanja životne sredine, koji čine Odeljenje za praćenje i analizu stanja životne sredine i Odeljenje za informacioni sistem životne

16 Više o položaju javnih agencija u našem pravu i različitim klasifikacijama videti: Lilić, Stevan, „Javne agencije i upravna reforma“, u: Taboroši, Svetislav (ur.) *Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom EU*, prilozi projektu 2009, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2010; Tomić, Zoran, „Upravne i javne agencije u Srbiji, klasifikacija i pravni položaj“, *Pravo i privreda*, br. 5–8, 2008, str. 413–427; Urošević, Zorica, „Položaj i uloga javnih agencija u našem pravnom sistemu“, *Pravni život*, br. 10, 2005, str. 283–296; Mitić, Dušan, *Pravna priroda javnih agencija u pravnom sistemu Republike Srbije*, Zbornik Pravnog fakulteta u Nišu, 2007, str. 209–248.

17 Detaljan prikaz nadležnih tela u okviru Evropske unije, ali i država kandidata i potencijalnih kandidata, dostupan na: http://epanet.ew.eea.europa.eu/european_epas

sredine i industrijsko i komunalno zagađenje, kao i u posebnom Odeljenju za automatski monitoring kvaliteta vazduha i Grupi za pravne, ekonomske i opšte poslove.¹⁸

Nacionalni program za zaštitu životne sredine kao ključni institucionalni prioritet na kratkoročnom planu ističe jačanje kapaciteta Ministarstva uključujući jačanje kapaciteta Agencije za zaštitu životne sredine, Agencije za hemikalije, Agencije za zaštitu od jonizujućih zračenja i nuklearnu sigurnost i Fonda za zaštitu životne sredine; uz novu organizacionu strukturu koja bi racionalizovala delotvornost Ministarstva u pogledu razvoja i evaluacije politike, strateškog planiranja, ekonomskih instrumenata, finansiranja u oblasti životne sredine, pripreme projekata i monitoringa na osnovu indikatora stanja životne sredine, što će zahtevati povećanje broja ljudi i obuku stručnjaka.¹⁹ U Nacionalnom programu se posebno ističe potreba da Agencija bude proširena kako bi postala potpuno operativna i u potpunosti ispunjavala svoje zakonom propisane zadatke, uz insistiranje da će implementacija integrisanog sprečavanja i kontrole zagađivanja životne sredine²⁰ zahtevati formiranje i održavanje baze podataka najboljih dostupnih tehnika. Konačno, u Nacionalnom programu se ističe potreba kontinuiranog unapređivanja sistema monitoringa stanja životne sredine u skladu sa standardima koje postavljaju direktive Evropske unije u ovoj oblasti, uz obuku kadrova za njihovu primenu.²¹

U oceni rada Agencije sa sadašnjim kapacitetima, navodi se da je Agencija ostvarila značajne rezultate, ali da postoje određene prepreke u procesu prikupljanja podataka. Kako se navodi – „Ovo je značajno pre svega, zbog toga što su finansijski i kadrovski kapaciteti Agencije ograničeni i što postojeći sistem prikupljanja podataka nije metodološki prilagođen potrebama uključujući i odsustvo odgovarajuće saradnje nadležnih organa.“²² Uz to, Evropska komisija je u svom Izveštaju o napretku Srbije za 2010. godinu konstatovala značajan napredak u oblasti zaštite životne sredine, uz održavanje dobrog nivoa saradnje Agencije sa Evropskom agencijom za životnu sredinu.²³

Može se zaključiti da su i javna uprava, i šira stručna zajednica, prepoznale potrebu daljeg unapređenja kadrovskih potencijala Agencije. Na ovaj način kadrovski unapređena Agencija mogla bi, potencijalnim širenjem svojih aktivnosti, doprineti daljoj obuci velikog broja kadrova koji rade na poslovima sprovođenja ekoloških propisa i njihove kontrole, a naročito u kontek-

18 Za detaljnu sistematizaciju poslova i broj zaposlenih videti: Agencija za zaštitu životne sredine, *Informator o radu – 2010*, Beograd 2010, str. 5–6.

19 Uporediti: Vlada Republike Srbije, *Nacionalni program za zaštitu životne sredine*, Beograd 2010, str. 134.

20 Videti više Zakon o integrisanom sprečavanju i kontroli zagađivanja životne sredine (*Službeni glasnik RS*, br. 135/2004)

21 Uporediti: Vlada Republike Srbije, *Nacionalni program za zaštitu životne sredine*, Beograd 2010, str. 134.

22 Videti: Nacionalni konvent o Evropskoj uniji – radna grupa Ekologija, *Analize i preporuke*, Evropski pokret u Srbiji, 2010, str. 41.

23 Evropska komisija, *Izveštaj o napretku Srbije za 2010. godinu*, Brisel 2010, str. 39.

stu kontinuirane pripreme za potpunu harmonizaciju sa pravnim tekovinama EU u ovoj oblasti.

II. Nadležnosti i uloga Agencije za zaštitu životne sredine

1. Nadležnosti i uloga Agencije za zaštitu životne sredine prema pozitivnom pravu

Zakon o ministarstvima ekstenzivno određuje za koje poslove se obrazuje Agencija za zaštitu životne sredine. To su poslovi koji se odnose na: razvoj, usklađivanje i vođenje nacionalnog informacionog sistema zaštite životne sredine (praćenje stanja činilaca životne sredine kroz indikatore životne sredine; registar zagađujućih materija i dr.); sprovođenje državnog monitoringa kvaliteta vazduha i voda, uključujući sprovođenje propisanih i usaglašenih programa za kontrolu kvaliteta vazduha, površinskih voda i podzemnih voda prve izdani i padavina; upravljanje Nacionalnom laboratorijom; prikupljanje i objedinjavanje podataka o životnoj sredini, njihovu obradu i izradu izveštaja o stanju životne sredine i sprovođenju politike zaštite životne sredine; razvoj postupaka za obradu podataka o životnoj sredini i njihovu procenu; vođenje podataka o najboljim dostupnim tehnikama i praksama i njihovoj primeni u oblasti zaštite životne sredine; saradnju sa Evropskom agencijom za zaštitu životne sredine (EEA) i Evropskom mrežom za informacije i posmatranje (EIONET), kao i druge poslove određene zakonom. Zakon o zaštiti životne sredine još propisuje i da su državni organi, odnosno organizacije, organi autonomne pokrajine i jedinice lokalne samouprave, ovlašćene organizacije i zagađivači dužni su da podatke prikupljene u postupku monitoringa životne sredine dostavljaju Agenciji za zaštitu životne sredine.

Agencija vodi specijalni Informacioni sistem čija je svrha efikasno identifikovanje, klasifikovanje, obrada, praćenje i evidencija prirodnih vrednosti i upravljanja životnom sredinom u Republici Srbiji. Njega čine numeričke, opisne i prostorne baze podataka o: kvalitetu medijuma životne sredine, praćenju stanja i zaštiti životne sredine, zakonodavnim, administrativnim i organizacionim i strateškim merama, naučno-tehničkim informacijama o planskim merama prevencije i razmenu informacija sa drugim informacionim sistemima i dr. Zakonom je takođe predviđeno da Informacioni sistem obezbeđuje pristup drugim informacionim sistemima i harmonizaciju svih relevantnih informacija i podataka na nacionalnom i međunarodnom nivou. S obzirom na položaj Agencije kao organa u okviru Ministarstva, uprkos tome što postoje stručni kapaciteti za obavljanje (specijalizovanih) poslova, Agencija nije ovlašćena da sama uređuje sadržinu i način vođenja već je zakonom propisano da sadržinu, način, metodologiju, strukturu, zajedničke osnove, kategorije i nivoe sakupljanja podataka, kao i sadržinu informacija o kojima se redovno i obavezno obaveštava javnost propisuje Vlada.

Zakon takođe propisuje da Agencija za zaštitu životne sredine vodi Nacionalni registar izvora zagađivanja životne sredine, sa ciljem praćenja

kvalitativnih i kvantitativnih promena u životnoj sredini i preduzimanja mera zaštite u životnoj sredini, uz obavezu zagađivača da dostavlja propisane podatke na način i u rokovima utvrđenim u skladu sa zakonom.²⁴ I u ovom slučaju, metodologiju propisuje ministar nadležan za pitanja životne sredine. U okviru integralnog registra zagađivača, vode se i registri zagađivača vazduha, kao i registar ispuštanja otpadnih voda. U oba slučaja, registar je ograničen samo na one zagađivače za čiji je rad potrebno dobijanje integrisane dozvole.²⁵

Važan aspekt delatnosti Agencije jeste izrada godišnjeg izveštaja o stanju životne sredine, koji se priprema na osnovu prikupljenih podataka i informacija najkasnije do 31. maja tekuće godine za prethodnu godinu. Izveštaj nakon izrade podnosi Vlada Narodnoj skupštini. Nadležni organi autonomne pokrajine i jedinica lokalne samouprave dužni su da Agenciji tromesečno dostavljaju podatke za izradu izveštaja. Zakon propisuje da izveštaj sadrži naročito podatke o: 1) stanju i promenama stanja u životnoj sredini na osnovu podataka i informacija dobijenih praćenjem odgovarajućih indikatora; 2) sprovođenju Strategije, Nacionalnog programa i akcionih planova; 3) sanacionim planovima i drugim preduzetim merama; 4) finansiranju sistema zaštite životne sredine i 5) drugim podacima značajnim za upravljanje prirodnim vrednostima i zaštitom životne sredine. Obavezom da se nacionalni izveštaji izrađuju na godišnjem nivou otišlo se dalje u odnosu na obaveze preuzete Konvencijom o dostupnosti informacija, učešću javnosti u donošenju odluka i pravu na pravnu zaštitu u pitanjima životne sredine (Arhuskom konvencijom), koja predviđa izradu redovnih izveštaja u intervalima ne dužim od tri godine.²⁶

2. Neke mogućnosti proširenja nadležnosti Agencije za zaštitu životne sredine

Zbog ograničenosti prostora, na ovom mestu nije moguće razmatrati detaljnije mogućnosti proširenja nadležnosti Agencije za zaštitu životne sredine po ugledu na komparativne modele. To proširenje bi svakako moglo da se realizuje kroz nekoliko različitih modaliteta položaja same agencije, od zadržavanja pozicije upravnog organa u okviru Ministarstva, do dobijanja statusa nezavisnog (regulatornog) tela. Ako bi Agencija dobila inspeksijske ingerencije u oblasti zaštite životne sredine, nužno bi bilo da zadrži sadašnji status organa u okviru Ministarstva, s obzirom na to da, prema Zakonu o državnoj upravi, inspeksijski poslovi pripadaju jedino organima autonomne pokrajine, opštine, grada i grada Beograda.²⁷ Ovakvo rešenje bi značilo i neophodnost kadrovske reorganizacije Agencije uz pripajanje dela sadašnjeg sektora Ministarstva za nadzor i kontrolu, ali bi objedinjavanje kadrova sa različitim stručnim znanji-

24 Osim nacionalnog, na nivou lokalnih samouprava se vode i lokalni registri.

25 Videti više: Vlada Republike Srbije, *Nacionalni program zaštite životne sredine*, Beograd 2010, str. 109.

26 Upaređiti član 76 Zakona o zaštiti životne sredine i član 6 Arhuske konvencije.

27 Upaređiti član 54 Zakona o državnoj upravi (*Službeni glasnik RS*, br. 79/2005 i 101/2007). Više o organizaciji ekološke inspekcije u Srbiji videti: Milenković, Marko, „Ekološka inspekcija i decentralizacija Srbije“, u zborniku *Ekologija i pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, 2011. (u štampi).

ma i inspekcijskih potencijala svakako moglo da doprinese uspešnijoj kontroli implementacije propisa u oblasti zaštite životne sredine. Dodatno, na agenciju, konstruisanu kao nezavisno telo, mogla bi biti preneti ovlašćenja za rešavanje u (ekološkim) upravnim stvarima poput davanja saglasnosti na studije o proceni životne sredine ili izdavanje određenih dozvola. Konačno, može se postaviti i pitanje, o kome svakako treba otvoriti raspravu u našoj literaturi i praksi, o ustanovljavanju agencije kao regulatora u oblasti zaštite životne sredine u ograničenom broju slučajeva, delegiranjem zakonodavnih ovlašćenja za donošenje određenih podzakonskih akata po ugledu na druge agencije, poput Agencije za hemikalije ili Agencije za jonizujuća zračenja. U svakom slučaju, imajući u vidu važnost prikupljanja podataka za formiranje odluka u oblasti zaštite životne sredine, uz dalje kadrovsko jačanje Agencije moguće je kreirati model upravne organizacije koja bi u većoj meri učestvovala u osmišljavanju i formulisanju predloga politika i propisa u ovoj oblasti.

Zaključne napomene

Daljom integracijom u Evropsku uniju u Srbiji će se razvijati pravni okvir u oblasti zaštite životne sredine. Radi njenog efikasnog ostvarivanja, postoji potreba kontinuiranog unapređivanja praćenja stanja životne sredine kako kadrovski, tako i putem usvajanja najboljih uporednih praksi. Iako položaj za Agencije za zaštitu životne sredine trenutno odgovara potrebama ostvarivanja prava na informisanje i formiranja politika, njeno dalje osamostaljenje, uz dobijanje novih funkcija, moglo bi da doprinese unapređenju zaštite životne sredine u Srbiji.

Marko Milenković MA, LL.M.

Junior Researcher, Institute of Social Sciences Belgrade

ROLE AND POSITION OF SERBIAN ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY

Abstract

Environmental protection is a dynamic field of public administration activity with a continuous increase in the number of administrative tasks. In order to effectively perform complex tasks, modern administrative systems are increasingly using agency model for execution of activities. The paper examines the specific position of the Serbian Environmental Protection Agency in the Serbian administrative system, its relationship with the classical model of public agencies in national legal system and its role. Current agency's capacities and potentials for exercise of the right to environmental information are examined.

Key words: Environmental Protection Agency. Environmental information. European integration.

JOINT CUSTODY U UPOREDNOM PRAVU

Apstrakt

Zajedničko vršenje roditeljskog prava predstavlja jedan od oblika vršenja roditeljskog prava nakon razvoda braka. U radu su prikazana rešenja vezana za institut zajedničkog vršenja roditeljskog prava koji je tokom sedamdesetih i osamdesetih godina XX veka uveden u porodična zakonodavstva mnogih država. Joint custody javio se kao posledica uvođenja razvoda braka zasnovanog na odsustvu krivice, odnosno sporazumnog razvoda braka. U pojedinim sistemima institut zajedničkog vršenja roditeljskog prava najčešće podrazumeva dva elementa: zajedničko pravno vršenje roditeljskog prava (joint legal custody) i zajedničko faktičko vršenje roditeljskog prava (joint physical custody). U određenim pravnim regulativama predviđa se da se prilikom razvoda braka kao pravilo primenjuje pretpostavka o zajedničkom vršenju roditeljskog prava, dok se u drugim opreznije postupa sa dosuđivanjem joint custody, tako da se primenjuje samo ako postoji saglasnost supružnika o zajedničkom vršenju roditeljskog prava. Empirijska istraživanja su pokazala da najčešći oblik zajedničkog vršenja roditeljskog prava predstavlja njegovo pravno vršenje, dok se zajedničko faktičko vršenje roditeljskog prava teže postiže u praksi i moguće je samo u porodicama neopterećenim konfliktima, tokom i pre brakorazvodnog postupka.

Ključne reči: Zajedničko vršenje roditeljskog prava. Brakorazvodni postupak. Medijacija. Zajedničko pravno vršenje roditeljskog prava. Zajedničko faktičko vršenje roditeljskog prava.

Uvod

U uporednom pravu, veliki broj pravnih sistema poznaje institut zajedničkog vršenja roditeljskog prava. Njegovo poreklo je u anglosaksonskom pravu označeno terminom *joint custody* – zajedničko starateljstvo, odnosno zajedničko vršenje roditeljskog prava. Zajedničko vršenje roditeljskog prava i nakon razvoda braka ili odvojenog života roditelja uvedeno je u naš pravni sistem Porodičnim zakonom iz 2005. godine.¹ Do donošenja Porodičnog zakona, zajedničko vršenje roditeljskog prava važno je kao pravilo samo tokom trajanja braka, a nakon prestanka braka razvodom bilo je moguće jedino samostalno vršenje roditeljskog prava.

* Uroš Novaković, MA, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije* (179059), koji podržava Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.

1 Službeni glasnik RS, br. 18/2005.

U uporednopravnom prikazu navešćemo rešenja određenih zakonodavstava, njihove specifičnosti i, zaključno, analiziraćemo prednosti i mane ovakvog načina uređenja odnosa roditelja i dece. Zajedničko vršenje roditeljskog prava postavljeno je kao pravilo kada roditelji žive u bračnoj zajednici. Nakon prestanka braka (razvodom, poništenjem) sud je dodeljivao vršenje roditeljskog prava jednom od supružnika (najčešće majci), a drugi roditelj je imao pravo kontakta sa detetom i dužnosti koje se tiču izdržavanja i odlučivanja o određenim pitanjima vezanim za dete (odlazak na odmor u inostranstvo, promena prebivališta, izbor škole). Činjenica razvoda braka menjala je dotadašnje pravne odnose između deteta i roditelja. Uvođenjem instituta *joint custody* u uporedne pravne sisteme, pretpostavljalo se da razvod braka ne treba da ima uticaja na odnose dece i roditelja, odnosno da roditelji mogu i treba i nakon razvoda braka da nastave da zajednički vrše roditeljsko pravo. Pretpostavka zajedničkog vršenja roditeljskog prava nalazi se u usvajanju sporazumnog razvoda kao alternativnog načina razvoda braka (pored razvoda po tužbi). Stoga, prema logici sistema zajedničkog vršenja roditeljskog prava, razvod braka je činjenica koja se tiče samo supružnika, ne i njihove dece.

