

PRAVNI FAKULTET UNIVERZITETA U BEOGRADU

*Biblioteka*  
ZBORNICI

PERSPEKTIVE IMPLEMENTACIJE EVROPSKIH  
STANDARDA U PRAVNI SISTEM SRBIJE – KNJIGA 2

Zbornik radova  
Priredio prof. dr Stevan Lilić

---

*Izdavač*

Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu  
Centar za izdavaštvo i informisanje

*Za izdavača*

prof. dr Sima Avramović, dekan

*Urednik*

prof. dr Dragan M. Mitrović

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

© Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2012.

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 2

ZBORNİK RADOVA

*Priredio*  
*Prof. dr Stevan Lilić*

Beograd, 2012

PERSPECTIVES OF  
IMPLEMENTATION OF  
EUROPEAN STANDARDS  
IN SERBIAN LEGAL  
SYSTEM

VOLUME 2

COLLECTED ARTICLES

*Editor*

*Prof. dr Stevan Lilić*

Belgrade, 2012

## SADRŽAJ

Predgovor . . . . .	9
Forward. . . . .	10
<i>Vesna Besarović</i>	
Implementacija novog evropskog standarda u pravu konkurencije Republike Srbije – <i>Competition advocacy</i> . . . . .	11
<i>Stevan Lilić</i>	
Ustavne protivrečnosti pokrajinske autonomije u Srbiji (u kontekstu odluke Ustavnog suda u slučaju „Vojvodina”) . . . . .	24
<i>Јовица Тркуља</i>	
Европска мерила просветитељске мисије Миодрага Јовичића. . . . .	37
<i>Марија Драшкић</i>	
Еволуција у јуриспруденцији европског суда за људска права у погледу транссексуалних особа: еволуција и у Србији. . . . .	57
<i>Бранко Лубарда</i>	
Посебна заштита запосленог узбунјивача – европско, упоредно и домаће право и пракса. . . . .	77
<i>Драгица Вујадиновић</i>	
Перепсктиве родне равноправности у сфери права – случај Србије. . . . .	92
<i>Мирјана Стефановски</i>	
Појам министарске кривице у уставном развитуку Србије 1869–1918. године. . . . .	110
<i>Оливера Вучић</i>	
Избор и састав уставних судова – мукотроан пут достизања европских стандарда. . . . .	132
<i>Žika Вујуклић</i>	
Formiranje правне терминологије код Срба у XIX веку. . . . .	146
<i>Milena Polojac</i>	
Biznis menadžment i rimsko право. . . . .	170
<i>Дејан Б. Бурђевић</i>	
Нотарски тестамент у европским правним порецима и у српском праву . . . . .	182
<i>Марија Караникић Милић</i>	
Dužnost обавештavanja у српском потрошачком праву. . . . .	199
<i>Nikola Bodiroga</i>	
Protivrečna судска пракса парничних судова – повреда члана 6 (1) Европске конвенције о људским правима. . . . .	222

---

<i>Марко Сџанковић</i>	
Измене и допуне Закона о уставном суду – критички поглед . . . .	241
<i>Мирјана Дреновак Ивановић</i>	
Implementacija pravnih standarda Evropske unije u pravni sistem Srbije u oblasti nuklearne sigurnosti. . . . .	258
<i>Бојана Чучковић</i>	
Принцип „загађивач плаћа” и одговорност за еколошку штету – међународни и европски стандарди . . . . .	270
<i>Урош Новковић</i>	
Лишење пословне способности у пракси Европског суда за људска права . . . . .	285
<i>Валентијина Цвејковић Ђорђевић</i>	
Правно неосновано обогаћење у српском праву. . . . .	302
<i>Марко Миленковић</i>	
Управни послови у области управљања хемикалијама и европске интеграције . . . . .	317
<i>Катарина Голубовић</i>	
Perspektive implementacije evropskih upravnih načela u Srbiji. . . .	336

## TABLE OF CONTENTS

Predgovor .....	9
Forward. ....	10
<i>Vesna Besarović</i>	
Competition advocacy – Implementation of the new European standard in the Serbian Competition law. ....	11
<i>Stevan Lilić</i>	
Constitutional Contradictions regarding Provincial Autonomy in Serbia (In the Context of the Decision of the Constitutional Court in the „Vojvodina” case). ....	24
<i>Jovica Trkulja</i>	
European measure of Miodrag Jovicić’s mission of enlightenment. ....	37
<i>Marija Draškić</i>	
Evolution in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights Concerning Transsexual Persons: Evolution in Serbia. ....	57
<i>Branko Lubarda</i>	
Protected Disclosure of Employee Whistleblower – European, Comparative and Domestic Law and Practice. ....	77
<i>Dragica Vujadinović</i>	
Perspectives of Gender Equality in the Legal Field – The Case of Serbia .....	92
<i>Mirjana Stefanovski</i>	
The Concept of Ministerial Guilt in the Constitutional Development of Serbia 1869–1918. ....	110
<i>Olivera Vučić</i>	
Election and Composition of Constitutional Courts – Painstaking Road in Achieving European Standards. ....	132
<i>Žika Bujuklić</i>	
Formation of Legal Terminology Among Serbs in the XIX Century ..	146
<i>Milena Polojac</i>	
Business Management and Roman Law .....	170
<i>Dejan B. Đurđević</i>	
Notarial Will in the European Laws and in Serbian Law .....	182
<i>Marija Karanikić Mirić</i>	
Information Duties in Serbian Consumer Law .....	199
<i>Nikola Bodiroga</i>	
Inconsistent Adjudication – Violation of Article 6 ECHR. ....	222

<i>Marko Stanković</i>	
Amendments to the Law on the Constitutional Court – A Critical View .....	241
<i>Mirjana Drenovak Ivanović</i>	
Implementation of EU Nuclear Safety Standards in the Serbian Legal System .....	258
<i>Bojana Cuckovic</i>	
Polluter Pays Principle and Environmental Liability – International and European Standards .....	270
<i>Uroš Novaković</i>	
Deprivation of Legal Capacity in the Decisions of the European Court for Human Rights.....	285
<i>Valentina Cvetković</i>	
Unjust Enrichment in Serbian Law .....	302
<i>Marko Milenković</i>	
Administrative Operations and Chemicals Management in the Context of European Integrations .....	317
<i>Katarina Golubović</i>	
Perspectives of Implementation of European Administrative Principles in Serbia .....	336



## 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 prošlog veka. Prethodni petodišnji projekat *Pravni kapacitet Srbije za evropske integracije*, koji je istraživački tim realizovao u periodu 2006–2010. imao je zadatak 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 i da se ukaže na one segmente pravnog sistema čija je reforma delimično ostvarena ili je potpuno izostala. Kako bi rezultati istraživanja bili dostupni široj naučnoj i stručnoj javnosti, prilozi učesnika na projektu *Izazovi implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije* predstavljeni su u Zborniku – Knjiga 2, sa ciljem da se doprinese daljoj reformi i izgradnji pravnog sistema Srbije koji je zasnovan na evropskim vrednostima. 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 2. Articles reflect the personal views of the authors.

The Editor

## IMPLEMENTACIJA NOVOG EVROPSKOG STANDARDA U PRAVU KONKURENCIJE REPUBLIKE SRBIJE – COMPETITION ADVOCACY<sup>1</sup>

### Apstrakt

*Competition advocacy ili u slobodnom prevodu – širenje opšte svesti o značaju zaštite prava konkurencije, postao je novi ali širokoprihvaćen standard u pravu konkurencije zemalja Evropske unije. Takođe, srećemo ga u savremenom američkom pravu kao i u drugim pravima koja su pod uticajem američkog prava konkurencije. Važeći Zakon o zaštiti konkurencije Republike Srbije ne sadrži odredbu o competition advocacy.*

*Uključivanje standarda o potrebi širenja opšte svesti o značaju zaštite prava konkurencije u nacionalne propise i njegova implementacija u praksi rezultat su potrebe da se uspostavi ravnoteža između interesa velikog kapitala, merđžera i kartela i interesa potrošača, malih i srednjih preduzetnika i javnog mnjenja uopšte. Zadatak competition advocacy je da podigne nivo spoznaje svih učesnika na tržištu o pravilima fer konkurencije, njihovim pravima i obavezama.*

*Ključne reči: Širenje opšte svesti o značaju zaštite prava konkurencije. Komisija za zaštitu konkurencije. Državna intervencija. Uloga međunarodnih organizacija.*

### 1. Pojam novog standarda u pravu konkurencije – *Competition advocacy*

Konkurencija predstavlja nadmetanje privrednih subjekata, učesnika na tržištu, da proizvedu, odnosno potrošačima ponude robu ili im pruže potrebne usluge tako da sebi obezbede što veću profitnu stopu. Generalno, svaki oblik konkurencije ima pozitivne efekte jer podstiče na razvoj i usavršavanje, uvećava ekonomsku efikasnost i samim tim doprinosi društvenom blagostanju. Međutim, želja za što većim profitom i oslobađanjem od konkurentskog pritiska često dovodi do različitih zloupotreba, kojima se onda dovodi u pitanje ostvarenje pomenutog pozitivnog efekta konkurencije – regulisanog tržišta i doprinosa društvenom blagostanju. Zloupotrebe, odnosno povrede pra-

\* 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.

<sup>1</sup> *Competition Advocacy* – možemo prevesti samo opisno, kao širenje opšte svesti o značaju zaštite prava konkurencije.

va konkurencije jesu akti kojima učesnici na tržištu ograničavaju, narušavaju ili sprečavaju konkurenciju, a manifestuju se u zaključivanju restriktivnih sporazuma, zloupotrebi dominantnog položaja i nedozvoljenim koncentracijama između učesnika.

Pravo konkurencije predstavlja skup pravnih normi čiji je cilj da eliminišu ili bar kontrolišu prepreke koje se postavljaju u slobodnim i fer konkurentskim odnosima na tržištu. Pravnim normama koje regulišu konkurenciju na nacionalnom tržištu izražavaju se opšti politički i privredni strategijski ciljevi zemlje tako što se regulišu odnosi između privrednih učesnika na tržištu, konkurenata i potrošača. Značaj prava konkurencije se odražava na potrošače smanjivanjem cena, porastom kvaliteta robe i usluga, većim izborom i lakšim ulaskom novih „igrača”. Savremeno tržište je prostor koji karakterišu organizovanost i uređenost u većoj ili manjoj meri, zavisno od adekvatnosti pravnih okvira, ekonomskog potencijala, fleksibilnosti ponude i tražnje itd. Uspostavljanjem unapred utvrđenih pravila ponašanja, poznatih i dostupnih, svaki učesnik na tržištu može donekle da predvidi reakcije ostalih privrednih subjekata na promenu njegove poslovne odluke i može da oceni moguće dejstvo sankcija u slučaju da se prekrše unapred definisana pravila ponašanja u tržišnoj razmeni.<sup>2</sup>

*Competition advocacy* se definiše kao aktivnost koju sprovodi nacionalna institucija za konkurenciju – agencija, komisija ili slično, koja ima zadatak da unapređuje konkurentsko okruženje za privredne delatnosti, pomoću neprirodnih mehanizma, pretežno uspostavljanjem odnosa sa drugim državnim telima i podizanjem opšte svesti o prednostima konkurencije.<sup>3</sup> U početku razvijanja te aktivnosti, nacionalne institucije za konkurenciju se ograničavaju na to da obaveštavaju učesnike na tržištu o potrebi podizanja opšte svesti o značaju zaštite konkurencije tako što ih upoznaju sa zakonskim propisima i politikom konkurencije, odnosno sa njihovim pravima i obavezama. Vremenom, uloga *competition advocacy* se menja, pomerajući se od opštih tema ka državi u oblasti privatizacije, sektorske regulacije i drugih politika. Naime, može se reći da se uloga *competition advocacy* u dužem periodu posmatranja, na nacionalnom i međunarodnom planu, menja sa privrednim razvojem zemlje, regiona, globalnog tržišta.

S obzirom na to da su koncentracije sastavni deo regulatorne politike u oblasti konkurencije, intervencije države često imaju antikongkurentski karakter, kao, na primer, kartelski sporazumi ili finansijske stimulacije određenim kompanijama. Neodgovarajuća regulacija bankarskog sektora priznata je kao glavni faktor koji vodi u globalnu recesiju. Zbog toga je važno obezbediti da pravo konkurencije bude samostalno. Da bi se propisi o konkurenciji i politika konkurencije efikasno sprovodili, širenje opšte svesti o značaju konkurencije mora da prevazilazi samo podnošenje prijave za koncentraciju i prijavljivanje drugih povreda i da bude usmereno ka donosiocima odluka o politici i pravu konkurencije na globalnom nacionalnom planu. Nedavno, ili u velikoj

2 M. Labus, *Osnovi ekonomije*, Beograd 2007, str. 66.

3 UN Conference on Trade and Development, Geneva, november 2010, str.15.

meri, prevaziđena privredna kriza pokazala je neophodnost kompromisa između prava i politike konkurencije i industrijske politike i strategije razvoja. Pokazalo se da je potrebno da institucije za konkurenciju moraju da utvrde koji su elementi industrijskih strategija konkurentski – „prijateljski”, a koji mogu da izazovu poremećaje na tržištu. Takav pristup, sadržan u konceptu *competition advocacy*, ponekad je delotvorniji za obezbeđivanje tržišne stabilnosti od upoznavanja javnosti putem medija sa pravilima fer konkurencije. Mada, naravno, jedno ne isključuje potrebu za drugim.

Ti zadaci moraju da se ostvaruju tako da se ne dovede u pitanje nezavisnost institucije za zaštitu konkurencije. Od vitalnog je značaja da nacionalne institucije za konkurenciju budu jake u institucionalnom smislu, nezavisne od postojeće vlade, sposobne da prežive promenu političkog režima. Njihova nezavisnost je neophodna da bi se maksimalno povećale prednosti saradnje između institucija za konkurenciju i da bi se očuvalo poverenje u njihov rad. Međutim, institucije za konkurenciju svoju nezavisnost moraju da usklade sa politikom konkurencije i kontrole koncentracija, a to znači da saraduju sa drugim državnim institucijama, regulatornim telima i organima vlasti.

Institucije za konkurenciju se, u širenju opšte svesti o značaju zaštite konkurencije, ne ponašaju na isti način, od zemlje do zemlje. Neke su spremne da daju *ad hoc* mišljenja o bilo kojoj traženoj pravnoj stvari, druge traže da određena institucija za konkurenciju bude konsultovana uvek kada pojedini propis ili uredba mogu da imaju uticaja na konkurenciju. U pojedinim zemljama, rukovodioci institucija za konkurenciju uživaju status koji je jednak statusu ministra u vladi, sa ovlašćenjima da učestvuju u donošenju odluka u oblasti privrede. U zemljama gde zakonom nije predviđeno da državni organi konsultuju instituciju za konkurenciju o predloženim koncentracijama i gde nije obavezno tražiti mišljenje vlade i regulatornih tela o pitanjima iz oblasti privrede koja imaju implikacija na konkurenciju, institucije za konkurenciju moraju da budu posebno proaktivne i da intervenišu, u meri u kojoj pravni poredak dozvoljava, u širenje svesti o značaju fer konkurencije na tržištu.

Posebno treba naglasiti da se aktivnost institucija za konkurenciju u oblasti *competition advocacy* ne sme ograničiti na periode ekonomskih kriza već mora postojati konstantno, kako bi postala deo opšte svesti i ponašanja na tržištu.<sup>4</sup> Prisutnost i opšta poznatost postupanja i odluka institucija za konkurenciju u privrednom životu jedne zemlje definiše se kao transparentnost njenog rada i predstavlja važan elemenat širenja svesti o konkurenciji. Saradnja institucija za konkurenciju sa drugim regulatornim telima važna je za sprečavanje ili rano otkrivanje nenamernog antikokurentskog ponašanja na tržištu. Uloga institucija za konkurenciju posebno je značajna za sprovođenje politike konkurencije, koja može da doprinese rešavanju ekonomskih teškoća u nacionalnim privredama. U tom smislu, stvaranje kontinuiranog

4 Komisija za konkurenciju Velike Britanije definisala je jedan broj strateških mera iz oblasti *competition advocacy* za period ekonomskih kriza. Na primer, vlasti treba da upoznaju javnost sa merama koje sprovode u periodu krize, da se staraju za dosledniju primenu pravila konkurencije u privredi i sl.

dijaloga između institucija za konkurenciju i vlada odnosnih zemalja i razmena iskustava predstavlja imperativ ponašanja na savremenom tržištu.

Prednost slobodnih tržišnih ekonomija je neograničen pristup globalnom tržištu. Da to tržište ne bi generisalo privredni haos, pravo i politika konkurencije su neophodni na nacionalnom i međunarodnom planu. Od visoko postavljenih i u praksi primenljivih standarda politike konkurencije, svi učesnici na globalnom tržištu imaju koristi. Nedostatak globalne saradnje i nedoslednost u primeni standarda utiče na slabljenje uloge konkurencije kao sredstva ekonomskog rasta. Kao i poreski prekršaji, korupcija i terorizam i efekti antikonzekurentske nacionalne politike osećaju se i izvan nacionalnih granica. Efikasna primena prava i politike konkurencije, što predstavlja zadatak nacionalnih institucija za konkurenciju, mora se sagledavati i izvan nacionalnih granica. To znači da širenje svesti o značaju prava konkurencije nije samo neophodan standard koji moraju da sadrže nacionalni propisi o konkurenciji već standard koji se mora i primenjivati u svakoj zemlji pojedinačno jer predstavlja globalno prihvaćen i primenjivan standard na svetskom tržištu.

## 2. Uloga države u implementaciji novog standarda u pravu konkurencije

U savremenoj ekonomiji tržište i država su povezani neraskidivim vezama uprkos povremenim tvrdnjama o lažnoj dihotomiji između slobodnog tržišta i državne kontrole. U praksi, pravni poredak i njegova efikasna primena preduslovi su funkcionisanja regulisanog tržišta, pa i time i fer konkurentskih odnosa. Pri tome država može da interveniše na različite načine, kao prodavac ili kupac, zatim putem poreza i subvencija, uticaja na potrošače i firme. Međutim, odnos države prema tržištu se menja, od državnog vlasništva ka indirektnoj kontroli uz pomoć pravne infrastrukture. Privredne krize koje se javljaju poslednjih godina utiču na to da država ponovo jača svoju ulogu donošenjem niza protekcionističkih mera. Primećuje se i novi kvalitet protekcionističkih mera, intervencije države na tržištu poprimaju suptilnije oblike. Posebno je značajno obezbeđivanje fleksibilnosti pri ulasku i izlasku sa tržišta, adekvatan izbor mera koje se primenjuju, [na primer mera kojom se uvode direktne restrikcije na konkurenciju je obično loša mera, kao i upućenost potrošača u njihova prava i organizovanje potrošača.](#)

Širenje opšte svesti o značaju zaštite konkurencije je nesumnjivo jedno od polja na kojem država treba stalno da preduzima odgovarajuće mere. Osim nacionalnih institucija za zaštitu konkurencije, svaka država treba da promovise takvu politiku konkurencije koja će u sebi sadržati i *competition advocacy*, da definiše mere kojima će se podizati opšta svest o pravu konkurencije svih učesnika na tržištu, a posebno privrednih subjekata – konkurenata a i potrošača. Upoznavanje sa pravima i obavezama je samo deo tog koncepta, koji se vremenom obogaćuje saznanjima o anticipaciji politike konkurencije koju sprovodi država, o propisima koje donosi država i konkretnim merama koje sprovodi institucija za zaštitu konkurencije na tom planu.

### 3. Uloga međunarodnih organizacija u implementaciji novog standarda u pravu konkurencije, posebno OECD-a

Međunarodne organizacije igraju značajnu ulogu u širenju svesti o značaju zaštite prava konkurencije. One to čine na različitim nivoima delovanja.

OECD, organizacija koja okuplja 31 zemlju članicu, osnovala je Komitet za konkurenciju koji okuplja rukovodioce najvećih institucija za konkurenciju u svetu. Zadatak Komiteta je da kreira međunarodnu politiku konkurencije putem redovnih kontakata, razmene mišljenja i sprovođenja analize za najvažnije sektore. To je forum za predstavnike zemalja članica, ali i za predstavnike zemalja koje nisu članice (u statusu posmatrača) da trasiraju politiku konkurencije na najvišem nivou. Rad Komiteta za konkurenciju podržava Odeljenje za konkurenciju Direktorata za finansije i preduzetništvo OECD-a.<sup>5</sup> Zadatak Odeljenja za konkurenciju je da Komitetu za konkurenciju obezbedi svu moguću podršku na globalnom nivou, da priprema analitičke materijale, sektorske analize i preporuke iz politike konkurencije i da pruži pomoć državama koje nastoje da ojačaju nacionalno pravo konkurencije. *Competition advocacy* je predmet stalnih diskusija na nacionalnom i međunarodnom planu u okviru specijalizovanih tela OECD-a. Doneta je odluka da je to jedna od najznačajnijih funkcija nacionalnih institucija za konkurenciju.

Nacionalne institucije za konkurenciju, putem odgovarajućih tela u međunarodnim organizacijama, razmenjuju svoja saznanja i iskustva, što dovodi do ujednačavanja prakse ovih institucija, nezavisno od njihove nacionalne pripadnosti. Međunarodne organizacije definišu i najbolju međunarodnu praksu, koja, sa svoje strane, utiče na nacionalnu praksu. To je jedna od najznačajnijih uloga koju međunarodne organizacije imaju u kreiranju nacionalnih politika konkurencije. OECD posebno koristi svoj status da bi, preporukama i kreiranjem najbolje prakse, uticao na države članice. To je naročito značajno u slučajevima kada institucije za konkurenciju ili kreatori politike konkurencije žele da ojačaju nacionalni pravni okvir konkurencije.

Komitet za konkurenciju predlaže Savetu OECD-a preporuke i najbolje prakse. Mada te preporuke nisu pravnoobavezujuće, one imaju veliki uticaj na zemlje članice koje ih implementiraju u svoja prava konkurencije. Na primer, Preporuka o „Hard Core Cartels”, doneta 1998. godine, široko je prihvaćena od nacionalnih institucija u sprovođenju borbe protiv kartela. Danas se smatra da je to jedan od prioriteta u delovanju nacionalnih institucija za konkurenciju. Osim toga, Komitet za konkurenciju definisao je, 2005. godine, najbolje prakse u pristupu i korišćenju poverljivih informacija u nacionalnim institucijama za konkurenciju u ispitivanjima kartela, što je dovelo do međunarodnog konsenzusa na nivou OECD-a o značaju adekvatne saradnje između nacionalnih institucija u njihovoj borbi protiv kartela. Preporuka o koncentracijama, doneta 2005. godine, definiše procedure i najbolje prakse iz ove oblasti.

5 Druge divizije Direktorata pokrivaju područje investicija, antikorupciju, finansijska tržišta i korporativno upravljanje.

Izveštaj koji je usledio posle Preporuke iz 1998. godine o „Hard Core Cartels” ukazao je na to da institucije za konkurenciju zemalja članica moraju da saraduju i sa državnim organima. Tako je OECD doneo Smernice za tendere za javne nabavke čijom su primenom države uštedele oko 15% GDP u proseku. Smernicama se olakšava tenderska procedura za nabavke i službenim licima ukazuje na moguće nepravilnosti u ranim fazama postupka, što institucijama za konkurenciju olakšava postupak ispitivanja.

Komitet za konkurenciju je takođe razvio najbolje prakse da bi državama članicama pomogao u širenju opšte svesti o značaju prava konkurencije, i to se danas smatra, u okviru OECD-a, kao prioritet u postupanju država članica u oblasti prava konkurencije. U oktobru 2009. godine doneta je Preporuka o konkurenciji kojom se državama članicama nalaže da njihove vlade utvrde koji propisi sadrže neopravdane tržišne restrikcije a i da usvoje politike kojima se promoviše fer konkurencija, odnosno kojima se podiže svest o značaju prava konkurencije – *competition advocacy*. Jedan broj nacionalnih institucija razvio je sopstvenu metodologiju u ovoj oblasti, a najveći broj institucija prati rad u okviru OECD-a i kombinuje metode drugih institucija sa sopstvenim metodologijama. Zbog toga je veoma važna diseminacija najboljih praksi u zemljama članicama, ali i u zemljama koje nisu članice OECD-a. To je, na primer, zajednički projekat između Meksika i OECD-a o *competition advocacy*.

OECD takođe saraduje sa drugim međunarodnim organizacijama, Azijskom bankom za razvoj, Interameričkom bankom za razvoj, organizuje godišnje forume za veliki broj zemalja učesnica, osniva regionalne centre za konkurenciju<sup>6</sup> zajedno sa nacionalnim institucijama za konkurenciju, sa ciljem da promoviše zaštitu prava konkurencije i *competition advocacy*.<sup>7</sup> Saradnja između institucija za konkurenciju i institucija za javne nabavke je veoma značajna u ranom otkrivanju i sprečavanju zloupotreba u javnim nabavkama. Uloga OECD-a u definisanju najboljih praksi je veoma važna jer su države pozvane da slede preporuke i prakse koje ova međunarodna organizacija donosi. Preporuke i prakse su dostupne i zemljama nečlanicama, koje treba da ih koriste u menjanju svojih pravnih okvira i ujednačavanju sa praksama država koje već imaju iskustva u tome.

OECD državama obezbeđuje i mehanizam za direktno podizanje svesti o značaju prava konkurencije – *competition advocacy* putem izveštaja „Peer Review”<sup>8</sup> nacionalnim institucijama za konkurenciju. Tim izveštajima se institucijama za konkurenciju ukazuje šta treba da učine na promovisanju *competition advocacy* u odedenoj zemlji. Jedan od zadataka koji se nalaže institucijama jesu i zakonodavne promene koje se sugerišu u izveštaju. Postupak izrade izveštaja podrazumeva i diskusije o preporukama koje izveštaj sadrži na godišnjim konferencijama, na kojima zemlje članice razmenjuju svoja iskustva.

6 Za sada su osnovani centri u Mađarskoj i Koreji.

7 Projekat OECD-a o smanjenju zloupotreba u tenderskim postupcima u Južnoj Americi je doprineo značajnom smanjenju takvih oblika ponašanja u Brazilu i Čileu, na primer.

8 „Peer Review” je studija koju finansira i organizuje OECD u pojedinim zemljama članicama, koja ima za zadatak da prouči nacionalno pravo konkurencije, ukaže na slabosti, ograničenja i nesaglasnosti sa preporukama i najboljim praksama OECD-a.



Republika Srbija je dobila privilegiju da se o stanju prava konkurencije u 2010. i 2011. godini sačini Izveštaj OECD – „Peer Review” koji je predstavljen svim zemljama članicama na Godišnjoj skupštini OECD-a u Ženevi, u julu 2011. godine. U tom izveštaju je, između ostalog, konstatovano da *competition advocacy* nije regulisan Zakonom o zaštiti konkurencije niti podzakonskim aktima, da ga Komisija za konkurenciju Republike Srbije samo povremeno i nesistematski primenjuje i **da to treba da bude važan zadatak prilikom revizije Zakona, kao i da Komisija treba dalje da razvija tu delatnost.**

Iako je aktivnost OECD-a mnogo šira od prava konkurencije, Odeljenje za konkurenciju i Komitet za konkurenciju, u sastavu te međunarodne organizacije, imaju izuzetan značaj i uticaj na razvoj prava konkurencije, a posebno na širenje svesti o značaju prava konkurencije. Naime, osnovna ideja koju ta tela promovišu jeste da će se podizanjem svesti o tome šta obuhvata pravo konkurencije i o tome kako učesnici na tržištu treba da se ponašaju u zajedničkom interesu smanjiti broj povreda konkurencije, a samim tim i kažnjavanja učesnika na tržištu. Zbog toga Odeljenje za konkurenciju OECD-a prati različite projekte koji se sprovode pod okriljem OECD-a, na primer, o inovacijama, klimatskim promenama, zaštiti sredine i druge, posebno sa stanovišta primene propisa o konkurenciji, kako bi obezbedilo da se pravila konkurencije poštuju i da se stalno podiže svest o njihovom značaju u različitim projektima.