Iako se radi o vršenju roditeljskog prava, delu porodičnog prava koji spada u odnose roditelja i dece, osnova za ovakav sporazum nalazi se u odnosu između samih supružnika i njihovoj spremnosti da u nepromenljivom obliku i intenzitetu nastave sa vršenjem roditeljskih dužnosti (prava) i nakon razvoda braka. Stoga je brakorazvodni postupak okvir u kome *joint custody* može nastati i dobiti svoj oblik.

U ovom radu osvrnućemo se na regulaciju *joint custody* na više kontinenata, i to u zakonodavstvima: Francuske, Nemačke, Austrije, Portugalije, SAD, Australije, Novog Zelanda i Singapura.

Francuska

Zajedničko vršenje roditeljskog prava uvedeno je u francusko pravo među prvima u evropskom zakonodavstvu, još 1987. godine. Tada nije postojala pretpostavka o zajedničkom vršenju roditeljskog prava, već je sud, ako je to u najboljem interesu deteta i pošto prethodno pribavi mišljenje roditelja, mogao da dosudi zajedničko vršenje roditeljskog prava (*garde conjointe*). Sud je mogao dosuditi zajedničko vršenje i ako se jedan roditelj tome protivi.² U Francuskoj, na osnovu reforme iz 1993. godine, važi pravilo da, ako sud ne odluči drugačije, oba roditelja i nakon razvoda braka nastavljaju zajednički da vrše roditeljsko pravo.³ To praktično znači da postoji pretpostavka u korist zajedničkog vršenja roditeljskog prava, a pretpostavku može da izmeni sud tako što dosuđuje samostalno vršenje roditeljskog prava. Slično rešenje usvojeno je i u nemačkom pravu.

Jednu vrstu mera o vršenju roditeljskog prava predstavljaju privremene mere u toku brakorazvodnog postupka, a drugu trajne mere kojima se traj-

2 Cvejić Jančić, O., „Zajedničko vršenje roditeljskog prava“, *Pravni život*, br. 9/1997, str. 680.

3 Videti par. 387. Code Civil.

no odlučuje o vršenju roditeljskog prava. Sa tim ciljem, roditeljima je ostavljeno da se dogovore o obliku vršenja roditeljskog prava i o načinu održavanja odnosa sa detetom. Sud u svakom slučaju prihvata sporazum o vršenju roditeljskog prava, ali ima ovlašćenje da ga ne prihvati ako smatra da nije u najboljem interesu deteta. Ako roditelji ne mogu da se dogovore o vršenju roditeljskog prava, to će učiniti sud. U tom cilju, usled nedostatka sporazuma supružnika, sud određuje redovno boravište deteta. Pre konačnog određivanja oblika vršenja roditeljskog prava, sud će roditelje uputiti na postupak mirjenja u kome roditelji, uz pomoć porodičnog medijatora, treba da postignu sporazum o načinu vršenja roditeljskog prava.

Nemačka

Pod uticajem psiholoških istraživanja o uticaju razvoda na decu, u Nemačkoj je pre tridesetak godina postavljen aksiom o vezi najboljeg interesa deteta i zajedničkog vršenja roditeljskog prava. Kalternborn i Lempp su, pozivajući se na odredbe nemačkog Građanskog zakonika o vršenju roditeljskog prava,⁴ zaključili da zajedničko vršenje roditeljskog prava predstavlja konkretizaciju standarda najboljeg interesa deteta.

Do izmena iz 1998. godine, zajedničko vršenje roditeljskog prava u Nemačkoj je bilo zabranjeno.⁵ Osnov za dosuđivanje zajedničkog vršenja roditeljskog prava bila je odluka Federalnog ustavnog suda iz 1992. godine, prema kojoj se odbijanjem dosuđivanja zajedničkog vršenja roditeljskog prava krše prava roditelja predviđena čl. 6 st. 2 tač. 1 Osnovnog zakona.⁶

U Nemačkoj roditelji podnose zajednički predlog za vršenje roditeljskog prava u toku brakorazvodnog postupka. Ako roditelji podnesu sporazum o samostalnom vršenju roditeljskog prava, sud će ga prihvatiti samo ako je u najboljem interesu deteta. Ovo rešenje je suprotno našem pravu, prema kome sud sporazum o zajedničkom vršenju roditeljskog prava prihvata samo ako je u najboljem interesu deteta.⁷ Nemačko pravo usvaja pretpostavku o zajedničkom vršenju roditeljskog prava i nakon razvoda a samostalno vršenje se dosuđuje samo ako je u najboljem interesu deteta, dok u našem porodičnom zakonodavstvu nema pretpostavke o zajedničkom vršenju roditeljskog prava, već je suprotno – dosuđuje se samo ako je u najboljem interesu deteta. Kao što se može videti, različite su polazne pretpostavke prilikom odlučivanja suda. Rešenje našeg prava slično je austrijskom modelu koji, takođe, pretpostavlja sporazum roditelja o zajedničkom vršenju roditeljskog prava bez koga on ne može stupiti na snagu.

S obzirom na to da sud nije stručan da obavlja psihološke, sociološke i druge vanpravne procene u vezi sa detetom, ovaj posao se poverava socijalnoj

4 Videti član 1671 st. 2 BGB.

5 Do izmena iz 1998. godine, ni vanbračni roditelji nisu mogli zajednički da vrše roditeljsko pravo u toku trajanja vanbračne zajednice, već je majka samostalno vršila roditeljsko pravo uz postavljanje službenog staraoca.

6 Kovaček Stanić, G., *Uparedno porodično pravo*, Novi Sad 2002, str. 243.

7 Član 75. i 76. Porodičnog zakona Srbije.

službi. Socijalni radnik u svakom postupku ispituje šta je u najboljem interesu deteta i o tome obaveštava sud. Sud u postupku odlučivanja o vršenju roditeljskog prava saslušava dete i uvažava njegovo mišljenje i želje.

U slučaju da među roditeljima postoji nesaglasnost o vršenju roditeljskog prava, ako je dete mlađeg uzrasta, sud bez izuzetka primenjuje doktrinu materinske zaštite i poverava dete majci.

Austrija

Zajedničko vršenje roditeljskog prava uvedeno je u austrijsko pravo reformom iz 2001. godine. Osnovni princip prilikom određivanja oblika vršenja roditeljskog prava nakon razvoda braka, kao i u većini pravnih sistema, predstavlja najbolji interes deteta. Obavezan deo sporazuma o zajedničkom vršenju roditeljskog prava jeste sporazum o tome kod kog roditelja će dete imati prebivalište. Tako dete može imati prebivašte samo kod jednog roditelja, što podrazumeva da kod tog roditelja dete provodi više od polovine vremena. Ako roditelji ne mogu da se sporazumeju o prebivalištu deteta, odnosno kod koga će dete živeti pretežni deo vremena, nije moguće dosuditi *joint custody*. U tom slučaju, jedina opcija je samostalno vršenje roditeljskog prava. Nije moguće da faktičko vršenje roditeljskog prava ne bude praćeno pravnim vršenjem roditeljskog prava. To praktično podrazumeva da prema sporazumu o zajedničkom vršenju roditeljskog prava nije moguće da se jedan roditelj faktički stara o detetu a da drugi vrši pravno staranje nad detetom.

Roditelji su dužni da sporazum o zajedničkom vršenju roditeljskog prava postignu u razumnom roku. Ukoliko to ne učine, sud će dosuditi samostalno vršenje roditeljskog prava. Prilikom poveravanja dece, ako je reč o mlađoj deci (ispod 14 godina) i ako su ženskog pola, dodeljuju se najčešće majci, dok se starija deca poveravaju očevima.⁸ Ako su u pitanju braća i sestre, smatra se da treba da budu povereni jednom roditelju.

Roditelji pre početka brakorazvodnog procesa započinju postupak pregovaranja (medijacije) u kome treba da postignu sporazum o (zajedničkom) vršenju roditeljskog prava.

Portugalija

Zajedničko vršenje roditeljskog prava uvedeno je pravni sistem Portugalije 1995. godine. Interesantno je navesti argumentaciju kojom se promovise princip uvođenja zajedničkog vršenja roditeljskog prava. Naime, samostalnim vršenjem roditeljskog prava ne ograničava se samo odnos deteta i roditelja koji ne vrši roditeljsko pravo, već se onemogućava odnos sa ostalim srodnicima iz te porodične linije, posebno sa babom i dedom, koji prema portugalskom pravu imaju pravo da posećuju dete.⁹ Udruženje roditelja je

8 http://dse.univr.it/espe/documents/Papers/G/1/G1_2.pdf.

9 Prema članu 1887. portugalskog zakona, roditelju ne smeju da onemogućavaju kontakt deteta sa precima, braćom i sestrama.

1998. godine uputilo predlog da se u zakonsku regulativu uvrsti odredba da je zajedničko vršenje roditeljskog prava nakon razvoda pravilo i da se neće primenjivati samo ako nije u najboljem interesu deteta. Ovakav zahtev nije podržan, uz obrazloženje da bi se time znatno proširila intervencija države u privatni (porodični) život.

U teoriji su isticane i negativne strane *joint custody* – njegovim prihvatanjem javlja se mogućnost da majke koje se staraju o deci tokom pregovora o vršenju roditeljskog prava u brakorazvodnim parnicama dobiju manje iznose alimentacije, što bi ugrozilo siromašne samohrane porodice koje su među najsiromašnijim grupama u Portugaliji.¹⁰ Rešenje navedenog problema može se pronaći u aktivnoj ulozi suda u nadzoru ovakvih sporazuma i njihovom izbegavanju u slučaju nasilja u porodici, pritiska jednog roditelja ili postojanja značajnih sukoba među supružnicima.

Zajedničko vršenje roditeljskog prava u Portugaliji moguće je na dva načina. Najpre, sporazum po kome su oba roditelja ravnopravna prema detetu ali dete ima prebivalište samo kod jednog roditelja. Ovo je rešenje slično kao u slučaju samostalnog vršenja roditeljskog prava. Razlika u odnosu na samostalno vršenje roditeljskog prava ogleda se u tome što važnije odluke roditelji donose zajednički. Drugi način predstavlja sporazum o zajedničkom fizičkom (faktičkom) vršenju roditeljskog prava, koji podrazumeva da dete boravi jednake periode vremena kod svakog roditelja ponaosob (mesečno, nedeljno). Ističe se da se u praksi retko postiže sporazum o fizičkom zajedničkom vršenju roditeljskog prava.¹¹ Postojanje mogućnosti da promena prebivališta ugrozi detetovu stabilnost obavezuje sud da proceni sposobnost da se dete prilagodi na česte promene izazvane primenom sporazuma.

Sjedinjene Američke Države

U SAD institut zajedničkog vršenja roditeljskog prava odlikuje podela na dve komponente: zajedničko pravno vršenje roditeljskog prava (*joint legal custody*) i zajedničko faktičko vršenje roditeljskog prava (*joint physical custody*). Američka porodičnopravna praksa među prvima je još početkom osamdesetih godina XX veka počela sa primenom teorijske koncepcije dvostruke složene strukture ustanove *joint custody*.¹² Poreklo ovakvog postupanja sudova moguće je pronaći u uticaju engleskog *Children Act* iz 1989. godine, kojim se određuje nekoliko mera koje se tiču faktičkog staranja nad detetom, koje se razlikuju od pravnih odluka o podizanju deteta.

Uticaj porodičnopravne teorije na sudove kretao se u pravcu odvajanja ove ustanove na pravni i faktički deo. Tako, u teoriji i praksi SAD, posmatrano u odnosu na druge sisteme, najjasnije se pravi razlika između pravnog zajedničkog vršenja roditeljskog prava (*legal joint custody*), gde su roditelji ravnopravni u donošenju pravnih odluka koje se tiču odgajanja deteta, i faktičkog zajednič-

10 Sottomayor, M. C., „The Introduction and Impact of Joint Custody in Portugal“, *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 13, br. 2, avgust 1999, str. 253.

11 *Ibid.*, 250.

12 De Cruz, Peter, *Family Law, Sex and the Society*, London 2010, str. 100.

kog vršenja roditeljskog prava (*physical joint custody*), gde roditelji jednako vrše faktičke, svakodnevnne aktivnosti vezane za odgajanje deteta.¹³

Uprkos snažnoj i odlučnoj kampanji za prihvatanje *joint custody*, koju je predvodila Kalifornija¹⁴, isticane su i teškoće u praktičnoj primeni instituta *joint custody*. Do 1993. godine, samo pet država SAD u svom zakonodavstvu nije predvidelo *joint custody*.¹⁵ Kao najčešće mane isticane su praktične teškoće u primeni faktičkog zajedničkog vršenja roditeljskog prava.

Jedan od karakterističnih primera primene *physical joint custody* predstavlja slučaj *Fisher v. Fisher*, u kome se ogleda kompleksnost nametanja oblika sporazuma o vršenju roditeljskog prava od suda. Naime, pošto roditelji nisu mogli da se dogovore o vršenju roditeljskog prava, sud je dosudio *joint legal and physical custody* na osnovu izveštaja socijalnog radnika, koji je smatrao da su oba roditelja podobna da vrše roditeljsko pravo. Posledica je bila da je dete živelo nekoliko godina kod jednog a nekoliko godina kod drugog roditelja, stalno menjalo škole i godišnje se selilo iz jednog grada, St. Luisa, u drugi, Filadelfiju, u kojima su roditelji živeli. Posmatrano iz ugla najboljeg interesa deteta, ovo je rešenje izuzetno loše po razvoj i formiranje deteta.¹⁶

Imajući u vidu problematiku navedenog i mnogih drugih slučajeva iz sudske prakse, neki autori smatraju da stav o slobodnoj sudijskoj proceni pri dosuđivanu zajedničkog vršenja roditeljskog prava treba promeniti u princip primene (striktnih) pravila.¹⁷

Australija

Zajedničko vršenje roditeljskog prava uvedeno je u australijski pravni sistem promenama Porodičnog zakona iz 1996. godine.¹⁸ Detaljno predviđena prava deteta na kontakt sa oba roditelja i obaveza roditelja da se dogovore oko vršenja roditeljskog prava nakon razvoda braka, bila su osnova za uvođenje *joint custody*.¹⁹

13 Iako je još sedamdesetih godina XX veka počelo uvođenje *joint custody*, a preko 30 država predvidelo je taj institut, taj oblik vršenja roditeljskog prava nije potpuno usvojen na nivou SAD.

14 Videti: California Civil Code, par. 4600.

15 Margaret, B., Buckley, F. H., „Joint custody: Bonding and Monitoring Theories“, *Indiana Law Journal*, vol. 73, num. 2, 1998.

16 Navedeni stav je potvrdio i Apelacioni sud, koji je, odlučujući po žalbi, istakao da takav sporazum nikako ne može biti u najboljem interesu deteta, s obzirom na to da je teško da će dete moći da ostvari čvrsto prijateljstvo sa drugom decom, da učestvuje u školskim aktivnostima i da dobije korisno obrazovanje.

17 Elrod, L. D., Dale, M. D., „Paradigm Shifts and Pendulum Swings in Child Custody: The Interest of Children in the Balance“, 2008, 42 Fam LQ 381.

18 Australian Family Law Act, s. 60B(2). U tom zakonu se navodi da „dete ima pravo da bude odgajano od strane oba roditelja, bez obzira na to da li su roditelji u braku, vanbračnoj zajednici, razvedeni ili nikad nisu živeli zajedno“.

19 Interesantno je da australijski zakon ukida određene termine koji su važili i uvodi nove, te tako termin *custody* zamenjuje terminom *residence*, koji se može prevesti kao čuvanje, ili termin *access* (pristup) terminom *contact* (kontakt).

Deceniju kasnije, Australija je, pod uticajem Konvencije o pravima deteta UN i engleskog Zakona o deci (*Children Act*) iz 1989. godine, donela poseban Zakon o zajedničkom vršenju roditeljskog prava (Zakon o podeljenoj roditeljskoj odgovornosti).²⁰ Ovaj zakon predstavlja nameru australijskih vlasti da osiguraju da dete raste uz sigurnost i ljubav oba roditelja u okviru porodice. Osnovni cilj zakona je da se najbolji interes deteta osigura tako što će dete imati korist od učešća oba roditelja u njegovom odgajanju.

Uvođenje *joint custody* u australijski pravni poredak nije podržano empirijskim istaživanjima i studijama, već je rezultat političke kampanje za poboljšanje pozicije očeva koji nemaju starateljstvo nad decom.²¹ Zakon o zajedničkom vršenju roditeljskog prava predviđa izvesne novine: uvodi pretpostavku o zajedničkom vršenju roditeljskog prava nakon razvoda braka; obavezuje sud da uzme u obzir da li je jednako provođenje vremena deteta kod oba roditelja celishodno i u najboljem interesu deteta; obavezuje roditelje da prisustvuju postupku medijacije da bi razrešili sporna pitanja u vršenju roditeljskog prava pre istupanja pred sud;²² proširena su ovlašćenja suda za određivanje mera protiv roditelja koji krši sporazum o vršenju roditeljskog prava; potvrđeno je pravo deteta na kontakt sa bliskim licima (babama, dedama i drugim rođacima); povećava se značaj roditeljskih sporazuma sa ciljem da se dogovor postigne vansudskim putem.²³

Ipak, i pored ovako optimističkih nastojanja australijskih vlasti, u teoriji se ističu i negativne strane zajedničkog vršenja roditeljskih prava. Rhoades, Graycar i Harrison naglašavaju da podsticanje sporazuma o zajedničkom vršenju roditeljskog prava kod roditelja koji su u sporu oko dece nije realna mogućnost. Roditelji koji postignu primenjive sporazume o zajedničkom vršenju roditeljskog prava dolaze do njih bez pomoći suda i nisu ni svesni činjenice da zakon predviđa takvu mogućnost. Zajedničko vršenje roditeljskog prava nije moguće ni poželjno ako među roditeljima postoje značajne nesuglasice, često prouzrokovane nasiljem u porodici.