Navešćemo neke primere takvog postupanja. Komitet za konkurenciju OECD-a organizuje okrugle stolove o konkurenciji i finansijskoj krizi koji imaju zadatak da pokažu kako se pravo konkurencije odnosi prema implementaciji mera za finansijsku stabilnost. Prednost organizacije kao što je OECD je to što ona, delovanjem Komiteta za konkurenciju, može da uputi odgovarajuće poruke nacionalnim institucijama za konkurenciju, ali i samim vladama država članica. Poruke vladama država članica upućuju se putem mreže diseminacije na međunarodnom planu, tako da vlade država članica imaju mogućnost dvostruke komunikacije – sa svojim institucijama za konkurenciju i sa međunarodnim organizacijama poput OECD-a – ali i drugih organizacija pri koncipiranju makroekonomskih politika, uključujući i politiku konkurencije.

Međunarodne organizacije imaju različite uloge u sprovođenju *competition advocacy*, a OECD posebno ima sledeće: da razvija i čini dostupnim međunarodne najbolje prakse, da širi svest o potrebi prokonkurentne reforme, da obezbedi da pravo konkurencije bude deo ekonomskog dijaloga svake zemlje i da, koristeći svoj međunarodni status, obezbedi da pravo konkurencije bude nezaobilazna tema u koncipiranju međunarodnog privrednog razvoja.

#### 4. Iskustva pojedinih zemalja sa *competition advocacy*

Meksiko je poslednjih godina sproveo temeljnu reformu prava i politike konkurencije.<sup>9</sup> Meksiko je inače imao tešku ekonomsku krizu, stopu inflacije 52%, pad GDP za 6%, kamatnu stopu 80%, pad vrednosti akcija za

9 Na seminaru ICN Advocacy Working Group, koji je održan 14. januara 2010. godine u Meksiku, izneta su iskustva u širenju svesti o značaju prava konkurencije.

40% itd. Strategija Vlade za izlazak iz krize predviđala je obezbeđivanje međunarodnog kredita u vrednosti od 52 milijarde američkih dolara. Politika konkurencije je bila značajan deo te strategije kao i ukidanje ulaznih restrikcija, kontrola monopola, prokonkurentna privatizacija i dr. Sve to je bilo praćeno pravnom deregulacijom, i to naročito u podizanju konkurentnosti u bankarskom sektoru, uvođenju pravila o striktnoj kapitalizaciji i rizicima menadžmenta, nadzoru centralne banke nad interbankarskim taksama, obaveznošću transparentnih informacija potrošačima, osnivanju kreditnog biroa itd. Posledice su bile povećanje broja banaka, sa 35 na 43 i smanjenje koncentracije kapitala u bankama, udeo dve najveće banke smanjio se sa 48% na 41%, uz povećanje kapitalizacije banaka. Ipak sve te pozitivne promene u bankarskom sektoru nisu mnogo uticale na konkurenciju u samom sektoru u poređenju sa međunarodnim standardima.<sup>10</sup>

Od 2009. godine u Meksiku se sprovodi prokonkurentna reforma propisa, koja se odnosi na: uvođenje novih načina za potrošače u zaštiti svojih prava, nadzor nad interbankarskim taksama da bi se pojedine banke sprečile da takse koriste kao antikonkurentno sredstvo, obaveznost relacije između menjanja kreditnih kartica i kreditnog biroa, mogućnost da platne kartice izdaju nebankarske organizacije, uvođenje obaveze da banke daju transparentne informacije o taksama, kamatama i uslovima kredita korisnicima bankarskih usluga, kao i uvođenje standardizovanih kreditnih kartica.

Tokom svih tih refomi, *competition advocacy* je igrao ključnu ulogu u promovisanju konkurencije u bankarskom sektoru jer su mnoge reformske mere koje su nedavno uvedene povezane sa preporukama koje je objavila nacionalna institucija za konkurenciju. Opšte je prihvaćeno da je konkurentnost u bankarskom sektoru ključni faktor u razvoju ukupne privredne konkurentnosti, s jedne strane, i dobrobiti potrošača, korisnika usluga, s druge strane, pa je stalni napredak *competition advocacy* nerazdvojni elemenat svih politika konkurencije na nacionalnom i međunarodnom nivou. U Meksiku su identifikovane najrelevantnije aktivnosti u oblasti širenja svesti o značaju konkurencije u bankarskom sektoru. To su: permanentno podizanje svesti i upozorenje javnog mnjenja na nedostatatak konkurentnosti u bankarskom sektoru i konsekvantnim troškovima za potrošače odnosno korisnike bankarskih usluga, pripremanje i objavljivanje izveštaja sa preporukama o uvođenju prokonkurentne reforme u bankarskom sektoru koji se objavljuju u masmedijima, upoznavanje Senata i Kongresa sa sadržajem prokonkurentnih reformi i, konačno, stalna saradnja sa sektorskim regulatorima u implementaciji prava konkurencije.

Primer Kanade je nešto drugačiji. U Kanadi, ovlašćeno lice u Komisiji za konkurenciju (*Commissioner*) ima zakonom utvrđeno pravo da deluje kao organ *competition advocacy*. To ovlašćeno lice može da zastupa i iznosi dokaze pred federalnim državnim organima, raznim telima, komisijama i sudovima

10 Na primer, udeo bankarskih zajmova u GDP u Meksiku iznosi 25%, a proseku u zemljama OECD je 127%, tržišni udeo pet najvećih banaka u Meksiku u depozitu iznosi 84%, dok je u SAD 39%, a u Velikoj Britaniji 58%.

u vezi sa svim pitanjima koja su povezana sa širenjem svesti o značaju prava konkurencije. U Kanadi je prihvaćeno shvatanje da *competition advocacy* obuhvata i druge političke ciljeve, izuzev striktno zaštite konkurencije, koji se odnose na socijalne, kulturološke i ekonomske ciljeve i da sa njima treba da bude harmonizovan. To usklađivanje, međutim, ne sme da naruši slobodnu konkurentnost tržišta. Zbog toga u Komisiji za konkurenciju Kanade postoji posebno odeljenje koje prati širenje svesti o značaju konkurencije, predlaže pravne propise o regulaciji i organizuje delatnost na tom planu. Iskustvo pokazuje da se bolji rezultati postižu u širenju svesti o značaju prava konkurencije kada se propisi primenjuju u što manjoj meri, odnosno kada se drugim, neregulatornim sredstvima radi na širenju svesti o značaju konkurencije.

Komisija za konkurenciju Kanade<sup>11</sup> definisala je tri glavne vrste aktivnosti u oblasti *competition advocacy*: intervencije, formalni i neformalni odnosi sa državnim organima i sektorske analize. Mesto direktora odeljenja koje prati *competition advocacy* osnovano je 2008. godine. Pošlo se od sledećih pretpostavki: *advocacy* je najpogodniji način za tretiranje pitanja iz oblasti konkurencije, Komisija za konkurenciju je najpogodnija institucija da se bavi tim pitanjima, inicijativa za pokretanje *competition advocacy* je u javnom interesu, taj interes je merljiv i može se unapred proceniti. Koristi od primene *competition advocacy* mogu se sagledati i daju efekte u kratkom periodu.

U SAD, Federalna komisija za trgovinu (*Federal Trade Commission*), institucija koja se bavi konkurencijom, u svom radu od 1980. godine primenjuje *competition advocacy* kako bi državne organe na svim nivoima usmeravala da donose odluke kojima se unapređuje konkurencija. Osim toga, *competition advocacy* je neophodan sa stanovišta interesa potrošača čiji interesi nisu uvek dobro zastupljeni u forumima gde se odlučuje. Mnoga ograničenja koja država postavlja u pogledu konkurencije često su izvan domašaja institucije za konkurenciju. Federalna komisija za trgovinu tada pokušava da deluje *ex post*, da upozorava i menja takva rešenja; takođe, pokušava da utiče na donošenje odluka da usvoje politike koje promovišu konkurenciju, to jest deluje *ex ante*. Širenje svesti može direktno ili indirektno da utiče na politiku konkurencije. Na primer, indirektno, Komisija može da obaveštava javno mnjenje o mogućim troškovima koje će izazvati određen antikonkurentski propis, mera vlade i slično, može da stvori politički pritisak u pravcu davanja podrške određenom prokonkurentskom propisu ili obrnuto, da stvori atmosferu u kojoj je donošenje antikonkurentskog propisa otežano ili čak onemogućeno. Najzad, pomoću *competition advocacy* može da se obezbedi politička podrška za regulatore da usvoje određenu prokonkurentsku politiku ili donesu odgovarajuću odluku.

Federalna komisija je od 1980. godine, kada je počela da sprovodi *competition advocacy*, uložila više od 750 „komentara”, a dešavalo se da bude i 90 „komentara” godišnje. „Komentari” ili pisani izveštaji, preporuke ili mišlje-

11 Seminar „Evaluation of Competition Advocacy Efforts by Antitrust Authorities: The Experience of the Canadian Competition Bureau and the U.S. Federal Trade Commission”, održan 2. februara 2010. godine.

nja rezultat su aktivnosti *competition advocacy*. Interesantno je da od 2001. godine broj „komentara” opada i poslednjih godina je upućivano kreće 20 „komentara” iz oblasti *competition advocacy*. Federalna komisija sprovodi svoj uticaj na donosiocima političkih odluka putem formalnog širenja svesti, neformalnog širenja svesti i sektorskih analiza tržišta. Formalni „komentari” se izrađuju i dostavljaju na zahtev donosioca odluka – državnih organa, kao odgovor na reakciju široke javnosti i medija ili na inicijativu same Komisije, koja dostavlja podneske sudu kao *amicus curiae*. U pripremanju formalnih „komentara” često se koriste sugestije i predlozi udruženja za zaštitu potrošača. Federalna komisija u punom sastavu odobrava podnošenje svih „komentara” iz oblasti *competition advocacy*. Druga vrsta aktivnosti Federalne komisije u vezi sa *competition advocacy* odvija se kao neformalna razmena informacija i diskusije sa donosiocima odluka na različitim nivoima. Federalna komisija se takođe bavi istraživanjem različitih praksi u industriji i trgovini i rezultate tih zapažanja objavljuje u svojim izveštajima i analizama. Na primer, to su sektorske analize o farmaceutskoj industriji ili naftnoj industriji, zaštiti potrošača, poštovanja privatnosti potrošača i prevarama potrošača. One pružaju empirijske podatke o mogućem konkurentskom dejstvu predloženog propisa iz oblasti konkurencije.

Federalna komisija je 2007. godine sprovela evaluaciju rada Komisije na programu *competition advocacy*, i to posebno sa aspekta uticaja na politiku konkurencije. Taj metod evaluacije je bio posebno fokusiran na tržišne efekte *competition advocacy*, i to na proces donošenja odluka za koje je Federalna komisija uložila formalni „komentar”. Pritom su bili obuhvaćeni samo oni slučajevi kada su donosioci odluka od Federalne komisije tražili „komentar” za određeno pitanje. Iz etičkih razloga, Federalna komisija nije imala uvid u rad sudija koji su od Komisije primili *amicus curiae* niti u rad primalaca „komentara” koji su bile uključeni u zakonodavnu delatnost.

Od 36 primljenih odgovora, 53% su bili od onih koji su tražili „komentar” Federalne komisije, 28% su bili odgovori predstavnika agencija koje su bile formalno angažovane u donošenju propisa, a 19% od onih koji su osporavali rad Federalne komisije u oblasti *competition advocacy*. Većina odgovora primalaca „komentara” Federalne komisije odnosila se na period do 2005. godine i obuhvatala je široku paletu profesionalizovanih regulatornih pitanja, uključujući i regulaciju prava konkurencije (restrikcije u distribuciji vina i piva, propise o zaštiti lekova, hrane, sistem rezervacija u avio-saobraćaju, elektroniku i dr.). Kada je reč o samoj sadržini odgovora, 75% anketiranih se složilo da „komentari” Federalne komisije predstavljaju jasnu analizu određenog pitanja, a 73% se saglasilo da su „komentari” korisni za donosiocima odluka iz oblasti prava konkurencije. Više od 53% anketiranih izjavilo je da su „komentari” odlično urađeni, čak i u slučajevima kada se anketirani nije slagao sa predlogom Federalne komisije o postupanju u određenoj stvari. U svakom slučaju 88% anketiranih je smatralo da su „komentari” Federalne komisije veoma korisni za sprovođenje prava i politike konkurencije.

Mada je u 61% odgovora rečeno da je rezultat postignut u procesu donošenja odluke iz oblasti prava konkurencije bio konzistentan sa stavom Fede-

ralne komisije o određenom pitanju, to nužno ne znači da je rezultat aktivnosti Komisije u *competition advocacy* uvek pozitivan. Detaljniji uvid u podatke govori da 94% anketiranih smatra da su „komentari” Federalne komisije uzeti donekle u obzir, a samo 54% njih kaže da su „komentari” Komisije uticali na rezultat. Kada je rezultat bio konzistentan sa mišljenjem Komisije o određenom pitanju, 79% je izjavilo da je njen „komentar” uticao na donošenje takvog rezultata. U celini gledano, može se reći da „komentari” Federalne komisije o određenim pitanjima iz prava i politike konkurencije imaju značaj i težinu u postupku donošenja odluka i propisa u SAD. Step en njihovog uticaja ipak zavisi od slučaja do slučaja.

Najzad, zanimljivo je u kojoj meri štampa i javni mediji učestvuju u postupku širenja svesti o značaju prava konkurencije – *competition advocacy* u SAD. Ankete pokazuju da procenat pokrivenosti štampom slučajeva i pitanja iz prava konkurencije iznosi 61% u SAD, s tim što procenat varira, **zavisno od pozitivnog rezultata**. Međutim, kada je reč o ulozi Federalne komisije, podaci pokazuju da pokrivenost štampom ne utiče na rezultat: 67% ispitanika se ne slaže sa tvrdnjom da je rad Komisije bio efikasan zahvaljujući pokrivenosti štampom. Naprotiv, ocenjuje se da je Komisija ostvarila lošije rezultate u širenju svesti o značaju prava konkurencije kada se direktno uključila u određeni slučaj.

Na osnovu ove konstatacije ne bi trebalo zaključiti da rad Federalne komisije ne treba da bude medijski podržan, pogotovu u oblasti širenja svesti o značaju konkurencije. Naprotiv. Ipak, veoma je važno na koji način se to čini, odnosno važno je da štampa sačuva objektivnost prenošenja i upoznavanja javnosti, a da se Federalna komisija, u izražavanju svoga stava, ne pretvori u advokata za određenu stvar ili određeni slučaj, iza koga stoje partikularni interesi, prepoznatljivi na tržištu.

Izneta iskustva u raznim zemljama – Meksiko, Kanada, SAD – upravo ukazuju na sledeći zaključak. Širenje svesti o značaju prava konkurencije veoma je značajna delatnost nacionalnih institucija o konkurenciji, efekti širenja svesti su pozitivni i dobri za sve učesnike na tržištu i značajno olakšava posao donosiocima odluka na svim nivoima. Sve to, uz obaveze koje nameće proces harmonizacije prava konkurencije sa pravom Evropske unije, nedvosmisleno govori u prilog uvođenju evropskog (i ne samo evropskog) standarda – *competition advocacy* – u pravo konkurencije Republike Srbije. Na kraju, treba reći da je Komisija za zaštitu konkurencije Republike Srbije počela da primenjuje taj standard, u skromnim okvirima. Dalji razvoj, odnosno implementacija tog standarda u domaće pravo zavisi od izmene propisa (prvo), spremnosti državnih organa na svim nivoima vlasti da sarađuju sa Komisijom za zaštitu konkurencije (drugo) i od jačanja kapaciteta same Komisije za širenje svesti o značaju prava i politike konkurencije.

## Zaključak

Usvajanjem instituta širenja opšte svesti o značaju zaštite prava konkurencije, koje je postalo novi ali širokoprihvatan standard u pravu konkurencije, Republika Srbija će se svrstati u red zemalja sa savremenim pravnim re-

šenjima iz oblasti prava konkurencije i imaće zakonodavstvo u potpunosti usklađeno sa pravom Evropske unije. Pravi učinak primene ovog instituta moći će da se sagleda tek nakon određenog vremena budući da taj standard treba da postane opštepoznat učesnicima u privredi, sa pogodnostima koje on predviđa, kao i da se se uspostavi profesionalna atmosfera u kojoj će *competition advocacy* biti ocenjen kao pozitivan gest u privrednom poslovanju, kao značajna aktivnost nacionalne institucije za zaštitu konkurencije i kao jedan od najefikasnijih načina za zaštitu interesa potrošača. U svemu tome posebnu ulogu imaju državni organi, regulatori, na svim nivoima jer od njihove spremnosti da sarađuju sa Komisijom umnogome zavisi efekat primene tog standarda.

### 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.
4. Passa J., *Contrefacon et concurrence deloyale*, Pariz 1997, str. 57.
5. Schricker P., *Twenty-five years of protection against Unfair competition*, München 1996, str. 22.
6. Besarović V., *Pravo intelektualne svojine*, Beograd 2005.

*Prof. Dr Vesna Besarović*\*<sup>12</sup>

## COMPETITION ADVOCACY – IMPLEMENTATION OF THE NEW EUROPEAN STANDARD IN THE SERBIAN COMPETITION LAW

### Summary

*Competition advocacy has been defined as „activities conducted by the competition authority related to the promotion of a competitive environment for economic activities by means of non-enforcement mechanisms, mainly through its relationships with other governmental entities and by increasing public awareness of the benefits of competition”. During the formative stages of a competition authority, competition advocacy is primarily used to inform stakeholders of the existence of the law and policy, and its associated obligations and rights.*

\* Vesna Besarović, PhD. Professor of Law, Faculty of Law University of Belgrade. This article is the result of research within the project *Perspectives of Implementation of European Standards in the Serbian Legal System* (179059), supported by the Ministry of Science of Serbia.

*As time progresses, the role of competition advocacy changes, shifting towards generally advocating competition issues to government in the areas of privatization, sector regulation and other policies. During times of economic trouble, the role of competition advocacy must change and evolve further. The international organizations have a specific and very important role in the promotion of competition advocacy. The experience of three institutions for competition (Mexico, USA and Canada) are described in the present article as well. The conclusion is that Serbian Competition law has to adopt the new European standard – competition advocacy and Serbian Commission for competition has to apply it in its activities.*

*Key words: Competition Advocacy, Commission for Protection of Competition, Government intervention, International Organizations, Financial Markets, Evaluation of Competition Advocacy*

Prof. dr Stevan Lilić\*

## USTAVNE PROTIVREČNOSTI POKRAJINSKE AUTONOMIJE U SRBIJI (u kontekstu odluke Ustavnog suda u slučaju „Vojvodina”)

### Apstrakt

*U pogledu sistematičnog i koherentnog utvrđivanja načela pokrajinske autonomije, definisanja položaja, nadležnosti i prava autonomne pokrajine, kao i uređivanja odnosa autonomne pokrajine i Republike Srbije, Ustav Srbije (2006) sadrži jedan broj protivrečnosti koje otežavaju jasno definisanje statusa autonomije u postojećim ustavnim okvirima. To su konstatovali i eksperti Venecijanske komisije Saveta Evrope prilikom usvajanja Ustava Srbije 2006. godine. Grupa poslanika osporila je pred Ustavnim sudom Srbije Zakon o utvrđivanju nadležnosti Autonomne Pokrajine Vojvodine (2009). Ustavni sud je, sredinom 2012. godine, doneo Odluku (IUz-353/2012) kojom su 22 od 36 osporenih stavki proglašene neustavnim, ali nije osporio ustavnost ovog Zakona u celini.*

*Ključne reči: Ustav Srbije. Zakon o utvrđivanju nadležnosti Autonomne Pokrajine Vojvodine (2009). Ustavni sud Srbije.*

### I. Ustavni okviri pokrajinske autonomije

Ustav Republike Srbije (2006) postavlja opšte političko-pravne i normativne okvire pokrajinske autonomije i lokalne samouprave. Polazna ustavna premisa pokrajinske autonomije i lokalne samouprave sadržana je u posebnoj odredbi Prvog dela („Načela Ustava”) koja glasi: *Pokrajinska autonomija i lokalna samouprava* (čl. 12): „Državna vlast ograničena je pravom građana na pokrajinsku autonomiju i lokalnu samoupravu. Pravo građana na pokrajinsku autonomiju i lokalnu samoupravu podleže samo nadzoru ustavnosti i zakonitosti.”

Ustav Srbije razlikuje tri modaliteta autonomnih pokrajina: a) autonomna pokrajina sa „pokrajinskom autonomijom” (Autonomna Pokrajina Vojvodina); b) autonomna pokrajina sa „suštinskom autonomijom” (Autonomna Pokrajina Kosovo i Metohija); c) moguće „nove” autonomne pokrajine (bilo sa „pokrajinskom autonomijom”, bilo sa „suštinskom autonomijom”, bilo sa nekim „trećim” oblikom autonomije).

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



U tom pogledu Ustav, između ostalog, sadrži i sledeće odredbe: „građani imaju pravo na pokrajinsku autonomiju” (čl. 176); „autonomne pokrajine su autonomne teritorijalne zajednice osnovane Ustavom, u kojima građani ostvaruju pravo na pokrajinsku autonomiju” (čl. 182. st. 1); „Republika Srbija ima Autonomnu Pokrajinu Vojvodinu i Autonomnu Pokrajinu Kosovo i Metohija”, s tim što će se „suštinska autonomija Autonomne Pokrajine Kosovo i Metohija urediti posebnim zakonom, koji se donosi po postupku predviđenom za promenu Ustava”<sup>1</sup> (čl. 182, st. 2). Ustav, takođe, uređuje nadležnost autonomnih pokrajina (čl. 183) i pravne akte autonomne pokrajine (čl. 185).

## II. Ustavne protivrečnosti pokrajinske autonomije

U pogledu sistematičnog i koherentnog utvrđivanja načela pokrajinske autonomije, definisanja položaja, nadležnosti i prava autonomne pokrajine, kao i uređivanja odnosa autonomne pokrajine i Republike Srbije, Ustav sadrži jedan broj protivrečnosti koje otežavaju jasno definisanje statusa autonomije u postojećim ustavnim okvirima. To se posebno odnosi na određene protivrečnosti između opšteg ustavnog načela o pokrajinskoj autonomiji da je „državna vlast ograničena pokrajinskom autonomijom” (čl. 12) i odredbe da „građani imaju pravo na pokrajinsku autonomiju” (čl. 176), s jedne strane, i drugih ustavnih odredbi o pokrajinskoj autonomiji koje su formulisane u okviru Dela VII Ustava koji pokrajinsku autonomiju definiše kao modalitet „teritorijalnog uređenja” (čl. 182–187), s druge strane. Osim toga, Ustav na više mesta govori o „suštinskoj autonomiji”, ali nijednom rečju ne određuje šta čini njenu suštinu. Konačno, otvoreno je pitanje šta čini razliku između „pokrajinske autonomije” i „suštinske autonomije”.

U kontekstu nekoherentnosti Ustava Srbije, kada je u pitanju pokrajinska autonomija, posebno se ističe potencijalna mogućnost da se Ustavom utvrđena pokrajinska autonomija ograniči zakonom, kao aktom niže pravne snage od Ustava. Tako, prema *Mišljenju o Ustavu Srbije*, koje je u martu 2007. godine formulisala Evropska komisija za demokratiju putem prava Saveta Evrope (tzv. Venecijanska komisija): „Generalno gledajući, mnogi aspekti ovog Ustava ispunjavaju evropske standarde i usvajaju primedbe iznete u Mišljenju Venecijanske komisije iz 2005. Međutim, postoje neke odredbe koje su još uvek dosta ispod ovih standarda, kao i druge koje su nejasne ili kontradiktorne, očigledno kao rezultat nepažljive izrade.” (...) „U odnosu na suštinsku autonomiju pažljivo čitanje Ustava, a posebno Dela VII, jasno ukazuje da ova suštinska autonomija uopšte nije zajamčena na ustavnom nivou, jer skoro svaki važan aspekt ove autonomije Ustav delegira na zakonodavca.” (...) „Navedeno je da ovo pravo (čl. 12) ograničava državnu vlast i da podleže samo nadzoru ustavnosti i zakonitosti. Mada ovo u principu treba pozdraviti, za žaljenje je

1 Napomena: Zakon o suštinskoj autonomiji Autonomne Pokrajine Kosovo i Metohija nije donet.

da sadržaj ovog prava nije konkretizovan u Ustavu čime je skoro u celosti ostavljeno zakonodavnom organu da odredi obim ovih prava.”<sup>2</sup>

### III. Zakoni o nadležnosti i statut Vojvodine

Nakon demokratskih promena u Srbiji 2000. godine, Narodna skupština usvojila je 2002. godine *Zakon o utvrđivanju određenih nadležnosti Autonomne Pokrajine Vojvodine* (tzv. Omnibus zakon)<sup>3</sup> kojim je bilo predviđeno da se ovim „zakonom bliže određuju nadležnosti autonomne pokrajine, naročito u oblastima u kojima Republika uređuje sistem” (čl. 1. st. 1), kao i da „Autonomna Pokrajina, u skladu sa Statutom, svojim propisima uređuje pojedina pitanja od interesa za njene građane, kao i način njihovog ostvarivanja, a posebno nadležnost organa i obrazovanje organizacija i ustanova i obezbeđivanje njihovog funkcionisanja, u skladu sa Ustavom i zakonom” (čl. 2).

Narodna skupština Srbije usvojila je 30. novembra 2009. godine *Zakon o utvrđivanju nadležnosti Autonomne Pokrajine Vojvodine*.<sup>4</sup> Donošenjem ovog Zakona, prestao je da važi *Zakon o utvrđivanju određenih nadležnosti Autonomne Pokrajine Vojvodine* (tzv. Omnibus zakon) iz 2002. godine. Prema novom Zakonu: „utvrđuju se nadležnosti AP Vojvodine i uređuju druga pitanja od značaja za položaj AP Vojvodine” (čl. 1). Takođe, „AP Vojvodina, u skladu sa Ustavom Republike Srbije i Statutom AP Vojvodine, uređuje nadležnost, izbor, organizaciju i rad organa i službi koje osniva. U postupku donošenja zakona vodiće se računa o dostignutom nivou prava građana na pokrajinsku autonomiju. U postupku donošenja zakona kojima se uređuju pitanja od pokrajinskog značaja, predlagач je dužan da zatraži mišljenje nadležnog organa AP Vojvodine” (čl. 2).

Prema članu 185. Ustava: „Najviši pravni akt autonomne pokrajine je statut. Statut autonomne pokrajine donosi njena skupština, uz prethodnu saglasnost Narodne skupštine.” Narodna skupština Republike Srbije donela je 30. novembra 2009. godine Odluku o prethodnoj saglasnosti na Predlog statuta Autonomne Pokrajine Vojvodine. Prema Poslovniku Narodne skupštine<sup>5</sup> (čl. 189): „Na postupak davanja prethodne saglasnosti na statut autonomne pokrajine shodno se primenjuju odredbe ovog poslovnika o postupku za donošenje zakona, ako poslovníkom nije drugačije rečeno.” Skupština AP Vojvodine usvojila je 14. decembra 2009. godine i proglasila Statut AP Vojvodine,<sup>6</sup>

2 *Mišljenje o Ustavu Srbije*, Evropska Komisija za demokratiju putem prava (Venecijanska komisija) Saveta Evrope, CDL-AD(2007)004, 19. mart 2007.

3 *Zakon o utvrđivanju određenih nadležnosti autonomne pokrajine* (Omnibus zakon), „Službeni glasnik RS”, br. 6/2002.

4 *Zakon o utvrđivanju nadležnosti autonomne pokrajine*, „Službeni glasnik RS”, br. 99/2009.

5 Poslovnik Narodne skupštine, „Službeni glasnik RS”, br. 53/2010.

6 Statut Autonomne Pokrajine Vojvodine, „Službeni list APV”, br. 17/2009.

prema kojem: „Vojvodina je autonomna pokrajina građanki i građana koji u njoj žive u sastavu Republike Srbije. Vojvodina je regija u kojoj se tradicionalno neguju višekulturalnost, višekonfesionalnost i drugi evropski principi i vrednosti. AP Vojvodina je neodvojivi deo Republike Srbije” (čl. 1).

#### IV. Odluka Ustavnog suda Srbije u slučaju „Vojvodina” (IUz-353/2009)

##### *a) Predlog za ocenu ustavnosti*

Predlog za ocenu ustavnosti Zakona o utvrđivanju nadležnosti Autonomne Pokrajine Vojvodine sa obrazloženjem da Zakon „nije u skladu sa Ustavom Republike Srbije” podnela je grupa od 21 narodnog poslanika Poslaničke grupe „Demokratska stranka Srbije – dr Vojislav Koštunica” i grupa od devet narodnih poslanika „Nove Srbije”, uz napomenu da se „označenje protivustavnih odredbi, razloge na kojima se Predlog zasniva i predlog kako da se odluči” daju u prilogu. U Predlogu se, između ostalog, navodi: „Obrazloženje zbog čega Zakon nije u skladu sa Ustavom izložiće se posebno za svaku od protivustavnih odredbi”, kao i da se, imajući u vidu sve što je izloženo, predlaže da „Ustavni sud Republike Srbije utvrdi da Zakon o utvrđivanju nadležnosti AP Vojvodine nije u saglasnosti sa Ustavom Republike Srbije”.

Zakonodavni odbor Narodne skupštine uputio je Ustavnom sudu Odgovor na Predlog za ocenu ustavnosti, u kojem se, između ostalog, navodi: „Odbor je mišljenja da sporne odredbe (...) Zakona o utvrđivanju nadležnosti Autonomne Pokrajine Vojvodine nisu nesaglasne s Ustavom i predlaže Ustavnom sudu (...) da donese odluku kojom se odbija predlog za utvrđivanje neustavnosti osporenih odredaba Zakona o utvrđivanju nadležnosti Autonomne Pokrajine Vojvodine.”

Sudija izvestilac Ustavnog suda podneo je izveštaj o predmetu sa Predlogom za zakazivanje javne rasprave na osnovu odredbe člana 37. stav 1. Zakona o Ustavnom sudu. U Izveštaju se navodi da je „Ustavnom sudu podnet Predlog za ocenu ustavnosti Zakona o utvrđivanju nadležnosti Autonomne Pokrajine Vojvodine, kojim su osporene odredbe (...)” i u nastavku navodi osporene odredbe i pitanja koja su od značaja za utvrđivanje ustavnosti. Tim povodom, početkom 2012. godine održane su dve javne rasprave u prostorijama Ustavnog suda u Beogradu.

##### *b) Odluka Ustavnog suda*

Ustavni sud na sednici održanoj 10. jula 2012. godine doneo je Odluku (IUz-353/2009 od 10. jula 2012. godine) kojom je utvrđeno da od ukupno 36 osporenih tačaka Zakona o utvrđivanju nadležnosti Autonomne Pokrajine Vojvodine, 22 nisu u saglasnosti sa Ustavom Srbije<sup>7</sup> (i to: „odredbe člana

<sup>7</sup> Prema izveštajima medija: „Odluka Ustavnog suda Srbije da pojedine odredbe Zakona o utvrđivanju nadležnosti AP Vojvodine nisu u saglasnosti s Ustavom izazvala je pode-

2. st. 2. i 3, odredba člana 3. stav 3. u delu koji glasi: „kao regija u kojoj se tradicionalno neguju evropski principi i vrednosti” i u delu koji glasi: „i u okviru svoje nadležnosti može osnovati predstavništva u regionima Evrope, odnosno u Briselu”, odredba člana 4. stav 1. u delu koji glasi: „u njenim geografskim oblastima (Bačka, Banat i Srem)”, odredba člana 4. stav 5. u delu koji glasi: „glavni;”, odredba člana 5. stav 3, odredba člana 9. stav 1. u delu koji glasi: „i zakonom” i u delu koji glasi: „odnosno koje su zakonom određene kao pitanja od pokrajinskog značaja”, odredbe člana 9. st. 3. i 4, odredba člana 10. tačka 15), u delu koji glasi: „i lokalne samouprave”, odredba člana 13. tačka 1), odredba člana 16. tačka 1), odredba člana 18. tačka 1), odredba člana 19, odredba člana 21, odredba člana 25. tačka 1), odredbe člana 27, odredba člana 53. tačka 1), u delu koji glasi: „druga prava u oblasti socijalne zaštite, veći obim prava od prava utvrđenih zakonom i”, u delu koji glasi: „njihovo” i u delu koji glasi: „kao i druge oblike”, odredba člana 58. u delu koji glasi: „dodatna i dopunska prava i zaštitu, odnosno”, odredbe člana 64, odredbe člana 68. stav 1. tač. 1) do 4), odredbe člana 73. stav 1. tač. 1) i 2), odredbe člana 74. tač. 3), 4) i 5) i odredba člana 76. stav 1. Zakona”).

U odnosu na ostale osporene odredbe, Ustavni sud je odbio predlog za utvrđivanje njihove neustavnosti.

U svojoj Odluci, Ustavni sud konstatuje da je „polazeći od sadržine osporenih odredaba Zakona, razloga osporavanja njihove saglasnosti sa Ustavom koje je izneo predlagač i odgovora Narodne skupštine, Ustavni sud utvrdio ustavnopravna pitanja koja se kao sporna mogu postaviti u ovom postupku” i naveo sadržinu svake od osporenih odredaba Zakona, razloge kojima predlagač obrazlaže njihovu nesaglasnost sa Ustavom, argumente koje je u odgovoru iznela Narodna skupština i pitanja koja se, prema oceni Ustavnog suda, mogu postaviti kao sporna.

U tom smislu, u Odluci Sud navodi da na osnovu odredbe člana 168. stav 3. Ustava, danom objavljivanja Odluke Ustavnog suda u „Službenom glasniku Republike Srbije”, prestaju da važe sledeće odredbe Zakona o utvrđivanju nadležnosti Autonomne Pokrajine Vojvodine („Službeni glasnik RS”, broj 99/09), i to:

- odredbe člana 2. st. 2. i 3,
- odredba člana 3. stav 3. u delu koji glasi: „kao regija u kojoj se tradicionalno neguju evropski principi i vrednosti” i u delu koji glasi: „i u okviru svoje nadležnosti može osnovati predstavništva u regionima Evrope, odnosno u Briselu”,
- odredba člana 4. stav 1. u delu koji glasi: „u njenim geografskim oblastima (Bačka, Banat i Srem)”,
- odredba člana 4. stav 5. u delu koji glasi: „glavni;”

---

ljene reakcije javnosti, ali i stručnjaka, budući da neki od njih smatraju da je odluka na mestu, a drugi pak da je ona ‘kontroverzna’ i posledica ‘rdavih’ odredaba Ustava Srbije koji se odnose na Vojvodinu. Predsednik Vlade Vojvodine izjavio je da ‘odluka USS u praktičnom smislu neće imati nikakvog značaja’, (izvor: [www.rtv.rs/sr\\_ci/vojvodina](http://www.rtv.rs/sr_ci/vojvodina)).

- odredba člana 5. stav 3,
- odredba člana 9. stav 1. u delu koji glasi: „i zakonom” i u delu koji glasi: „odnosno koje su zakonom određene kao pitanja od pokrajinskog značaja”,
- odredbe člana 9. st. 3. i 4,
- odredba člana 10. tačka 15) u delu koji glasi: „i lokalne samouprave”,
- odredba člana 13. tačka 1),
- odredba člana 16. tačka 1),
- odredba člana 18. tačka 1),
- odredba člana 19,
- odredba člana 21,
- odredba člana 25. tačka 1),
- odredbe člana 27,
- odredba člana 53. tačka 1), u delu koji glasi: „druga prava u oblasti socijalne zaštite, veći obim prava od prava utvrđenih zakonom i”, u delu koji glasi: „njihovo” i u delu koji glasi: „kao i druge oblike”,
- odredba člana 58. u delu koji glasi: „dodatna i dopunska prava i zaštitu, odnosno”,
- odredbe člana 64,
- odredbe člana 68. stav 1. tač. 1) do 4),
- odredbe člana 73. stav 1. tač. 1) i 2), odredbe člana 74. tač. 3), 4) i 5) i
- odredba člana 76. stav 1. Zakona.

Ustavni sud je utvrdio da su neustavne one odredbe zakona kojima se AP Vojvodini prenose nadležnosti u oblastima koje nisu predviđene Ustavom, kao što su nauka i tehnološki razvoj, energetika, lokalna samouprava i organizacija sudske vlasti u Republici. Neustavne su i odredbe kojima se Pokrajini prepusta uređivanje čitave oblasti, a ne samo onih pitanja u toj oblasti koja su po svojoj prirodi od pokrajinskog značaja – vodoprivredna delatnost, šumarstvo, lov, ribolov, zaštita životne sredine.

Ustavni sud je ocenio da se pravo građana na pokrajinsku autonomiju ne može smatrati individualnim ili kolektivnim ljudskim pravom, čiji se dostignuti nivo garantuje Ustavom, već je reč o ustavnoj garanciji decentralizacije kao rukovodnog principa ustavnog poretka.

Sud je, takođe, ocenio da su pojedinim odredbama Zakona o autonomnoj pokrajini prenete nadležnosti koje mogu biti isključivo u ingerenciji Vlade kao nosioca izvršne vlasti – vođenje politike u određenoj oblasti društvenog života, donošenje propisa za izvršavanje zakona umesto nadležnog republičkog organa, te je stoga utvrđena neustavnost i ovih odredaba.

Za Ustavni sud je bila sporna i odredba po kojoj AP Vojvodina može osnovati predstavništva u regionima Evrope i u Briselu, jer je pravo predstavljanja u drugim državama isključivo pravo države, koja jedina ima međunarodnopravni subjektivitet, pa se preko predstavništva države

zastupaju politički, ekonomski, kulturni i drugi interesi svakog njenog pojednog dela, pa i autonomne jedinice. S druge strane, Ustavni sud je ocenio da nije protivna Ustavu odredba Zakona o tome da AP Vojvodina može zaključivati međuregionalne sporazume o saradnji jer oni predstavljaju instrument Ustavom dopuštene saradnje autonomne pokrajine sa odgovarajućim teritorijalnim zajednicama drugih država.

Prema Ustavnom sudu, neustavna je i odredba prema kojoj grad Novi Sad nije samo administrativni centar AP Vojvodine, već je i njen glavni grad, jer je pojam glavnog grada izraz državnosti koju autonomna pokrajina nema, pa zato prema Ustavu u Republici može postojati samo jedan glavni grad.

Ustavni sud navodi da su, prema važećim zakonima, jedinice lokalne samouprave na kojima tradicionalno žive pripadnici nacionalnih manjina nadležne da uvedu ravnopravnu službenu upotrebu jezika i pisma nacionalne manjine i dodaje da je stoga neustavna odredba Zakona prema kojoj se AP Vojvodini daje nadležnost ne samo da uredi koji jezici nacionalnih manjina su u službenoj upotrebi u radu njenih organa, već i da umesto jedinice lokalne samouprave propisuje da li će i koji jezici nacionalnih manjina biti u službenoj upotrebi u svakoj pojedinoj opštini i gradu na teritoriji Pokrajine.

Prema oceni Ustavnog suda, nije neustavna odredba da AP Vojvodina može obezbediti obrazovanje na maternjem jeziku, na svim nivoima obrazovanja, jer je reč o Ustavom dopuštenom obezbeđivanju dodatnih prava nacionalnih manjina, koja se u tom slučaju obezbeđuju iz sredstava autonomne pokrajine. Takođe, Sud je našao da nisu sporne ni odredbe o nadležnosti Pokrajine u oblasti prostornog planiranja i razvoja, Nacionalnog investicionog plana, odredba o svojini AP Vojvodine i njeno pravo na ostvarivanje saradnje sa odgovarajućim teritorijalnim zajednicama drugih država. Nisu sporne ni nadležnosti autonomne pokrajine da vrši kontrolu i zaštitu prirodnih resursa i dobara na svojoj teritoriji, da uređuje upotrebu naziva AP Vojvodine, kao i da vrši nadzor nad obavljanjem poslova koje poveri jedinicama lokalne samouprave na svojoj teritoriji.

## V. Evaluacija odluke ustavnog suda

Za evaluaciju pokrajinske autonomije sa stanovišta ustavnosti Zakona o utvrđivanju nadležnosti Autonomne Pokrajine Vojvodine posebno su značajna pitanja koja se odnose na „obavezu predlagača zakona da traži mišljenje AP Vojvodine” (ako se tim zakonom uređuju pitanja od pokrajinskog značaja), kao i utvrđivanja „pitanja pokrajinskog značaja” (izvorne i poverene nadležnost autonomne pokrajine).

### *a) Obaveza predlagača zakona da traži mišljenje AP Vojvodine ako se tim zakonom uređuju pitanja od pokrajinskog značaja*

Prema odredbi stava 3. člana 2. Zakona o utvrđivanju nadležnosti Autonomne Pokrajine Vojvodine: „U postupku donošenja zakona kojima se uređuju pitanja od pokrajinskog značaja, predlagač je dužan da zatraži mišljenje

nadležnog organa AP Vojvodine.” Ustavnost ove odredbe Zakona se osporava uz argumente da je zakonodavni postupak materija koja se uređuje Ustavom i Poslovníkom Narodne skupštine i ne može da bude regulisana zakonom. Kako se ističe, ova odredba je u suprotnosti sa odredbom člana 107. Ustava, jer: „Pravo predlaganja zakona, drugih propisa i opštih akata imaju svaki narodni poslanik, Vlada, skupština autonomne pokrajine ili najmanje 30.000 birača. Zaštitnik građana i Narodna banka Srbije imaju pravo predlaganja zakona iz svoje nadležnosti.” Takođe se ističe da uslovljavanje prava predlaganja zakona obavezom predlagača zakona da zatraži mišljenje nadležnog organa AP Vojvodine nije u skladu sa Ustavom jer to „predstavlja organičenje ustavnog prava zakonodavne inicijative”, kao i da odredba o obavezi predlagača zakona da traži mišljenje od AP Vojvodine nije u skladu sa članom 183. Ustava jer davanje mišljenja o zakonu nije navedeno kao nadležnost autonomne pokrajine.

U vezi sa tim, kao sporna ustavnopravna pitanja Ustavno sud je u svojom Odluci posebno naveo:

- Polazeći od toga da su predmet uređivanja ovog zakona kako poslovi koji saglasno odredbama člana 183. Ustava spadaju u takozvanu izvornu nadležnost autonomne pokrajine, tako i poslovi koje je Republika iz okvira svoje nadležnosti, u skladu sa odredbom člana 178. stav 1. Ustava, poverila autonomnoj pokrajini, kao sporno se postavlja pitanje da li odredba stava 2. člana 2. ovog zakona predstavlja svojevrsno ograničenje Narodne skupštine koja je prema članu 98. Ustava nosilac zakonodavne vlasti u Republici Srbiji, i to kako u pogledu eventualnih budućih izmena ovog zakona, tako i u pogledu donošenja ili izmena drugih zakona kojima se uređuju pojedine oblasti društvenog života.
- Pošto osporena odredba člana 2. stav 2. Zakona postupak donošenja zakona u Republici vezuje za pojam „dostignutog nivoa” prava građana na pokrajinsku autonomiju koji Ustav ne poznaje, postavlja se pitanje da li se ustavne odredbe o zabrani smanjivanja dostignutog nivoa ljudskih i manjinskih prava (član 20. stav 2. Ustava) i o pravu autonomne pokrajine da se, u skladu sa zakonom, stara o ostvarivanju ljudskih i manjinskih prava (član 183. stav 3. Ustava), na koje se poziva donosilac Zakona, mogu dovesti u ustavnopravnu vezu sa sadržinom osporene zakonske odredbe, odnosno da li postoji ustavnopravna veza između ustavnih načela ljudskih i manjinskih prava koja se odnose na dostignuti nivo ljudskih i manjinskih prava sa „dostignutim nivoom prava građana na pokrajinsku autonomiju” o kome govori osporena odredba.
- Da li se propisivanjem da je svaki predlagač zakona (a to su prema odredbama člana 107. Ustava ne samo Vlada, već i svaki narodni poslanik, skupština autonomne pokrajine i najmanje 30.000 birača, kao i zaštitnik građana i Narodna banka kada je reč o zakonima iz njihove nadležnosti) dužan da zatraži mišljenje nadležnog organa AP Vojvodine, ograničava Ustavom utvrđeno pravo zakonodavne inicijative iz člana 107. Ustava, nezavisno od toga da li traženo mišljenje ima ili nema obavezujuću snagu, u smislu da Ustavom ovlašćeni predlagač ne

može podneti predlog zakona ako prethodno nije zatražio mišljenje nadležnog organa AP Vojvodine?

- Konačno, posmatrajući celinu osporenih odredaba, kao sporno se postavlja pitanje da li se uslovima i dužnostima propisanim odredbama člana 2. st. 2. i 3. Zakona institucionalizuje učešće autonomne pokrajine u vršenju zakonodavne vlasti u Republici Srbiji.

Imajući u vidu da ustav nije samo vrsta „zakona višeg ranga”, već da ustav jedne zemlje postavlja i opšte osnove vrednosnog sistema te društvene zajednice, i pitanje regionalne autonomije mora se postaviti u taj kontekst. I pored određene nekoherentnosti i uz sve manjkavosti u tom pogledu, Ustav Srbije „pokrajinsku autonomiju” jasno definiše kao osnovno ustavno načelo na osnovu kojeg se „ograničava državna vlast” (čl. 12) i jamči ustavno „pravo građana na pokrajinsku autonomiju” (čl. 176). S druge strane, Ustav ne sadrži obredbu kojom Republika može da ograniči Ustavom utvrđenu pokrajinsku autonomiju. Međutim, to ne znači da Republika ne može da proširi pokrajinsku autonomiju. U tom smislu treba razumeti i odredbu Zakona o utvrđivanju nadležnosti Autonomne Pokrajine Vojvodine da će se „u postupku donošenja zakona voditi računa o dostignutom nivou prava građana na pokrajinsku autonomiju” (čl. 2. st. 2).

U konkretnom slučaju, Republika (Narodna skupština) je zakonom (Zakonom o utvrđivanju nadležnosti Autonomne Pokrajine Vojvodine) utvrdila (čl. 177. st. 2) da je u postupku donošenja zakona kojima se uređuju „pitanja od pokrajinskog značaja” predlagač dužan da zatraži mišljenje nadležnog organa AP Vojvodine. Istovremeno, Republika je ovim Zakonom „uredila i obezbedila odnose od interesa za Republiku Srbiju, u skladu sa Ustavom” (čl. 97. tač. 17). U tom smislu, odredba Zakona da je „u postupku donošenja zakona kojima se uređuju pitanja od pokrajinskog značaja, predlagač dužan da zatraži mišljenje nadležnog organa AP Vojvodine” (čl. 2), ne predstavlja „organičenje ustavnog prava zakonodavne inicijative”, već „ostvarenje ustavnog načela na pokrajinsku autonomiju”.

Međutim, Ustavni sud je zaključio da ako zakonodavna vlast prema Ustavu pripada isključivo Narodnoj skupštini, i njeno vršenje, uključujući i pravo predlaganja zakona, ne može biti ničim ograničeno ili uslovljeno, osim samim Ustavom. Ustavni sud je utvrdio da nisu u saglasnosti sa Ustavom zakonske odredbe koje obavezuju Skupštinu da prilikom donošenja ili izmena bilo kog zakona ubuduće „vodi računa o dostignutom nivou prava građana na pokrajinsku autonomiju”.

#### *b) Utvrđivanje pitanja od pokrajinskog značaja (izvorna i poverena nadležnost autonomne pokrajine)*

Prema ustavnoj odredbi koja uređuje „Nadležnosti Republike Srbije” (čl. 97), „Republika Srbija uređuje i obezbeđuje” (...) „odnose od interesa za Republiku Srbiju, u skladu s Ustavom” (čl. 97. tač. 17). S druge strane, Ustav



propisuje da se određivanje „koja su pitanja od pokrajinskog značaja” uređuje zakonom (čl. 177. st. 2). Prema članu 177. Ustava, autonomne pokrajine „nadležne su u pitanjima koja se, na svrsishodan način, mogu ostvarivati unutar autonomne pokrajine”, u kojima nije nadležna Republika Srbija (...), a „koja su pitanja od pokrajinskog značaja određuje se zakonom”.

Prema argumentaciji koja osporava ustavnost ovog Zakona, poveravanje autonomnoj pokrajini nadležnost za uređivanje „pitanja od pokrajinskog značaja” odnosi se samo na pitanja (oblasti) iz okvira takozvane izvorne nadležnosti autonomne pokrajine (čl. 183. st. 2. Ustava), ali ne i na nadležnost za uređenje drugih pitanja koja autonomnoj pokrajini mogu biti poverena po drugom osnovu (na primer, pitanja koja autonomnoj pokrajini Republika poveri u smislu čl. 178. st. 1. Ustava). U tom smislu se konstatuje da „kvalifikovanje svih, kako izvornih, tako i poverenih nadležnosti kao pitanja od pokrajinskog značaja nije u skladu sa odredbama člana 183. st. 2. i člana 178. stav 1. Ustava”.

U vezi sa dilemom o pitanjima od pokrajinskog značaja, kao sporna ustavnopravna pitanja koja se odnose na odredbe Zakona kojima je uređena nadležnost AP Vojvodine u pojedinim oblastima, Ustavni sud navodi:

- Prvo sporno ustavnopravno pitanje koje se postavlja vezano za osporenu odredbu stava 1. člana 9. Zakona je da li, polazeći od odredaba čl. 177. i 183. stav 2. Ustava, „pitanja od pokrajinskog značaja” obuhvataju samo pitanja koja su u Ustavom utvrđenim oblastima društvenog života (oblasti iz člana 183. stav 2. Ustava) stavljene u (izvornu) nadležnost AP Vojvodine ili obuhvataju i poslove koje je, saglasno odredbi člana 178. stav 1. Ustava, Republika iz svoje nadležnosti poverila autonomnim pokrajinama. To dalje otvara pitanje da li AP Vojvodina može, kao što je propisano osporenim odredbom, svojim aktima da uređuje samo ona pitanja koja su joj, saglasno Ustavu, zakonom data kao njena izvorna nadležnost ili može da uređuje i pitanja koja se odnose na vršenje poverenih poslova.
- Sledeće sporno pitanje u vezi je sa navedenom zakonskom odredbom da li su oblasti društvenog života u kojima su pojedina pitanja, kao pitanja od pokrajinskog značaja, u nadležnosti autonomne pokrajine, utvrđene članom 183. stav 2. Ustava ili te oblasti mogu biti utvrđene i zakonom i da li se, prema odredbama člana 177. i 183. stav 2. Ustava, kao izvorna nadležnost autonomnoj pokrajini može preneti uređivanje čitavih oblasti ili samo pojedinih pitanja u tim oblastima koja su od pokrajinskog značaja.

U svojoj odluci, Ustavni sud konstatuje da se odredbe člana 9. Zakona odnose, kako sam zakonodavac navodi, na pitanja od pokrajinskog značaja i na kontrolu ustavnosti i zakonitosti, iz čega sledi da je reč o odredbama kojima se uređuju pojedina pitanja vezana za ostvarivanje izvornih nadležnosti koje AP Vojvodina ima u skladu sa odredbama člana 177. stav 2. i člana 183. stav 2. Ustava i nadzor nad njihovim obavljanjem, saglasno članu 12. stav 2. Ustava.

Osporenim stavom 1. člana 9. Zakona propisano je da AP Vojvodina svojim aktima uređuje pitanja od pokrajinskog značaja, u oblastima koje su u njenoj nadležnosti u skladu sa Ustavom i zakonom, odnosno koje su zakonom određene kao pitanja od pokrajinskog značaja. Nesporno je da izvorna nadležnost upravo podrazumeva samostalno uređivanje pitanja iz izvorne nadležnosti, ali, sa ustavnopravnog stanovišta, problem stvara to što zakonodavac očigledno polazi od toga da se, s jedne strane, oblasti u kojima AP Vojvodina može imati izvorne nadležnosti ne ograničavaju samo na oblasti utvrđene članom 183. stav 2. Ustava, već da mogu biti određene i zakonom („u oblastima koje su u skladu sa Ustavom i zakonom u nadležnosti AP Vojvodine”) i da, s druge strane, čitave oblasti, a ne samo pojedina pitanja iz tih oblasti, smatra pitanjima od pokrajinskog značaja („koje (oblasti) su zakonom određene kao pitanja od pokrajinskog značaja”).

U vezi sa tim, treba istaći da Ustav postavlja osnov za razgraničenje nadležnosti Republike i autonomne pokrajine (čl. 177. st. 1) prema kojem su autonomne pokrajine nadležne „u pitanjima koja se, na svrsishodan način, mogu ostvarivati unutar autonomne pokrajine, u kojima nije nadležna Republika”, kao i da će se određivanje „koja su pitanja od pokrajinskog značaja” urediti zakonom (čl. 177. st. 2). Ustav predviđa takozvane izvorne nadležnosti autonomne pokrajine i taksativno nabroja „pitanja od pokrajinskog značaja koja, u skladu sa zakonom, uređuju autonomne pokrajine” (čl. 183, st. 2). Međutim, Ustav takođe predviđa da „Republika može zakonom poveriti autonomnim pokrajinama pojedina pitanja iz svoje nadležnosti” (čl. 178. st. 1).

Pitanja od pokrajinskog značaja u oblastima koje su Ustavom određene kao „izvorne” nadležnosti autonomne pokrajine određuju se („utvrđuju”) zakonom kao pitanja od pokrajinskog značaja (čl. 177. st. 2). To je učinjeno Zakonom o utvrđivanju nadležnosti Autonomne pokrajine Vojvodine. S druge strane, Republika može „zakonom poveriti autonomnim pokrajinama pojedina pitanja iz svoje nadležnosti” (čl. 178. st. 1). Poveravanjem „pitanja iz svoje nadležnosti” autonomnoj pokrajini, Republika vrši „devoluciju”, to jest pitanja iz nadležnosti Republike postaju pitanja od pokrajinskog značaja i prelaze u nadležnost autonomne pokrajine. U tom smislu, pitanja iz nadležnosti Republike, koja su u skladu sa Ustavom poverena autonomnoj pokrajini (čl. 178. st. 2), „poveravaju” se („utvrđuju”) zakonom kao pitanja od pokrajinskog značaja (čl. 177. st. 2). I to je učinjeno Zakonom o utvrđivanju nadležnosti Autonomne Pokrajine Vojvodine. Drugim rečima, Zakon o utvrđivanju nadležnosti Autonomne Pokrajine Vojvodine „utvrdio” je na osnovu Ustava Srbije nadležnost Autonomne Pokrajine Vojvodine u „pitanjima od pokrajinskog značaja”, kako u smislu da je „odredio” pitanja od pokrajinskog značaja (čl. 183. st. 2), tako i u smislu da je Republika zakonom „poverila” Autonomnoj Pokrajini Vojvodini pojedina pitanja iz svoje nadležnosti (čl. 178. st. 1).

Postoji sadržinska razlika između pravne situacije koju predviđa Ustav da Republika može „zakonom poveriti autonomnim pokrajinama pojedina

pitanja iz svoje nadležnosti” (čl. 178. st. 1) i pravne situacije koju predviđa Ustav (čl. 137. st. 1–2) da se: „U interesu efikasnijeg i racionalnijeg ostvarivanja prava i obaveza građana i zadovoljavanja njihovih potreba od neposrednog interesa za život i rad, zakonom može poveriti obavljanje određenih poslova iz nadležnosti Republike Srbije autonomnoj pokrajini i jedinici lokalne samouprave. Pojedina javna ovlašćenja se mogu zakonom poveriti i preduzećima, ustanovama, organizacijama i pojedincima.” Za razliku od poveravanja „pitanja” iz nadležnosti Republike (jedinicama lokalne samouprave i autonomnoj pokrajini), „poveravanje” obavljanja „određenih poslova” u okviru „javnih ovlašćenja”, sa pravnog stanovišta, označava „decentralizaciju”, u smislu da se zakonom može poveriti obavljanje određenih „poslova” iz nadležnosti Republike autonomnoj pokrajini (ili jedinici lokalne samouprave), ali isto tako i preduzećima, ustanovama, organizacijama i pojedincima.