Novi Zeland

Na Novom Zelandu zajedničko vršenje roditeljskog prava regulisano je Zakonom o starateljstvu (*Guardianship Act*) iz 1968. godine. U pododeljku 1A nalazi se značajno svedočanstvo o tome da se izričito predviđa zabrana principa prednosti materinske zaštite: u svim slučajevima koji se tiču vršenja roditeljskog prava i starateljstva nad detetom, ne sme se primenjivati pretpostavka o tome da će se poveravanje deteta u skladu sa načelom najboljeg interesa deteta vršiti samo na osnovu pola roditelja. Značaj ove odredbe nameće

20 U originalu naziv zakona – Shared Parental Responsibility Act. Zakon je donet 22. maja 2006. godine, a počeo je da važi od 1. jula 2006. godine.

21 Rhoades, H., Boyd, S. B., „Reforming Custody Laws: A Comparative Study“, *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 18, num. 2, avgust 2004, str. 121.

22 Za postupak medijacije videti: Draškić, M., *Pravni kapacitet Srbije za evropske integracije*, br. 2, 2007, str. 55 i dalje.

23 Videti: De Cruz, Peter, *Family Law, Sex and Society*, London 2010, str. 128.

se utoliko pre što su retki zakonski akti sa anglosaksonskog pravnog područja, kome pripada i Novi Zeland, koji sadrže ovakvu izričitu, polno neutralnu pretpostavku o dodeli vršenja roditeljskog prava.

Zakonska regulacija materije vršenja roditeljskog prava bila je posledica pokreta očeva za ravnopravno vršenje roditeljskog prava i poveravanje dece nakon razvoda braka. U svojim kampanjama, pokreti očeva na Novom Zelandu isticali su da porodični sudovi, počevši od 1970. godine, favorizuju majke pri donošenju odluka o poveravanju dece.²⁴

Novi Zeland je 2004. godine doneo Zakon o dečjoj nezi (*Children Care Act*) kojim su uvedene sledeće novine u materiju odnosa roditelja i dece: zajedničko vršenje roditeljskog prava; davanje značaja mišljenju i željama deteta u postupcima u kojima se odlučuje o njihovim pravima; različite vrste porodičnih sporazuma; veća ovlašćenja suda u slučaju kršenja sporazuma kao što su novčane i zatvorske kazne.²⁵ Zakonom je predviđeno da i nakon prestanka braka (razvodom) roditelji nastavljaju zajednički da vrše roditeljsko pravo, što znači da postoji pravilo da se roditeljsko pravo vrši zajednički i nakon razvoda braka. Pravo Novog Zelanda, takođe, poznaje faktičko zajedničko vršenje roditeljskog prava i daje prednost faktičkom zajedničkom vršenju roditeljskog prava u odnosu na njegovu pravnu komponentu. Zakonodavac to čini izmenom termina „starateljstvo“, terminom „dnevna nega“ koji sugerise konkretne dnevne aktivnosti vezane za odgajanje deteta. U tom pravcu, predviđa se da oba roditelja mogu da obavljaju dnevnu negu deteta, tako što će dete boraviti kod oba roditelja jednake periode vremena.²⁶

Singapur

Singapur je 2005. godine izvršio reforme vezane za vršenje roditeljskog prava i starateljstvo nad decom. Odredbe o vršenju roditeljskog prava u Singapuru nalaze se u Ženskoj povelji (*Womens Charter*). Ženska povelja ima svoje poreklo u engleskom pravu, tačnije u Zakonu o bračnim stvarima iz 1973. godine.²⁷

Zajedničko vršenje roditeljskog prava podrazumeva da su oba roditelja odgovorna za donošenje odluka o značajnima pitanjima koja se tiču deteta, kao što su obrazovanje, zdravstvena nega, izbor ili promena religije. *Joint custody* moguće je ostvariti samo ako su oba roditelja sposobna i voljna da sarađuju. U porodicama gde ne postoje ovi preduslovi, sudske odluke o zajedničkom vršenju roditeljskog prava neće imati željenih efekata.²⁸

24 <http://www.teara.govt.nz/en/divorce-and-separation/5>.

25 Slično kao u australijskom pravu, termini *custody* i *access* zamenjeni su terminima *day to day care* (dnevna nega) i *contact* (kontakt).

26 <http://justice.govt.nz/courts/family-court/what-family-court-does/care-of-children/parenting-orders>.

27 Matrimonial Causes Act (1973).

28 <http://www.lawhub.com.sg/articles/custody-maintenance-and-family-violence.html>

Veliki značaj za materiju zajedničkog vršenja roditeljskog prava u Singapuru ima sudska odluka u slučaju *CX v. CY*. U navedenoj sudskoj odluci Apelacioni sud je favorizovao zajedničko vršenje roditeljskog prava.²⁹ Ova odluka ima veliki značaj s obzirom na to da utvrđuje da se roditeljsko pravo i nakon razvoda braka vrši zajednički i da sud prilikom odlučivanja o vršenju roditeljskog prava ne treba da donese nikakvu odluku, odnosno da sama činjenica razvoda braka ne treba da utiče na vršenje roditeljskog prava, kako na dete, tako i na roditelje. Sud, usvajanjem principa nedonošenja bilo kakve mere, smatra da razvod braka ne treba da menja dotadašnje odnose roditelja i dece. Ako, pak, sud donese meru o zajedničkom vršenju roditeljskog prava, ona ima karakter podsećanja roditelja na to da i dalje treba zajedno (zajednički) da vrše roditeljsko pravo.³⁰ Dalje, podvlači se da odluka o samostalnom vršenju roditeljskog prava treba da se donese samo u izuzetnim slučajevima: ako jedan roditelj fizički, psihički ili seksualno zlostavlja dete; ako je odnos između roditelja takav da ni nakon sprovedenog postupka medijacije nije moguća saradnja među njima i ako bi nedostatak saradnje bio štetan po interese deteta.³¹

Na osnovu odluke u slučaju *CX v. CY*, izvedeno je nekoliko principa o vršenju roditeljskog prava:

- Vršenje roditeljskog prava u slučaju odvojenog života roditelja ili razvoda braka nastavlja se do punoletstva deteta, s tim da oba roditelja nastavljaju da zajednički vrše roditeljsko pravo.
- Zajedničko vršenje roditeljskog prava postojaće kada sud ne donese bilo kakvu odluku ili donese odluku o zajedničkom vršenju roditeljskog prava kada je to u interesu deteta.
- Treba da postoji princip najmanje intervencije u odnose roditelja i dece. U skladu sa time, ne treba donositi nikavu meru o vršenju roditeljskog prava ako nema spora među roditeljima o nekom značajnom pitanju koje se tiče odgajanja deteta ili ako je to bolje da bi se izbegle negativne posledice pokretanja spora o starateljstvu nad detetom.
- Odluka o zajedničkom vršenju roditeljskog prava treba da ima simboličku i upozoravajuću ulogu, da roditelje podseti da (i dalje) treba da zajednički vrše roditeljsko pravo.
- Samo u izuzetnim slučajevima treba doneti odluku o samostalnom vršenju roditeljskog prava.

29 (2005) 3 SLR 690, (2005) SGCA 37, Court of Appeal (Jong Pung How CJ, Chao Hick Tin JA, Lai Siu Chiu J), 19. jul 2005.

30 U navedenoj presudi sud je to konstatovao sledećim obrazloženjem: donošenje mere o zajedničkom vršenju roditeljskog prava ima simboličku ulogu da podseti majku da otac ima ravnopravnu ulogu u podizanju i odgajanju deteta. Ovo je potrebno jer je majka, kojoj je poverena nega deteta, više puta pokušala da isključi oca deteta iz procesa donošenja odluka. Stoga, mera o *joint custody* ima cilj da majci uputi signal da počne da saraduje sa ocem deteta u detetovom uzgajanju.

31 http://www.agc.gov.sg/publications/docs/ChildCustodyLaw_DP_and_ExecutiveSummary.pdf.

Smatramo da navedena odluka i načela koja se ističu treba kritički preispitati. Čini se da je načelo favorizovanje principa zajedničkog vršenja roditeljskog prava opravdano. S druge strane, može da se pokaže da je pogrešna pretpostavka da će roditelji uvek moći da prevaziđu svoje sporove koji su doveli do razvoda braka i da se dogovore o zajedničkom vršenju roditeljskog prava. Sud polazi od teorijski opravdanog postulata da roditelji treba da prevaziđu svoje sukobe radi deteta i njegovih interesa, ali da li je tako zaista u praksi i da li će to moći da se ostvari u svakom konkretnom slučaju, postavlja se pitanje. U nekim slučajevima moguće je sa ili bez pomoći medijatora otkloniti sporove bivših supružnika, ali u velikom broju slučajeva to neće biti slučaj. U tim slučajevima nametanje sporazuma o zajedničkom vršenju roditeljskog prava ili nedonošenje nikakve odluke, sa stavom da će se supružnici sami dogovoriti, neće biti poželjno, ponajviše iz aspekta deteta.

Dalje, Apelacioni sud tvrdi da odluku o samostalnom vršenju roditeljskog prava treba doneti samo u izuzetnim slučajevima kada se utvrdi da jedan roditelj različitim navedenim postupcima zlostavlja dete. Po našem shvaćanju, to bi bili razlozi da se taj roditelj (zlostavljač) liši roditeljskog prava.³²

Pri odlučivanju o vršenju roditeljskog prava u Singapuru, sud odlučuje u skladu sa najboljim interesom deteta (*welfare of the child*), vodeći računa o željama deteta i roditelja. Želje deteta uzimaju se u obzir kada je dete dovoljno zrelo da može da izrazi svoje mišljenje.

Zaključak

Zajedničko vršenje roditeljskog prava možemo posmatrati iz dva ugla. Sa aspekta zakonodavstva, odnosno ovlašćenja suda, i sa aspekta samih učesnika postupka – supružnika i dece. Posmano iz ugla supružnika i dece, reč je o obimu (stepenu) zajedničkog vršenja roditeljskog prava. Viši stepen predstavlja zajedničko faktičko vršenje, koje podrazumeva da se roditelji jednako faktički staraju o detetu, dok se niži stepen saglasnosti i kooperacije supružnika ogleda u zajedničkom pravnom vršenju, gde se jedan roditelj faktički stara o detetu, a pravne odluke donose oba roditelja zajednički. Ako posmatramo ovaj institut iz zakonodavnog aspekta, primećujemo sisteme gde sud može (kao pravilo) bez saglasnosti supružnika dosuditi *joint custody* i sisteme gde sud ne može da dosudi zajedničko vršenje roditeljskog prava ako nema sporazuma supružnika.

Zajedničko vršenje roditeljskog prava uslovljeno je odnosom u porodici i sposobnošću supružnika da odgovore na izazove koje nose nove činjenice nastale razvodom braka. Uloga medijatora i postupka posredovanja značajan je element koji može dovesti do poboljšanja odnosa supružnika i postizanja ovog sporazuma. U tom pravcu uloga advokata, socijalnih radnika i sudija igra značajnu ulogu, posebno u informisanju o postojanju zakonske

32 Videti član 81. Porodičnog zakona Srbije, u kome se navode razlozi za potpuno lišenje roditeljskog prava. Fizičko, emotivno i seksualno zlostavljanje treba da budu, i jesu, razlozi koji roditelja, ne delimično, već potpuno lišavaju roditeljskih prava.

mogućnosti i ukazivanju na prednosti sporazuma o zajedničkom vršenju roditeljskog prava. Tako, u porodicama koje nisu opterećene sukobima i imaju tolerantne odnose i nakon razvoda braka, moguće je očekivati i faktičko zajedničko vršenje roditeljskog prava. Realno posmatrano, na osnovu empirijskih podataka u sistemima gde se primenjuje *joint custody*, njegov prihvatljiv oblik predstavlja postojanje prebivališta deteta kod jednog roditelja a zajedničko pravno vršenje roditeljskog prava. U porodicama u kojima su odnosi supružnika usled razvoda braka značajno i trajno narušeni nije osnovano očekivati postizanje ovakvog sporazuma. Samostalno vršenje roditeljskog prava je u tom slučaju najprihvatljivija opcija. Nametanje sporazuma o zajedničkom vršenju roditeljskog prava od suda u slučaju kada se jedan ili oba roditelja protive tome, može se pokazati kao necelishodno rešenje za dete.

Uroš Novaković, MA

Teaching Assistant, University of Belgrade Faculty of Law

JOINT CUSTODY IN COMPARATIVE LAW

Summary

The joint exercise of parental rights is one of the options of exercise of parental rights after divorce. We present solutions related to the joint custody institute introduced during the last twenty years of twentieth century in family legislation of many countries. Joint custody become as a result of the introduction of divorce based on the absence of guilt and divorce by mutual agreement. In some countries joint custody usually involves two elements: the joint exercise of parental legal rights (joint legal custody) and the joint actual exercise of parental rights (joint physical custody). Some systems in divorce proceedings provide presumption of joint exercise of parental rights, while others act more cautiously with the award of joint custody, so that it applies only if there is spouse agreement on a joint exercise of parental rights. Empirical researches showed that the most common form of joint exercise of parental rights is the exercise of its legal part, while the actual joint exercise of parental rights is more difficult to achieve in practice, and can only be achieved in families without serious conflicts before and during divorce proceedings. Naturally, absence of conflicts after court decision of joint exercise of parental rights is sine qua non of this institute.

Key words: *Joint custody. Divorce proceeding. Mediation. Joint legal custody. Joint physical custody.*

PROMENA POLA IZ MEDICINSKIH RAZLOGA

Apstrakt

U ovom radu se razmatra medicinska, pravna i društvena situacija transeksualnosti, pojave neprihvatanja sopstvenog pola koja se leči kompleksnim hormonskim i hirurskim zahvatima, a koja je odnedavno jedna od intervencija kojih zakonski finansira država. Navode se podaci vezani za rasprostranjenost ove pojave u Srbiji, neshvatanje i nepoznavanje problema društvene sredine i nedaekvatno reagovanje medija, diskriminaciju i nasilje kojem su izložene transeksualne osobe, samoubistva i kompleksnost medicinskih intervencija za promenu pola. Posebno su naglašena još uvek otvorena pitanja pravnog identiteta i statusa transeksualnih osoba. Navedene su i tri značajne presude Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu, koje su donete u korist transeksualnih osoba (Gudvin protiv Ujedinjenog kraljevstva, L. protiv Litvanije i Šlupmf protiv Švajcarske). Zaključeno je da su zakonske promene u Srbiji tek započele u julu 2011. godine, ali da je neophodno da budu kompletirane, najbolje donošenjem posebnog zakona kojim bi se regulisao status transeksualnih osoba.

Ključne reči: transeksualnost, promena pola iz medicinskih razloga, diskriminacija, nasilje, samoubistva, Evropski sud za ljudska prava, pravni status, pravn identitet.

Skupština Srbije usvojila je 28. jula 2011. izmene Zakona o zdravstvenoj zaštiti i o zdravstvenom osiguranju kojima je proširen krug osoba koje ispunjavaju uslove da budu osiguranici, čime je prvi put u Srbiji omogućeno pravo na promenu pola o trošku državnog fonda. Predviđeno je, između ostalog, proširenje prava iz obaveznog zdravstvenog osiguranja i na promenu pola iz medicinskih razloga, jer je i toj kategoriji stanovništva, kako je navedeno u obraloženju, potrebna adekvatna zdravstvena zaštita.¹ Nadležni državni organi, pre svega Ministarstvo zdravlja, u svetlu najnovijih istraživanja uzroka transeksualnosti i nesumnjivo dokazanom tezom da je promena pola medicinski neophodna kao vid lečenja, usvojili su mogućnost da deo troškova promene pola bude deo obaveznog zdravstvenog osiguranja. Odredbe čl. 45. t. 4. tako predviđaju da se u ostvarivanju prava na zdravstvenu zaštitu iz obaveznog zdravstvenog osiguranja osiguranim licima obezbeđuje najmanje 65%

* Dr Zorica Mršević, vanredna profesorka Fakulteta za evropske pravno-političke studije, Novi Sad. Naučna savetnica Instituta društvenih nauka, Beograd. Ovaj tekst je nastao u okviru projekta: „Društvene transformacije u procesu evropskih integracija – multidisciplinarni pristup“, koji je finansiralo Ministarstvo prosvete i nauke u periodu 2011–2014.

1 Zakon o zdravstvenom osiguranju, *Sl. glasnik RS*, br. 57/2011.

od cene zdravstvene usluge iz sredstava obaveznog zdravstvenog osiguranja, između ostalog, i za promenu pola iz medicinskih razloga.

Transseksualne osobe, inače, na razne načine izlaze na kraj sa svojom situacijom. Neki od njih prosto žive i oblače se kao pripadnici željenog pola, ne podvrgavajući se nikakvim tretmanima da bi stekli njihove fizičke atribute. Drugi uzimaju hormone kako bi stekli neke sekundarne odlike odabranog pola. Manji broj njih će se podvrgnuti hirurškim zahvatima kako bi njihova tela što više bila slična telima pripadnika njihovog novostečenog pola. Obim tretmana može da bude stvar ličnog izbora ili da zavisi od drugih faktora, poput zdravstvenog stanja ili finansijskih sredstava.