Za razliku od devolucije (kao kategorije pokrajinske autonomije), decentralizacija je kategorija administrativne hijerarhije, što znači da (javno) ovlašćenje za vršenje „poverenih poslova” može biti po istom osnovu (ali suprotnim razlogom) opozvano. Konačno, sporna pitanja u vezi sa „poverenim pitanjima” (u smislu devolucije), po pravilu se rešavaju kao ustavna pitanja (rešava ih ustavni sud), dok se sporna pitanja u vezi sa „poveravanjem određenih poslova” u vršenju javnih ovlašćenja (u smislu decentralizacije i dekoncentracije), po pravilu rešavaju kao upravna pitanja (rešava ih upravni sud).

Međutim, Ustavni sud je ocenio da osporena odredba stava 1. člana 9. Zakona nije u saglasnosti sa odredbama člana 177. i člana 183. stav 2. Ustava u delu kojim se utvrđivanje oblasti u kojima autonomna pokrajina ima izvorne nadležnosti proširuje i na njihovo utvrđivanje zakonom. Takođe, u skladu sa zauzetim stavom da se u Ustavom utvrđenim oblastima samo pojedina pitanja, a ne cele oblasti, zakonom mogu odrediti kao pitanja od pokrajinskog značaja, Ustavni sud ocenjuje da osporena zakonska odredba nije u saglasnosti sa odredbama člana 177. Ustava ni u delu kojim se oblasti u kojima AP Vojvodina ima izvornu nadležnost u celini smatraju pitanjima od pokrajinskog značaja. Stoga je Ustavni sud utvrdio da odredba člana 9. stav 1. Zakona nije u saglasnosti sa Ustavom u delu koji glasi: „i zakonom” i u delu koji glasi: „odnosno koje su zakonom određene kao pitanja od pokrajinskog značaja”.

*Prof. dr Stevan Lilić\**

CONSTITUTIONAL CONTRADICTIONS REGARDING  
PROVINCIAL AUTONOMY IN SERBIA  
(In the Context of the Decision of the Constitutional Court  
in the „Vojvodina” Case)

Summary

*In regard to the a systematic and coherent establishment of provincial autonomy principles, defining the status, competence and rights of autonomous provinces, as well as clearly defining the relationship between the autonomous province and the Republic of Serbia, the Constitution of Serbia (2006) contains a number of constitutional contradictions on the issue of provincial autonomy. This was noted by the Venitian Commission of the Council of Europe when the Constitution of Serbia was adopted in 2006. A group of parliamentary delegates contested the constitutionality of the Law on Establishing the Competencies of the Autonomous Province of Vojvodina (2009) before the Constitutional Court of Serbia. In mid-2012, the Constitutional Court adopted a Decision (IUz-353/2012) in which 22 of the 36 contested points were declared unconstitutional, but did not declare the Law as a whole unconstitutional.*

**Key words:** *Constitution of Serbia. Law on Establishing the Competencies of the Autonomous Province of Vojvodina (2009). Constitutional Court of Serbia.*

---

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

Проф. др Јовица Тркуља\*

## ЕВРОПСКА МЕРИЛА ПРОСВЕТИТЕЉСКЕ МИСИЈЕ МИОДРАГА ЈОВИЧИЋА

### Апстракт

У форми шест франмената о Миодрагу Јовичићу аутор је настојао да прикаже његову личност, дело и јавно деловање. Он је показао да је Јовичић био један од најугледнијих српских правника у области теорије државе, уставној праву и политичкој систему, угледни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, конституционалиста светског реномеа, члан Српске академије наука и уметности, главни уредник Архива за правне и друштвене науке и Библиотеке „Политика и друштво”, председник Југословенског удружења за уставно право. Својим радовима из ових области у преко 400 библиографских јединица, Јовичић је дао изузетан допринос теорији уредног права и примени уредног метода у правним и политичким наукама. Осим научне, Јовичић је јавно деловао обављајући својеврсну просветитељску мисију у Србији у најширем смислу те речи: уознавање с најважнијим досијинићима савремене правно-политичке мисли, оснивање и уређивање стручних библиотека и часописа, организовање научних симпозијума и расправа, извлачење из заборава наших знаменитих правно-политичких лица и њихових дела, учешће на јавним трибинама и дискусијама, бојата и разноврсна јублицитичка делатност.

Образован и васпитаван у просветитељском духу и на најбољим традицијама београдске школе јавног права, Јовичић је правно-политичке идеје и институције развијених земаља преносио у Србију. Смисао његовог изучавања уредног права било је преношење најбољих страних знања, искушава и демократских идеја и уставова у нашу средину. Јовичићев интелектуални средо састоји се у усешном повезивању двеју дијалогичких врлина: истинољубивости и интелектуалне честитости и може се по његовим речима свести „на служење научној истини, подржавање демократских идеја и изражење најбољих облика државног уређења. У свему томе, увек и изнад свега, у верној служби својему народу.

Бројна дела и активности Миодрага Јовичића потврђују да су наука и научни рад били његово најдубље опредељење и истински позив, којима чак ни рајна збивања, укључив и несћанак државе у којој је жи-

---

\* Др Јовица Тркуља, 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 науке Републике Србије.

*вео и делао, нису моћи науцији. Заиста редак пример посвећености науци и стирци.*

Кључне речи: *Миодраг Јовичић. Уставно право. Теорија државе. Политички систем. Упоредно право. Просветитељска мисија. Демократија, јавна држава и владавина права.*

Миодраг Јовичић је био један од најугледнијих теоретичара српске правнополитичке мисли друге половине XX века. Својим радовима из области уставног права и политичког система он је дао изузетан допринос примени упоредног метода у правним и политичким наукама. Образован и васпитаван у европском просветитељском духу и на најбољим традицијама београдске школе јавног права, Јовичић је правнополитичке идеје и институције развијених европских земаља преносио у Србију. Бавећи се компаративним истраживањима он је, без трага скучености, схватио и прихватио европска правно-политичка достигнућа и вредности: демократију, правну државу и владавину права. Истражујући искуства водећих европских држава и на свој начин суделујући у преломним збивањима свог времена, он је сматрао да је транзиција из ауторитарног у демократски поредак у Србији могућа једино њеним европским опредељењем – успостављањем српске државе засноване на европским правним начелима и европским политичким установама. Смисао његовог изучавања упоредног права било је преношење најбољих страних знања, искустава и демократских идеја и установа у нашу средину. У модернизацији и демократијизацији Србије, Јовичић се чврсто држао европских правно-политичких мерила и стандарда.

Са поносом и захвалношћу посвећујем успомени на академика Миодрага Јовичића своје предавање о његовој просветитељској мисији у Србији. Настојаћу да вашој пажњи предочим шест фрагмената о Миодрагу Јовичићу.\*<sup>10</sup>

## 1. Живот Јовичићев његова је слика

Рођен је на Божић 1925. године у Јагодини. Основну школу је учио у местима службовања свог оца (Београду, Пријепољу, Скопљу, Вучитрну), а гимназију у Београду. У свим тим срединама афирмисао се као веома вредан и свестран ученик, широке културе и разноврсних интересовања и талената.

Миодраг Јовичић је припадник „нараштаја са најтрагичније распутице у историји српског народа”, нараштаја који није правило историју,

\* Редиговано предавање одржано на Правном факултету Универзитета у Београду 16. октобра 2012. године поводом добијања награде Фондације „Миодраг Јовичић”.

већ на којем се историја стварала. „Припадник генерације која је пред ступање у живот све имала, ступивши у њега све изгубила... Припадник плејаде петнаестогодишњака који су као голобради дечаци ушли у вртлог Другог светског рата и из њега изашли као људи горког искуства и војници који умеју с оружјем, иако нису служили војску.”<sup>1</sup>

Као симпатизер Српског културног клуба деловао је на платформи „национал-демократске и државно-бранитељске историјске вертикале”<sup>2</sup>. Противио се закључењу Тројног пакта 25. марта 1941. године и активно је учествовао у демонстрацијама 27. марта исте године. Веровао је у снагу југословенске војске, у стару српску славу и надао се да ћемо се одбрани од фашизма уз помоћ западних савезника. Био је опчињен идејама Југословенске равнорске омладине (ЈУРАО), која је настављала линију српских омладинских организација: Уједињене омладине српске – Младе Босне – Омладинске секције Српског културног клуба. Крајем 1943. године активно се укључио у покрет отпора. Био је шифрант у команди Групе јужноморавских корпуса и сарадник-уредник листа *Глас Јухора*.

У октобра 1944. године мобилисан је и борио се за ослобођење земље у Народноослободилачкој војсци. Одликован је Медаљом заслуга за народ 1946. године. Потом је робовао због својих слободоумних идеја и неприхватања диктаторског режима. После осуде, упућен је на издржавање казне у Забелу, где је затекао своје гимназијско друштво. Они су робијали као чланови Националне револуционарне српске омладине (НРСО), организације проистекле из Југословенске равнорске омладине (ЈУРАО 501).<sup>3</sup> По изласку са робије 1947. године остао је доследан својим убеђењима. Наставио је да „војује мачем уста својијех” (Јован са Патомоса) и „упорним пркосним радом” (Милан Кашанин). Уређивао је илегални часопис *Књижевни ирејород* и лист *Велика Србија* и у њима објављивао своје прилоге. Будући да су му сва врата била затворена за посао, уписао је Правни факултет у Београду. Дипломирао је у јуну 1952, а докторирао у јануару 1965. године.

Од јануара 1956. радио је у Институту за упоредно право у Београду као асистент, а касније је био биран у виша звања, до највишег – самосталног научног истраживача. Године 1977. изабран је за ванредног професора на Правном факултету у Новом Саду, а за редовног професора изабран је 1980. за предмет савремени политички системи. Пензионисан је у фебруару 1985. године.

Скрхан болем под бомбама које су по трећи пут у његовом животу падале на Србију 1999. године, тог пута од његових духовних узора и интелектуалних узданица – Јовичић се осетио пораженим. Уз пла-

1 Видети: Угљеша Крстић, „Рани дани једног нараштаја”, у: *Миодрај Јовичић о себи и друји о њему* (приредио Ј. Тркуља), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2002. (у даљем тексту: *Миодрај Јовичић о себи и друји о њему*), стр. 278.

2 *Истио*, стр. 279.

3 *Истио*, стр. 282–283.

мен петролејке исписивао је своје последње речи „разочарења и гнева”: прво, *као сѝручњак* који се одушевљавао америчким системом, федерализмом, владавином права и демократијом; друго, *као Србин* који је у Америци гледао други дом својих земљака и гајио велику љубав и симпатије за амерички народ; и треће, *као људско биће* за које је Америка била оаза слободе, људских права и човековог достојанства.<sup>4</sup> Све то је срушено и уништено бомбама НАТО-а под налетима „Милосрдног анђела” на малу Србију. После краће болести, Миодраг Јовичић је преминуо у Београду 16. октобра 1999. године.

У најкраћем, то је животни пут и лик Миодрага Јовичића, а Андре Жид је својевремено приметио: „живот човеков његова је слика”. Живот Миодрага Јовичића доиста је верно оцртао његов неизменљив портрет. Пратећи његов животни пут и разнолико дело, јасно се уочава човек постојане моралне усправности, задивљујућег интелектуалног поштења и доследности, који искрено и родољубиво настоји да допринесе слободи и напретку свога народа.

Будући такав, Јовичић није на свом правом животном путу имао дилема, још мање одступања, чак ни када се као дечак, 1941. године, нашао на трагичнијој распутици, када се оружјем морао борити за своје идеале, када је ваљало кренути стрмим литицама науке, када је требало служити свом народу у најтежим тренуцима, када је питање части значило отпор власти и охолом властодршцима.

## 2. Јовичић као истраживач и велики правни писац

Јовичић је, како би Кандит рекао, „обрађивао своју малу башту, па је понешто у њој и родило”.<sup>5</sup> Научна активност Миодрага Јовичића била је посвећена упоредном, нарочито уставном праву, као и теорији државе и права и политичким системима. У првим годинама и деценијама он је био одмерен истраживач, помало чак и апологета. Међутим, касније је постајао све слободнији у избору тема и све критичнији и смелији у закључцима.

Током шездесетих и седамдесетих година XX века, у првом периоду свог рада, Јовичић се проблемима из тих области бавио на *ајсѝрактѝној теоријском нивоу*, стављајући тежиште на упоредноправна истраживања. На садржину и карактер Јовичићевих радова утицало је и то што је своја знања проширивао и нова стицао проучавајући и инострана искуства.<sup>6</sup> Тако су настале његове теоријско-компаративне студије: *Рефе-*

4 Миодраг Јовичић, „Америко, проклета да си!”, *Косово, истѝоријски и устѝавнојравни асѝектѝ*, Библиотека „Политика и друштво”, Центар за унапређивање правних студија, Београд 2000, стр. 175–179.

5 „Пребирање по животно-професионалној биографији”, разговор Миодрага Јовичића са новинаром Милошем Јевтићем 8. и 10. јануара 1995. године, у: *Миодраг Јовичић о себи и друѝи о њему*, стр. 198.

6 Велики значај за та истраживања имали су Јовичићеви боравци у иностранству. Прво на Међународном факултету за упоредно право у Луксембургу (1958–



рендум, *покушај ујореднојравној изучавања* (1957), *Систем локалне самоуправе у Енглеској, Шведској и Швајцарској*, упоредна студија (1963), *Одговорности носилаца јавних функција*, упоредноправна студија (1968), *Омбудсман – чувар законитости и права грађана*, упоредноправна студија (1969), *Савремени федерализам – ујореднојравна студија* (1973), *Структура и територијална основа локалне самоуправе у европским земљама*, упоредна студија (1974), *О уставу – теоријско-компаративна студија*, Институт за упоредно право (1977), *Закон и законитост: живој правни пројекат* (1977), *Савремени политички систем*, ауторизована предавања (1981), *Велики уставни системи*, елементи за једно упоредно уставно право (1984).

У том периоду, Јовичић је био врло активан и учествовао је са рефератима на више конгреса и научних скупова.<sup>7</sup> Учешће на тим скуповима помогло му је да прошири своја сазнања о проблемима које је истраживао и да стекне увиде у искуства других земаља о њима. Својим приказима и освртима у правним часописима обавештавао је нашу јавност о проблемима који су били предмет расправе, али и о новим идејама изнетим на тим скуповима.

Поменуте књиге представљају резултат темељних теоријско-компаративних истраживања у Институту за упоредно право, а осам књига је објављено у угледној едицији „Монографије”. Јовичићев рад у Институту за упоредно право редак је пример посвећености институцији и позиву.

У другом периоду свог стваралаштва, од почетка осамдесетих до 1999. године, Јовичић је своја истраживања све више усмеравао на конкретни историјски ниво, а његову пажњу су посебно закупуљали проблеми организације власти и функционисања југословенске федерације. Слабости федералног уређења по Уставу СФРЈ од 1974. године постале су предмет Јовичићевог критичког преиспитивања и трагања за бољим решењима тадашње југословенске вишенационалне заједнице: *Пушеви и странушице југословенске уставности* (Научна књига, 1988), *Државности федералних јединица* (1992).

Почетком деведесетих година XX века, када је заједница југословенских народа доживела кризу а држава СФРЈ агонију и слом, Јовичић је у том драматичном и за српски народ судбоносном времену настојао да умири своју научну и патриотску савест тражењем бољих решења. Резултат тих настојања су студије: *Регионална држава – уставноправна студија*, (1996), *Устав регионалне државе Устав Уједињених српских земаља*, нацрт (1996), *Куда идеш Србијо? Хроника српско-југословенске уставности* (1995), *Слободан Јовановић – илустрирана монографија* (1997), *Лексикон српске уставности (1804–1918)*, (1999).

1959); затим као стипендиста UNESCO-а (1959–1960) у Швајцарској, Шведској, и Енглеској, а потом на краћим студијским боравцима у Совјетском Савезу, Чехословачкој, Румунији, Мађарској, САД, Алжиру, Ирану.

7 Учествовао је на међународним конгресима Удружења за упоредно право, Међународног удружења за политичке науке и Међународног удружења за уставно право у Совјетском Савезу, Пољској, Белгији, СР Немачкој, Шведској, Италији.

У то време, велике спорове и контроверзе изазвала је Јовичиће-ва концепција регионалне државе.<sup>8</sup> Сматрао је да регионална држава, с једне стране, спаја добре стране унитарног и федералног уређења, док, с друге стране, отклања њихове основне слабости. Увођење регионалне државе значило би рушење зидова подигнутих на републичким границама, одузимање власти републичким феудалцима, водило би уклањању такозваних националних економија, престанку суревњивости између републичких центара, спречило би даљу етатизацију република и, што је најважније, сукобе припадника различитих нација у оквиру једне републике. Регија се схвата као државноправни израз једне природне, етнички, верски и културно комплексне целине која би чинила основицу за: а) административну поделу земље, б) грађанску сувереност, в) изградњу интегралног привредног система. Не би смела да буде вештачка творевина, већ оптимално заокружена друштвено-економска, географска и културно-историјска целина. У том смислу, регије се не одређују већ се препознају на основу научно верификованих параметара. На основу тих критеријума, целокупна територија СФРЈ би се могла поделити на 30 регија величине 700.000 до 800.000 становника.

И поред тога што је модел Југославије као регионалне државе ишао у сусрет помирењу крајности између федералиста и конфедералиста, уз максимално уважавање принципа и циљева савременог регионализма, он уопште није разматран као могућа опција реконструкције југословенске државе. Без обзира на то, Јовичић је доследно истрајавао на свом залагању за регионалну државу и после распада Социјалистичке Федеративне Републике Југославије. Сматрао је, наиме, да је регионална држава најпогоднији облик државног уређења будуће заједнице српског народа и других народа и етничких група који са њим желе да живе. Стога је стао на становиште да треба одустати од федеративног уређења Савезне Републике Југославије и, уместо тога, у оквирима постојеће земље, увести регионалну државу.<sup>9</sup>

8 Оригинални модел регионалне државе у развијеном и конзистентном облику он је понудио у својим рефератима за научне скупове „Југославија – регионална држава” 1. марта 1990. у САНУ и „Југославија на раскршћу”, 12–13. октобра 1990. у Црногорској академији наука и уметности.

9 Земља би се састојала од 12–13 региона, који би обухватили између 500.000 и 1.000.000 становника, били би јединице уобличене сходно историјским, географским, привредним и другим карактеристикама и уживали би велики степен аутономије, али без елемената државности. Основни конститутивни акт регије био би *сѣйашуиш*, који би доносила скупштина регије, а верификовао централни парламент државе. Региони би представљали изборне јединице за образовање дводомог централног парламента, у којем би један дом (веће) чинили представници региона (веће региона) и други дом представници грађана (веће грађана), изабрано на основу пропорционалног представништва. У земљи би постојало 13 региона: Банат, Бачка, Београд, Западна Србија, Источна Србија, Јужна Србија, Косово, Метохија, Подунавље, Рашка, Срем, Црна Гора, Шумадија. – Миодраг Јовичић, *Регионална држава, ојѣшмалан облик уређења ѣосѣојеђе државне заједнице*, Фонд „Љуба Давидовић”, Београд 1996, стр. 151–160.

Таква држава се у науци назива *tertium genus*, нешто између унитарно и федеративно уређене државе. Увођење регионалне државе значило би брисање како републичких, тако и покрајинских граница. Уз оштре критике које је добијао од тадашњих политичара и официјелних идеолога, Јовичићу су упућене и озбиљне стручне примедбе. Пре свега, да је његов концепт Савезне Републике Југославије и Србије, као регионалне државе, нереалан и да не уважава конкретно-историјске услове и међународне околности. Посебно је критикована његова идеја о Црној Гори као једном од 13 региона. Осим те примедбе, Јовичићу су упућене и друге које произлазе из умногоне ригидног уставноправног решавања „српског питања”, које недовољно уважава реалност и однос снага у бившој СФРЈ и Савезној Републици Југославији. Реч је о недовољном уважавању тековина „социјалистичке самоуправне уставности” и федеративно-конфедеративног уређења друге Југославије, које су санкционисане Уставом од 1974. године. Упркос погрешним принципима на којима су почивале, те тековине су се интериоризовале у свести политичких елита као „стечена права” и представљају уставно-политички релевантне чињенице које се морају поштовати. У том смислу, Јовичићево инсистирање на чистим принципима и конзистентним концептима (федерације, регионалне државе, парламентаризма и сл.) сучељено са српско-југословенском реалношћу деведесетих година, представљало је својеврстан теоријски донкихотизам.

У том периоду, уочљива је и научно-јавна активност професора Јовичића. Све чешће се појављивао на јавним трибинама и у медијима, писао чланке у новинама, давао интервјуе.<sup>10</sup> У њима је објављивао своје одговоре на друштвене, политичке, правне и моралне изазове који су дубоко потресали наше друштво и државу. Писао је оштро и оштроумно, водећи рачуна само о критеријуму струке и истине. Његово перо постајало је копље оштре критике кад год је оцењивао штету коју је српски режим наносио српском народу. Истом оштрином је критиковао нелегитимне и међународном праву супротне акте против Србије, а нарочито бомбардовање 1999. године. Теме и наслови тих радова и јавних наступа довољно говоре о његовим преокупацијама и племенитим родољубивим намерама. Нажалост, није било слуха за поруке које је упућивао, тако да је његов глас био глас вапијућег у пустињи.<sup>11</sup>

10 У периоду од 1988. до 1999. године Јовичић је објавио преко 200 библиографских јединица – краћих радова на актуелне теме.

11 Наводимо неколико наслова Јовичићевих радова из тог периода: „За достојанство правне науке”, „Загађивање интелектуалне средине”, „Брисање жига срама – Косово привести цивилизацији”, „Оптужујем” (објављени 1988); „Србији вратити уставотворну власт”, „За достојанство консензуса”, „Одбрана од сопственог разбијања”, „Зашто нам је и какав омбудсман потребан”, „Сазвати уставотворну скупштину” (све 1990); наредних година: „Срби неће да буду таоци”, „Време мутних идеја и људи”, „Пораз права”, „Скидање мрље са образа Србије”, „Кардељ над Жабљаком”, „Милиција тражи полицију – Устав за почетнике”, „Устав не ствара државу”, „Заробљеници политичких амбиција”, „Ко призива дух раздора”, „Одговорност правне и друштвене науке”, „Чему устав ако се не поштује”, „*Modus vivendi*: регионална др-

Својим текстовима и јавним наступима, Миодраг Јовичић се залагао за демократску правну државу и владавину права, за увођење парламентаризма у нас, уместо председничког система који је сматрао мањкавим. У оквиру демократског регионалног система, предлагао је реконструкцију и јачање система локалне самоуправе, а уместо традиционалне и механички схватане идеје поделе власти, заступао је идеју узајамне контроле и врло детаљно разрађене равнотеже између различитих грана власти. Велику пажњу је поклањао успостављању независног судства, као и омбудсмана за људска права и за права припадника националних мањина. Трагао је за равнотежом између људских права и пуне слободе, с једне стране, и грађанских људских дужности, с друге стране. Предлагао моделе државног преуређења Србије и решења козовског питања.

После Јовичићеве смрти објављени су следећи рукописи: *Косово – историјски и уставноправни аспекти* (2000), а његова „Сећања”, „Записи са робије (фрагменти)”, младићки радови и неколико разговора са новинарима објављени су у књизи *Миодраг Јовичић о себи и други о њему* 2002. године.<sup>12</sup> Заједничким напором Службеног гласника, Фондације „Миодраг Јовичић” и Правног факултета Универзитета у Београду, објављени су 2006. године *Изабрани списи* Миодрага Јовичића у шест књига.

Сврха објављивања *Изабраних списа* била је да се одужи дуг који српско правништво има према свом великом писцу. Тај дуг је огроман и неодужен јер је Јовичићево дело дуго времена било скрајнуто и недовољно познато стручној и широј јавности.<sup>13</sup> За разлику од Стерије, Слободана Јовановића, Живојина Перића и других нестора српског правништва, који су живели у времену када је „тако велика тражња правника, да се и не помишља да је народу, поред правног образовања, потребно још какво” (С. Јовановић) – Јовичић је живео у времену сумрака права. Било је то доба у којем су неприкосновени ауторитети правне науке извргавани подсмеху, стављани под сумњу и одбацивани у име права као оруђа у руци владајуће класе.

Јовичићева дела су настајала током дуге 43 године. У том периоду, његова мисао је еволуирала, постајала отворенија за различита гледишта а ставови су се мењали, каткад и битно. У том смислу, био је човек свога

жава”, „Ко и како данас води ову земљу (Скроман прилог карактерологији људи на власти)”, „Устав и политичка моћ”, „Царево ново одело”, „Главни кривац је српски режим”, „Господо, докле ћете се понашати као крајњи игноранти”, „Из неправда не може настати право”, „Живот је увек јачи од правних норми”, „Ампутација Косова специјалним статусом”, „Поделити Србију на туце регија”. У време бомбардовања 1999. године објавио је следеће текстове у београдским листовима: „Шта се мора знати и не сме се заборавити”, „Америко, проклета да си!”, „Само нова Србија може повратити Косово”, „Странци на својој земљи”, „Стаза без путоказа”, „*Vae vicitis*”, „С њим, или на њему”.

12 *Миодраг Јовичић о себи и други о њему*, стр. 3–393.

13 Јовичићева библиографија броји преко 400 радова. Видети: Сања Степановић Тодоровић, „Библиографија”, у: *Миодраг Јовичић о себи и други о њему*, стр. 349–389.

времена и мењао се са њим.<sup>14</sup> У својим истраживањима, Јовичић је тежиште стављао на нормативистички метод, који има одређена ограничења и слабости: више је водио рачуна о нормама него о стварности.<sup>15</sup> С разлогом је имао критички став према државном уређењу и општим приликама у Југославији. Али, доста поједностављено, видео је узроке у „погрешној идеологији” комуниста и опортунизму српског руководства у Југославији. Имао је амбивалентан однос према југословенским уставима. С једне стране, некритички и неодмерено је писао о Уставу из 1963. и његовом месту у иностраној правној породици<sup>16</sup>, а о погубном Уставу из 1974. да има значајно место у свету уставности.<sup>17</sup> С друге стране, веома оштро је критиковао Устав СРЈ из 1992. године, доказујући да га „српска наука не прихвата”. Од заступника званично прихваћеног гледишта да федерализам представља најбољи начин решавања националног питања, поучен искуствима неких савезних држава а посебно Југославије, постао је његов противник. Штавише, почетком деведесетих година залагао се за напуштање федерализма у корист регионалног уређења. При томе, његова концепција уређења СРЈ и Србије, као регионалне државе, показала се као нереална и утопијска. Слично је било и са његовим нацртом устава уједињених српских земаља. Његов концепт суверености није довољно уважавао битне, структуралне промене које су се последњих деценија десиле на том плану у процесу глобализације.

Упркос побројаним слабостима појединих Јовичићевих студија и концепција, његови *Изабрани сјиси* попунили су велику празнину у нашој правној литератури. Понешто у њима неће одолети зубу времена, али „не може бити сумње да ће они остати неразрушив, дакле трајан белег једног честитог, марљивог и плодног живота посвећеног науци”<sup>18</sup>.

14 „У том погледу Миша је показао особину великих, правих стваралаца, способност да мењају и сопствено мишљење када, после дужег посматрања, дођу до другачијих резултата. Без посипања пепелом по глави, Миша је, достојанствено како му је и приличило, све више износио ставове који су били супротни онима које је раније заступао.” – Момир Милојевић, „Размишљања над биографијом и библиографијом Миодрага Јовичића”, у: *Миодраг Јовичић о себи и дрући о њему*, стр. 320.