Rasprostranjenost transseksualnosti. Kako se procenjuje, u Srbiji trenutno postoji oko 200 osoba kod kojih je dijagnostikovana potreba promena pola iz medicinskih razloga.² Ipak, treba imati u vidu da niko ne vodi službenu evidenciju osoba koje menjaju pol, posebno u situaciji kada se to radi i na privatnim klinikama. Urolog Miroslav Đorđević, na primer, smatra da na svakih 100.000 stanovnika, tri ili četiri osobe promene pol.³ Prema raspoloživim podacima, u Srbiji je u poslednjih 20 godina, od kad se vrši operacija promene pola kod nas, pol promenilo oko 150 do 200 lica. Smatra se da je stvarni broj daleko veći, ali da niko od aktera procesa promene pola nema posebnog interesa da se evidentira bilo gde a posebno ne same transrodne osobe, koje uglavnom žele da vode neupadljiv i povučen život posle promene pola. Postoje podaci iz evropskih zemalja koji mogu da posluže kao neki orijentir, uz napomenu da ni veliki ni mali broj transseksualnih osoba nije argument ni „za“ ni „protiv“ neophodnosti boljeg, nediskriminativnijeg uređenja njihovih prava. Ne mogu se izneti ni procene da li je u Srbiji situacija bliža Zapadnoj Evropi, gde više muškaraca postaju žene, ili zemljama bivšeg socijalističkog bloka, gde znatno više žena postaju muškarci. U Zapadnoj Evropi naime, mnogo je više muškaraca koji žele da postanu žene, pa tako na četiri muškarca promenjenog pola, dolazi samo jedna žena.⁴ Najnovija procena, iz Holandije, o učestalosti transeksualnosti jeste 1 : 11.900 muškaraca i 1 : 30.400 žena. Podatak govori o tome da su tamo trostruko učestaliji muškarci koji bi želeli da postanu žene od žena koje bi da postanu muškarci.⁵

U Češkoj i Slovačkoj, pak, ima tri puta više transseksualaca koji su prešli od žene do muškarca nego obrnuto, u Ukrajini je takođe mnogo više žena koje žele da operativnim putem postanu muškarci nego muškaraca koji bi želeli da postanu žene, a u Poljskoj je čak sedam puta više žena koje menjaju pol od muškaraca. Postojanje razlike u proporciji između žena i muškaraca

2 Blic on line 22 juli 2011, Rubrika:politika, Autor:Tanjug, Poslanici danas o zakonima u oblasti zdravstva

3 BLIC januar 2009, Rubrika: hronika, Strana: 14, Autor: A.Ž.Adžić, P.Z.Veljković

4 Ema Hartli, 50 činjenica koje teba znati: Evropa, Vindikta, 2009 Kragujevac, 152.

5 Standardi pomoći za poremećaje rodnog identiteta“, Međunarodno udruženje za rodnu disforiju Harry Benjamin; prilog brošuri „Kreiranje zdravstvene politike koja uvažava potrebe LGBTI zajednice“, strana 9, izdavač Gejten-LGBT, Centar za promociju prava seksualnih manjina, Beograd 2006. godine

koji žele da promene pol u zemljama bivšeg socijalističkog bloka objašnjava se i još uvek znatno čestom pojavom rodne neravnopravnosti,⁶ kao i činjenicom da je život žena bio, i još uvek jeste, toliko sumoran da je za neke od njih jedan od izlaza promena pola.⁷

Iako socijalni razlozi sigurno imaju ulogu, medicinski razlozi su primarni, a njih, konačno, i naš zakon navodi kao jedino pravno relevantne za promenu pola. Oni se ukratko sastoje u psihičkom odnosu, stanju, uverenju koje pojedinci imaju, da su rođeni i žive u „pogrešnom“ telu. Ljudi se ponekad rađaju slepi i nemi, pa se tako rađaju i s psihom jednog pola u telu drugog. Transseksualnost nema genetskih predispozicija, a to nije ni orijentacija – transseksualnost je nešto sa čim se čovjek rađa, i duboko je nesrećan ako okolina ne prihvata njegovu nameru da se i fizički uskladi sa svojom pravom prirodom, tj. s onim što zapravo jeste. Transseksualci su ljudi koji od ranog detinjstva osećaju da su rođeni u pogrešnom telu i, bez obzira na to što mnogi od njih u životu mogu biti funkcionalni pripadnici toga „pogrešnog“ pola i kao takvi integrisani u društvo, oni su duboko nesrećni i tako zarobljeni pate. Komparativnopravno iskustvo je da se transseksualnost široko priznaje kao stanje koje se na njihov zahtev leči medicinskim zahvatima promene pola sa ciljem da se tegobe ublaže. U velikoj većini država nacionalne zdravstvene službe priznaju postojanje ovog stanja i obezbeđuju ili dozvoljavaju lečenje, uključujući i ireverzibilne hirurške zahvate.

Diskriminacija i nasilje. Potrebno je razlikovati transseksualne osobe, one koje imaju potrebu i nameru da hirurškim intervencijama reše svoj problem, i transrodne, koje sopstveno rodno izražavanje delimično koriguju upotrebom polnih hormona i nekih manjih hirurških zahvata. Ono što sve ove osobe imaju kao zajedničko iskustvo jeste do skora potpuno pravno ignorisanje i društvena nevidljivost, koji redovno čine osnovu za postojanje diskriminacije i višestruke marginalizacije.

Glavni izvor individualne, institucionalne i društvene diskriminacije transseksualnosti je pogrešno uverenje da je promena pola neka vrsta hira, nemoralne obesti ili kaprica, moda uvezena „sa strane“, umesto shvatanja da se tu radi o medicinskoj nužnosti i neophodnosti. Transseksualne osobe su zato izložene nerazumevanju, često i osudi okoline, kao i odbacivanju od porodice, prijatelja i kolega.⁸ Neki mediji sa svoje strane doprinose širenju nerazumevanja, osuđujući takve osobe ili kritikujući državu koja je „to

6 Žene u Rusiji i Istočnoj Evropi su kako se smatra, imale težak život tokom dvadesetog veka, nosile su dvostruki teret obaveza, tradicionalnog kućnog i zaposlenja izvan kuće.

7 Hartli, *op. cit.* 155 gde se navodi da se od žena naime očekivalo, još i da učestvuju u dobovoljnom radu, političkim i partijskim manifestacijama, partijskim sastancima a malo je bilo institucionalnih instrumenata koji su ih efikasno štatile od npr. široko rasprostranjenog seksualnog i porodičnog nasilja i ucenjivanja. Socijalističke žene su ideološki predstavljane kao „oslobođene“ a u Sovjetskom Savezu smatralo se kao krivično delo neprijateljske propagande javno iznošenje drugačijeg mišljenja.

8 Slavoljupka Pavlović, TRANSEKSUALNI – NERAVNOPRAVNI, NEJEDNAKI, ZABORAVLJENI, *Na margini margine – Promena pola u Srbiji*, Labris konferencija.

dozvolila“.⁹ Imajući u vidu mnogobrojne i bolne zahvate koje takva operacija podrazumeva, kao i stepen rešenosti i ubeđenja koji su neophodni da bi neko promenio svoju polnu ulogu u društvu, ne može se smatrati da ima bilo čega samovoljnog ili hirovitog u odluci koju je donela osoba koja treba da se podvrgne promeni pola.

U manjim gradovima i mestima Srbije to je još teže i izraženije, pa su te osobe vrlo često primorane da se sele u neke veće sredine (npr. Beograd ili Novi Sad), računajući na zaštitu anonimnosti, ali gde se suočavaju sa novim problemima. Naime, veoma je teško stvoriti mrežu podrške, elementarne egzistencijalne uslove stanovanja i posao u novoj sredini. Kad se počne s hormonskom terapijom, to je veoma vidljivo. Poslodavci i stanodavci su uglavnom neblagonakloni, imaju predrasude i ne primaju takve osobe. A za promenu pola bilo je potrebno skupiti mnogo novca, jer je to jedini put kojim transeksualna osoba dolazi do sebe. To je jedan od glavnih razloga što su transeksualne osobe često prinuđene da se bave seksualnim radom, transžene (transeksualna osoba koja prelazi iz muškog u ženski pol) mnogo češće nego transmuškarcima (transeksualna osoba koja prelazi iz ženskog u muški pol). Poznato je da se trenutno u Beogradu nekoliko transžena bavi seksualnim radom upravo iz tih razloga. Zato je vrlo nepravedno i diskriminativno smatrati da transosobe menjaju pol da bi lakše mogle da se prostituišu, bave nekim drugim erotskim šou biznisom, čak i kriminalom, ili da dođu do droge, kada je uzročno-posledični odnos zapravo obrnutog smera. Takve predrasude dovode i do neadekvatne zaštite transosoba, veoma vulnerabilne u pogledu nasilja i zločina mržnje. Naročito zabrinjava nasilje kojem su izložene ove osobe: u porodici, na radnom mestu, na ulici. Problem dodatno otežava činjenica da se transeksualne osobe retko odlučuju da traže pomoć od nadležnih institucija (policije, sudova, centara za socijalni rad, tužilaštava), što zbog nepoverenja u institucije, što iz straha.

Samoubistva. Usled svega navedenog, mnogi od njih ne vide izlaz iz tog začaranog kruga i odlučuju se na samoubistvo. Do pre pedesetak godina, 90 posto transeksualaca je dizalo ruku na sebe. U transeksualnoj populaciji postoji visoka stopa samoubistava i danas, posebno u tinejdžerskom uzrastu. Budući da osoba ne može da prihvati telo dobijeno rođenjem koje nije u skladu s njenim rodnim identitetom, u momentu kada više ne vidi izlaz, a suočena sa društvenom osudom, odbacivanjem i od najbližih, egzistencijalnom ugroženošću i raznim oblicima nasilja i pritisaka, u meri da joj/mu život postane nepodnošljiv, može dići ruku na sebe. Treba napomenuti da se kod pravih transeksualaca, kako kažu lekari, ne može govoriti o psihički labilnim osobama, jer oni vrlo postojano znaju ko su i šta su. Upravo zato, vrlo je važno pre promene pola, odnosno tokom terapije, nedvosmisleno utvrditi je li transeksualnost simptom nekog psihičkog oboljenja ili jednostavno život u „tuđem“ telu.

9 „Nekog treba da je sramota... Roditelji četvoro mališana obolelih od retke Batenove bolesti ogorčeni. Država plaća promenu pola a zakida na bolesnoj deci. Ne shvatam da će država nekom ko hoće da menja pol to da plati dok nekom ko se bori za život neće. Država nam je udarila šamar.“ *Press 4* avgust 2011, Rubrika: Vesti dana, strana: 8, 9, autor: LJ. R.

Medicinske intervencije i njihove cene. Kod transseksualnih osoba, dakle, postoji duboki nesklad i jaz između njihovog biološkog pola i rodnog identiteta. Transseksualna osoba ima trajni, koreniti i izrazito snažan osećaj psihičke pripadnosti suprotnom polu, pri čemu je u potpunosti svesna svog anatomskeg pola. Ovaj sukob između polnog i rodnog identiteta transseksualnoj osobi uzrokuje duboke emotivne i psihičke patnje. Jedini uspešan način lečenja je promena pola. Potrebno je da lekar neuropsihijatar ustanovi dijagnozu „poremećaj rodnog identiteta – „transseksualizam F.64.0“¹⁰ i time da zeleno svetlo za početak hormonskog dela terapije.¹¹ To je kompleksan proces koji ima tri faze (koristi se i termin trijadna terapija):

Prvu fazu čini konsultacija s psihijatrom (oko godinu dana), a po potrebi i s psihologom. Druga faza obuhvata hormonski deo terapije (od devet meseci do godinu dana pre operacije promene pola i doživotno nakon toga), a treća se sastoji od operativnog zahvata promene pola, koja se još naziva i genitalnom rekonstrukcijom. Ne sme se ispustiti iz vida ni vrlo važna činjenica da posle operacija transseksualna osoba do kraja života mora da uzima polne hormone. Posle tih faza, na red uglavnom dolazi administracija, promena imena i dokumenata, školskih diploma, radnih knjižica, što za sada u Srbiji nije regulisano zakonom i često zavisi od volje pojedinačnih šalterskih službenika/ka.

Cena operacija rekonstrukcije pola, koje u proseku iznose oko 10.000 evra, a do sada nisu bile obuhvaćene zdravstvenom zaštitom. Zajedno, preoperativna i postoperativna hormonska terapija i operativni zahvati promene pola su neraskidivi delovi jednog medicinskog procesa i veoma su skupi. Transžena mora mesečno izdvojiti oko 25 evra za hormone (estrogen i blokatori testosterona), za operaciju promene pola oko 3.000 evra i za nekoliko neophodnih kozmetičkih tretmana (od 5 do 10) od 200 do 400 evra po tretmanu. Kod većine transžena postoji i povremena potreba za kozmetičkim hirurškim intervencijama (redukcija Adamove jabučice, feminizacija kosti lica, korekcija nosa i/ili implantant dojke). Transmuškarac izdvaja mesečno od dva do četiri evra za hormone (testosteron), za prvi operativni zahvat promene pola od 2.500 do 3.500 evra a za drugi operativni zahvat 4.000 evra. Endokrinološki pregledi se rade isključivo u privatnoj praksi. Prvi pregled košta 60 evra a svaki sledeći 30 evra. Pored toga, i svaka analiza se posebno plaća. Hormonska terapija je i kod transžena i kod transmuškaraca doživotna. Imajući u vidu da prosečna plata u Srbiji iznosi oko 300 evra, jasno je da se potrebni novac teško skupljao, odnosno da je za mnoge predstavljao nedostižnu cifru. Zdravstveno osiguranje doskora nije pokrivalo ništa od navedenih troškova. Odredbom člana 61 tačka 12 Zakona o zdravstvenom osiguranju, eksplicitno je bilo propisano da se osiguranim licima u okviru obaveznog zdravstvenog osiguranja ne obezbeđuje zdravstvena zaštita koja obuhvata, između ostalog, dijagnostiku i lečenje seksualne disfunkcije ili seksualne neadekvat-

10 F.64.0 je medicinska šifra za transeksualnost prema Međunarodnoj klasifikaciji bolesti – 10. revizija (ICD–10), koja je zvanično prihvaćena na 43. svetskoj zdravstvenoj skupštini u maju 1990. godine a u državama koje su članice Svetske zdravstvene organizacije upotrebljava se od 1994. godine.

11 S. Pavlović, *op. cit.*

nosti, uključujući impotenciju, zdravstvene usluge, lekove i medicinsko-tehnička pomagala koja su vezana za promenu pola i reverziju prethodne dobrovoljne hirurške sterilizacije. Situaciju je dodatno komplikovala činjenica što se većina pregleda i tretmana obavljala u privatnoj praksi. Psihijatrijske konsultacije su se doskora obavljale isključivo u privatnoj praksi, a sada je to moguće i u državnim zdravstvenim ustanovama, ali postoje indicije, tj. svedočenja konkretnih, zainteresovanih osoba da nije lako dobiti uput. Medicinska činjenica je inače, da transseksualci ne mogu da prime sve biološke karakteristike pripisanog pola uprkos sve sofisticiranijim hirurškim zahvatima i hormonskoj terapiji.

Pravni identitet i status. Iako je medicinska promena pola u Srbiji počela još pre dvadesetak godina, s obzirom na postojanje svetski poznatog tima stručnjaka (i danas u Beograd na operativnu promenu pola dolaze i ljudi iz regiona), svest o postojanju transosoba i njihovim problemima kasni. Jedan od primera postojanja institucionalne diskriminacije prema transosobama je svakako dugotrajno potpuno ignorisanje transosoba od države. U praksi postoji mogućnost promene imena i jedinstvenog matičnog broja nakon obavljenih hirurških intervencija u samo jednoj beogradskoj opštini, međutim, to nije pravno regulisano. Zato je važno da se ovo pitanje pravno uredi na zadovoljavajući način kako transseksualne i transrodne osobe ne bi bile izložene različitim vidovima diskriminacije, odnosno kako bi njihov pravni subjektivitet odgovarao faktičkom stanju.

Nakon medicinske promene pola, naime, sledi pravna promena pola, odnosno promena ličnih podataka (ime, oznaka pola, JMBG) u dokumentima. Ova pitanja nisu zakonima regulisana, ali su nadležni organi izgradili određenu – doduše za sada neujednačenu praksu, koja je daleko od standarda postojanja pravne sigurnosti. Zaposleni u nadležnim organima nalaze se u procepu između legitimnih i opravdanih zahteva lica koja su promenila pol a koja traže da im se promene podaci u matičnim knjigama i javnim ispravama, s jedne strane, i nepostojanja zakonskih normi koje regulišu ova pitanja, s druge strane. To ih dovodi u situaciju da nemaju propis na kom mogu utemeljiti svoju odluku i kod njih izaziva zabrinutost i strah da ne naprave grešku zbog koje bi mogli odgovarati.

U Beogradu uglavnom nema većih problema kada je u pitanju promena podataka o ličnosti. Sekretarijati za upravu Gradske uprave grada Beograda na osnovu priložene medicinske dokumentacije o promeni pola, odobravaju ispravku promene pola u matičnim knjigama i nalažu matičaru da po pravosnažnosti rešenja izvrši ispravku podataka u matičnoj knjizi rođenih. Međutim, situacija je nešto drugačija van Beograda. U jednom gradu se od osobe tražilo da dostavi mišljenje Ministarstva za državnu upravu i lokalnu samoupravu. Ministarstvo je posle skoro mesec dana odgovorilo da je potrebno da to lice pred nadležnim sudom u vanparničnom postupku pokrene postupak za utvrđivanje sadržine isprave – matične knjige, u kojoj je izvršen upis činjenice rođenja, odnosno tačnosti podataka upisanih u navedenu matičnu knjigu. Ministarstvo je identično mišljenje dalo i 2005. godine. U drugom gradu

o istoj stvari u jednom slučaju je odlučivao sud a u drugom organ uprave, dok u su trećem jednostavno odbili upis kao nezakonit, odnosno pravno neregulisan. U slučajevima kada je promena pola zakonito izvršena i finansirana od države, novi polni identitet takvog lica zahteva promenu njihovog pravnog statusa. Ako je država odobrila lečenje i hirurški zahvat radi ublažavanja stanja u kojem se transseksualac nalazi, čak finansirala ili obezbedila deo sredstva za operacije, onda je nelogično da ne priznaje pravne implikacije takvog lečenja.

Pošto je omogućeno pokrivanje dela troškova za promenu pola, pretpostavlja se da će se povećati broj lica koja se odlučuju na taj korak. To otvara niz dodatnih pitanja posle omogućavanja promene pola iz medicinskih razloga: u kojem zatvoru će transosoba izdržavati zatvor: da li sa licima pola svoga rođenja ili pola koji se stekao promenom i kako će mu u zatvorskim uslovima biti omogućen neophodni nastavak hormonske terapije; da li će kao sportista učestvovati u ženskoj ili muškoj konkurenciji; na kojem odeljenju će biti smešten u bolnici (slična dilema kao i kod zatvora), koliko godina će raditi da bi stekla/o pravo na penziju, itd.