15 На ту слабост Јовичић је указао самокритички у кратком тексту који је написао 23. маја 1999. године: „Када бих пред собом имао још довољно времена, ја бих у будућем раду, у бављењу уставним питањима, поучен случајем Америке, далеко више водио рачуна о стварности него о правним нормама, а сваки систем, па и амерички, ценио мање по ономе како гласи ‘law in books’, а много више по ономе како гласи ‘law in practice’. Ту разлика може да буде огромна.” Миодраг Јовичић, *Косово, историјски и уставноправни аспекти*, Библиотека „Политика и друштво”, Центар за унапређивање правних студија, Београд 2000, стр. 176.

16 Миодраг Јовичић, „Први одједи устава СФРЈ у иностраној правној породици”, *Архив за правне и друшћивене науке*, Београд 1964, бр. 3, стр. 384–293.

17 Мидораг Јовичић, „Место југословенског устава у свету уставности”, *Архив за правне и друшћивене науке*, Београд 1983, бр. 4, стр. 379–390.

18 Данило Баста, „*Изабрани сјиси* Миодрага Јовичића”, у: *Самостојношћовање и јузавосћ*, Библиотека „Политика и друштво”, Правни факултет Универзитета у Београду и Досије, Београд 2007, стр. 290.

Јовичићев богати научни опус у целини оставио је значајан траг у нашој правној науци. Прво, био је један од првих правих компаративиста у области уставног права. Компаративним уставним правом бавили су се у нас Слободан Јовановић, Јован Стефановић, Јован Ђорђевић и нешто мање неки други. Јовичић је био не само њихов настављач, већ их је умногоме и превазишао управо својим готово искључивим посвећивањем компаративним студијама. Друго, Јовичића је красила доследност у ставовима и мишљењима које је заступао у различитим политичким и друштвеним приликама.

На тим принципима и начелима настала су поменута дела Миодрага Јовичића. Она недвосмислено потврђују да су наука и научни рад били његово најдубље опредељење и истински позив, којима чак ни ратна збивања, укључујући и нестанак државе у којој је живео и делао, нису могли наудити, а немоли их спречити.

### 3. Јовичићева просветитељска мисија

Осим научне, Миодраг Јовичић је јавно деловао обављајући својеврсну просветитељску мисију у Србији у најширем смислу те речи, која је обухватала упознавање с најважнијим достигнућима савремене правно-политичке мисли, оснивање и уређивање библиотека и часописа, организовање научних симпозијума и расправа, извлачење из зборава наших знаменитих правно-политичких писаца и њихових дела, учешће на јавним трибинама и дискусијама, богата и разноврсна публицистичка делатност и још много других активности.

Миодраг Јовичић је био члан више домаћих и међународних научних удружења и организација. У периоду од 1967. до 1970. године био је генерални секретар Савеза удружења правника Југославије, председник Југословенског удружења за уставно право, члан Сталног одбора за баштину Правног факултета у Београду и члан Председништва Српског сабора, сенатор Републике Српске.

За свој научни и јавни рад Јовичић је добио највеће признање – изабран је у нашу највишу националну установу, у Српску академију наука и уметности: 1985. изабран је за дописног, а 1994. године за редовног члана. У САНУ је био заменик секретара Одељења друштвених наука (1991–1993); члан и председник (од 1991) Одбора за изворе српског права, у оквиру којег је (од 1991) руководио радом Групе за уставноправна питања, као и радом на пројекту „Иностранци утицаји на наше право”, који је започет 1997. године. Ангажовао се на настављању пројекта и издавању вишетомног *Законика Цара Стефана Душана* (коуредник треће књиге). Био је представник САНУ у Међуакадемијском одбору за питања уставног уређења, члан Вардарског одбора САНУ, Међудодељенског одбора за проучавање мањина и људских права и члан Комисије за задужбине.<sup>19</sup>

19 Видети, Сања Степановић Тодоровић, *нав. дело*, стр. 349–389.

Имао је запажену улогу у припреми лексикона и енциклопедија: као секретар редакционог одбора за припрему два издања *Правној лексикона*, члан редакционог одбора и аутор 250 одредница *Правне енциклопедије*, члан редакционог одбора Просветине *Мале енциклопедије*.

Сарађивао је у организовању више научних скупова Српске академије наука и уметности и уредник је зборника са тих скупова.<sup>20</sup> Био је, такође, уредник и редактор више десетина различитих публикација (зборника радова, материјала за саветовања, збирки превода и сличних списа), али и преводилац са француског, енглеског и руског језика већег броја чланака, уставних и законских текстова и сличног штива.

Под руком Миодрага Јовичића, као главног и одговорног уредника *Архива за правне и друштвене науке*, наш најстарији и најугледнији часопис из области права доживео је препород од 1991. до 1997. године и приближио се стандардима које су поставили Слободан Јовановић, Ђорђе Тасић и Михаило Илић. Захваљујући томе, научни прилози у *Архиву* поново су, као тридесетих година, почели да изражавају дух и стварност свога времена. *Архив* спада у највише домете наше научне периодике.

Био је члан Уређивачког одбора *Српској књижевној гласника*. Настојао је да допринесе његовој сјајној традицији и борби против загађивања српског језика.<sup>21</sup> Јовичић је настојао да својим радовима да леп стилско-језички израз. Крasi их елегантан стил, јасан и прецизан језик, који Јовичића сврстава у достојне следбенике београдског стила, чији је родоначелник у праву Слободан Јовановић.

Заједно са професором Божићаром С. Марковићем, академик Јовичић је најзаслужнији за обнову знамените Библиотеке „Политика и друштво” 1991. године. Реч је о библиотеци – драгуљу српске публицистике, коју је 1937. године основала група демократски оријентисаних професора Правног факултета у Београду, заједно са неколицином адвоката, који су се окупили око начела: истина, демократија и интерес српског народа. Захваљујући Јовичићевом залагању као уредника, обновљена библиотека је представљала наставак традиције предратне, то јест наставак јавне трибине са које наши најпозванији људи и најбоља пера демократској јавности упућују своја научно проверена сазнања и поруке са циљем оздрављења политичког живота у нас, разумног и правичног решавања наших националних, политичких и друштвених проблема.

За кратко време, колико је био председник Југословенског удружења за уставно право (1991–1999) организовао је неколико округлих столова на којима су аналитички и критички разматране и оцењиване

20 Јовичић је био уредник или приређивач следећих зборника: *Устави Кнежевине и Краљевине Србије 1835–1903* (1988), *Два века савремене уставности* (1990), *Уставни развојак Србије у 19. и почетком 20. века* (1990), *Основи новој уставној уређења Југославије* (1990), *Актуелни проблеми устава и уставних промена* (1991), *Право у сенци пољитике – Како Евројска заједница расиура Југославију* (1992).

21 Против загађивања српског језика борио се као уредник, приређивач и аутор. Миодраг Јовичић, „Загађивање интелектуалне средине у правном и политичком речнику”, *Архив за правне и друштвене науке*, бр. 2 (1995), стр. 263–272.

наше најважније државне установе и начин њиховог рада. Реферате и дискусије са тих скупова објавио је у шест књига „Мале библиотеке” Југословенског удружења за уставно право.<sup>22</sup> Тих шест књига пример су одговорне и критичке анализе улоге, положаја и праксе највиших државних органа и стручних одговора на питања и проблеме са којима се они сусрећу. На тај начин су мишљења изнета на округлим столовима стављена на располагање надлежним органима и телима, политичким странкама и стручној јавности.

У целини посматрано, научна и просветитељска делатност академика Јовичића успешан је пледоаје за одговоран, храбар и принципијелан ангажман интелектуалаца у нашем времену. Својим књигама, јавним иступима, уређивањем часописа, зборника и библиотека, организовањем научних симпозијума, поставио је својеврстан образац и меру таквог ангажмана.

#### 4. Јовичић као самосвојни духовни делатник

Живећи у сумраку права, Јовичић је својим принципијелним и свестраним ангажманом доприносио срицању слободе, демократије и владавине права у Србији. На трагу корифеја Правног факултета у Београду – С. Јовановића, Ж. Перића, Ђ. Тасића, М. Илића, Т. Живановића, Р. Лукића, обављао је просветитељску мисију у српском народу који, мада непросвећен, има дубоко укоревљену представу о праву, правди и правичности и у чијем језику реч право значи прав, усправан став, а устав је, заправо, брана самовољи властодржаца.

И поред тога што је живео и радио у мрачним и „вуненим временима”, Јовичић је, на супрот официјелној теорији, створио основе за систематско и свеобухватно схватање права и државе и наговестио сопствено учење. Најпотпунији израз то учење ће добити у компаративном приступу областима којима се Јовичић првенствено бавио: уставном праву, теорији државе и права и политичких система.

Својим радовима из тих области, Јовичић је дао изузетан допринос теорији упоредног права и примени упоредног метода у правним и политичким наукама. Иако није створио своју теорију, нити је засновао своју школу, оставио је дубоки траг у нашој јавноправној науци. О томе сведоче Јовичићеви радови прикупљени у шест томова *Изабраних сѝиса*. Они представљају опус достојан сваког поштовања, ма како и из било ког угла тај опус био посматран. Како време одмиче, многе од тих

22 У Југословенском удружењу за уставно право организовано је шест расправа на округлим столовима о актуелним уставноправним проблемима и питањима: „Отворена питања усклађивања републичких устава и закона са савезним уставом и законима” (1995), „Проблеми у раду Савезне скупштине и скупштина република” (1995), „Статус и овлашћења председника република – Југославије, Србије и Црне Горе” (1997), „Положај влада у та три ентитета” (1998), „Отворена питања о скуштинским пословницима” (1998) и „Дилеме уставноправног статуса Косова и Метохије” (1998).



студија (о омбудсману, референдуму, локалној самоуправи, одговорности носилаца јавних функција) добијају све већи значај. Нажалост, неки од тих радова нису издржали пробу времена, а неке тек треба критички преиспитати (на пример, државност федералних јединца, регионална држава, идеја и устав уједињених српских земаља).

У својим текстовима и јавним наступима у периоду 1989–1999. године, много више него у својим претходним књигама, Јовичић је обелоданио једну своју драгоцену особину, а то је кураж и доследност мишљења. Одважност да се каже сопствено мишљење о најсложенијим и најделикатнијим политичким питањима. Према тематици, садржини и начину како су писане, Јовичићеве тадашње расправе подсећају на „Политичке студије” професора Живојина Перића настале почетком XX века, а објављене 1908. године у Београду.<sup>23</sup> Слично Перићу, који се прихватио просветитељског подухвата да тадашњој Србији приближи тип државног уређења и владавине који је изградила уставна пракса развијених демократских земаља Европе, и Јовичић је настојао да Србији приближи тип либералнодемократске конституције друштва.

Обојици, међутим, као опомињући глас реалности, могу се упутити критичке речи Стојана Новаковића написане у предговору Перићеве књиге: „Да ли је Ваша дефиниција рачуната по нашим традицијама? Да ли народ који живи преко хиљаду година на класичном земљишту аутократије у Европи... може да уђе у више идеје?”<sup>24</sup> Јер, не смемо заборавити да лична власт ауторитарног типа у Србији има дугу, скоро миленијумску традицију. У широком луку од Стефана Немање до краја XX века убедљиво су доминирали ауторитарни облици владавине у којима је политичка власт изнад и изван права, у којима нема разлике између приватног и јавног и у којима се власт (доминација) апсолутизује и приватизује, а стварно су слободни само носиоци власти. Отуда не треба да изненађује што је у Србији свагда више цењен поредак од слободе, ауторитарни режим од демократског и што су њени поданици-грађани више волели да буду у чврстим и поузданим рукама цезаристичког, по могућности харизматског вође. Савремени политички режими у Србији дубоко су утемељени у тој ауторитарној традицији. У њима су наглашени елементи личне власти у форми парламентаризма, уз плебисцитарну подршку маса.

У сваком случају, Јовичић се у својим радовима и јавним наступима јављао као човек става, тако да је посебна вредност његових текстова куражан и одважан став и критички суд. „Ја се нисам повијао према ветру. Увек када сам, на основу читања, посматрања и размишљања, дошао до неких сазнања – рецимо о ‘добром’ уставу, о просперитетној федерацији, о непосредној демократији и о много чему другом – ја сам их износио и од њих тешко одступао. Сматрао сам, и сматрам, да право

23 Живојин Перић, *Политичке студије*, друго издање, Геца Кон, Београд 1908.

24 Стојан Новаковић, „О улози владоца у државном органу”, писмо г. Живојину Перићу, објављено у књизи: Живојин Перић, *Политичке студије*, стр. 6.

уопште, па и уставно право, не сме да буде анцила, слушкиња политике. Наука мора да буде самостална, да има свој дигнитет, па у датом случају и ауторитет. Без тога, она није никаква наука.”<sup>25</sup> У том смислу, Јовичић се није устегао да јавно изнесе и брани своје мишљење ма колико оно било непопуларно и у супротности са званичним гледиштем. Остајао је доследан свом схватању без обзира на то шта други мисле о томе.

Јовичић је испољио и ретку спремност да изриче теоријске судове и дијагнозе о ровитим и активним друштвено-политичким процеси-ма. Уз то, поседовао је ретке одлике српског интелектуалца који јасно разликује државу од њеног политичког режима. Залагао се за очување државе, промену њеног уређења, као што се залагао за уставност и законитост иако је критиковао уставе и законе. Најзад, треба посебно истаћи да расправе у Јовичићевим књигама носе обележје објективности, принципијелности и индивидуализма. На тај начин, Јовичић се афирмисао као аутономни самосвојни јавни делатник који је стао на пут говору мржње и рата, опаком и неодговорном разарању културних и националних институција. Својим делом и делањем трудио се да спречи ратне сукобе и идеолошко-политичке искључивости, да преовлађујућу ратну реторику, национално-идеолошки фанатизам и политичко секташтво замени миром, уважавањем разлика и поштовањем принципа правне државе и људских права.

## 5. Сведочења пријатеља и сарадника о Миодрагу Јовичићу

Научним прекупацијама, методама и дометима Миодрага Јовичића треба додати и његове људске врлине, морални и професионални интегритет који га је красио. О томе какав је он човек био сведоче његова биографија и библиографија, али најбоље говоре речи његових најближих сарадника и пријатеља.

*Уљеша Крстић*: „Нараштај Миодрага Јовичића не спада у оне који су правили историју, већ у оне којима се историја правила. Али, осим ‘гласне’, постоји и ‘тиха’ историја, на дуге стазе, најчешће моћнија од оне прве. Ако, дакле, размислимо без часовитог усхићења скорашњим догађајима, схватићемо да је имало и има оних који су деценијама обделовали њиву на којој је 5. октобра 2000. почео да ниче усев слободе. Тој копчи нараштаја служе ова присећања на Миодрага Јовичића.”<sup>26</sup>

*Данило Басија*: „Јовичићева опредељења и настојања односе се на право као културну творевину и културну вредност, на државу ограничену и уређену правом, дакле на правну државу, односно владавину

25 „Пребирање по животно-професионалној биографији”, разговор Миодрага Јовичића са новинаром Милошем Јевтићем, 8. и 10. јануара 1995. године, у: *Миодраг Јовичић о себи и друји о њему* (у даљем тексту „Пребирање по животно-професионалној биографији”), стр. 199.

26 Уљеша Крстић, „Рани дани једног нараштаја”, стр. 287.

права, на достојанство и слободу човека као средишњег субјекта и највише мере правног поретка, тј. на људске слободе и права.” Баста посебно истиче две његове дијаноетичке врлине: „Миодраг Јовичић је био (а морао би и да остане!) пример оног обрасца научног рада и обављања научног позива који почива на обједињавању двеју дијаноетичких врлина: истинољубивости и интелектуалне честитости. Дакако, догађа се да и људи слабог морала постигну вредне научне резултате. Али, такви резултати једва да нам могу бити људски блиски и пријемчиви, за разлику од оних који су произашли не само из моћног духовног него и из снажног моралног извора. Радови Мидорага Јовичића, од најзамашнијих до најкраћих, проистекли су из оба та извора. То им даје посебан ранг и нарочит значај у нашој свеукупној науци која за свој предмет има широку област јавног права.”<sup>27</sup>

*Косџа Чавошки:* „Миодраг Јовичић је један од ретких правних писаца и професора о којем је још за живота постојало неподељено мишљење да је узор постојаности, моралне исправности и задивљујућег интелектуалног поштења... Он је имао ту ретку моралну снагу да остане усправан када су многи били на коленима пред лицем тоталитарне власти, и да исправно расуђује властитом главом када су многи преузимали туђе, наметнуто мишљење, да би га изнова саопштили као своје властито.”<sup>28</sup>

*Стеван Врачар:* „Миша Јовичић је човек који је својом изузетном личношћу, интелектуалним способностима, изванредним људским особинама, радном енергијом која може да служи свакоме за пример, доследношћу којој човек мора да се диви, постојаношћу која је увек и свуда могла да буде пример, изградио један опус који фасцинира.”<sup>29</sup>

*Момир Милојевић:* „Наш Миша је био човек свога времена и мењао се с њим. Имао је довољно знања да савлада све препреке које су стајале на путу чистој науци и велика је штета што само није имао времена да све истера до краја. Али и оним што је урадио он је постао велика фигура наше правне науке друге половине XX века, одражавајући све промене кроз које је она пролазила.”<sup>30</sup>

*Лидија Басџа Флајнер:* „Миша није за мене био само старији и много искуснији колега кога сам се уз страхопоштовање и помало прибојавала. Чињеница да сам увек са нестрпљењем очекивала његов суд о ономе што бих написала или урадила била је превасходно везана за дубоко, потпуно нехијерархијско уважавање његовог импресивног познавања

27 Данило Баста, „Изабрани списи Миодрага Јовичића”, *Самостојитовање и њузавосћ*, Правни факултет Универзитета у Београду и Досије, Београд 2007, стр. 284–285.

28 Косџа Чавошки, „Узор интелектуалног поштења”, у: *Миодраг Јовичић о себи и дрући о њему*, стр. 288.

29 Стеван Врачар, „Јовичићево служење истини и свом народу”, Реч на додели награде Фондације „Миодраг Јовичић”, 16. октобра 2002. године.

30 Момир Милојевић, „Размишљања над биографијом и библиографијом Миодрага Јовичића”, стр. 330.

упоредног уставног права. Без имало сујете, али уз пуно разумевања, и са благом дозом добронамерне ироније, Миша је увек прихватао и то што један почетник има другачије усредсређена интересовања у уставној науци, па одатле понекад тврдоглаво брани своје, 'наравно другачије мишљење'.<sup>31</sup>

*Драгољуб Појовић:* „Сарадња са професором Јовичићем била је увек веома пријатна. Професор је био потпуно опуштен човек, доброг расположења и неоптерећен конвенцијама. Био је благ и неизвештачен... Имао је смисла за шалу и био је ведар. Љутину је углавном глумио... Иако неупућен у дневну политику, живо је и без устежања, чак с извесном страшћу и никако неутралан, пратио свакидашње догађаје... Ма колико опуштен и неконвенционалан, Професор је у раду био скрупулозан, темељан и педантан... Његова темељност и савесност су умногоме надилазили нашу средину... О научним проблемима имао је сопствено, увек аргументовано мишљење, па му зато туђе мишљење и аргументи нису сметали.”<sup>32</sup>

Четири године пре него што је отишао са овога света, сâм Миодраг Јовичић је о себи рекао следеће: „Осећам да нисам проживео живот каквим сам га некада замишљао, да нисам постигао много шта што сам евентуално могао, али ипак – не хулећи на Бога – морам да будем релативно задовољан и оним што сам у науци урадио... Што се тиче питања да ли сам задовољан собом, својом личношћу као политичког бића и својим држањем током сада већ дугог живота, одговорио бих да у *ga-тш* околностима (ово посебно наглашавам!) немам разлога да се тиме како сам живео и шта сам радио било чега постидим. Своју савест нисам ничим, бар ничим иоле крупнијим, оптеретио. Држао сам се увек латинске *Honese vivere, alterum non laedere, suum quique tribuere!* (Часно живети, другоме не наносити штету, сваком његово признати!)”<sup>33</sup>

## 6. Јовичићев интелектуални *credo*

Данас је тринаест година од када је књига земног живота Миодрага Јовичића затворена. На њеним страницама се оцртава интимна драма припадника једног трагичног нарашатаја. Иако изолован од друштва и живота, намеравао је да тај живот и то друштво поправи. Данас када се са тугом присећамо академика Јовичића, понајвише нам недостаје велики правни писац, самосвојни духовни делатник који је као критеријум свог ангажмана имао научну истину, смелост да свој став јавно изнесе и спремност да га доследно заступа како у теорији, тако и у животу.

Добро је познато да су у нашој српској традицији они који су ишли путем аутономног критичког интелектуалног ангажмана доживљавали

31 Лидија Баста Флајнер, Реч на додели награде Фондације „Мидораг Јовичић”, 14. октобра 2008. године.

32 Драгољуб Поповић, „Овде Ј”, у: *Миодраг Јовичић о себи и друји о њему*, стр. 304.

33 „Пребирање по животно-професионалној биографији”, стр. 176.

маргинализацију, изгоне, затворе, забране. На другој страни су били, а и данас јесу они који су, жртвујући своју аутономну и критичку позицију, улазили под скуте власти и постајали „интелектуални вазали” и лакеји политичких моћника. Академик Јовичић је припадао оној првој, изузетно малобројној групи српских интелектуалаца која је остала верна себи и својој аутономној критичкој позицији; која је одолела искушењима да себе изгуби или да окаља своју интелектуалну честитост.

На тај начин, Јовичић је, трагајући за одговорима на судбинско питање из наслова своје књиге *Куда идеш Србијо?*, у потпуности остао доследан схватању улоге правне науке и струке, сачувавши свој интелектуални *credo*. Истински је веровао и залагао се за демократију засновану на владавини права, уставности, људским правима и слободама, дијалогу и демократским политичким и правним установама.

Образован и васпитаван у просветитељском духу и на најбољим традицијама београдске школе јавног права, Јовичић је правно-политичке идеје и институције развијених земаља преносио у Србију. Смицао његовог изучавања упоредног права било је преношење најбољих страних знања, искустава и демократских идеја и установа у нашу средину. По узору на Слободана Јовановића, успевао је да врло тананним анализама нађе праву меру у критичком односу према идејама и установама које су развијане у свету, као што је и при извлачењу поука увек водио рачуна о нашим приликама. У том погледу, Слободан Јовановић је у Миодрагу Јовичићу добио свог достојног и доследног следбеника.

Јовичићев интелектуални *credo* састоји се у успешном повезивању двеју дијаноетичких врлина: истинољубивости и интелектуалне честитости, и може се по његовим речима свести „на служење научној истини, подржавање демократских идеја и тражење најбољих облика државног уређења. У свему томе, увек и изнад свега, у верној служби своме народу!”<sup>34</sup>

А када је реч улози правне науке и струке често је истицао: „Она мора постати савест народа. Професори морају студенте учити да је *ius ars boni et aequi* (да је право вештина доброг и праведног). Уставописци и записници не смеју испуњавати све жеље владара и њихових скутоноша, судије морају судити ‘ни по бабу ни по стричевима’. Ако је тачно, како је давно речено, да ‘правда држи земљу и градове’, а мора бити тачно – онда ни нашу земљу и градове неће без суштинских промена имати шта да држи.”<sup>35</sup>

Иза академика Јовичића је остала празнина коју су осетили наша правно-политичка наука, Одељење друштвених наука САНУ, правни часописи, факултети, институти, Библиотека „Политика и друштво”, као и сва она научна и стручна тела чији је био сарадник, сви они одбори, комисије, редакције, пројекти којима је руководио.

34 *Истио*, стр. 199.

35 „Од конфедерације до регионалне државе”, разговор Миодрага Јовичића са Милошем Кнежевићем, у: Милош Кнежевић, *Творци и џумачи*, Дом културе Студентски град, Београд 1994, стр. 245.

Одласком Миодрага Јовичића на свим тим местима остала је да зјапи огромна празнина. Бар донекле, ту празнину ће попуњавати његово обимно научно дело садржано у шест томова његових *Изабраних сјиса*. Захваљујући томе, данашње и будуће генерације српске интелектуалне елите, посебно правничке, имаће прилику да се упознају са идејама Миодрага Јовичића, да из њих уче и да се њима надахњују. Али, и да их критикују и иду даље од њих.

Тој просветитељској мисији служи и, надам се, и убудуће ће служити и Фондација „Миодраг Јовичић”, која је основана са циљем да очува успомену на академика Миодрага Јовичића и унапреди изучавање научних области којима се он бавио.

### Закључак

Миодраг Јовичић је водећи теоретичар српске правнополитичке мисли друге половине XX века. Он је настављач дела и просветитељске мисије Слободана Јовановића, као и вредности које је он утемељио у српској култури. За Јовичића нема дилеме: модернизација и демократијација Србије није могућа без европских правно-политичких мерила и стандарда. У широком распону јавноправних тема којима се бавио, својим изузетним знањем, истанчаношћу и језиком, настојао је да афирмише у Србији модерну парламентарну демократију, правну државу и владавину права. Његове радове краси стручност, објективност, елегантан стил, јасан и прецизан језик. Стога његова дела завређују да постану предмет непрекидног проучавања и критичког преиспитивања.

Познато је да, за разлику од нашег, други, срећнији и културнији народи брижљиво чувају успомену на своје најбоље и најумније људе. Дела својих великана они походе и непрекидно проучавају – да би се обогативањем знања о њима све новије и новије генерације и саме богатиле. Надамо се да ће узорни живот и велико дело Миодрага Јовичића постати предмет таквог проучавања и да ће бити подстицај нашој генерацији и генерацијама које долазе.

Осврћући се 1995. године на свој животни пут, Миодраг Јовичић је овако сумирао свој животопис: „Живео сам паралелно у два света. Један је био реалан свет, који је обележавала Титова владавина, у коме су слободе и права грађана били гушени, али у коме сам, ако сам хтео да преживим, морао да правим компромисе. Члан Партије нисам никада био, али нисам имао храбрости ни да јој се отворено супротстављам. Други мој свет, у коме сам живео, бежећи из оног првог, реалног, био је свет књига, мог Института за упоредно право, мојих компаративних проучавања, па и некаквих успеха у науци. И на крају, последње временско раздобље, оно у коме и данас живимо, јесте време извесног растерећења психе, коришћења каквих таквих могућности да се слободно

пише и говори. Очекивао сам, као и многи други, да ће преокрет бити знатно већи, да ће, да будем мало патетичан, после дугог мрака сванути светло и сунчано јутро, али се то није десило. Ипак, да све наде нису изгубљене, а ја лично, ако је то уопште значајно, дајем својим радом скромни допринос да такво јутро и сване.”<sup>36</sup>

*Prof. dr Jovica Trkulja\**

## MIODRAG JOVICIC'S MISSION OF ENLIGHTENMENT

### Summary

*The author attempts to present the work, personality and public actions of Miodrag Jovicic in the format of six fragments. He demonstrated that Jovicic was one of most distinguished Serbia's lawyers in the fields of theory of state, constitutional law and political system, a respected professor of Faculty of Law of Novi Sad University, world-renown expert for constitutional law, member of Serbian Academy of Arts and Sciences, editor-in – chief of Archives for Legal and Social Sciences and edition „Politics and Society”, Chairman of Yugoslav Association for Constitutional Law. Miodrag Jovicic made a significant contribution to theory of the comparative law and application of the comparative method in legal and political sciences in more than 400 bibliographical units in the above-mentioned fields. Besides scientific work, Miodrag Jovicic conducted significant public mission, contributing to the enlightenment and awareness-raising of the public, getting it acquainted with the most significant results of the modern legal and political science, setting up and editing scientific journals, organizing scientific symposia and debates, reviving public and scientific interest in almost forgotten Serbian legal and political authors and their works, participating in public debates and round tables, rich and diverse publicist activity.*

*Educated and raised in the spirit of the Enlightenment and the best tradition of Belgrade school of public law, Jovicic transferred legal and political ideas and institutions of developed countries into Serbia. For him, the purpose of analyzing comparative law was to transfer the best foreign knowledge, experience and democratic ideas and institutions to Serbia. Jovicic's intellectual credo consists of successfully combining 2 ethical virtues: Truthfulness and intellectual honesty. In his own words, it can be summarized as „Serving to the scientific truth, supporting democratic ideas and searching for the best forms of govern-*

<sup>36</sup> „Пребирање по животно-професионалној биографији”, стр. 175–176.

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

*ance and state organization. In all those endeavours, always and above all, one must faithfully serve one's nation".*

*Numerous works and activities of Miodrag Jovicic prove that science and scientific work were his deepest devotion and true calling, which even the war and disappearance of the state in which he worked and lived couldn't have harmed, let alone stopped. This is indeed a rare example of dedication to science always and everywhere.*

*Key words: Miodrag Jovicic. Constitutional law. Theory of the state. Political science. Comparative law. The mission of enlightenment. Democracy, legal state and the rule of law. Serbia.*



## EVOLUCIJA U JURISPRUDENCIJI EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA U POGLEDU TRANSSEKSUALNIH OSOBA: EVOLUCIJA I U SRBIJI

### Apstrakt

*Medicinski termin „sindrom polne disforije” (gender dysphoria syndrome) označava osećanje nelagodnosti koje osoba o kojoj je reč pripisuje nepodudarnosti između sopstvenog polnog identiteta (gender identity) i polne uloge (gender role), s jedne strane, i biološkog pola (primarnih i sekundarnih polnih karakteristika), s druge strane. Transseksualitet se može definisati kao ekstremni oblik disforije pola, koji je praćen opsesivnom željom za oslobođenjem od sopstvenih primarnih i sekundarnih polnih karakteristika i neodoljivom potrebom da se potpuno preuzmu izgled i socijalni status osobe suprotnog pola. Potpuni rascjep između psihološkog i morfološkog pola, koji prati transseksualitet, počinje da se manifestuje vrlo rano, traje dugo, obuhvata sve životne aktivnosti, pojačava se tokom vremena, dobijajući karakter strasti, i najzad kulminira u očajničkom nastojanju da se ostvari operacija promene pola.*

*U srpskom pravu ne postoje zakonsko rešenje pitanja vezanih za transseksualitet niti bilo kakva sudska praksa u ovoj oblasti. Ustavni sud je, međutim, nedavno doneo odluku kojom je prvi put usvojio ustavnu žalbu jedne transseksualne osobe i utvrdio da je opštinska uprava jedne opštine u Srbiji povredila pravo na dostojanstvo i slobodan razvoj ličnosti zajemčeno članom 23. Ustava, kao i pravo na poštovanje privatnog života zajemčeno članom 8. Evropske konvencije o ljudskim pravima, time što je donošenjem zaključka o nenadležnosti propustila da odluči o zahtevu podnosioca ustavne žalbe za promenu podataka o polu u matičnoj knjizi rođenih. Uprkos tome, da bi se na precizan način uredio sudski ili upravni postupak koji bi obezbedio pravo na promenu polnog statusa, potrebno je specijalno zakonodavstvo. Postupak bi se mogao pokrenuti samo nakon što podnosilac zahteva dokaže da je operacija polnog preuređenja bila neophodna te da je uspešno obavljena; kada bi se podneli takvi dokazi, pravna promena statusa bila bi obavezna.*

*Ključne reči: Transseksualitet. Pravo na dostojanstvo i slobodan razvoj ličnosti. Pravo na poštovanje privatnog života. Evropski sud za ljudska prava*

---

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

## 1. Pojam transeksualiteta

Transeksualitet<sup>1</sup> je psihoseksualni poremećaj identiteta koji se manifestuje tako što ličnost koja poseduje sve spoljne karakteristike jednog pola istovremeno čvrsto veruje da pripada drugom polu. Transeksualci, drugim rečima, manifestuju snažno osećanje nelagodnosti usled nepodudarnosti između sopstvenog polnog identiteta i polne uloge, s jedne strane, i biološkog pola (primarnih i sekundarnih polnih karakteristika), s druge strane.<sup>2</sup> Takvo uverenje je praćeno opsesivnom željom za oslobođenjem od sopstvenih primarnih i sekundarnih polnih karakteristika i neodoljivom potrebom da se potpuno preuzmu izgled i socijalni status osobe suprotnog pola.<sup>3</sup> Potpuni rasep između psihološkog i morfološkog pola koji prati

1 Termin „transeksualitet“ izgleda da je prvi u literaturu uveo Cauldwell u svom članku iz 1949. godine „Psychopathia Transsexualis“, koji je objavljen u časopisu *Sexology*, Vol. 16, 1949, str. 274. Citirano prema: Hoopes, J. E., Knorp, N. J., Wolf S. R., „Transsexualism: Considerations Regarding Sexual Reassignment“, *Journal of Nervous and Mental Disease*, Volume 147, No. 5, 1968, str. 511. Isto i: Pfafflin, F., „Psychiatric and Legal Implications of the New Law for Transsexuals in the Federal Republic of Germany“, *International Journal of Law and Psychiatry*, Volume 4, 1981, str. 193.

Fenomen koji je danas poznat pod ovim imenom, međutim, prvi su opisali lekari specijalisti za sudsku medicinu Esquirol 1838. godine i Fränkel 1870. godine. Videti: Sigusch, V., „Medizinischer Kommentar zum Transsexuellengesetz“, *Neue juristische Wochenschrift*, 33. Jahrgang, 1980, 2. Halbband, str. 2740.

Ipak, transeksualitet je postao širokopoznat sindrom tek zahvaljujući čuvenom američkom psihijatru dr Harry-ju Benjamin-u i njegovom članku „Transsexualism and Transvestism as psychosomatic and somato-psychic syndromes“, koji je objavio *American Journal of Psychotherapy*, Vol. 8, 1954, str. 219.

2 Polni identitet je osnovno osećanje jedinke o sopstvenoj polnoj pripadnosti, koje je, redovno, u saglasju sa biološkim polom. Polnu ulogu, pak, Money definiše kao „sve ono što jedna osoba kaže ili učini da bi označila svoj status kao muški, ženski ili dvoznačan“. U drugim radovima Money dopunjava ovu definiciju tvrdnjom „da je polni identitet lično iskustvo polne uloge, a polna uloga javna manifestacija polnog identiteta“. Videti Reid, R., „Psychiatric and Psychological Aspects of Transsexualism“, *XXIII Colloquy on European Law: Transsexualism, Medicine and Law*, Amsterdam, 14–16 April 1993, str. 2.

Drugi autori, naprotiv, definišu polnu ulogu kao ponašanje koje je uvek sinhrono sa primarnim i sekundarnim polnim karakteristikama, tako da je definicija transeksualiteta u njihovim radovima nešto drugačija. Videti Kuiper, B., Cohen-Kettenis, P., „Sex Reassignment Surgery: A Study of 141 Dutch Transsexuals“, *Archives of Sexual Behavior*, Volume 17, No. 5, 1988, str. 441.

3 Videti: Kuiper, B., Cohen-Kettenis, P., *op. cit.*, str. 440. U istom smislu i: Blanchard, R., Clemmensen, L. H., Steiner, B. W., „Heterosexual and Homosexual Gender Dysphoria“, *Archives of Sexual Behavior*, Volume 16, No. 2, 1987, str. 140; Belli, M., „Transsexual Surgery: A New Tort?“, *Journal of Family Law*, Volume 17, 1978–1979, str. 490; Taitz, J., „Transsexuals and Sexual Identity“, *The Modern Law Review*, Volume 51, No. 4, 1988, str. 502; Roth, M., „Transsexualism and the Sex-Change Operation: A Contemporary Medico-Legal and Social Problem“, *Medico-Legal Journal*, Volume 49, No. 1, 1981, str. 5; Ormrod, R., „The Medico-Legal Aspects of Sex Determination“, *Medico-Legal Journal*, Volume 40, No. 1, 1972, str. 82; Rakić, Z., Marić, J., Jašović-Gašić, M., Vukov, M., „Transeksualnost i promena pola“, *Srpski arhiv za celokupno lekarstvo*, godište 119, sveska 1-2, 1991, str. 33; Reid, R., *op. cit.*, str. 2.

transseksualitet počinje da se manifestuje vrlo rano,<sup>4</sup> traje dugo,<sup>5</sup> obuhvata sve životne aktivnosti,<sup>6</sup> pojačava se vremenom, dobijajući karakter strasti,<sup>7</sup> i najzad kulminira u očajničkom nastojanju da se obavi operacija polnog prilagođavanja i ostvari pravna promena pola.

## 2. Uporedno pravo

U uporednom pravu sreću se različita pravna rešenja problema vezanih za transseksualitet. Neka prava (švedsko, nemačko, holandsko, italijansko, tursko i englesko) usvojila su specijalne zakone kojima se regulišu medicinske i pravne pretpostavke koje treba da budu ispunjene kako bi transseksualcima bila dopuštena pravna promena pola i priznata sva prava koja iz takve promene proizlaze. Medicinske pretpostavke odnose se na: (a) postojanje čvrstog i dugotrajnog uverenja jedne osobe da ne pripada polu navedenom u službenim registrima (*test real-life*), (b) trajnu nesposobnost za rađanje (osim nemačkog i engleskog prava) i (c) izvršenu hiruršku intervenciju prilagođavanja pola (osim nemačkog i engleskog prava). Pravne pretpostavke obuhvataju: (a) minimalnu starost (švedsko i englesko pravo), (b) domaće državljanstvo (švedsko i nemačko pravo) i (c) nepostojanje bračnog statusa (osim

4 Jedno istraživanje pokazalo je, na primer, da dve trećine ispitanih transseksualaca izjavljuju da su osećali da pripadaju suprotnom polu već u petoj godini života. Isto su potvrdili, u posebnim intervjuima, i njihovi roditelji. Opširnije videti: Pauly, I. B., „The Current Status of the Sex Change Operations”, *Journal of Nervous and Mental Diseases*, Volume 147, 1968, str. 463.

Slijepčević i Vujović saopštavaju da se njihovi pacijenti sećaju kako su pokazivali izrazitu sklonost da se druže sa osobama koje ne odgovaraju njihovom zvaničnom polu. Većina njih je, pritom, upotrebila reči „otkad znam za sebe”. Videti: Slijepčević, D., Vujović, S., „Transseksualizam – endokrini aspekt”, *Orthomedica*, Beograd 1992, str. 92.

Najzad, veliki broj studija potvrdio je da su deca u stanju da percepcijom razlikuju polove pre nego što navrše godinu dana, a da su u stanju da sebe označe kao pripadnike muškog ili ženskog pola u drugoj godini života. Videti: Reid, R., *op. cit.*, str. 3. i autori koje on citira.

5 Doduše, prema *Dijagnostičkom i statističkom priručniku mentalnih poremećaja* Američkog udruženja za psihijatriju, za dijagnozu prave transseksualnosti treba da proteknu najmanje dve godine neprekidne identifikacije sa osobom suprotnog pola. Nesumnjivo je, međutim, da kod pravih transseksualaca takva identifikacija traje, zapravo, celog života. Videti: Blanchard, R., „The Classification and Labeling of Nonhomosexual Gender Dysphorias”, *Archives of Sexual Behavior*, Volume 18, No. 4, 1989, str. 316.

6 Evo kako, na primer, dr Robert Stoller, jedan od vodećih eksperata u pitanjima transseksualiteta, opisuje suštinu muškog transseksualiteta: „Njegova osnovna karakteristika nije – kao što se obično misli – to da pacijent zahteva ‘polnu transformaciju’, jer i druge kategorije pacijenata to čine. To je, pre svega, činjenica da u njegovom životu nije bilo značajnije faze koju bi, bilo ovaj anatomski normalan muškarac, ili posmatrač sa strane, mogao prepoznati kao mušku. Dakle, od najranijih dana detinjstva, kada se jedna vrsta polnog ponašanja prvi put pojavljuje, dečak izgleda kao da veruje da je on devojčica; ne žensko, nego devojčica. Njegovo ponašanje je oduvek bilo stvarno žensko, i u njemu nema više imitiranja ili glume nego što se može naći kod neosporno ženskih devojčica.” Videti opširnije: Stoller, R. J., *Sex and Gender*, Science House, New York 1968, str. 138. Slično i: Sigusch, *op. cit.*, str. 2742.

7 Tako Sigusch, V., *op. cit.*, str. 2742.

italijanskog prava). Sudska odluka kojom se na osnovu svih tih uslova odobrava promena pola nema retroaktivno dejstvo, što znači da se sve posledice takve odluke vezuju samo za budućnost (*ex nunc*). Izvodi iz matičnih knjiga mogu da sadrže samo naznaku novog pola osobe kojoj je sudskom odlukom promenjen podatak o polnoj pripadnosti.

Druga grupa zemalja – koje ne poznaju nikakvo specijalno zakonodavstvo koje bi se odnosilo samo na transseksualce – dozvoljavaju pravnu promenu pola u sudskoj praksi (na primer, švajcarsko i francusko pravo), praksi organa uprave (na primer, austrijsko pravo) ili rešenjima nekih drugih zakona, kao što su zakoni o uslovima za izmenu i ispravku podataka koji su zabeleženi u javnim registrima građanskog statusa (na primer, u pravu američkih država Ilinois, Nju Džerzi i Kalifornija, a od evropskih država – Slovenije).<sup>8</sup>

### 3. Slučaj *Cossey v. The United Kingdom*

3.1. *Odluka britanskih sudova u slučaju Corbett*. Pravni položaj transseksualaca nije bio jedinstveno određen u engleskom pravu u vreme kada je Evropski sud za ljudska prava odlučivao u predmetu *Cossey*. S jedne strane, pravo sudske prakse priznavalo je transseksualcima pravo na novi polni identitet u onim pravnim domenima u kojima pol nije pravno relevantan. Tako, englesko pravo je i tada garantovalo svakoj osobi, muškarcu i ženi podjednako, da može upotrebljavati svako ime koje želi, pod uslovom da upotreba tog imena nije zlonamerna. Ime jedne osobe jeste, drugim rečima, ono ime kojim se ona obično služi u pravnom saobraćaju, ali je ništa ne sprečava da po slobodnoj volji, s vremena na vreme, to ime i promeni. Doduše, pravna procedura za promenu imena postoji, ali je predviđena samo za one situacije kada treba dobiti zvaničnu potvrdu o promeni imena; procedura se, međutim, ne mora poštovati da bi promena imena u svakodnevnom životu proizvodila pravne efekte.<sup>9</sup> Isti pristup potvrđen je i stavom prema promeni statusa transseksualca zabeleženog u onim njegovim dokumentima „koji se pokazuju” i koji glase na novi pol (kao što su pasoš, vozačka dozvola, karta socijalnog osiguranja ili zdravstvena knjižica).

S druge strane, transseksualac nije bio prihvaćen i tretiran kao pripadnik svog novog pola u onim oblastima u kojima postoji specifično zakonodavstvo u odnosu na pol, a to je, pre svega, ono koje se odnosi na brak. U tom domenu, za ostvarivanje bilo kog prava uvek se zahtevalo postojanje originalne krštenice. Ona se, pak, prema engleskom pravu, mogla korigovati jedino u

8 Opširnije o položaju transseksualaca u uporednom pravu, videti Draškić, M., *Transseksualitet i brak*, Nomos, Beograd 1995, str. 30–79. Za englesko pravo videti *The Gender Recognition Act (2004)*, Welstead, M., „Reshaping Marriage and the Family – The Gender Recognition Act 2004 and The Civil Partnership Act 2004”, *The International Survey of Family Law*, 2006 Edition, str. 190–193, a za slovenačko pravo Zakon o matičnom registru (*Uradni list Republike Slovenije*, br. 59/2006).

9 Opširnije o prirodni prava na ime u angloameričkoj pravnoj tradiciji videti Glendon, M. A., *The Transformation of Family Law: State, Law, and Family in the United States and Western Europe*, Chicago 1989, str. 104.

slučaju zablude o činjenici koja je postojala već u momentu rođenja.<sup>10</sup> Engleski sistem registracije građanskog statusa nije, naime, bio oblikovan tako da služi identifikaciji jedne osobe tokom njenog života; njegova svrha i njegov pravni značaj je, suprotno, bio u tome da zabeleži jedan istorijski fakt. Ako bi se, dakle, kasnije činile izmene i dopune u takvim registrima – u slučaju da nije došlo do zablude ili omaške u vreme rođenja – takva promena bi se morala smatrati falsifikatom.

U tom pravnom okruženju pojavila se odluka u sporu *Corbett v. Corbett*, svakako najvažniji pravni orijentir u tretiranju transseksualiteta u engleskom pravu. Radilo se o dvema strankama koje su obe bile upisane kao muškarci u zvaničnim registrima rođenja, a koje su zaključile brak 1963. godine u Gibraltaru, nakon što je jedna od njih promenila pol u ženski. Tri meseca po sklapanju braka, suprug je podneo tužbu tražeći da se brak proglašuje nepostojećim, pozivajući se na to da je njegova supruga u stvari muškarac i da brak nije mogao biti konzumiran. Veštačenje je pokazalo da April Ashely Corbett – koja je, zanimljivo, iza sebe imala karijeru uspešnog foto-modela i manekenke – nema ni uterus ni ovarije, ali da, s druge strane, ne postoje ni prepreke za polni odnos, zahvaljujući hirurški veštački konstruisanoj vagini. Hromozomski test je pokazao da se nedvosmisleno radi o muškarcu, iako bez unutrašnjih ili spoljašnjih muških polnih organa. Sudija Ormrod, i sâm lekar po obrazovanju, zauzeo je stav da je reč o osobi muškog pola koja je psihološki bila transseksualac i koja, mada je bila podvrgnuta operaciji polnog prilagođavanja, nije mogla biti smatrana ženom u sporu koji se vodio o punovažnosti njenog braka: „Pol je očigledno suštinska determinanta odnosa koji se naziva brakom, jer brak jeste i uvek je bio smatran kao zajednica muškarca i žene. To je institut na kome je zasnovana porodica i u kome sposobnost za prirodni heteroseksualni odnos predstavlja bitan element. Postavlja se pitanje šta se podrazumeva pod rečju ‘žena’ u kontekstu braka, jer moj zadatak nije da odredim ‘pravni pol’ tužene uopšteno. Imajući u vidu suštinski heteroseksualni karakter odnosa koji se zove brak, kriterijum u mojoj odluci mora biti biološki, budući da i najekstremniji stadijum transseksualiteta kod muškaraca ili najoštriji hormonalni debalans koji može postojati kod osobe sa muškim hromozomima, muškim gonadama i muškim genitalijama, ne mogu reprodukovati osobu koja je prirodno sposobna da igra pravu ulogu žene u braku. Drugim rečima, pravo treba na prvom mestu da usvoji tri lekarska kriterijuma, tj. hromozomski, gonadni i genitalni test; i ako su sva ta tri kriterijuma podudarna, oni određuju pol za svrhu braka i ignorišu bilo kakvu operativnu intervenciju.”<sup>11</sup>

10 Videti član 29. stav 3. Zakona o registraciji rođenja i smrti (*The Births and Deaths Registration Act*, 1953).

11 Videti *Corbett v. Corbett*, 1970, 3 W.L.R., 1306, 2 All E.R. 33, 48f-i. U literaturi se, nakon ove odluke, pojavio izraz „test sudije Ormroda” („the Ormrod test”) ili „test odluke Corbett” („the Corbett test”), koji je označavao usvajanje tri pomenuta kriterijuma – hromozomskog, gonadnog i genitalnog – prilikom veštačenja pola jedne osobe. Tako Meyers, D., *The Human Body and the Law*, Edinburgh 1990, str. 230; Taitz, J., „Transsexuals and Sexual Identity”, *The Modern Law Review*, Volume 51, No. 4, 1988, str. 503.

Pravni položaj transseksualaca u engleskom pravu i priznanje njihovog novog polnog identiteta, dakle, zavisilo je od toga da li je bila otkrivena činjenica da se radi o transseksualcu. Ako postane očigledno da je jedna osoba transseksualac, tada bi ona – gotovo sigurno – bila klasifikovana prema svom originalnom hromozomskom polu u skladu sa autoritetom odluke u slučaju *Corbett*. Uprkos činjenici da je ova presuda eksplicitno rezervisala biološki test samo za polno razlikovanje u pitanjima punovažnosti braka, ona je kasnije bila široko interpretirana kao odluka koja je ustanovila generalno prihvatljiv biološki test za pravni položaj „muškaraca” odnosno „žena”.<sup>12</sup>

Rešenje engleskog prava i prve odluke Evropskog suda za ljudska prava koje su ga odbranile često su kritikovani u literaturi. Radi jasnoće, akademska rasprava može biti predstavljena kroz nekoliko različitih komentara.

Prva kategorija komentara zasniva se na shvatanju transseksualiteta kao isključivo biološkog fenomena koji se može dokazati medicinskim veštačenjem. Ti autori upozoravaju da postoje ozbiljni naučni razlozi za uvažavanje polnog identiteta koji nije u skladu sa određenim spoljnim biološkim karakteristikama kod pravog transseksualiteta. Sa te pozicije posmatrano, odbacivanje pitanja o etiologiji transseksualiteta i prihvatanje da u prirodi postoje samo dva biološka pola, kako je rečeno u odluci *Corbett*, kritikovano je kao neuvažavanje medicinski dokazanog fenomena koji zahteva odgovarajuću reakciju prava.<sup>13</sup>

Drugi autori su liniju odluke *Corbett* kritikovali kao put koji vodi stvaranju čoveka nižeg reda, proizvedenog u hirurškoj sali i sa ograničenom poslovnom sposobnošću. Iako kompromis između dozvole date zainteresovanom da

12 Tako će, na primer, Apelacioni sud (*Court of Appeal*) u jednom slučaju iz krivičnog prava potvrditi da „zdrav razum i poželjnost sigurnosti i konzistentnosti” istovremeno nalažu da „test odluke *Corbett*” bude primenjen i na krivična dela protiv polnog morala. Videti R. v. Tan and Others, 1983, 3 WLR, 361. Opširnije Morton, J., „The Transsexual and the Law”, *New Law Journal*, Volume 134, No. 6162, 1984, str. 621; Pannick, D., Homosexuals, „Transsexuals and the Sex Discrimination Act”, *Public Law*, summer 1983, str. 294; Taitz, *op. cit.*, str. 503.

Isti biološki test polnog identiteta bio je upotrebljen i u kontekstu odlučivanja o postojanju diskriminacije po osnovu pola u radnom pravu. Videti E. A. White v. British Sugar Corporation, 1977, IRLR, 121.

Odluka u sporu *Corbett* uticala je, međutim, i na neka strana prava. Vrhovni sud Španije, na primer, kategorično je potvrdio pravo na promenu imena u slučajevima pravog transseksualiteta, smatrajući da bi zabrana promene imena predstavljala povredu člana 10. Ustava Španije, koji garantuje pravo na slobodan razvoj ličnosti. Nasuprot imenu, pol je kvalifikovan kao deo građanskog statusa svake osobe zabeležen na rođenju i, zbog toga, nepromenljiv. Priznajući, dakle, pravo na promenu imena, Sud je istovremeno energično odbio da prizna promenu statusa, uskraćujući stranki – koju je označio kao „tobože” ženu – pravo da zaključi brak. „Postoje samo dva pola u koja ljudska bića mogu biti svrstana”, smatra Sud, „zbog čega brak transseksualca zaključen nakon operacije promene pola mora biti ništav”. Videti Odluke Vrhovnog suda Španije od 2. jula 1987. i od 3. marta 1989. Citirano prema Cantero, G., „Spain: Sex Change and the Courts”, *Journal of Family Law*, Volume 29, 1990–1991, str. 427.

13 Tako Meyers, D. W., „Problems of Sex Determination and Alteration”, *Medico-Legal Journal*, Volume 36, No. 3, 1968, str. 235; Armstrong, C., Walton, T., „Transsexuals and the Law”, *New Law Journal*, Volume 140, No. 6474, 1990, str. 1389–1390.

u svakodnevnom životu koristi „drugi pol” i zabrane da se na njega poziva kada je u pitanju brak ili očinstvo može na prvi pogled izgledati kao spasonosno i razumno rešenje,<sup>14</sup> detaljnija inspekcija pokazuje sve njegove mane. Može se reći, doduše, da zakon ne definiše pol, ostavljajući medicini i sudskoj praksi da se time bave, ali se ne može prevideti da zakon, ipak, poznaje samo dva pola, muški i ženski, u brojnim odredbama različitih grana prava. Odlučiti, dakle, da se transseksualcima može sudski pripisati novi pol, a da im se ne dozvoli korišćenje prava koja su uz njega vezana, posebno u tako bitnom domenu za pojedinca kao što je porodica, značilo bi stvaranje neke vrste „trećeg” pola. Takva ideja, uvredljiva i diskriminišuća, o trećoj kategoriji osoba nedefinisanog pola i umanjene građanske sposobnosti, bila bi apsolutno nespojiva sa jednim od prvih ustavnih principa svih demokratskih društava – jednakošću građana pred zakonom.<sup>15</sup>

Najzad, neki autori su kritikovali odluku *Corbett*, koja je trasirala granice u kojima se dugo godina kretalo englesko pravo, sa stanovišta kulturnih vrednosti koje su u njoj definisane.<sup>16</sup> Tako je odluka, najpre, ocenjena kao put koji vodi stvaranju ideje o koherentnoj i prepoznatljivoj prirodi seksualnosti. Pojmovi „normalnog” i „prirodnog”, koji su u ovoj odluci predstavljeni kao transparentni koncepti, stavljeni su u kontekst naučne biološke istine, kako bi poduprli tezu o suštinskoj određenosti seksualne prirode, čiji je prirodni izraz heteroseksualni odnos i postojanje osoba koje će moći stvarno da igraju ulogu žene, odnosno muškarca, u braku. „Sudija je” – kaže Mac Namee – „ispričao verodostojnu priču o polu, identitetu i stvarnosti, koja mu je samo poslužila za pravnu diskvalifikaciju braka transseksualca.”<sup>17</sup>

Primena standarda formulisanog u odluci *Corbett v. Corbett*, koji je uskratio mogućnost za promenu naznake pola u krštenici kako bi ona bila usklađena sa novim polnim statusom transseksualca, bila je osnov za više predavki britanskih državljana protiv Vlade Ujedinjenog Kraljevstva pred Evropskim sudom za ljudska prava u Strazburu.

3.2. *Potvrda iz Strazbura: slučaj Cossey*. Podnositeljka predstavke u slučaju *Cossey* tvrdila je da odbijanje državnih organa Ujedinjenog Kraljevstva da izdaju dokument o rođenju koji će ukazivati na njen pol kao „ženski”, pred-

14 U tom smislu Lombois, C., „La position française sur le transsexualisme devant la Cour européenne des droits de l’homme”, Recueil Dalloz Sirey, Chronique, No. 44, 1992, str. 325.

15 U tom smislu Linossier, L., „Le transsexualisme: esquisse pour un profil culturel et juridique”, Recueil Dalloz Sirey, Hebdomadaire, Chronique No. 19, 1981, str. 147, Pannick, D., „Homosexuals, Transsexuals and the Sex Discrimination Act”, *Public Law*, summer 1983, str. 294; Taitz, *op. cit.*, str. 503. i 505.

16 Jedan autor je doživio kulturni kontekst odluke sasvim neposredno: „Moglo bi se komentarisati i to, posebno ironično za biološkog muškarca koji je prinuđen da nosi togu i napuderisanu periku zbog kulturnih tradicija, što je baš on propustio da prizna vrednost spoljnog izgleda stvari. Kostim sudije definiše njegov kulturni položaj, ma kakva da je biologija onog ko ga nosi. Sudija, štaviše, ne priznaje ni korelaciju između njegove sopstvene pozicije i one bilo koga drugoga ko nosi odeću tradicionalno vezanu za jedan ili drugi pol.” Videti Mac Namee, E., *Law, Sexuality and Identity: The Legal Gerrymandering of Trans(sexual) Personhood*, LL.M. Thesis, Reading 1992, str. 99.