Da li transseksualna osoba može da sklopi važeći brak sa osobom svoga prethodnog pola, suprotnim od svog novostečenog pola? Važno je utvrditi i pravni status postojećih heteroseksualnih brakova koji nakon prilagođavanja pola postaju istopolni, odnosno obezbediti da prava stečena iz takvog braka ne budu poništena, s obzirom na to da je brak sklopljen u momentu kada partneri/partnerke nisu bili/e istog pola. Treba urediti i pitanje roditeljskog prava u ovakvim slučajevima i obezbediti da se, u najboljem interesu deteta, roditeljsko pravo osobama koje su prošle kroz procedure prilagođavanja biološkog pola održi bez ikakvih smetnji. Posebno pitanje kod promene dokumenata je i promena imena u diplomama o stečenom obrazovanju. Lica koja su promenila pol uglavnom se zadržavaju na tome da podatke promene samo u radnim knjižicama, gde je takođe upisana stečena stručna sprema.

Treba pomenuti da postoji problem nedostatka adekvatne psihološke podrške, koja je itekako potrebna i pre i nakon završetka operativnih zahvata, jer oni predstavljaju samo jedan deo medicinske priče. Da li će i taj deo biti pokriven osiguranjem ili ne? U Beogradu već nekoliko godina postoji Transgrupa (samo)podrške, a konkretnije inicijative koje se tiču zdravstvenopravne regulative pokrenute su od lekara koji se bave ovim pitanjem.

Usled nepostojanja posebnog zakona koji reguliše materiju promene pola, nije regulisano ni koji lekari mogu dobiti licencu za celokupan proces promene pola (psihijatrijska, endokrinološka i hirurška faza) i koje kvalifikacije moraju imati, pod kojim uslovima privatna praksa može obavljati operativne zahvate promene pola, koju opremu moraju imati i koje standarde moraju ispuniti.¹² Naročito je važno predvideti dodatnu, korektivnu mogućnost kompletnog finansiranja da bi se siromašnim transseksualnim licima omogu-

12 Što se tiče državnih zdravstvenih ustanova, operacija promene pola se obavlja u Ginekolško-akušerskoj klinici „Narodni front“.

čila promena pola potpuno pokrivena zdravstvenim osiguranjem. Razlozi su primarno medicinski, ali kombinovani sa socijalnim jer su upravo siromašna transseksualna lica najčešće prinuđena da se bave seksualnim radom da bi sebi omogućili promenu pola, čime ulaze u svet kriminala.

Tri presude Evropskog suda za ljudska prava. Odluke Suda za ljudska prava u Strazburu već deceniju odražavaju princip da država ima dužnost, a transseksualne osobe pravo da dobiju odgovarajući medicinski tretman transseksualnosti u vidu promene pola, kao i da to mora da bude praćeno adekvatnom službenom promenom njihovog pravnog statusa. Problemi pravnog statusa potpuno su rešivi i prihvatljivi. Nije, naime, dokazano da postoji bilo kakva verovatnoća da će promena statusa transseksualaca prouzrokovati konkretne ili suštinske nevolje ili štetu javnom interesu, a što se tiče ostalih mogućih posledica, Sud smatra da se od društva opravdano može očekivati da toleriše određen eventualni stepen nelagode, sa ciljem da se pojedincima omogući da vode dostojanstven i častan život s polnim identitetom za koji su se, uz velike lične žrtve opredelili.

Odluka suda u Strazburu u korist transseksualne osobe protiv Ujedinjenog Kraljevstva (K.G. protiv Ujedinjenog Kraljevstva br. 28957/95) Strazbur, 11. juli 2002¹³

Podnositeljka predstave je državljanka Ujedinjenog Kraljevstva, rođena 1937, i transseksualac koji je putem operacije promenio pol iz muškog u ženski.¹⁴ Ona je od ranog detinjstva imala običaj da se oblači kao žena i podvrgla se terapiji averzije u periodu od 1963. do 1964. godine. Sredinom šezdesetih, postavljena joj je dijagnoza da je transseksualac. Iako je sklopila brak sa ženom, sa kojom ima četvoro dece, bila je ubeđena da „pol kojem mentalno pripada“ ne odgovara njenom fizičkom polu. Od tog trenutka, pa sve do 1984, ona se za odlazak na posao oblačila kao muškarac, dok se u slobodno vreme oblačila kao žena. U januaru 1985. godine, podnositeljka predstave započela je ozbiljno lečenje, odlazeći svaka tri meseca na Klinikum za polni identitet bolnice Čering Kros za tretmane koji su podrazumevali redovne konsultacije sa psihijatrom, a povremeno i sa psihologom. Prepisana joj je hormonska terapija i počela je da pohađa časove doterivanja i glasovne vežbe. Otada je u potpunosti živela kao žena. U oktobru 1986. godine, podvrgla se operaciji promene pola. Operacija promene pola obavljena je u jednoj državnoj bolnici 1990. godine. Njeno lečenje i operaciju obezbedila je i finansirala Nacionalna zdravstvena služba. Podnositeljka predstave razvela se od supruge, ali su deca nastavila da joj pružaju ljubav i podršku.

Od 1990. do 1992. godine trpela je maltretiranje na poslu tipa seksualnog uznemiravanja, ali od strane nadležnih vlasti nije dobila zaštitu jer je po zakonu tretirana kao muškarac. Otpuštena je navodno zbog zdravstvenog

13 Predmet K.G. protiv Ujedinjenog Kraljevstva br 38957/95, Presuda Strazbur 11. juli 2002, objavljeno u Evropski sud za ljudska prava odabrane presude. knj 4. Beograd 2009, Savet Evrope, Kancelarija u Beogradu 231–254

14 Ovo je prva odluka Suda kojom se priznaje pravo transseksualne osobe na promenu pravnog statusa i utvrđuje obaveza države da joj to omogući.

stanja, a u stvari jer je transseksualac. Novi poslodavac je otkrio njen identitet i ogovaranja i maltretiranja su nastavljena na novom radnom mestu. Obaveštena je od nadležne državne agencije da državnu penziju ne može da dobije sa navršениh 60 godina što je starosna granica za sticanje tog prava za žene u Ujedinjenom Kraljevstvu, već da se doprinosi moraju uplaćivati sve do njene 65 godine, što je starosna granica za sticanje tog prava za muškarce. Takođe, podnositeljka predstavke i dalje ima obavezu da plaća skuplje premije za osiguranje vozila koja važe za muškarce.

Podnositeljka predstavke je izjavila da je radila 44 godine i da je odbijanje da joj se prizna pravo na državnu penziju sa navršениh 60 godina života na osnovu čisto biološkog testa za utvrđivanje pola, suprotno čl. 8 Konvencije. Ona takođe nije mogla da podnese zahtev za izdavanje povlastice za besplatan gradski prevoz gradskim autobusom u Londonu sa navršениh 60 godina, kao što to mogu druge žene, već je morala da čeka da završi 65 godina. Prilikom popunjavanja obrazaca za hipoteku, zahteva za životno osiguranje, privatnu penziju ili osiguranje vozila, morala je da navodi pol koji je imala pri rođenju ili da pokaže svoj izvod iz matične knjige rođenih, zbog čega se opredelila da ne iskoristi ove pogodnosti.

Osnovno pitanje koje je Sud u Strazburu rešavao je da li je tužena država postupila ili nije u skladu sa pozitivnim obavezama da obezbedi poštovanje prava na privatni život podnositeljke predstavke, transseksualne osobe, koja je putem operacije promenila pol iz muškog u ženski, pogotovo s obzirom na to da njena promena pola nije priznata u pravnom smislu.

Podnositeljka predstavke koja je po rođenju upisana kao muškarac podvrgla se operaciji promene pola i u društvu živi kao žena ali uprkos tome u pravne svrhe tretira se i dalje kao muškarac. To je uticalo, a i dalje utiče, na život podnositeljke predstavke u situacijama kada je pol u pravnom smislu bitan i kada se pravi razlika između muškaraca i žena, pored ostalog, u oblasti penzija i starosne granice za odlazak u penziju.

Sud je zauzeo stanovište da može da dođe do ozbiljnog mešanja u privatni život onda kada stanje domaćeg prava dolazi u sukob s jednim važnim aspektom ličnog identiteta kao što je polna pripadnost. Po mišljenju Suda, stres i otuđenje proistekli iz nesklada između položaja u društvu koji zauzima transseksualac koji je putem operacije promenio pol i položaja koji mu nemeće zakon koji odbija da prizna njegov primenjeni pol ne može se smatrati tek nekakvom malom neprijatnošću nestalom zbog jedne formalnosti. Tu dolazi do sukoba između društvene realnosti i prava, što transseksualce stavlja u neprirodan položaj, koji kod njega može da izazove osećanje ranjivosti, poniženja i strepnje. Podnositeljka predstavke je promenu pola izvršila o trošku nacionalne zdravstvene službe koja priznaje stanje polne disforije i, pored ostalog, obezbeđuje promenu pola operativnim putem kako bi se, kao jedan od osnovnih ciljeva, postigla što veća asimilacija s polom kome transseksualna osoba smatra da stvarno pripada. Sud iznenađuje činjenica da, uprkos tome, promena pola koja je zakonito obezbeđena, nije u potpunosti pravno priznata, jer bi pravno priznanje moralo da se smatra konačnim korakom koji predstavlja logičnu kulminaciju dugotrajnog i mukotrpnog procesa transformacije kroz koji je transseksualac prošao.

Sud je presudio jednoglasno da je došlo do povrede člana 8 Konvencije i takođe jednoglasno da je došlo do povrede člana 12 Konvencije. Odlučuje jednoglasno da samo konstatovanje povrede predstavlja dovoljno pravično zadovoljenje za nematerijalnu štetu koju je podnositeljka predstavke pretrpela. Odlučuje jednoglasno da je tužena država dužna da u roku od tri meseca podnositeljki predstavke isplati 39 hiljada evra na ime sudskih i ostalih troškova.

Odluka Suda u Stazburuu korist transseksualne osobe protiv Litvanije (L. v. Lithuania br. predstavke 27527/03)

Evropski sud za ljudska prava u Strazburu septembra 2007 doneo je presudu u slučaju L. protiv Litvanije¹⁵ u kome Sud konstatuje da litvansko pravo, iako omogućava fizičku promenu pola, ne omogućava i promenu građanskog statusa što rezultira postojanjem pravne praznine, usled koje se proces rodne transformacije prekida. Potpuna hirurška genitalna rekonstrukcija treba da bude praćena adekvatnim zakonskim odredbama o promeni pravnog identiteta i statusa, a pošto to u Litvaniji nije bio slučaj, Sud je presudio da je time prekršen čl. 8. (pravo na poštovanje privatnog života) Evropske konvencije o ljudskim pravima. Tom presudom Sud je potvrdio ranije uspostavljen princip da transseksualne osobe imaju prava na kompletan proces promene pola kao i odgovarajuću promenu dokumenata koja bi odražavala promenu pola. Sud je takođe uzeo u obzir mentalni stres i brojne praktične prepreke i probleme koje je podnositelj predstavke iskusio jer nije mogao da završi proces promene pola. U presudi je naglašena i potreba da se bolje razume problem transosoba i njihovih iskustava sa pravnim sistemom i birokratskim preprekama s kojima se suočavaju da bi takvih bilo manje i da bi se vremenom potpuno eliminisale.

Litvanski državljanin gospodin L. rođen je 1978. godine i živi u Klaipėdi (Litvanija). Po rođenju je bio registrovan kao devojčica i dobio je ime koje jasno označava ženski pol. Ipak, od detinjstva, on se osećao mnogo više kao dečak nego kao devojčica. Od 1998. on ima stalnu vezu sa ženom. Osamnaestog maja 1997. godine obratio se mikrohirurgu radi hirurške promene pola koji mu je međutim savetovao da se prvo obrati psihologu. Zbog toga je novembra 1997 otišao u Psihijatrijsku bolnicu u Viljnusu, gde je dobio dijagnozu transseksualca. Takođe, jedan lekar u Univerzitetskoj Santariškes bolnici u Viljnusu je 16. decembra 1997. postavio istu dijagnozu transseksualnosti i uputio ga je da se obrati psihologu.

U podnositeljevom medicinskom dosijeju postoji preporuka da počne sa hormonskom terapijom izdata 28. januara 1998, sa perspektivom da vremenom preduzme genitalnu rekonstrukciju hirurškim putem. U skladu sa tim, podnositelj predstavke je dva meseca uzimao hormonsku terapiju. Ipak, 1999. njegov lekar je odbio da nastavi prepisivanje hormonalne terapije imajući u vidu da je u toj zemlji nemoguće obaviti promenu pravnog statusa posle hirurške promene pola, pa je hteo takvom svojom odlukom da zaštiti pacijen-

15 Full text of this judgement is available at: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=823071&portal=hbkmsource=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>

ta od kasnijeg suočavanja sa pravnom nesigurnošću. Podnosilac predstavke je posle toga nastavio o svom trošku sa hormonalnom terapijom. Godine 1999. tražio je od Univerziteta u Viljnusu da mu izda dokumenta sa muškim imenom, što je bilo prihvaćeno sa razumevanjem. Ipak, njegov zahtev koji je podneo iste te godine, da mu se sva službena dokumenta promene i da u njih bude uneto njegovo muško ime, bio je odbijen.

Od 3. do 9. maja 2000. godine podnosilac predstavke je bio podvrgnut delimičnoj genitalnoj rekonstrukciji. Naime, hirurški su mu uklonjene grudi u svetlu očekivanih promena Građanskog zakonika. Prvog jula 2003 usvojen je taj novi zakonik, čiji je čl. p2.27. 2 predviđao da „neudato/neoženjeno odraslo lice ima pravo na genitalnu rekonstrukciju (*pakeisti lyti*) medicinskim sredstvima, ako je to medicinski moguće“. Drugi stav te odredbe predviđa da će „uslovi i postupci za genitalnu rekonstrukciju biti utvrđeni zakonski“. Podnositelj predstavke se tada složio sa lekarima da sledeći hirurški zahvat bude preduzet kada se usvoje ti zakoni koji treba da propišu „uslove i procedure“, ali takvi zakoni nisu bili usvojeni.

Uz podršku i pomoć jednog člana litvanskog parlamenta, podnosilac predstavke je 2000. godine izabrao novo ime i prezime za svoj izvod iz matične knjige rođenih i pasoš, i to slovenskog tipa, da bi izbegao litvansko koje gramatički nosi vidljivu oznaku polne pripadnosti. Ipak, njegov lični broj na izvodu iz matične knjige rođenih, na pasošu, kao i na diplomi Univerziteta u Viljnusu ostao je nepromenjen i počinje četvorkom, što predstavlja identifikacioni broj za osobu ženskog pola.

Od tada se podnosila predstavke suočava sa velikim brojem svakodnevnih neprijatnosti i teškoća. Na primer, nemoguće mu je da se zaposli, plati socijalno osiguranje, ima zdravstvenu knjižicu, obrati se vlastima u raznim povodima, dobije bankarski kredit ili izađe iz zemlje, tj. da uopšte pređe državnu granicu, a da se njegov ženski pravni idenitet, različit od njegovog muškog izgleda, ne otkrije i ne uzrokuje brojna maltretiranja, naknadne provere, podsmeš i diskriminaciju. Posledica te situacije je da je podnositelj predstavke doživeo društveni ostrakizam i da živi u izolaciji jer izgleda kao muškarac, ali se u službenim dokumentima jasno se identifikuje kao žena. Takvo stanje ostavilo ga je u permanentom stanju depresije i samoubilačkih sklonosti.

*Odluka suda u Strazburu u korist transseksualne osobe N.Š. protiv Švajcarske*¹⁶

Po švajcarskim propisima, urogenitalna rekonstrukcija, ili operativna promena pola, jeste intervencija koju plaća državno socijalno osiguranje, ali od momenta traženja te operacije do njenog izvršenja treba da protekne minimum dve godine. Suština tog propisa je da se omogućiti jedan period za preispitivanje sopstvene odluke. Poznato je, naime, da se mnoge transosobe zapravo nikada ne odluče na operaciju i doživotno ostanu sasvim zadovoljne da uzimaju redovnu hormonsku terapiju i promene odeću i opšti izgled

16 European Court of Human Rights. „Affaire Schlumpf c. Suisse (Requête no 29002/06)“ 8.januar 2009. Dostupno 2.maja 2009 sa: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=schlumpf%20%7C%2029002/06&sessionid=21301430&skin=hudoc-pr-en>. Odluka je doneta 8.januaru 2009.

u skladu sa svojim nebiološkim rodnim identitetom. Pa pošto je operacija nepovratna intervencija, da bi je finansirala država, u Švajcarskoj je zakonom odlučeno da taj period za premišljanje i donošenje sudbonosne odluke bude dve godine.

N.Š. je rođen 1937. godine kao muškarac M.Š. i celog života je imao problem identiteta, tj. neprihvatanja svog muškog pola. Imao je i niz psihijatrijskih tretmana, a u četrdesetoj je imao i ozbiljnu suicidalnu krizu. Ipak, odigrao je do kraja svoju ulogu oca i muža. Kada su deca odrasla i osamostalila se a supruga umrla, gospodin Š. je odlučio da ga više ništa ne sprečava da ostvari dugogodišnji san svoga života i postane žena. Kako je već imao više od 70 godina, nije čekao zakonski predviđene dve godine, već je sam platio operaciju promene pola. Kada se nakon operacije obratila švajcarskom socijalnom osiguranju, oni su je/ga odbili zbog toga što nije proteklo dve godine koje su po zakonu predviđene, a zbog toga je izgubio i na švajcarskim sudovima.