17 Videti Mac Namee, *op. cit.*, str. 104–105.

stavlja nedopustivo mešanje države u pravo na poštovanje privatnog života koje garantuje član 8. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Mešanje se sprovodi na taj način što se od podnositeljke očekuje da otkriva detalje iz svog intimnog života uvek kada treba da prezentuje svoju originalnu krštenicu. Podnositeljka predstavke se, takođe, pozivala na nemogućnost da zaključi punovažan brak sa muškarcem prema engleskom pravu, što je, prema njenom mišljenju, predstavljalo povredu člana 12. iste Konvencije.

Razmatrajući, najpre, sadržaj člana 8. Konvencije<sup>18</sup> u slučaju *Cossey*, Evropski sud za ljudska prava zauzeo je stanovište da pojam „poštovanja” koji se u njemu pominje nije dovoljno jasan. To se naročito odnosi na situacije kada u koncept „poštovanja” treba uneti i pozitivne obligacije koje on, takođe, obuhvata.<sup>19</sup> Imajući u vidu različitu praksu u državama koje su ugovorne strane Konvencije, Sud smatra da će se zahtevi tumačenja tog pojma značajno razlikovati od slučaja do slučaja. Zbog toga Sud podseća da prilikom odlučivanja o tome da li takva obligacija postoji ili ne, naročita pažnja mora biti posvećena oceni postojanja „poštene ravnoteže” (*fair balance*) koja treba da bude nađena između opšteg interesa zajednice i interesa pojedinca. Sud je, stoga, zaključio: „Odbijanje ispravke u registru rođenja ili odbijanje izdavanja krštenice, čija se sadržina i priroda razlikuju od onih originalno zabeleženih, ne može se smatrati kao mešanje. Ono što traži podnositeljka predstavke, nije to da se tužena Država uzdrži od postupanja, već da ona preduzme korake da modifikuje svoj postojeći sistem. Pitanje je, stoga, da li stvarno poštovanje privatnog života Miss Cossey nameće takvu pozitivnu obligaciju za Ujedinjeno Kraljevstvo.”

Drugi i važniji prigovor koji je učinila Miss Cossey bio je da njen sadašnji fizički izgled postoperativne transseksualke znači, u stvari, da ona uopšte ne može da zaključi brak. Budući da je sada žena, ne bi mogla da zaključi brak sa drugom ženom; s druge strane, englesko pravo je sprečava da zaključi brak sa muškarcem. Sud je odgovorio, razmatrajući član 12. Konvencije za za-

18 Član 8. Konvencije glasi:

„1. Svako ima pravo na poštovanje svog privatnog i porodičnog života, svog doma i svoje prepiske.

2. Javna vlast ne sme se mešati u vršenje ovog prava izuzev u meri koja je u skladu sa zakonom i koja je nužna u demokratskom društvu u interesu nacionalne bezbednosti, javne sigurnosti ili ekonomske dobrobiti zemlje, radi sprečavanja nereda ili zločina, radi zaštite zdravlja ili morala ili radi zaštite prava i sloboda drugih.”

19 Ipak, Evropski sud za ljudska prava će se tumačenju pojma „privatnog života” vraćati više puta nakon odluke *Cossey*. Na primer, Sud je konstatovao da ne smatra da je moguće ili neophodno pokušati dati konačnu definiciju pojma privatni život. Međutim, zaključio je da bi bilo isuviše restriktivno ograničiti taj pojam na „uži krug” unutar kojeg pojedinac živi svoj lični život po sopstvenom izboru, isključujući u potpunosti spoljni svet koji u taj krug ne ulazi. Drugim rečima, poštovanje privatnog života mora u određenoj meri uključivati i pravo da se uspostave i razvijaju odnosi sa drugim ljudskim bićima. Videti odluku u slučaju *Niemietz v. Germany*, No. 13710/88, presuda od 16. decembra 1992. godine, par. 29. Takođe, u odluci Evropskog suda u predmetu *X and Y v. The Netherlands* (No. 8978/80, presuda od 26. marta 1985. godine, par. 22) zauzet je stav da pojam „privatnog života” uključuje i „fizički i moralni integritet osobe”, obuhvatajući i „njen ili njegov seksualni život”.



štitu ljudskih prava i osnovnih sloboda,<sup>20</sup> da nemogućnost zaključenja braka sa drugom ženom nije posledica bilo kakve pravne smetnje. Njena nesposobnost da zaključi brak sa muškarcem, pak, u potpunoj je saglasnosti sa konceptom braka koji je usvojen u engleskom pravu i koji je zaštićen članom 12. Konvencije:

„Pravo na brak garantovano u članu 12. Konvencije odnosi se na tradicionalan brak između osoba različitog biološkog pola. To proizilazi i iz formulacije ovog člana, iz koje je jasno da je njegov glavni cilj bio da se zaštiti brak kao osnov porodice. Članom 12. postavljen je princip da će vršenje prava na brak biti podvrgnuto nacionalnim zakonima država ugovornih strana. Ograničenja koja se time uvode ne smeju ograničiti ili umanjiti pravo na takav način ili u takvom obimu da bude oštećena sama suština prava. Pravna prepreka braku između osoba koje nisu različitog biološkog pola u Ujedinjenom Kraljevstvu, međutim, ne može proizvoditi efekat ove vrste.”<sup>21</sup>

#### 4. Slučaj *B. v. France*

4.1. *Novi stav Evropskog suda: slučaj B. v. France.* Postupak u ovom sporu pokrenula je gospođica B., francuska državljanka, rođena 1935. godine u Sidi Bel Abesu u Alžiru. U zvanične registre građanskog stanja ubeležena je kao muškarac sa imenom Norbert Antoan. Međutim, već od najranijeg detinjstva pokazivala je sklonost da se ponaša kao žensko; njena braća i sestre smatrali su je za devojčicu, a u polno potpuno podeljenom školskom okruženju teško se prilagođavala svojoj ulozi dečaka. Napokon, 1972. godine podvrgla se hirurškom zahvatu kojim je njeno telo dobilo ženski oblik. U aprilu 1978. godine obratila se administrativnim organima Francuske zahtevajući da u registrima građanskog statusa bude ispravljen prvobitni upis njenog pola (muški) u pol kome sada pripada (ženski), te da joj bude dopušteno da nosi žensko ime. Sud u Liburnu, a potom i Apelacioni sud u Bordou, odbili su njen zahtev sa obrazloženjem da nije bilo nikakve greške prilikom upisa pola na njenom rođenju, iz čega proizilazi da bi udovoljavanje njenom zahtevu predstavljalo napad na princip neotuđivosti statusa fizičkih lica. Građansko odeljenje Kasacionog suda Francuske donelo je, u martu 1987. godine, odluku kojom je u svemu potvrđen stav koji su izneli nižestepeni francuski sudovi. Gospođica B. se potom

20 Član 12. Konvencije glasi:

„Muškarci i žene koji su dostigli bračnu zrelost imaju pravo da zaključe brak i zasnaju porodicu, u skladu sa nacionalnim zakonima koji regulišu vršenje ovog prava.”

21 Videti *Case of Cossey v. The United Kingdom*, No. 10843/84, presuda od 27. septembra 1990. Na isti način izjasnio se Evropski sud za ljudska prava i u još nekoliko britanskih slučajeva: *Case of Rees v. The United Kingdom*, No. 9532/81, presuda od 17. oktobra 1987, *Case of X., Y. and Z. v. The United Kingdom*, No. 21830/93, presuda od 22. aprila 1997. i *Case of Sheffield and Horsham v. The United Kingdom*, presuda od 30. jula 1998. godine. U svim tim slučajevima Evropski sud za ljudska prava je smatrao da specifična priroda engleskih registara o rođenju predstavlja valjan osnov za uvažavanje širokog polja slobodne procene Ujedinjenog Kraljevstva te da to ne može biti osnov za povredu prava na poštovanje privatnog života i prava na brak.

obratila Evropskom sudu za ljudska prava. Navela je da su je francuski državni organi – odbijajući da joj dozvole ispravku navoda o polu u zvaničnim registrima građanskog statusa i na njenim identifikacionim ispravama – prisilili da pred trećim osobama otkriva intimne podatke o svom polnom identitetu, kao i da joj je ta činjenica dodatno prouzrokovala velike teškoće u ličnom i porodičnom životu, čime je povređeno njeno pravo na poštovanje privatnog života (član 8. Evropske konvencije o ljudskim pravima).

Evropski sud za ljudska prava je, najpre, ponovio svoj od ranije poznati stav da koncept „poštovanja” o kome govori član 8. Evropske konvencije može da znači i unošenje pozitivnih obligacija za države ugovornice, ali da se tom prilikom naročita pažnja mora posvetiti oceni postojanja poštene ravnoteže između opšteg interesa zajednice i interesa pojedinca: „Sud je došao do zaključka, na osnovu gorepomenutih okolnosti po kojima se ovaj slučaj razlikuje od slučajeva *Rees* i *Cossey* i smatrajući da nije neophodno razmatrati ostale razloge koje je naveo podnosilac predstavke, da se ona svakodnevno nalazi u situaciji koja, kada se sagleda u celini, nije u saglasnosti sa poštovanjem njenog privatnog života. Shodno tome, uvažavajući polje slobodne procene (*margin of appreciation*) tužene države, Sud smatra da poštena ravnoteža koja treba da bude uspostavljena između opšteg i pojedinačnog interesa nije bila dostignuta, te da zato postoji povreda člana 8. Tužena država ima na raspolaganju nekoliko sredstava kojima može da popravi ovakvo stanje. Nije zadatak ovog Suda da označi koje je sredstvo najpodesnije.”

Dakle, Evropski sud je zaključio da, za razliku od engleskog sistema registracije građanskog statusa, koji nije oblikovan tako da služi definisanju sadašnjeg identiteta jedne osobe, već da zabeleži samo jednu istorijsku činjenicu, rešenje francuskog prava je, po nalaženju Suda, sasvim drugačije. Cilj ustrojstva registara građanskog statusa u Francuskoj jeste da ažurira sve podatke o životu jednog lica, tako da izgleda savršeno moguće u takve registre umetnuti i podatak o sudskoj odluci koja naređuje izmenu originalno upisanog pola. Svrha takvog akta, dakle, nije u tome da ispravi prvobitno postojeću zabludu, već da dokumentaciju usaglasi sa trenutnim stanjem onoga ko takav zahtev upućuje. Zbog toga je Evropski sud, potvrđujući postojanje povrede prava na poštovanje privatnog života, obavezao francusku državu da podnositeljki predstavke na ime naknade neimovinske štete isplati iznos od 100.000 francuskih franaka, kao i 35.000 francuskih franaka na ime naknade troškova postupka.<sup>22</sup>

Osnovni razlog kojim se rukovodio Evropski sud za ljudska prava u odlučivanju u ovom sporu i koji ga je motivisao da napusti praksu formiranu u slučajevima *Rees* i *Cossey* bilo je pitanje procene cilja radi koga se vrše zabeleške ličnog statusa u javnim registrima. Drugim rečima, suštinsko pitanje je bilo da li francuski registri građanskog statusa beleže informacije koje treba

22 Videti *Case of B. v. France*, No. 13343/87, presuda od 24. januara 1992. Opširnije o ovoj odluci videti Draškić, M., „Pravo na polni identitet”, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 6/1992, str. 626–633.

da identifikuju jednu osobu ili, kao što je to slučaj u engleskom pravu, treba samo da zabeleže istorijsku činjenicu u vezi sa njenim rođenjem?

U engleskom pravu, naime, službeni registri obezbeđuju istorijsku hroniku činjenica koje su se dogodile u vezi sa jednom osobom, sakupljenih po njihovoj prirodi: poseban registar za rođenja, za venčanja i za smrti. Svaki registar predstavlja kartoteku za sebe i nije povezan ni sa jednim drugim registrom. Zbog toga je britanskom beležniku nemoguće – rezonovao je Evropski sud – da promeni činjenicu da je jednoj osobi na rođenju pripisan odgovarajući pol. No, s druge strane, to je razlog zbog koga transseksualci u Engleskoj mogu jednostavno i bez ikakvih formalnosti da promene ime i prezime, kao i da zahtevaju izdavanje zvaničnih dokumenata o identitetu koji sadrže naznaku pola prema njihovom izboru. Apsolutno nedodirljiva i nepromenljiva ostaje jedino originalna krštenica, ali ona sasvim retko predstavlja predmet negativnog publiciteta.<sup>23</sup>

Za razliku od engleskog prava, u francuskom pravu dokumentarni karakter zvaničnog registra – centralizovanog pomoću marginalnih napomena – ima zadatak da u svakom trenutku otkriva status osobe, koji proizilazi iz svih informacija koje su za nju bitne.<sup>24</sup> Zbog toga, dakle, francuskom matičaru ne bi bilo nemoguće da napomene na margini da je osoba prešla iz jednog u drugi pol, kao što napominje da je osoba prešla iz života u smrt, odnosno iz celibata u brak ili obrnuto. Najzad, to je razlog zbog koga bi zainteresovani transseksualac trebalo da dobije ispravku pola u matičnoj knjizi, kao i da promeni ime, kako u zvaničnim dokumentima o identitetu, kao što su nacionalna lična karta ili evropski pasoš, tako i u dokumentima administrativnog, medicinskog ili profesionalnog karaktera u kojima se nalazi nacionalni identifikacioni broj (INSEE).

Raspravljajući o prirodi tih registara kao o prethodnom pitanju, Evropski sud za ljudska prava došao je do zaključka da je cilj ustrojstva registara građanskog stanja u francuskom pravu da ažurira sve podatke o životu jednog lica tako da je potpuno prirodno u takve registre umetnuti podatak o sudskoj odluci koja naređuje izmenu originalno upisanog pola. Svrha takvog akta, dakle, nije u tome da ispravi inicijalno postojeću zabludu, već da dokument usaglasi sa trenutnim stanjem onoga ko u tom smislu upućuje odgovarajući zahtev. Štaviše, jedine osobe koje su ovlašćene za direktan pristup tim registrima jesu službena lica i lica koja su takvu dozvolu dobila od državnog tužioca, a njihov javni karakter osigurava se izdavanjem kompletnih kopija ili izvoda. Francuska je stoga, prema mišljenju Suda, mogla uvažiti zahtev tužilje pred svojim sudovima bez bilo kakve intervencije zakonodavca: „...promena dosadašnje prakse Kasacionog suda bila bi sasvim zadovoljavajuća.”<sup>25</sup>

23 U tom smislu Lombois, C., *op.cit.*, str. 325.

24 Doduše, u francuskoj doktrini se iznosi da nije tačno da je francuski sistem registracije građanskog statusa isključivo „dokumentaran”, već da je i on u izvesnim tačkama „istorijski”. U izvodu iz matične knjige rođenih, tako, postoji „tvrdog jezgro”: datum, mesto i pol rođenja; dakle, tri „istorijske” istine koje se odupiru svim manipulacijama. Videti Lombois, C., *op. cit.*, str. 325.

25 Videti *Case of B. v. France*, *op. cit.*, par. 52.

Opšte je mišljenje da je Odluka Evropskog suda za ljudska prava daleko uzdržanija od izveštaja Evropske komisije za ljudska prava, koji je podnet sudu 6. septembra 1990. go-

4.2. *Nakon odluke u slučaju B. v. France: nova praksa francuskog Kasacionog suda.* Iako su presude Evropskog suda za ljudska prava u to vreme imale uglavnom samo novčane konsekvence prema državama koje su ugovorne strane Evropske konvencije o ljudskim pravima, i nisu se mogle *de iure* nametati nacionalnim jurisdikcijama, francuski sudski sistem je razumeo i uvažio poruku koju mu je uputio Evropski sud za ljudska prava.<sup>26</sup> Tako je Kasacioni sud Francuske, zasedajući u plenumu i odlučujući u predmetima René X i Marc X, doneo dve istovetne odluke 11. decembra 1992. godine. U njima je, posle mnogih godina protivljenja, konačno bilo priznato pravo transeksualaca na promenu upisa njihovog prvobitnog pola.<sup>27</sup> Ova dva slučaja su spojena, jer je činjenično stanje u svim bitnim detaljima otkrivalo istu ili sasvim sličnu sudbinu dvojice tužilaca. To je sudbina dečaka koji se uvek ponašao kao devojčica, koji se podvrgao hormonskim tretmanima i hirurškim postupcima polne transformacije i koji je, najzad, zahtevao da pravo prizna njegovu promenu pola i imena u ženski pol i žensko ime. Evo suštinskog dela obrazloženja tih odluka:

„Kada, po izvršenom medicinsko-hirurškom tretmanu kojem se podvrgava iz terapijskih razloga, osoba koja pokazuje sindrom transseksualiteta i

dine. No, i pored toga, u delu francuske pravne teorije odluka je naišla na žestoku osudu. Tako Lombois na jednom mestu kaže: „Počinje se dokazivanjem da je izvod iz matične knjige rođenih (ili da su dokumenti identiteta koji iz njega proizlaze) u čestoj upotrebi. Zaključuje se da, radi toga da se ne otkrije društveni pol, treba praviti kameleona. To znači vratiti se promeni pola na mala vrata, ali sa velikom nadom u odgovor: sa izvodom iz matične knjige rođenih koji vam kaže da ste muškarac (da vas ne bi demantovali u društvu) vi ste sposobni da se oženite ženom, a to je ono što biste želeli. Ako je Sud bio prevaren tom podvalom, on je, uz sve poštovanje, uslužna budala: on osuđuje odbijanje da se B.-u promeni naznaka pola u matičnoj knjizi, iako je svestan, u sklopu svih činjenica, da se ovaj obratio sudu samo zbog želje da se venča sa svojim partnerom.” Videti Lombois, C., *op. cit.*, str. 325.

Suprotno, za komentar odluke sa upadljivom uzdržanošću videti: Garé, T., „Note sous Cour EDH”, 25 mars 1992, *La Semaine Juridique*, 1992, II, 21955, str. 417.

Za jedno kompromisno rešenje, koje bi bilo ograničeno samo na promenu izgleda, bez priznavanja pravnih konsekvenci, založio se Massip, J., *Le transsexualisme, état de la question*, Defrénois, 1992, str. 1009.

26 Konvenciju o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda potpisali su 4. novembra 1950. godine u Rimu predstavnici vlada 13 država članica Saveta Evrope. U skladu sa sopstvenim odredbama, Konvencija je stupila na snagu po deponovanju desetog instrumenta ratifikacije, što se dogodilo 3. septembra 1953. godine. Francuska je ratifikovala Konvenciju 1974. godine. Od tada, Kasacioni sud bez izuzetka poštuje moralni autoritet odluka koje je povodom pojedinačnih predstavi francuskih državljana donosio Evropski sud za ljudska prava u Strazburu.

27 Odluci je prethodilo nadahnuto i iscrpno izlaganje o fenomenu transseksualiteta u kome se, između ostalog, kaže: „Evo, dakle, ukratko predstavljenih, dveju velikih rasprava koje je transseksualitet otvorio, kao i odluka – često nepotpunih i dvosmislenih – koje su nastale u francuskoj sudskoj praksi i pred evropskim instancama. Zbrka u toj oblasti po meri je onoj među duhovima: duboka podela među domaćim sudijama, vrlo izolovana Francuska u Evropi i napola osuđena pred Sudom u Strazburu! Ako želite da stavite tačku na tu zbrku – koja šteti poverenju u pravdu, kao i ugledu zemlje koja smatra za čast poštovanje ljudskih prava – pruža vam se prilika kroz dve tužbe koje je Prvo građansko odeljenje, na zahtev vrhovnog tužioca pri ovom sudu, uputilo pred vašu plenarnu sednicu.” Videti Conclusions de M. Michel Jéol, „Premier avocat général a la Cour de Cassation”, *La Semaine Juridique*, II, 21991, 1993, str. 43.

koja je poprimila fizički izgled koji je približava drugom polu, a koji odgovara njenom socijalnom ponašanju, ne poseduje više sve odlike svog prvobitnog pola, princip poštovanja privatnog života opravdava da njen građanski status pokazuje od sada pol čiju spoljašnost poseduje. Princip neotuđivosti ličnog statusa nije prepreka za takvu promenu.”<sup>28</sup>

Komentari ove sudske odluke nisu zaostajali za onim izrečenim povodom odluke suda u Strazburu nekoliko meseci ranije. Francuska pravna teorija bez kolebanja je rekla da ova odluka „predstavlja revoluciju; potres u pravu transseksualiteta”; zabrinuti praktičari uzbuđeno su je pročitali kao presudu „koja je prihvatila da se odrekne jedne tako elementarne istine u pravu – da je pol pojedinca određen hromozomima, a ne plastičnom hirurgijom”.<sup>29</sup> Francuski Kasacioni sud, međutim, nigde ne govori o sticanju novog pola, već samo o približavanju (*rapprochement*) novom polu. Matična knjiga, na čijoj margini bude upisana odluka, biće na taj način ispravljena, a u svim budućim izvodima ili integralnim kopijama stajaće naznaka novog pola. Logika presude, najzad, upućuje i na potrebu izdavanja novih dokumenata o identitetu i svih drugih ličnih dokumenata za svakodnevnu upotrebu. Sud nigde ne govori o napuštanju inicijalnog pola niti o opravdavanju promene pola već o nastojanju da se novim polnim statusom izbegne obznanjivanje patnji jednog ljudskog bića u, kako kaže Carbonnier, „krhkoj nadi da će to doprineti smirenju i ozdravljenju”.<sup>30</sup> Na taj način francuski Kasacioni sud izbegao je da se izjasni o jednom metafizičkom pitanju – da li je transseksualac stvarno „promenio” pol, ostavljajući određene ruke sudskoj praksi da ubuduće odgovarajućom elastičnošću upravlja različitim pravnim efektima promene pola.

## 5. Slučaj *Christine Goodwin v. The United Kingdom*

Nakon 12 godina od odluke *Cossey*, Evropski sud za ljudska prava u Strazburu imao je pred sobom novi slučaj predstavke koju je podnela transseksualna osoba protiv Ujedinjenog Kraljevstva. Podnositeljka predstavke bila je britanska državljanka rođena 1937. godine kao muškarac. Od najranije mladosti osećala je da njen „psihološki pol” ne odgovara njenom muškom telu; 1965. godine postavljena je dijagnoza transseksualiteta, a 1990. godine podvrgnuta je endokrinološkoj pripremi i operaciji polnog preuređenja, koja joj je u potpunosti obezbedila spoljni izgled žene. Ona se obratila Evropskom sudu za ljudska prava smatrajući da britanska Vlada još uvek nije preduzela nikakav konstruktivan korak da se umanje patnja i poniženje koje trpe ona i druge transseksualne osobe. Nedostatak pravnog priznanja promene pola u njenom slučaju rezultirao je brojnim diskriminirajućim i ponižavajućim postupcima u svakodnevnom životu. Posebno je navela da sve specijalne pro-

28 Videti Presude Kasacionog suda (*Cour de cassation*) od 11. decembra 1992. godine, *La Semaine Juridique*, II, 21991, 1993, str. 41, note Mémeteau.

29 Videti Mémeteau, G., Note, *La Semaine Juridique*, II, 21991, 1993, str. 47.

30 Videti Carbonnier, J., *Droit civil, Les personnes*, Paris 1990, str. 113.

cedure kojima se morala podvrgavati u vezi sa svojim NI brojem (broj koji registruje svakog britanskog državljanina za potrebe nacionalnog osiguranja), državnim penzionim sistemom, zaključivanjem ugovora o životnom osiguranju i osiguranju automobila, hipotekom itd. pokazuju neopravdanu razliku u tretmanu, budući da bi sve te procedure bile nepotrebne kada bi ona bila priznata kao žena u pravu. Odbijanje Državnog penzionog sistema da joj prizna pravo na penziju sa 60 godina starosti na osnovu čisto biološkog testa za određivanje pola smatrala je povredom prava na poštovanje privatnog života (član 8. Evropske konvencije o ljudskim pravima), a odbijanje državnih organa da joj dozvole da sklopi brak sa muškarcem kao povredu prava na sklapanje braka (član 12. Evropske konvencije o ljudskim pravima). Podsetila je da su se ogromne promene u pogledu naučnog razumevanja i socijalnog položaja transseksualaca dogodile svuda u Evropi, u Americi i u Australiji, te da ne vidi nijedan ubedljiv razlog zbog koga takav stav ne bi bio prihvatljiv i za Veliku Britaniju.

Evropski sud za ljudska prava najpre je potvrdio da je već nekoliko puta odlučivao po predstavkama britanskih državljana u sličnim slučajevima i da je u svim tim odlukama zauzimao stav da odbijanje britanske Vlade da izmeni pravila o registru rođenja ne može biti smatrano kao nedopušteno mešanje države u privatni i porodični život. U engleskom pravu, naime, službeni registri obezbeđuju istorijsku hroniku činjenica koje su postojale u vreme rođenja jedne osobe na način na koji to čini fotografija; stoga nametanje pozitivne obaveze Vladi – da promeni taj sistem i ustanovi novi sistem ili tip dokumentacije koji bi obezbeđivao dokaz o aktuelnom građanskom statusu jedne osobe – nije moglo biti prihvaćeno. Sud je zatim istakao da je, iako nije vezan svojim ranijim odlukama, u interesu pravne sigurnosti, predvidljivosti i pravičnosti da se ne odstupa od te prakse bez dovoljno dobrih razloga. S druge strane, Sud je priznao da se mora voditi računa i o promenjenim prilikama u društvu, kao i o potrebi da se Evropska konvencija tumači i primenjuje na dinamičan i evolutivan način. Propuštanje da se tako postupa moglo bi predstavljati rizik da se onemoguću svaka reforma i napredak. Ukratko, Evropski sud za ljudska prava zaključio je da su se prilike i u Velikoj Britaniji promenile i da su izuzeci od istorijske osnove registra rođenja već učinjeni u slučaju pozakonjenja i usvojenja, gde je moguće zahtevati izdavanje dokumenta o rođenju koji sadrži promene nastale posle rođenja. Stoga je Sud našao da ne bi trebalo da bude problem da isti takav izuzetak bude učinjen i u slučaju transseksualaca. „U 21. veku, pravo transseksualaca na lični razvoj, na fizičku i moralnu sigurnost, koju u punom smislu reči uživaju svi drugi građani u društvu, ne može se više posmatrati kao stvar kontroverzi koje zahtevaju protek vremena da bi bile potpuno razjašnjene. Najkraće rečeno, nezadovoljavajuća situacija u kojoj žive postoperativni transseksualci, u međuprostoru u kojem ne pripadaju sasvim ni jednom ni drugom polu, ne može više biti prihvatljiva.” Imajući sve to u vidu, Sud je zaključio da je britanska Vlada odgovorna za povredu prava na poštovanje privatnog života podnositeljke predstave te da ne može više da tvrdi da ovo pitanje spada u polje njene slobodne procene. Sud je, takođe, potvrdio i povredu prava na brak, sa obrazloženjem

da termin „muškarac i žena” iz člana 12. Evropske konvencije o ljudskim pravima ne može više da se odnosi na određivanje pola isključivo na osnovu bioloških kriterijuma. Ogromne socijalne promene dogodile su se u instituciji braka od vremena kada je usvojena Evropska konvencija, a dramatične novine doneo je u međuvremenu i napredak medicine i nauke uopšte u domenu transseksualiteta. Zbog toga, činjenica da je podnositeljka predstavke u ovom slučaju bila sprečena da sklopi brak predstavlja razlog za pružanje pravne zaštite. Sud je dosudio samo naknadu troškova sudskih postupaka, nalazeći da donošenje odluke u ovom slučaju samo po sebi predstavlja zadovoljavajuću pravičnu satisfakciju za neimovinsku štetu koju je podnositeljka predstavke trpela do tada.<sup>31</sup>

Dakle, odluka *Goodwin* je u neku ruku zatvorila krug koji je englesko pravosuđe započelo mnogo godina ranije u slučaju *Corbett*. Kao što je to i sam otvoreno rekao u obrazloženju ove presude, Evropski sud za ljudska prava priznao je da odstupa od sopstvene ranije prakse, ispravno smatrajući da samo evolucionističko i dinamičko tumačenje Evropske konvencije može da obezbedi suštinske zahteve za pravičnošću u 21. veku. Za takav stav Sud je našao uporište, s jedne strane, u donekle promenjenom karakteru registara građanskog stanja u Velikoj Britaniji, koji su u međuvremenu transformisani tako da dopuštaju da u registar rođenja ipak budu unete neke promene koje su nastupile tokom života jedne fizičke osobe (kao što je, na primer, unošenje podataka o pozakonjenju ili zasnovanom usvojenju), a s druge strane, u sve široj prihvatljivosti među državama članicama Saveta Evrope da transseksualne osobe imaju pravo na polni identitet, sa kojim je usklađen i njihov postoperativni fizički izgled. Drugim rečima, Sud je odbranio stav, iznet toliko puta ranije u brojnim naučnim studijama, da i oni pojedinci koji nisu imali tu sreću da sve konstituente u razvoju njihove polnosti teku sinhrono, imaju pravo na lični razvoj i na fizičku i moralnu sigurnost, koju u punom smislu reči uživaju svi drugi građani u društvu. Štaviše, Evropski sud je otišao i korak dalje: odbacio je čuveni „test Ormrod” u proceni pitanja kriterijuma za definiciju pola i umesto određivanja ljudskog bića isključivo na osnovu hormonalnog, genitalnog i gonadnog pola, pojam „žene” i „muškarca” iz člana 12. Evropske konvencije o ljudskim pravima hrabro je proširio i na izvanbiološke kriterijume.<sup>32</sup>

31 Videti *Case of Christine Goodwin v. The United Kingdom*, No. 28957/95, presuda od 11. jula 2002. godine.

32 Protiv apsolutnog primata hromozomskog testa u diferencijaciji polova žestoko se izjašnjavao dr Harry Benjamin, jedan od pionira u oblasti medicinskih istraživanja fenomena transseksualnosti i jedan od njegovih najvećih poznavalaca:

„Hromozomski pol ima isključivo apstraktan, naučni i teorijski značaj u slučajevima transseksualaca. Insistiranje na tome da jedna osoba mora da živi i da u pravu bude priznata kao takva u skladu sa svojim hromozomskim polom, vredi kako zdrav razum, tako i osećanje humanosti. Ono redukuje nauku na puku tehniku i čini je apsurdnom. Sa istim obrazloženjem moglo bi se, takođe, insistirati na tome da Rembrantova dela nisu slike, već komadi platna prekriveni bojom. Tačno, ali glupo.” Videti Pismo dr Harry-ja Benjamin-a upućeno časopisu *Cornell Law Review* 6. januara 1971. godine.