N.Š. se onda obratila Sudu za ljudska prava u Strazburu, koji je presudio u njenu korist, iako je švajcarski zakon jasan u pogledu obaveznosti čekanja u periodu od dve godine. Sud je, naime, smatrao da je suština tog propisa da se omogućiti nesumnjivo formiranje odluke transosobe da želi da se izvrši operacija. Kako je (raniji) gospodin, a sada gospođa Š., time što je sam platio operaciju, jasno demonstrirao svoju nedvosmisleno formiranu volju da operacijom promeni svoj pol i postane žena, nikakav dodatni rok onda nije potreban da bi se ta volja još jasnije formirala, učvršćivala ili demonstrirala. Dakako, Sud je imao u vidu činjenicu da je sadašnja gospođa N.Š. u godinama kada je svakome preostalo vreme očekivanog života zapravo kratko, da je iza nje bilo više decenija dovoljnih za donošenje odluke i da rok koji ima smisla kada su u pitanju, recimo, osobe od dvadesetak godina, gubi svaki smisao kada je u pitanju osoba od preko 70 godina starosti. Ipak, presuda se nije zasnivala na starosti gospođe Š., već isključivo na činjenici jasno demonstrirane volje da se promeni pol, što je dokazano preduzimanjem i plaćanjem operacije.

To čini ovu odluku onim što se naziva test odlukom, primenljivom na sve slične slučajeve kada se za naknadu troškova operacije od socijalnog osiguranja zahtevaju dodatni uslovi, protek vremena i sl. Švajcarska će morati da plati operaciju i N.Š. i da isto uradi u svim drugim sličnim situacijama kada transosoba, ne želeći da čeka protek zakonskog roka od dve godine sama plati urogenitalnu operaciju i time pokaže svoju volju.

Zaključak. Nezadovoljavajuća je situacija da transseksualci, koji su putem operacije promenili pol, nastavljaju da žive u nekakvom pravnom međuprostoru, ne pripadajući u potpunosti ni jednom ni drugom polu, i ona kao takva nije održiva. Sud za ljudska prava u Strazburu ocenjuje da države treba da postupaju u skladu sa pozitivnim obavezama iz Evropske konvencije o ljudskim pravima i da obezbede poštovanje prava na privatni život. U dvadeset i prvom veku, pravo transseksualaca na lični razvoj i fizičku i moralnu sigurnost, kakvu u punom smislu uživaju ostali članovi društva, ne može se posmatrati kao nešto što je kontroverzno i što iziskuje da prođe neko vreme da bi pitanja s tim u vezi mogla da se sagledaju u jasnijem svetlu.

Imajući u vidu živote situacije i presude Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu, očigledno je da domaća promena zakonskih odredaba iz jula 2011. godine o finasiranju promene pola iz medicinskih razloga još uvek samo po sebi nije dovoljan pravni propis. Potreban je zapravo poseban Zakon o promeni pola, kojim bi se regulisala sva pokrenuta pitanja, popunile pravne praznine, ujednačila praksa i procedure. Potrebne su takođe i izmene i dopune Zakona o zabrani diskriminacije da bi kao poseban oblik diskriminacije se predvidela diskriminacija po osnovu transseksualnosti. Konačno, treba osnovati radnu grupu koja će napraviti strategiju za poboljšanje položaja tih osoba, uz prethodno detaljno sagledavanje i analizu njihove društvene situacije, jer se u oblasti naučnih saznanja i društvenog stava o transseksualnosti stvari brzo menjaju, i to ne samo širom Evrope već i drugde u svetu.

Zorica Mršević, PhD

Associate Professor, Singidunum University Faculty of European Legal and Political Studies,

Principal Research Fellow, Institute of Social Sciences Belgrade

SEX CHANGE BASED ON MEDICAL REASONS

Summary

Medical, legal and social situation of transsexual people were presented in this article as a problem of denial their own sex which is to be healed by the comprehensive hormonal and surgery interventions. Since recently (July 2011), this medical intervention of genital reconstruction has been recognized in Serbia as necessary and financed by the state funds. In the article are analyzed how many people are transsexual in Serbia, lack of understanding and knowledge among ordinary people and officials, lack of proper media reporting, discrimination and violence against transsexual people, suicides and comprehensive medical interventions necessary for sex changes. Particularlry are stressed not yet answered questions of legal identity and legal status of persons who were submitted to genital reconstruction surgery and thus change their sex. There are presented three judgements of the European Court of Human Rights which are delivered in favor of transsexual person, G. v. United Kingdom, L. v. Lithuania, and S. v. Switzerland.

Key words: Transsexual people. Sex changes based on medical reasons. Discrimination. Violence. Suicides. European Court of Human Rights. Legal status. Legal identity

ЗАКОН О ФИНАНСИРАЊУ ПОЛИТИЧКИХ АКТИВНОСТИ

Апстракт

У раду је изложен критички поглед на новодонети Закон о финансирању политичких активности. Као основне улоге закона означавају се омогућавање несметаног финансирања политичких субјеката и сузбијање коруптивних процеса у политици.

Анализирају се основни појмови закона (политичка активност и политички субјекти). Аутор указује на то да је новим законом требало регулисати и финансирање референдумске кампање и законодавне иницијативе, образлаже оправданост укидања прихода путем промотивних активности, увођење заједничког лимита за чланарине и прилоге, везивање лимита за донатора и укидање лимита за укупна давања. Нови систем расподеле средстава из јавних извора за финансирање председничких избора и редовног рада су значајно бољи од претходних, али су политички чиниоци, због својих економских интереса, одбили да промене финансирање кампања за пропорционалне изборе.

У раду се истичу значај и анализа прописаних санкција и кривичних дела. Посебно се указује на значај проширених овлашћења контролног органа – Агенције за борбу против корупције. Истакнута је важност контроле од које зависи успех целог законодавног концепта. Такође се инсистира на томе да једино критичка јавност може сузбити негативне нус појаве у финансирању политике: корупцију, партиократију и лична богаћења.

Кључне речи: Финансирање политичких странака. Политичке странке. Политички субјекти. Политичке активности. Закон о финансирању политичких активности. Закон о финансирању политичких странака.

І. Уводне напомене

Након ступања на снагу Закона о финансирању политичких активности¹ (даље: ЗФПА) намеће се питање колико је ова област унапређења у односу на претходни закон – Закон о финансирању политичких

* Саво Манојловић, МА, млађи саветник у Уставном суду Србије и студент докторских студија Правног факултета Универзитета у Београду.

1 Службени гласник РС, број 43/2011.

странака² (даље: ЗФПС).³ Да ли је извршена имплементација европских стандарда у овој области? И каква је перспектива (остварљивост) прокламованих стандарда у пракси? Нови закон би требало да има улогу једног од носећих нормативних антикоруптивних стубова у систему Републике Србије. Њиме би (коначно) требало да се успостави каква-таква контрола у области финансирања политичких странака, након дводеценијског повратка вишепартијском систему.

Повратак партијском плурализму дочекан је, по логици ствари, без постојања свести о потреби за озбиљнијим законским регулисањем ове области, па је њено правно нормирање било извршено са свега пар одредаба расутих у више закона.⁴ Каснији покушаји кодификовања ове области више су се завршавали нормативним декорима, па су и Закон о финансирању политичких странака од 1997. године⁵ и његов имењак (ЗФПС) из 2003. године од јавности оцењени као прописи усвојени *para Ingles ver*, тачније у нашем случају да Европа види.

Но, како је Европа постала имуна на „легислативне смоквине листове“, ваљано регулисање финансирања политичких странака постављено је српском законодавцу као један од примарних задатака у процесу евроинтеграција. Управо је то условљавање један од кључних узрока настанка новог закона. Ова област је стога илустративни приказ српске законодавне стварности и „лакмус папир“ на коме се оцртава испразност самохвалоспева о законодавној хиперпродуктивности свих досадашњих владајућих коалиција, док се системски закони из једне области, због правне импотентности својих претходника, доносе изнова и изнова.

Пре него што се приступи анализи постојећег закона, изложићемо пар премиса које треба имати у виду када је област финансирања политичких активности у питању:

Прво, новац је у модерним друштвима које краси партијски плурализам, постао „мајчино млеко политике“, како је то приметио амерички политичар Џеси Анру.⁶ Отуда, као што се у тренутцима санкција или при ригорозном регулисању промета најосновнијих добара по правилу јављају нелегални, „црни“ канали шверца, тако и било какво ригидно

2 Службени гласник РС, бр. 72/2003, 75/2003, 97/2008 и 60/2009.

3 Већ смо се у нашем раду (Манојловић, Саво, *Финансирање политичких активности*, Избор из судске праксе, 4/2011, стр. 8–14) бавили критиком прошлог закона, предлажући конкретна решења пре доношења ЗФПА, који ћемо анализирати у овом раду.

4 Закон о политичким организацијама из 1990. године (*Службени гласник СРС*, број 37/90, *Службени гласник РС*, бр. 30/92, 53/93, 67/93, 48/94, 101/2005), Закон о учешћу Републике у финансирању политичких странака из 1991. године, Закон о финансирању политичких организација из 1992. године... Као позитиван легислативни искорак тадашњег законотворца може се оценити успостављање финансирања политичких активности из јавних извора, чиме је омогућено лакше „финансијско дисање“ опозиције.

5 Закон о финансирању политичких странака, *Службени гласник РС*, број 32/97.

6 Његов колега и земљак сенатор Марк Хан био је још искренији: „У политици постоје две ствари. Прва је новац, а друге не могу да се сетим.“

регулисање ове области, по природи ствари, доводи до поплаве нелегалних облика финансирања.

Друго, злоупотребе у финансирању политичких странака прате сва друштва, од оних са израженим демократским и институционалним континуитетом (земље западне демократије), до нових (реституисаних) демократија у земљама источне Европе. Зато не треба стварати илузије да ће сви проблеми нестати са новим законом, ма колико он добар био. Добар закон из ове области требало би да буде попут рибарске мреже у коју ће се хватати најкрупније рибе, односно спречавати највеће малверзације.

Треће, легислативне промене се своде на политичку вољу, а код доношења закона којим се регулише финансирање политичких активности, политички чиниоци се налазе у ситуацији да морају „сећи грану на којој седе“.

И четврто, законом којим се регулише финансирање политичких субјеката треба спречити корупцију, али и омогућити стабилно и реално функционисање политичког система.

II. Предмет ЗФПА

Назив Закона о финансирању политичких активности исправнији је него назив његовог претходника (Закон о финансирању политичких странака)⁷. Предмет закона је регулисање финансирања политичких активности, а њих врши круг субјеката, који се не може свести само на политичке странке. Закон термином „политички субјекат“⁸ обухвата политичке странке, коалиције (које такође не морају бити сачињене само од политичких странака) и групе грађана.⁹

Истичемо да је законодавац учинио пропуст тиме што није регулисао финансирање референдумске кампање и грађанске иницијативе. Реч је такође о политичким активностима који уз непосредне изборе држе једну (и то ону значајнију) половину у одредници политичког система као полунепосредне демократије. Као олакшавајућа околност се може узети досадашње изузетно ретко коришћење референдума и законодавне иницијативе. Вероватно зато та два облика политичке активности немају потребну легислативну атрактивност, а и законописац би тешко могао анализом досадашње (сиромашне) праксе да исклеше ваљана законска решења. Стога ЗФПА од политичких активности, које су предмет његовог регулисања, одређује само редован рад и изборну кампању¹⁰ политичких субјеката.

7 За шта смо се и залагали пре доношења ЗФПА: Манојловић, Саво, *op. cit.*, стр. 9.

8 Члан 1. ЗФПА. Што је био термин који смо *de lege ferenda* својевремено и предлагали. Видети: Манојловић, Саво, *op. cit.*, стр. 10.

9 Видети: члан 1. ЗФПА.

10 Видети: члан 2. став 1. тачка 1. ЗПФА.

ЗФПА су уређени извори, начин финансирања, евиденција и контрола финансирања политичких активности политичких странака, коалиција и група грађана.¹¹

III. Извори и начин финансирања

И новим законским решењима законодавац се определио да политички субјекти финансијски буду ослоњени на „обе ноге“, црпећи финансијска средства из приватних и јавних извора.¹² Тиме се мане између та два облика финансирања међусобно потиру. Добијањем средстава из јавних извора политичким субјектима су обезбеђене стабилност и делимична финансијска независност од економских центара моћи. Истовремено се финансирањем из приватних извора не поспешује политичка бирократизација и цементирање постојеће политичке сцене, већ су странке упућене на прикупљање (новчане) подршке од приватних лица, чиме је остављен простор за улазак нових политичких снага.¹³

Приликом дефинисања јавних извора законодавац је, осим новчаних средстава које дају Република Србија, аутономна покрајина и јединица локалне самоуправе, њихови органи, као и организације чији су они оснивачи (што је садржао и ЗФПС¹⁴), додао и јавна добра и услуге.¹⁵ Јавна добра и услуге су у пракси и до сада (зло)употребљаване од политичких субјеката, али је новим законом прописана обавеза њиховог уступања политичким субјектима под једнаким условима, што је тенденција и у упоредним законодавствима.

Као приватне облике финансирања законодавац је прописао: чланарину, прилог, наследство, легат, приходе од имовине, задуживање код банака и других финансијских организација.¹⁶

Примећује се да је у односу на ЗФПС изостављено стицање прихода путем промотивних активности, што је решење за које смо се ми својевремено и залагали.¹⁷ Ти приходи у бројним земљама чине значајан извор финансирања и пружају политичким субјектима могућност да прикупе значајан износ средстава, продајом страначких симбола

11 Члан 1. ЗПФА.

12 Видети: члан 3. став 1. ЗФПА

13 Више о предностима и манана јавних и приватних извора финансирања: Mair, Peter, *Party System Change: Approaches and Interpretations*, Oxford 1997, стр. 144 и, шире, Вуковић, Ђ., Милосављевић, М., *Ка реформи система финансирања политичких партија*, „Финансирање политичких партија (између норме и праксе)“, 2008, стр. 26 и шире. Зоран Стоиљковић, *Новац и политика*, „Финансирање политичких партија (између норме и праксе)“, 2008, стр. 61 и шире.

14 Видети: члан 3. став 2. ЗФПС.

15 Видети: чл. 4, 5. и 6. ЗФПА.

16 Видети: члан 7. ЗФПА.

17 Манојловић, Саво, *op. cit.*, стр. 10.

и промотивних бедева, мајица, оловки, шоља за кафу...¹⁸ У Србији је пракса показала да странке ретко користе овај облик финансирања, а истовремено се јавља бојазност да би се тиме отворила врата тајном донирању и „прању новца“, због чега укидање овог облика финансирања сматрамо оправданим.

Чланарина је одавно постала финансијски извор симболичног карактера, чија је основна функција стварање осећаја припадности партији међу члановима. У Србији је карактерише често неплаћање, које све странке толеришу свесне њеног ограниченог финансијског домета и као последицу жеље да уз себе задрже што више присталица. Пажњу треба обратити на ситуације у којима се злоупотребљава сврха чланарине: одређена лица дају високе новчане износе као чланарине, а затим и као прилог, чиме заобилазе законске лимите. Решење из претходног закона било је прилично немушто срочено, па је одређено само да ће се уплата чланарине која премашује износ одређен статутом странке третирати као прилог.¹⁹ Тиме је показано системско непознавање прописа јер тада повезани прописи²⁰ нису, односно не прописују обавезу да странке статутом пропишу висину чланарине, па ниједна странка, колико је нама познато, није то ни учинила. ЗФПА садржи боље решење, па је тако прописан максималан износ давања, који у себи кумулира и чланарину и прилог.²¹

Прилог је у ЗФПА дефинисан као: „новчани износ, осим чланарине, који физичко или правно лице добровољно даје политичком субјекту, поклон, као и услуге пружене без накнаде или под условима који одступају од тржишних.“²² Осим новчаних износа, из законске одредбе произлази да ту спадају и услуге и друга добра. Законодавац је пропустио да их наведе већ користи термин поклон (као и ЗФПС²³), што терминолошки гледано није најисправније решење, с обзиром на то да је поклон

18 У САД су приликом последњих избора производи са ликом садашњег америчког председника Барака Обама престижни тражњу производа које брендирате имена најпопуларнијих музичких и спортских звезда.

19 Члан 5. став 1. ЗФПС.

20 Видети: Закон о политичким организацијама (*Службени гласник РС*, број 37/90, *Службени гласник РС*, бр. 30/92, 53/93, 67/93, 48/94, 101/2005), односно члан. 14. став 3. Закона о политичким странкама (*Службени гласник РС*, бр. 36/2009).

21 Члан 10. став 1. ЗФПА.

22 Члан 9. став 1. ЗФПА. Такође је у следећој одредби, иако то произилази и из наведене, опрезности ради, прецизирано да ће се и кредити, зајмови и друге услуге банака и финансијских организација дати под условима који одступају од тржишних (као и отпис дуга) третирати као прилог (члан 9. став 2. ЗФПА). Реч је о одредби која је настала на основу мишљења ОЕБС-а и Венецијанске комисије. Видети: OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights and European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Joint opinion on the Draft Law on financing political parties in Serbia, [http://www.venice.coe.int/docs/2011/CDL-AD\(2011\)006-e.pdf](http://www.venice.coe.int/docs/2011/CDL-AD(2011)006-e.pdf) (1. октобар 2011. године), стр. 6.

23 Члан 5. став 2. ЗФПС.

врста уговора из грађанског права која може обухватити и новчана и неновчана давања²⁴.

Прилози су најконтроверзнији део финансирања политичких субјеката. Чињеница да добростојећи појединци или компаније издвајају немале суме новца за финансирање политичких актера, логично отвара питање о постојању противуслуга злоупотребом јавних овлашћења (намештање послова, тендера, кројење закона по мери донатора итд.). Како је то духовито примећено, „као што у економији нема бесплатног ручка, тако у политици нема бесплатних донација“, бар кад је крупније и континуирано финансирање у питању.

Друга бољка, која по правилу прати донирање јесте институт „партијског пореза“. Реч је о ситуацији када се страначки људи постављени на јавне функције са високим платама одричу „дела колача“ у корист партијске касе путем донација или чланарина. Реч о крајње негативним појавама: о једном виду „административног финансирања“, партократији, постављању подобних, а не најспособнијих у управне одборе јавних предузећа и других значајних институција, чиме се исисавају државне паре за страначке потребе.²⁵

Такође, негативна појава је финансирање странака лично или путем компанија које су у власништву страначких људи, а за које постоји сумња да послују користећи утицајне позиције својих власника.

С обзиром на то да смо се изјаснили да су аргументи који иду у прилог неопходности приватних донација у комбинацији са јавним изворима, снажнији од опасности које доносе собом, логично је да овде истакнемо „захвате“ који лече ове бољке, а не решења која воде ампутацији приватних донација из система финансирања политичких субјеката.

Стандардан начин сузбијања негативних ефеката јесте ограничавање износа на годишњем нивоу које појединачна лица могу донирати политичком субјекту, што је решење и ЗФПС, и ЗФПА.²⁶ Логика лимитирања је онемогућавање једног или неколицине лица да буду ексклузивни финансијери и да, самим тим, остваре „непристојно висок утицај“ на кључне политичке чиниоце. Што је већи број појединачних (ситних) прилога, то је већа дисперзија донаторовог утицаја на политичке субјекте. Отуда је решење ЗФПС, којим је прописивано да укупна количина средстава из приватних извора не сме прећи средства добијена из јав-

24 Шире о поклону: Перовић, Слободан, *Облигационо право*, Београд 1981, стр. 602–627.

25 О феномену „административног финансирања“, који постоји у свим земљама света, где се злоупотребом државних функција прибављају средства за страначке активности видети више у: *Monitoring election campaign finance: a handbook for NGOs*, New York 2004, стр. 95–103 и. шире, Walecki, Marcin. *Money and politics in Central and Eastern Europe*, Washington 2005. и Административни извори финансирања странака, *Ка реформи система финансирања политичких партија*, „Финансирање политичких партија (између норме и праксе)“, 2008, стр. 105–113.

26 Исто је било решење и ЗФПС, само је, уместо тадашњег лимита од 10 просечних плата за физичко, односно 100 за правно лице (члан 5. став 4), садашњим законом износ дуплиран (члан 10. ст. 1. и 2. ЗФПА).

них извора, било бесмислено.²⁷ Тиме је поткопана основна функција лимитирања појединачних донација јер је смањена њена распршујућа компонента када је утицај финансијера у питању. Такође је ограничен основни разлог због кога се уводи финансирање из приватних извора, а то је могућност нових снага да, добијањем финансијске подршке из народа, учествују у политичком процесу. Та подршка је ограничена и везана је за средства која се добијају из јавних извора, која увек одражавају однос снага са прошлих избора, па су тако елеменат конзервирања политичке сцене. И на крају, ова апсурдна одредба додатно мотивише политичке актере да прикривају финансије, чиме се обесмишљава целокупан концепт законодавног регулисања ове области. Изостављањем оваквог решења, ЗФПА је постао значајно напреднији.

Нови закон је унео занимљиву новину у односу на свог претходника, тако је сада прописано максимално давање *политичким субјектима*, што значи да се ограничена сума односи на све политичке субјекте.²⁸ ЗФПС је ограничавао давање прилога *политичкој страници*, користивши јединину, из чега језичким тумачењем произлази да се лимит односио на примаоца, а не даваоца донације. У прилог постојећег решења, требало би истаћи да је тиме олакшано праћење токова финансирања и спречена могућност злоупотребе оснивањем фиктивних, а суштински повезаних политичких субјеката, чиме би се заобишли прописани лимити.

Други лек, који би требало да утиче на спречавање метастазирања корупције приликом донирања, јесте критичка јавност. Она би пратила односе између финансијера, политичких субјеката и послове финансијера са јавним сектором, који воде кадрови из спонзорисаних политичких опција. Отуда би свако сумњиво добијање уносних послова, у случају немогућности покретања правних механизма, могао санкционисати народ изборним путем. Неопходно је стога створити услове како би се увек знало ко је стварни донатор. Такође, треба разликовати критику од критизерства. Док западна друштва са континуираном демократском традицијом финансирање политичких активности прихватају као нужност, новодемократске тзв. транзиционе земље имају провинцијску лицемерност кад је донирање у питању. Иако је јасно да је у њима у односу на западне земље финансирање много нетранспарентније, као и да све релевантне опције са политичке сцене лажно приказују своје финансијске извештаје, на најмање трачке искрености, који се огледају у откривању правих извора ситнијих донација, цела јавност хорски приступа медијском линчу.

Критичка јавност би требало да одигра и значајну ролу у скидању вела са односа између приватних компанија у власништву страначких функционера или њима блиских лица и политичких странака. Такође би се могао задати значајан ударац партократском функционисању државе и разобличити пракса „партијског рекетирања“, чиме би се у јавности истицало да ако неко од својих немалих примања за јавну функ-

27 Члан 5. став 7. ЗФПС.

28 Видети: члан 10. ст. 1. и 2.

цију (управни одбори, директорска места) коју врши, одваја значајан износ за финансирање странке, на то место вероватно није постављен првенствено због својих стручних квалитета већ због страначке припадности.²⁹ Све ово захтева јавност података и ефикасну контролу, о чему ће више речи бити у једном од наредних одељака.

Листа забрањених донатора је у принципу правилно прописана и може се поделити на: донаторе чије би финансирање садржало латентно угрожавање суверености државе (стране државе, страна правна и физичка лица, анонимни дародаваца); донације које би представљале исисавање државних средстава (јавне установе и јавна предузећа, установе и предузећа са учешћем државног капитала, без обзира на висину учешћа, приватна предузећа која обављају јавне услуге по основу уговора са државним органима и јавним службама, за време док постоји такав уговорни однос, предузећа и друге организације које врше јавна овлашћења); дародавци посредством којих би се, због њиховог привилегованог положаја, могло вршити прање пара (синдикати, хуманитарне организације, верске заједнице); и лица чије би донације *prima facie* имале карактер корупције јер су у директној зависности од државних одлука (приређивачи игара на срећу, увозници и извозници акцизних производа и правна лица и предузетници који имају доспеле а неизмирене обавезе по основу јавних прихода).³⁰ У односу на ЗФПС, додата је могућност коришћења донација од међународних политичких организација, које не могу бити о новцу.³¹ Ради се о донацијама у виду заједничких семинара, стручних усавршавања и сличних облика сарадње између странака сличних идеолошких убеђења, које су коришћене и за време важења претходног закона.³² Занимљиво је да је Нацрт закона садржао забрану финансирања од лица која врше јавна овлашћења, која је касније избачена. Ради се о лицима која врше службу од јавног поверења, а пример за то би били јавни бележници (нотари),³³ чиме би ЗФПА логично заокружио забрану финансирања од лица која су повезана са државом. Разлог због којег је ова забрана изостављена вероватно се крије у погрешном, правно неуком тумачењу самог термина. Вероватно је тај термин политичке чиниоце асоцирао на јавне функционере које

29 САД су још 1883. године, чувеним Педлтоновим законом, напустиле систем плена (*spoils system*), који је по природи ствари водио великој корупцији и неефикасности, и прешле на принцип професионалне заслуге (*merit system*). Шире о томе у: Рабреновић, Александра, *Развој службеничког система федералне управе САД: од потраге за политичким пленом ка остварењу јавног интереса*, Увод у право САД, Београд 2008, стр. 49–69.

30 Члан 12. став 1. ЗФПА.

31 Члан 12. став 2. ЗФПА.

32 Такође су са листе изостављени продавци акцизне робе, што је био и наш предлог аргументован околношћу да се ради о продавцима и друге робе широке потрошње, од чега акцизни производи чине само део њиховог асортимана. При том је њихова маржа слична као и код неакцизних производа, па се не примећује неки превелики интерес продаваца у виду могућег екстрапрофита који би се постигао снижавањем акциза. Упореди: Манојловић, Саво, *op. cit.*, стр. 11.

33 Закон о јавном бележничтву, *Службени гласник РС*, бр. 31/2011.

због своје страначке подобности протежирају у јавним предузећима, а ови им се одужују издашним прилозима.

Финансирање политичких субјеката из сопствене имовине отвара шансу да се дугорочно реши проблем функционисања. Упоредна пракса познаје бројне примере странака са значајним имовинским салдом. ЗФПС је било прописано ограничење по коме приход од имовине може чинити највише 20% укупног годишњег прихода странке,³⁴ што је било непотребно ограничавање права на имовину, а Уставни суд Србије је наведену одредбу прогласио, чак и неуставном.³⁵ ЗФПА као носиоце имовинских права помиње само политичке странке, не користећи генерички назив политички субјекат,³⁶ што је оправдано с обзиром на то да коалиције и групе грађана имају *ad hoc* карактер и немају правни субјективитет у пуном смислу. Закон им стога дозвољава да користе финансијска средства за изборну кампању, па и за редован рад, али поседовање имовине у смислу непокретности остаје право политичких странака. Имовина, односно њени приходи, могу се користити „само за политичку активност и друге дозвољене активности политичке странке, у складу са законом“. Такође је забрањено стицање од промотивних и комерцијалних активности, чиме је законодавац успоставио праву меру ограничења имовинских права. Разлог ограничења је јасан, с обзиром на основну функцију политичких странака у демократском друштву. Њихова основна улога, која им се јемчи и признаје Уставом, јесте у демократском обликовању политичке воље грађана.³⁷ Отуда је забрана бављења лукративном делатношћу више него оправдана, нарочито имајући у виду њихов привилегован положај и чињеницу да су финансијски корисници буџетских средстава.

Осим легата, који је био дозвољен и прошлим законом,³⁸ придодато је и стицање имовине универзалном сукцесијом,³⁹ што је било решење за које смо се својевремено и залагали,⁴⁰ с обзиром на то да није постојао ниједан ваљан разлог да се прави разлика између та два облика наслеђивања.

IV. Финансирање редовног рада

Законодавац је редован рад политичких субјекта дефинисао *exempli causa* навођењем и за разлику од ЗФПС сузио „празан простор“ арбитрерном тумачењу у пракси.⁴¹

34 Члан 5. став 6. ЗФПС.

35 Одлука Уставног суда Србије IY 216/2004 од 25. јуна 2004. године.

36 Видети: члан 11. ЗФПА.

37 Члан 5. став 1. Устава (*Службени гласник РС*, бр. 98/06).

38 Члан 3. став 3. ЗФПС.

39 Члан 7. Више о овим појмовима видети у: Благојевић, Борислав, *Наследно право у Југославији*, Београд 1988, стр. 248–253

40 Манојловић, Саво, *op. cit.*, стр. 11.

41 Својевремено смо као кандидата за будућу одредбу кандидовали: „Средства за финансирање редовног рада политичких субјеката се користе за функционисање

Што се тиче расподеле средстава из јавних извора за финансирање редовног рада, ЗФПА је унео позитивне новине. Прописано је да се предвиђена јавна средства за финансирање редовног рада⁴² расподељују политичким субјектима који су освојили мандат у представничким телима,⁴³ тако што се као основица узима број гласова; с тим што се 5% важећих гласова које је политички субјект добио множи коефицијентом 1,5, а све преко важећих 5% гласова коефицијентом 1.⁴⁴ Тиме је испуњена основна сврха расподеле средстава за финансирање редовног рада, која уважава изборима легитимисану релевантност, али и потребу мањих странака да добију пропорционално нешто већи део средстава него што су освојиле гласова. ЗФПС је било прописано да се предвиђена средства „у висини од 30% распоређују у једнаким износима политичким странкама које имају посланике или одборнике, а остатак средстава (70%) сразмерно броју посланичких, односно одборничких места“.⁴⁵ Тако су све странке које су биле заступљене у парламенту добијале једнак удео у малтене једној трећини укупних средстава, без обзира на то да ли су на изборима наступале самостално или у коалицији. Тиме је омогућавано да политичка опција са само једним послаником, који се издвоји у односу на листу на коју је изабран, добија у значајном делу једнака средства као и странка са неколико десетина пута већим бројем посланика, чиме је била нарушена основна идеја да се финансирање редовног рада из јавних извора врши сразмерно резултатима избора.

У стручној јавности је озбиљно заступано становиште да би и за политичке опције које нису прешле цензус требало обезбедити финансирање из јавних извора.⁴⁶ Сматрамо да би такво решење било неадекватно, јер као основну сврху финансирања из јавних извора видимо не сметано функционисање релевантних политичких опција. Релевантност се огледа у преласку цензусног прага, који се може покушати самостално или у „коалиционом јату“.

и пропагирање идеје политичког субјекта и подразумевају: рад са бирачима и чланством, трошкове промоције, рекламног материјала, публикације, истраживања јавног мњења, обуке и међународну сарадњу, комуналне трошкове (закупнина, грејање, трошкови телефона, електричне енергије, интернета и сл...) и друге са овима повезане активности.“ Видети: Манојловић, Саво, *op. cit.*, стр. 9. Она је, уз мања стилска одступања, идентична постојећој одредби члана 19. став 1. ЗФПА.

42 Чланом 16. ЗФПА је прописано: „Средства која се обезбеђују за финансирање редовног рада политичких субјеката чији су кандидати изабрани за народне посланике, посланике, односно одборнике одређују се на нивоу од 0,15% расхода буџета Републике Србије, расхода буџета аутономне покрајине, односно расхода буџета јединице локалне самоуправе.“

43 Члан 17. став 1. ЗФПА.

44 Члан 17. став 2. ЗФПА.

45 Члан 4. став 2. ЗФПС.

46 Видети: Коментари на Закон о финансирању политичких странака и предлози за унапређење законске регулативе, <http://www.cesid.bgdream.com/lt/articles/izdanja/posebna-izdanja/komentari-na-zakon-o-finansiranju-politickih-stranaka-i-predlozi-za-unapredjenje-zakonske-regulative.html>, (5. јул 2010), стр. 4.

Финансирање редовног рада путем прилога садржи примену лимита обрађеног у делу о изворима финансирања, па се све изречено *mutatis mutandis* односи и на део о финансирању редовног рада путем прилога.

V. Финансирање изборне кампање

ЗФПА је унапредио финансирање из јавних извора кампања за изборе који се одржавају по већинском изборном систему (председнички и део покрајинских). Половина предвиђених средстава⁴⁷ расподељује се у једнаком износу предлагачима кандидата, док другу половину осваја победник (у случају окончања избора у првом кругу), односно деле је два кандидата која су ушла у други круг избора.⁴⁸

ЗФПС је по истом принципу регулисао финансирање свих избора, одступајући од елементарног правног постулата: „Једнако у једнаким случајевима, неједнако у неједнаким.“⁴⁹ Тако су према старом закону такмаци за председника Републике 20% предвиђених средстава за финансирање изборне кампање делили на „равне части“, док би остатак од 80% добијао победник другог круга („*The winner takes it all.*“). Губитник другог изборног круга добијао би исто колико и кандидати који су отпали након првог круга, иако је у односу на све њих имао малтене једне изборе више, а неретко (ако се већ као критеријум узима изборни резултат) и свега неколико процената гласова мање од победника. При расподели средстава за изборе са системом сразмерног представништва (пропорционалним), једина дистинкција – која је последица разлике у изборном систему – јесте то што се део од 80% био делио сразмерно изборном резултату субјектима који су заступљени у представничком телу.

Исто решење када су избори са пропорционалним системом у питању задржао је и ЗФПА. Нацрт Закона који је урадила Радна група Министарства правде садржао је боље решење, од кога се, нажалост, одустало. Према Нацрту би се предвиђена средства⁵⁰ делила тако што би се двадесети део (5%) средстава делио свим политичким субјектима по проглашењу изборне листе,⁵¹ чиме би сви изборни такмаци били једна-

47 „Средства из јавних извора за покриће трошкова изборне кампање обезбеђују се у години у којој се одржавају редовни избори, у износу од 0,1% расхода буџета Републике Србије, расхода буџета аутономне покрајине, односно расхода буџета јединице локалне самоуправе, за годину за коју се буџет доноси“ (члан 20. став 1. ЗФПА).

48 Члан 21. став 3, 4. и 5. ЗФПА.

49 Члан 10. став 1. ЗФПС.

50 „Средства из јавних извора за покриће трошкова изборне кампање обезбеђују се у години у којој се одржавају редовни избори, у износу од 0,1% расхода буџета Републике Србије, расхода буџета аутономне покрајине, односно расхода буџета јединице локалне самоуправе, за годину за коју се буџет доноси“ (члан 20. став 1. ЗФПА).

51 Процене су указивале на то да је нереално очекивати појављивање више од двадесет изборних листи по избору, а била је постојала и одредба по којој би се, у слу-

ко третирали и пре почетка изборне трке би знали тачан износ средстава на који могу да рачунају. Кључни политички чиниоци су проценили да им је много исплативије дељење сходно изборном резултату и да би прихватањем предложеног решења били на губитку, занемарујући аргументе којима је указивано да је, с друге стране, двоструко подигнут лимит појединачних донација, као и да је напуштена одредба о ограничењу укупних средстава која се могу прикупити из приватних извора. Ми остајемо на становишту да средства из јавних извора за финансирање редовног рада треба распоређивати сходно изборном резултату, али да средства за изборну кампању нису по логици ствари „награда победницима“, већ средство за учествовање у изборној трци. Њихова основна сврха (за шта је довољно и језичко тумачење) јесте финансирање изборне кампање.⁵² Према садашњем решењу, само први мањи део (20%) средстава служи за финансирање изборне кампање, док „остатак“ од 80% представља награду и остаје након избора политичким субјектима као нека врста плена, која се може искористити само за финансирање редовног рада, што је супротно сврси ових средстава. Ако ништа друго, законодавац је то макар јасно и прописао, па се само први део средстава користи за трошкове изборне кампање,⁵³ док за други део кориси глагол „додељује“, не прописујући за шта ће се користити. ЗФПС су оба дела одређена као средства за трошкове изборне кампање.⁵⁴ Додељивањем дела средстава *post festum*, политички субјекти нису могли знати колики део средстава могу трошити на изборну кампању. Било је прописано да се оба дела средстава користе за трошкове изборне кампање,⁵⁵ а при том се други део средстава додељивао – и што је још битније – могао количински одредити тек након избора и, самим тим, након изборне кампање (*sic!*). Тиме је ЗФПС створио ситуацију у којој се по правилу крши тај исти закон, што је био еклатантан пример како законодавац неумштим и непромишљеним решењем субјекте на које се закон односи просто тера у противправна поступања. ЗФПС је садржао законско решење, које је као последицу имало стварање ситуације супротне и самом закону и суштини финансирања изборне кампање из јавних извора, док је ЗФПА избегао „незаконитост закона“, али је задржао концепт који одудара од своје сврхе.

ЗФПА је зато значајно правичније одредио финансирање из јавних извора изборних кампања за изборе које се одржавају по принципу већинског изборног система (председнички и део покрајинских). Половина предвиђених средстава расподељује се у једнаком износу предлагачима кандидата, док другу половину осваја победник (у случају окон-

чају да се појави више од двадесет изборних листи, додатна средства обезбеђивала из буџетских резерви.

52 Упореди: Манојловић, Саво, *op. cit.*, стр. 11.

53 Члан 21. став 1. ЗФПА.

54 Видети: чл. 9. и 10. ЗФПС.

55 Члан 9. став 1. ЗФПС.

чања избора у првом кругу), односно деле је два кандидата која су ушла у други круг избора⁵⁶.

Позитивно је и увођење изборног јемства у висини првог дела (20%) средстава која се добијају за изборну кампању и која се враћају у случају да политички субјекат на изборима освоји мање од 1%, односно (представници националних мањина) мање од 0,2% важећих гласова.⁵⁷ Тиме је предупређено да егзотични кандидати занемарљиве подршке током избора прогоспедују на рачун пореских обвезника.

Што се тиче приватних донација, ЗФПА је дозволио још једно давање у години када су избори (осим оног за редован рад) у истим границама (20 просечних месечних зарада за физичко, односно 200 за правно лице), прецизирајући да број изборних кампања у години не повећава број давања⁵⁸, чиме је желео да, у случају да једна календарска година постане хиперизборна, не дође до прејаког утицаја донатора.

VI. Контрола финансирања

Циљеви који се желе постићи ефикасном контролом финансирања је кретање политичких субјеката у законским оквирима лимита и тачност и јавност свих финансијских података. Од ефикасности контроле зависи (не)успешност целокупног законом прописаног концепта.⁵⁹ Управо је ту ЗФПС доживео свој „луциферски пад“ и уписао се у списак „мртворођених прописа“, који након свог ступања на снагу постоје само формалноправно, не производећи никакве ефекте у пракси и не успевајући да идеје које садрже у нормама пресаде у реалност. Њиме су као првобитни контролори били инаугурисани Скупштински одбор за финансије и Републичка изборна комисија, које чине страначки људи, који би требало да контролишу финансијска пословања тих истих странака (*sic!*). Касније је ова надлежност пренета на Агенцију за борбу против корупције (даље: Агенција), која је, својим овлашћењима, сведена на пријемно-шалтерску службу, пошто је могла само да прима, најчешће неистините, извештаје о трошковима и приходима, који су се очигледно разликовали од реалног стања ствари.

Да би цео концепт био колико-толико успешан, Агенцији треба дати теренска овлашћења, прописати обавезу достављања извештаја, осигурати јој неопходна финансијска средства, учинити цео процес што је могуће транспарентнијим и токове новца што је могуће видљивијим.

56 Члан 21. став 3, 4. и 5. ЗФПА.

57 Видети: чл. 25. и 26. ЗФПА.

58 Члан 22. став 2. ЗФПА.

59 Више о врстама и значају контроле: Nassmaher, Karl-Heinz, *Funding of Parties and Election Campaigns*, Стокхолм 2003, стр. 5–10 и шире. Видети и: Милосављевић, Миодраг, *Насмахерова класификација система контроле финансирања странака*, „Финансирање политичких партија (између норме и праксе)“, 2008, стр. 131–135 и Манојловић, Саво, *op. cit.*, стр. 12.

ЗФПА садржи решења која у значајној мери испуњавају наведене услове. Њиме је прописана обавеза уплате чланарине са текућег рачуна, односно готовински (уз обавезну признаницу) или путем уплатнице у случају да износ не прелази 1.000 динара; обавеза уплате прилога са текућег рачуна; исти идентификациони број политичке странке за све банковне рачуне; отварање једног посебног рачуна за изборну кампању; обавеза вођења књиговодства; достављање годишњег финансијског извештаја и извештаја за сваку изборну кампању; право Агенције на непосредан и неометан приступ књиговодственој евиденцији и документацији и финансијским извештајима политичког субјекта и задужбина или фондација чији су оснивачи политичке странке; могућност ангажовања одговарајућих стручњака и институција.⁶⁰ Такође новим законом су за рад Агенције обезбеђена значајна финансијска средства.⁶¹

Први услов да би контрола била остварљива јесте видљивост токова новца. ЗФПА је прописао уплате са рачуна на рачун, али је, када су чланарине у питању, оставио могућност готовинског плаћања (уз потписивање признанице) и донирања путем уплатница за исплате до 1.000 динара. Ова одредба је у раду Радне групе за израду ЗФПА настала као резултат компромиса између стручног крила које се залагало да све уплате иду путем рачуна, зарад ефикасности контроле, и представника политичких странака, који су се изборили да се уплате нижих износа врше на неформалнији начин, како се не би одвратили ситнији донатори који не поседују текући рачун. Иако приликом ових уплата остају трагови донатора (уплатница и признаница), остаје и опасност да се преко њих врши финансирање преко трећих лица, где би прави донатор остао да ужива у благодетима своје анонимности, чиме би од ове рупе у концепту контролисања могла настати промаја нерегуларности.

Кључна новина коју доноси нови закон у односу на ЗФПС јесте то што су Агенцији дата овлашћења путем којих ће моћи да упореди стање ствари у достављеним финансијским извештајима и оно које постоји у реалности. Гарантовање неометаног и непосредног приступа требало би да омогући функционисање целог законског концепта у реалности. Такође, законом су обезбеђена средства и дата овлашћена Агенцији да ангажује стручњаке и институције за обављање контроле, што је изузетно битно имајући у виду да ће током изборне кампање драстично порастати потреба за контролом финансирања. Тиме би требало да буде пресечена досадашња пракса према којима су у званичним извештајима политички субјекти наводили скромне цифре, иако је летимичан поглед на цене нимало јефтиних реклама и бројних билборда јасно указивао на разлику између пријављених и потрошених средстава.⁶²

60 Видети: члан 8. ст. 2. и 3, члан 9. став 4, члан 18, члан 24. став 1, чл. 27, 28, 29. и 32. ЗФПА.

61 Видети: члан 33. ЗФПА.

62 О стварним трошковима политичких субјеката, видети: Вуковић, Ђорђе, *Процена коштања политичких странака, Ка реформи система финансирања политичких партија*, „Финансирање политичких партија (између норме и праксе)“, 2008, стр. 91–104.

Агенција ће морати да направи херкуловски подухват јер ће морати да продре у зачарани троугао политике, новца и корупције. Добра ствар у лошој околности да „Аугијеве штале“ почињемо да чистимо једино под притиском из Европе јесте то што ће цео процес будно пратити европске институције, па би то политичке чиниоце могло спречити да кон-сензусом саботирају процес којим се задире у њихове виталне интересе.

Изазови с којима ће се Агенција сусретати су свакако бројни и јасно је да не треба гајити илузије о нестанку „прљавог новца“ из политике. То ни много сређенија друштва нису успела да остваре. Бројне су делатности код којих је јако тешко применити законске критеријуме. Тако је, илустрације ради, веома тешко утврдити цене услуга маркетиншких агенција, правног или било ког другог облика консалтинга. Цене се у овим областима одређују изразито арбитрерно, у зависности од платежне моћи клијената, па је тешко утврдити да ли су у тим пословима услуге плаћене или су у питању донације у виду пружених услуга, по повољнијим условима од тржишних, за које се у будућности могу очекивати противуслуге.

Успех ће, стога, бити уколико се успоставе елементарна правила игре и прекине драстични дисбаланс између стања прокламованог законом и онога што се дешава у пракси.

Сви наведени услови чине основни предуслов формирања критичке јавности, која подразумева квалитетан и објективан рад медија и раст грађанске свести, која ће изборним путем санкционисати донирања са јаким призвуком корупције, финансирања путем компанија које свој успех дугују партијски позиционираним власницима и партократски принцип постављања на јавне функције. Основна сврха јавности финансијских извештаја је да јавност, увидом у имена донатора, развије реална очекивања о понашањима странака у случају да дођу на власт, на основу увида у то које их интересне групе помажу. Да би она могла да развија реална очекивања, треба да има ако не кристално јасну слику, а оно барем обресе дешавања у области финансирања политичких субјеката, а то се може постићи једино квалитетном правном, институционалном контролом.

VII. Санкције

У казним одредбама су прописана два кривична дела (и то истим чланом), која стилски и структурално одударају од кривичних дела прописаних Кривичним законом⁶³ (даље: КЗ), базичним прописом из области кривичноматеријалног права. Тако, поред нешто другачијег стила прописивања, не постоји ни наслов члана који би садржао званичан назив кривичног дела, као што је то случај са кривичним делима прописаним КЗ.

63 Службени гласник РС, бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009.

Инкриминисано је давање, односно у име и за рачун политичког субјекта прикривање извора финансирања или износа прикупљених средстава,⁶⁴ као и вршење, односно претња насиљем, довођење у неравноправан положај или ускраћивање неког права или на законом заснованом интересу физичком или правном лицу, због чињенице да је дало прилог политичком субјекту.⁶⁵ Бројне друге радње подложне кривичном регулисању већ су садржане у бићима кривичних дела прописаних КЗ. Тако, примера ради, ако се прилог даје јер се очекује узвратна услуга, ту имамо обележја кривичних дела давања и примања мита⁶⁶; ако се врши притисак у облику претње зарад финансирања политичког субјекта, реч је о обележјима кривичног дела принуде⁶⁷ итд.

Прекршајне казне су прописане за противправна поступања политичког субјекта, али и даваоца прилога.⁶⁸ Наведене прекршајне казне би требало да следе основну логику новчаног кажњавања, а то је да ништа тако ефикасно не стаје на пут противправном поступању везаном за финансијску корист као финансијско кажњавање. На истој линији је и губљење права на добијање средстава из јавних извора.⁶⁹

Што се тиче новчаних казни прописаних ЗФПС, оне су, с обзиром на тадашњи систем неефикасне контроле, у времену свога важења, имале више улогу „смоквиног листа“ него „Дамокловог мача“.

Ваља истаћи: да је питање кажњавања веома осетљиво питање, да ће се кривична дела везана за финансирање политичких активности веома тешко доказивати, да постоји опасност од политичке злоупотребе, као и да ће се политички субјекти приликом хватања у „финансијском раскораку“, најчешће самопроглашавати жртвама политичког прогона. Да би се правне санкције спроводиле на (ис)праван начин, потребно је упознати се са чињеницама. *Da mihi facta, dabo tibi ius*, како би то стари Латини рекли. Међутим, уколико чињенице буду видљиве, најефикаснија „казна“, чак и уколико се не утврде формалноправне повреде закона, биће изборно санкционисање политичких актера са сумњивим меценама.

VIII. Закључна разматрања

ЗФПА има двоструку функцију. Њиме се стварају услови за несметано финансијско дисање и истовремено разбија троугао политике, корупције и финансирања политичких активности. Овај његов двоструки циљ треба имати на уму приликом критичке анализе законских решења. Отуда примедбе које се односе на одредбе које регулишу систем

64 Члан 39. став 1 ЗФПА.

65 Члан 39. став 3. ЗФПА.

66 Члан 367. и 368. КЗ.

67 Члан 135 КЗ.

68 Члан 39. и 40. ЗФПА.

69 Члан 42. ЗФПА.

финансирања увек имају мању тежину, с обзиром на то да се, ако није реч о решењима која парализују целокупан систем финансирања, ради о нијансама које не утичу драстично на целокупан концепт. Контролни процес је, с друге стране, носећи стуб антикорупцијске функције, па ту и најмање грешке могу довести до урушавања целе идеје.

Новим законом је учињен значајан корак напред у односу на претходни закон. Терминолошки је знатно бољи и прецизнији: афирмише правилнији термин „политички субјект“, који, осим странака, обухвата и остале учеснике политичког живота и као свој предмет одређује финансирање политичких активности. Њиме је, међутим, пропуштено да се регулише финансирање референдумске кампање и законодавне иницијативе. Обе активности су ретко спровођене у пракси, а с обзиром на то да у целој области финансирања политичких активности две деценије није учињен никакав практичан помак, донекле је и разумљиво бављење само главним активностима (редовним радом и изборном кампањом политичких субјеката).

Законодавац је остао на моделу комбиновања приватних и јавних извора финансирања. Одстранио је могућности финансирања путем промотивних и било каквих комерцијалних делатности, чиме је предупредио могуће злоупотребе, тајна финансирање и развој „партијске привреде“. Одредио је заједничка ограничења за сва давања (и прилог и чланарину), док је везивањем лимита за давање по доносиоцу спречио пробијање законских ограничења финансирањем фиктивних политичких субјеката. Цео концепт финансирања из приватних извора побољшан је одустајањем од решења ЗФПС по коме је укупна количина прикупљених средстава била ограничена добијеним средствима из јавних извора. Бојазан, међутим, изазива опција о могућности донирања мањих износа путем уплатнице или готовински. Листа забрањених донатора је исправно прописана, са оправданим ситним корекцијама у односу на претходни закон. Исправљена је нелогичност ЗФПС по којој је дозвољено стицање легатом, али не и универзалном сукцесијом, за шта није постао ниједан оправдан разлог.

Средства за финансирање редовног рада политичких субјекта расподељују се значајно праведније. Ново решење је знатно чистије и верније логици уважавања изборног резултата, уз умерени корективни фактор, којим се излази у сусрет потребама мањих странака. Финансирање председничких избора је значајно унапређено и здравије постављено. Тако сви кандидати имају равноправнији третман, а нарочито учесници другог изборног круга. Политички чиниоци су пропустили шансу да се окрену правичнијем принципу расподеле средстава за финансирање изборне кампање на пропорционалним изборима, па је само мањи део средстава предвиђен за изборну трку, а 80% је плен победника.

Главни помаци који су учињени ЗФПА јесу давање Агенцији широк овлашћења и гарантовање финансијских средстава, помоћу чега би

могла да стекне јаснију слику о дешавањима везаним за финансирање политичких чиниоца. Такође је целокупним законом, иако не у потпуности, учињен значајан корак у затварању могућих нелегалних канала финансирања. У прилог наде коју буди нови закон ваља истаћи и да ОЕБС и Венецијанска комисија у своме Мишљењу на Нацрт ЗФПА (који је, додуше, нешто другачији од садашњег закона) нису имали суштински озбиљне примедбе.⁷⁰

Цео концепт контроле имаће бројне изазове у реалности. Осим тога што су новим законом успостављени институционални оквири, успех новог закона ће се свести на стручност, објективност и храброст контролора. Неопходна је и почетна подршка јавности, која ће, развојем грађенске свести, постати и главни судија. Реч је о дуготрајним процесима који на дуже стазе могу задати озбиљан ударац политичкој корупцији и партократији. Неиспуњавање наведених услова биће наставак пропадања у живо благо политичке корупције.

Savo Manojlović, MA

Law clerk, Constitutional Court of Serbia

LAW ON FINANCING POLITICAL ACTIVITIES

Summary

In the paper is given critical view on recently passed Law on Financing Political Activities, its comparison with previous law and its purposes. It is particularly emphasized that the main purpose of this law is to enable undisturbed financing of political subjects and repress corruptive processes in politic.

Basic concepts of this law are analyzed (political activities and political subjects). According to the author, financing of the referendum-campaign and legislative initiative should be regulated by this Law, as well. He also explains legitimacy of the following solutions: annulment of the incomes by the promotional activities, introduction of the common limit for membership-fees and donations, binding limit for donators, annulment of the limit for total donations.

Financing of the ordinary activities from public sources was improved, but political actors, because of their financial interests, refused to change financing of campaigns for proportional elections. Financing of presidential election was regulated much better.

In the paper are analyzed criminal offences regulated by this law, and the significance of criminal sanctions for such offences. Particular attention is given

70 OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights and European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Joint opinion on the Draft Law on financing political parties in Serbia, [http://www.venice.coe.int/docs/2011/CDL-AD\(2011\)006-e.pdf](http://www.venice.coe.int/docs/2011/CDL-AD(2011)006-e.pdf) (1. октобар 2011. године).

to the importance of the wider authorities of control subject– Anti-corruption Agency, bearing in mind that the success of this legislative concept depends on effective control. According to author, only critical public can repress negative, accompanying effects in financing of politic: corruption, partocracy and personal illegal benefits.

Key words: Financing of political activities. Political parties. Political subjects. Political activities. Law on financing of political activities. Law on financing of political parties.

Lektor i korektor
Irena Popović

Tehnički urednik
Zoran Grac

Korice
Marija Vuksanović

Priprema i štampa
Dosije studio, Beograd

ISBN 978-86-7630-341-0

Tiraž
500

Adresa redakcije
Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu
Centar za izdavaštvo i informisanje
Bulevar kralja Aleksandra 67
Tel./faks: 30-27-725, 30-27-776
e-mail: centar@ius.bg.ac.rs
web: www.ius.bg.ac.rs

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд
340.137(4-672EU:497.11)(082)

PERSPEKTIVE implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije : zbornik radova. Knj. 1 / priredio Stevan Lilić. – Beograd : Pravni fakultet, Centar za izdavaštvo i informisanje, 2011 (Beograd : Dosije studio). – 302 str. ; 24 cm

Na spor. nasl. str.: Perspectives of Implementation of European Standards in Serbian Legal System. – Tekst lat. i ćir. – Tiraž 500. – Str. 9–10: Predgovor / urednik = Forward / editor. – Napomene i bibliografske reference uz tekst. – Bibliografija uz većinu radova. – Summaries.

ISBN 978-86-7630-341-0

1. Ств. насл. на упор. насл. стр.

а) Право – Хармонизација – Европска унија – Србија – Зборници

COBISS.SR-ID 188354572