## 6. Evolucija i u Srbiji: Odluka Ustavnog suda u slučaju X.

U našem pravu, i pored nekoliko stotina obavljenih operacija polnog prilagođavanja, nema zakonskog rešenja problema transseksualiteta, a donekadno nije postojala ni bilo kakva sudska praksa o ovom pitanju. Postojala je samo sporadična, iako dugogodišnja praksa opštinskih organa uprave, koji su do sada u pedesetak slučajeva doneli rešenja kojima se transseksualnim osobama odobrava promena pola upisanog u matičnoj knjizi, kao da je reč o ispravci greške koja je nastupila prilikom prvobitnog upisa pola na rođenju. Odredba Zakona o matičnim knjigama, na koju su se pozivali opštinski sekretarijati u pomenutim rešenjima, međutim, odnosi se isključivo na ispravku matične knjige pod pretpostavkom prvobitno netačnog upisa.<sup>33</sup> Pravna promena pola, o kojoj je reč u slučajevima transseksualiteta, naprotiv, jeste činjenica koja može biti utvrđena samo u nekom posebnom administrativnom ili sudskom postupku, na osnovu stručnog mišljenja odgovarajućih eksperata i uz poštovanje elementarnog prava na ljudsko dostojanstvo. Ne bi se, stoga, moglo govoriti o ispravci, budući da pojam „ispravka” nužno podrazumeva da se ispravlja nešto što sadrži grešku. U slučajevima transseksualiteta – kako u trenutku kada je pol upisan u matičnu knjigu, tako i sve dok tražilac nije preduzeo hiruršku intervenciju kojom je postignuto prilagođavanje spolnom izgledu drugog pola – nije bilo nikakve greške ni u stvarnom, niti u pravnotehničkom smislu reči. Nije, dakle, posredi nikakva ispravka prvobitno netačnog upisa, nego je reč o naknadnom upisu činjenice promene pola u matičnu knjigu rođenih koja se upisuje, kao i sve druge naknadne promene nastale posle završenog osnovnog upisa, u rubriku „naknadni upisi i zabeleške”.<sup>34</sup>

U takvom pravnom okruženju, Ustavni sud je 2012. godine doneo odluku kojom je prvi put usvojio ustavnu žalbu jedne transseksualne osobe i utvrdio da je opštinska uprava jedne opštine u Srbiji povredila pravo na dostojanstvo i slobodan razvoj ličnosti zajemčeno članom 23. Ustava, kao i pravo na poštovanje privatnog života zajemčeno članom 8. Evropske konvencije o ljudskim pravima, time što je donošenjem zaključka o nenadležnosti propustila da odluči o zahtevu podnosioca ustavne žalbe za promenu podataka o polu u matičnoj knjizi rođenih. Ustavni sud je potvrdio da su državni organi koji vode matične knjige stvarno nadležni da odlučuju o zahtevu za upis promene podataka o polu i naložio je matičnoj službi, koja je mesno nadležna u ovom slučaju, da u roku od 30 dana od dana dostavljanja odluke Ustavnog suda odluči o zahtevu podnosioca ustavne žalbe za promenu podataka o polu u matičnoj knjizi rođenih.<sup>35</sup>

33 Videti, umesto svih drugih, rešenje Opštinskog sekretarijata za opštu upravu opštine Savski venac u Beogradu II-02, broj 200-433/92 od 5. juna 1992. godine i rešenje Gradske uprave grada Beograda, broj XI-03-200,13-53/2012 od 27. februara 2012. godine.

34 Detaljnije o slabostima takve prakse, videti Draškić, M., „Transseksualitet i naše pravo”, u knjizi *Aktuelni pravni problemi u medicini*, Beograd 1996, str. 12. i dalje.

35 Videti odluku Ustavnog suda UŽ 3238/2012 od 8. marta 2012. („Službeni glasnik RS”, br. 25/2012).



Odluka Ustavnog suda zasniva se, pritom, na stanovištu da su, s jedne strane, matične službe stvarno nadležne da vrše upis promene podataka o polu na isti način kao što u matičnu knjigu rođenih unose podatke o promeni svih ostalih elemenata građanskog statusa jedne osobe tokom njenog života (kao što su: određivanje i promena ličnog imena, sklapanje, poništenje ili razvod braka, utvrđivanje ili osporavanje materinstva ili očinstva, zasnivanje usvojenja, nastupanje smrti odnosno proglašenje nestalog lica za umrlo itd.), a s druge strane, da pravni osnov za upis promene podataka o polu ne mora nužno da bude sudska odluka odnosno odluka upravnih organa – Iako je svakako tačno da se najveći broj podataka upisuje upravo na taj način – budući da se pojedini upisi vrše samo na osnovu odgovarajuće medicinske dokumentacije. Drugim rečima, zaključio je Ustavni sud, ako je moguće da se činjenica rođenja upiše u matičnu knjigu rođenih samo na osnovu medicinske dokumentacije koju bolnica u kojoj se dogodio porođaj dostavi nadležnoj matičnoj službi, odnosno na osnovu izjave lica koje je prisustvovalo porođaju ako se porođaj nije dogodio u zdravstvenoj ustanovi, kao i da se činjenica nastupele smrti upisuje u matičnu knjigu umrlih samo na osnovu pismenog izveštaja nadležnog lekara, ne može biti zakonskih smetnji da se i činjenica o pravnoj promeni pola upiše samo na osnovu medicinske dokumentacije o preduzetoj hirurškoj intervenciji usklađivanja somatskih karakteristika pola sa psihološkim polom pacijenta. Imajući u vidu da je nadležni opštinski organ uprave, u konkretnom slučaju o kome je odlučivao Ustavni sud, odbio svoju stvarnu nadležnost za upis promene podataka o polu u matičnoj knjizi rođenih, Ustavni sud je našao da je time povređeno pravo podnosioca ustavne žalbe na ljudsko dostojanstvo i slobodan razvoj ličnosti, koje je zajemčeno članom 23. Ustava, kao i pravo na poštovanje privatnog života, garantovano članom 8. Evropske konvencije o ljudskim pravima. Ustavni sud se prilikom zauzimanja takvog stava ekstenzivno pozivao na bogatu jurisprudenciju Evropskog suda za ljudska prava u pitanjima vezanim za transseksualce i posebno na stavove tog suda o pozitivnim obavezama država članica u tumačenju pojma „poštovanje” kao sastavnog dela prava na privatni život.

## 7. Zaključak: Konačno ka zakonodavnoj inicijativi?

Prva odluka o ustavnoj žalbi transseksualne osobe X. Ustavnog suda i argumentacija koja je upotrebljena za njeno obrazloženje nesumnjivo zaslužuju svaku pohvalu. Uprkos tome, čini se racionalnim pozvati na hitnu intervenciju zakonodavca, ne zbog toga što problemi transseksualiteta nužno zahtevaju da budu baš zakonski regulisani – jer su mnogobrojna uspešna rešenja prikazana i u sudskoj i u upravnoj praksi drugih zemalja – već zato što bi u sadašnjem trenutku takva intervencija osujetila zakonodavca u Srbiji u potpunom ignorisanju težine problema. Suprotno iskustvima stranih pravnih uređenja, odsustvo striktno zakonske regulative moglo bi u srpskom pravu da otvori put neodgovornom i olakom tumačenju da je promena pola stvar rutinske administrativne odluke koja se ispisuje na šapirografisanom obrascu,

što je druga, ništa manje rđava krajnost. Prepuštanje opštinskim organima uprave da odlučuju o tako važnom pitanju kao što je promena pola a da pritom ne budu snabdeveni nikakvim uputstvom ili drugim bližim propisom o načinu na koji će obavljati tu svoju dužnost, krajnje je riskantno i teško da bi se moglo pretpostaviti da bi se bilo koji odgovoran zakonodavac sa takvim rešenjem mogao saglasiti. To bi značilo pristajanje na sasvim slobodnu procenu svakog matičara o najvažnijim otvorenim pitanjima: da li je operacija za podešavanje pola neophodna za promenu navoda o polu u matičnoj knjizi ili je dovoljna i sama endokrinološka terapija o kojoj bi postojala odgovarajuća medicinska dokumentacija; ako operacija jeste uslov, kakva i kolika medicinska dokumentacija treba da prati odgovarajući zahtev i ko je ovlašćen da izdaje takvu dokumentaciju; najzad, kakve sve posledice proizvodi takva promena na dotadašnje i buduće pravne odnose transseksualne osobe, od mogućeg retroaktivnog dejstva upisa, do pitanja o sudbini braka u kome se mogao nalaziti onaj ko je pristupio hirurškoj i pravnoj promeni pola? Logično je, naime, očekivati da se u bliskoj budućnosti, a naročito nakon odluke Ustavnog suda, pred organima uprave ili sudovima u Srbiji pojavi više novih zahteva transseksualnih osoba za promenu upisanog pola u matičnim knjigama ili za priznavanje nekih drugih prava, koji će zahtevati civilizovan i adekvatan odgovor državnih organa i pozitivnog prava.

Buduće pravno uređenje fenomena transseksualiteta u našem pravu moglo bi se ostvariti propisivanjem posebnog vanparničnog postupka za promenu pola, koji bi predviđao i nužne medicinske i pravne pretpostavke koje se moraju ispuniti da bi jedna osoba mogla pravno da stekne pol suprotan onome koji je upisan u matičnu knjigu rođenih (sudski postupak po ugledu na nemačko pravo), ili bi za donošenje takve odluke i dalje bili nadležni matičari kojima bi stajalo na raspolaganju odgovarajuće zakonsko rešenje (upravni postupak po ugledu na austrijsko pravo). No, bez obzira na vrstu pravnog postupka, rešenje našeg prava ne bi smelo da propusti da razreši dva vrlo važna pitanja načelnog značaja.

Prvo je zahtev da se o pravnoj promeni pola može govoriti jedino kada je reč o transseksualcima koji su bili podvrgnuti operaciji polnog preuređenja, budući da se pre takvog zahvata može govoriti samo o osobi za koju je postavljena dijagnoza transseksualiteta. Kako je terapija transseksualiteta postupak koji traje više godina i obuhvata nekoliko faza (od psihijatrijskog posmatranja, preko hormonskog tretmana, do završnog polnog preuređenja, koje se obavlja operativnim zahvatom na genitalnim organima), za pravo je važno da bude utvrđen jedan trenutak u kome će se nesumnjivo moći govoriti o obavljenoj polnoj transformaciji. Takvo rešenje je logično, zbog toga što i pravo koje se odnosi na transseksualce – slično onome koje se već godinama primenjuje na somatske hermafrodite – mora da uvažava preovlađujući pol jedne osobe. Očigledno je da predoperativni transseksualac, kod koga su svi kriterijumi pola – izuzev psihološkog – usklađeni, u pravu može biti smatran jedino kao pripadnik pola koji je imao na rođenju. Potencijalni brak takve osobe sa osobom istog hromozomskog pola ne bi bio dopušten i

morao bi se kvalifikovati kao homoseksualni odnos, bez obzira na to što bi takav transseksualac, zahvaljujući svom suprotnom psihološkom polu, smatrao svoj odnos heteroseksualnim. Obrnuto, kod postoperativnog transseksualca, prevlađujući je pol onaj na koji ukazuje usaglašenost psihološkog pola i anatomskog izgleda koji je stečen zahvaljujući hirurškoj intervenciji, pa i u pravu pol može biti samo onaj koji je u saglasnosti sa takvim harmonizovanim statusom individue.

Drugo je zahtev da se o obaveznoj pravnoj promeni pola mora govoriti ako je preduzeta odgovarajuća hirurška intervencija koja je definitivno približila transseksualca polu koji je suprotan onom koji je inicijalno bio upisan na rođenju. U suprotnom, moglo bi se dogoditi da se transseksualna osoba podvrgne operaciji polnog preuređenja ne zahtevajući posle toga nikakvu promenu statusa. Takav ishod bi značio da se pravo može naći u prilično čudnoj situaciji, u kojoj će morati da se saglasi sa tim da je valjan brak dve osobe koje obe imaju spoljni izgled jednog istog pola, ali na zaobilazan način. Drugim rečima, u pravnom sistemu u kome je, kao što je to slučaj sa našim pravom, ustavna definicija braka obuhvatila bezuslovno samo muškarca i ženu, odnosno gde definicija braka nije indiferentna prema različitosti polova kao jednoj od pretpostavki za punovažnost braka (iako u uporednom pravu takav uslov sve češće izostaje), sudbina braka transseksualne osobe koja je izvršila operaciju polnog prilagođavanja ali nije pravno promenila pol bila bi u najmanju ruku neizvesna. Pravo ne bi smelo da dopusti da promena polnih odlika dovede u stvarnosti do situacije da pravni status neke osobe nije više usklađen sa njenim spoljnim izgledom, budući da je čitava velika tema o pravima transseksualaca na polni identitet i započeta sa ciljem da se postigne takvo harmonizovanje.

*Prof. dr Marija Draškić\**

EVOLUTION IN THE JURISPRUDENCE OF  
THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS  
CONCERNING TRANSSEXUAL PERSONS:  
EVOLUTION IN SERBIA TOO

SUMMARY

*The medical term „gender dysphoria syndrome” could be defined as the sense of discomfort, which the person in question ascribes to the incongruence between his/her gender identity and his/her gender role, on one hand, and his/her biological sex (primary and secondary sexual characters) on the other.*

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

*Transsexuality is an extreme form of gender dysphoria accompanied by the obsessive desire to be delivered from one's primary and secondary sex characters and irresistible need to acquire the bodily appearance and the social status of a person of the opposite sex. True transsexuals experience the complete split between the psychological and the morphological sex from early childhood; their conviction lasts long, includes all life activities, intensifies with the passage of time and becomes a passion, and finally culminates in a desperate desire for a complete sexual transformation through sex reassignment surgery.*

*The Serbian law has no statutory solution to deal with transsexuality issues, nor is there any judicial practice in this field. But the Serbian Constitutional Court has recently issued ruling that the constitutional appeal filed by X is upheld and that the Municipal Administration of the Municipality of Z, by issuing a conclusion on its lack of subject-matter jurisdiction, failed to take a decision on an application by the appellant for a change in data on the appellant's sex, thus violating his right to dignity and free development of one's personality guaranteed by Article 23 of the Constitution of the Republic of Serbia, as well as the right to respect for private life guaranteed by Article 8 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Nevertheless, special legislation is needed to regulate the precise manner in which either the court procedure or the administrative procedure provides a right to change sexual status. The procedure should be initiated only after the requester demonstrates that successful sex reassignment surgery was necessary and has occurred; once this has been shown, legal sexual alteration should be compulsory.*

**Key words:** *Transsexuality. Right to dignity and personal development of individuals. Right to respect for personal life. European Court of Human Rights.*

## 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 sa ciljem da se afirmiše 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).<sup>1</sup> 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 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 da 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 obavezu pregovaranja za poslodavca kod 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 obuhvata:

\* 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 nauke Republike Srbije.

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

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 i savetu zaposlenih (komitetu preduzeća) omogućiti da se upoznaju sa mišljenjima, zahtevima i predlozima koji su izneti na tim sastancima.<sup>2</sup> Razume se, zakon predviđa da zaposleni uživaju imunitet, to jest 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).<sup>3</sup>

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,<sup>4</sup> kao i uporednom i domaćem pravu.<sup>5</sup> 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 (RESP), mada nije svrstano u korpus osnovnih socijalnih prava (tzv. tvrdo jezgro RESP obuhvata devet prava). Razvojem koncepta zaposlenog-građanina u EU prava na informisanje i konsultovanje svrstana su u korpus osnovnih socijalnih prava u komunitarnom pravu, što je izraženo i u Povelji o osnovnim pravima u EU iz 2000. godine (Povelja iz Nice), koja je kao „izvor inspiracije” (za komunitarne institucije i organe) poslužila za donošenje Direktive 2002/14.<sup>6</sup> Naime, sa ciljem jačanja socijalnog dijaloga u preduzeću 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 o odlukama (uprave) poslodavca koje vode promenama u organizaciji rada i ugovornim odnosima (ugovori o radu; kolektivni ugovor o radu).<sup>7</sup> Transponovanje te Direktive

2 *Ibidem*, str. 904–905.

3 *Ibid.*, str. 905–906.

4 Konvencija Međunarodne organizacije rada br. 135 o radničkim predstavnicima; L. Betten, *International Labour Law*, Kluwer, 1993, str. 70–71; Evropska socijalna povelja (čl. 6); L. Samuel, *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 B. Bercusson, *European Labour Law*, 2009, str. 318, 324.

7 U praksi Evropskog suda pravde standardi sadržani u Direktivi 2002/14 tumače se tako da je poslodavac (menadžment) dužan da pre donošenja odluke konsultuje, zatraži mi-

(do 2005. godine) izvršeno je u državama članicama EU posredstvom saveta zaposlenih, sindikata kod poslodavca, ili posredstvom drugih (pravovaljano) izabranih predstavnika.<sup>8</sup> Na taj način je došlo do kompletiranja evropskih standarda u pogledu informisanja i konsultovanja koji su najpre bili doneti Direktivom 94/45 o evropskom savetu zaposlenih, kako bi se informisanje i konsultovanje uspostavilo u preduzećima komunitarnog nivoa (kod poslodavaca ili povezanih poslodavaca<sup>9</sup> koji obavljaju svoju ekonomsku delatnost na nivou EU – privredno društvo koje zapošljava najmanje hiljadu radnika, od kojih najmanje po sto pedeset 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. Pritom, saradnja središnje uprave i evropskog saveta zaposlenih zasniva se na međusobnom poverenju (uz obavezu čuvanja poslovnih tajni i po isteku mandata člana evropskog saveta zaposlenih).

Štaviše, pravo na informisanje i konsultovanje upotpunjeno je pravom na saodlučivanje radnika u evropskom društvu (*Societas Europea*), kao poslodavcu koji se osnivna pod posebnim uslovima, pošto je, osim 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 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, uzajamne 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 ratifikacijom Lisabonskog ugovora dobila pravnoobavezujuću snagu (Ugovora), a koja je usmerena na institucije EU i države članice kad primenjuju komunitarno pravo, nov je podsticaj za razvoj koncepta zaposlenog-građanina. Povelja, u okviru naslova II – „Slobode”, proklamuje slobodu mišljenja, savesti i verosiposvesti: „Svako

šljenje od predstavnika zaposlenih; B. Bercusson, *op. cit.*, str. 313.

8 B. Bercusson, *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).

lice ima pravo na slobodu mišljenja... (čl. 10, st. 1), kao i slobodu izražavanja i informisanja (čl. 11).<sup>10</sup>

U Savetu 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.”<sup>11</sup> 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 značajna je za pitanje granica slobode izražavanja mišljenja zaposlenih, imajući u vidu ograničenja slobode izražavanja mišljenja zaposlenih u kontekstu obaveze vernosti, odnosno lojalnosti zaposlenog poslodavcu (*duty of trust and confidence*). Tako, u mnogim slučajevima kada je javno kritikovanje poslodavca od državnih službenika 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 građani uživaju) značajno ograničena. Ipak, ograničenja moraju biti srazmerna, uz priznavanje državnim službeniku prava na uzbunjivanje (*whistleblower*), pod određenim uslovima i u pogledu poverljivih informacija.<sup>12</sup>

Potreba da se zaštite zaposleni koji svoje pravo na izražavanje mišljenja ostvaruju u svojstvu zaposlenog-uzbunjivača ima poseban značaj za suzbijanje korupcije, na šta upućuje i Građanskopravna konvencija o borbi protiv korupcije (čl. 8), koju je i Srbija ratifikovala.

## II. Zaštita zaposlenog uzbunjivača u uporednom pravu

Razvoj koncepta zaposlenog građanina u uporednom pravu imao je 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”<sup>13</sup>), koja se „može zakonom ograničiti, ako je to neophodno radi zaštite prava i

10 M. Janjević, *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 (1979–1980), 1 EHRR 737, para 48; prema C. Ovey, R. White, *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2006, str. 317.

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

13 Ustav Republike Srbije od 2006. godine (član 46. stav 1).



ugleda drugih...”, tradicionalno se ograničava radnim zakonodavstvom da bi se zaštitila prava poslodavca. Tako, u dužem periodu u radnom pravu (sudskej praksi) smatralo se da zaposleni koji javnosti kritički ukazuje na praksu poslodavca (koja se odnosi na metode rada, dizajn, organizaciju rada i slično, što predstavlja poverljive podatke čije obelodanjivanje može da pričinu štetu poslodavcu) čini povredu (implicitne) obaveze lojalnosti (*duty of trust and fidelity*), tako da se disciplinsko sankcionisanje smatralo opravdanim<sup>14</sup> (odnosno ne suprotnim slobodi izražavanja mišljenja koju garantuje i Evropska konvencija o ljudskim pravima – član 10).<sup>15</sup> 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, reč je o povredi ugovora o radu,<sup>16</sup> pri čemu poslodavac može da podnese tužbu (za naknadu štete) i protiv treće strane koje je zaposlenog navela na povredu ugovora o radu.<sup>17</sup> 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 (na primer, 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.<sup>18</sup> Postepeno, međutim, ograničava se ili napušta takozvana kultura tajnovitosti na mestima rada, u kojoj zaposleni osećaju obavezu da (pre) ćute, 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 (*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 sredine<sup>19</sup>; zaštitom zdravlja i bezbednosti; ometanje pravde;

14 S. Taylor, A. Emir, *Employment Law*, Oxford University Press, 2010, str. 487; B. Willey, *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*. – C. Ovey, R. White, *op. cit.*, str. 221.

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

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

18 N. Selwyn, *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) na štetu svog poslodavca. – *Ibidem*.

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

nezakonito postupanje (na primer, poreska evazija; nenamensko korišćenje javnih fondova); učinjeno krivično delo (koruptivna krivična dela).

U uporednom pravu više decenija priznato je i pravo zaposlenog na „dovanje u pištaljku” (*right to whistleblow*), odnosno na obraćanje nadležnom državnom organu ukoliko poslodavac nastavlja da svojim poslovanjem ugrožava javni interes definisan zakonom – na primer, 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). Poznat 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 elemenat) u proizvodnju igala, kad je nivo dozvoljene radijacije 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.).<sup>20</sup>

U britanskom pravu je zakonom definisano takozvano kvalifikovano obeodanjivanje (*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 lica<sup>21</sup>; e) ugrožavanje životne sredine; f) informacije o tome da se prikrivaju ili verovatno prikrivaju dokazi u vezi sa navedenim predmetima uzbunjivanja.<sup>22</sup>

Kvalifikovano objavljivanje se ne odnosi na objavljivanje podataka koji su zaštićeni Zakonom o tajnosti podataka.<sup>23</sup> U domaćem pravu se Zakonom o tajnosti podataka<sup>24</sup> 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 tog 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*).<sup>25</sup> 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 „nesa-

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

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

22 *Ibid.*, str. 488–489.

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

24 „Službeni glasnik RS”, br. 104/2009.

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

vesno čuvanje spisa ili podataka” (čl. 108, st. 1, al. 2). Odavanje službene tajne je teža povreda službene dužnosti u uporednom pravu.<sup>26</sup> 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 ostvarivanjem prava na uzbunjivanje rešavaju svoju unutrašnju tenziju, moralnu dilemu – lojalnost poslodavcu i čuvanje poverljivim 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 rešavanju sudskih, radnih sporova između poslodavaca i uzbunjivača-zaposlenog, pribegava se testu dobre vere (*bona fide*) da bi se najpre odgovorilo na pitanje šta jeste a šta nije (vršenje prava na) uzbunjivanje, odnosno da bi se definisalo zaštićeno uzbunjivanje (*protected whistleblowing*).<sup>27</sup> 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 (na primer, tako što uzbunjivač-zaposleni ima razumnu sumnju da će poslodavac prikriti dokaze), opasnosti po zdravlje, bezbednost, po životnu sredinu, uživa posebnu zaštitu,<sup>28</sup> ako je učinjeno određenim licima pod propisanim uslovima.<sup>29</sup> Posebna zaštita se obezbeđuje ako je usled dostavljanja-uzbunjivanja došlo do otkaza ili druge povrede prava iz radnog odnosa.<sup>30</sup>

Zaposlenim-uzbunjivačima neophodna je posebna zaštita zbog toga što su potencijalno izloženiji diskriminaciji<sup>31</sup>, odnosno stavljaju se u nepovoljniji položaj u pogledu niza prava (na primer, zaštite zdravlja i bezbednosti na radu; odsustava – porodiljskog, radi nege deteta, po osnovu usvojenja; radnog vremena i fleksibilnosti),<sup>32</sup> 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 da bi se zaposleni podstakli na borbu protiv korupcije, na zaštitu javnog interesa, koji je i pravno i moralno superiorniji u odnosu na privat-

26 I. Borković, *op. cit.*, str. 146.

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

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

29 N. Selwyn, *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; S. Taylor, A. Emir, *op. cit.*, str. 491.

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

ni interes (dobit) poslodavca. Čitav niz nesreća se mogao izbeći u zdravstvu, saobraćaju (na primer, tragedija feribota *Zeebrugge*), proizvodnji (na primer, naoružanja) da strah od autokratskog okruženja poslodavca nije uticao da se zaposleni ne usuđuju da progovore o rizicima. Drugim rečima, zaštita uzbunjivača-zaposlenog je vid ohrabriranja kulture otvorenosti organizacija (poslodavca), dobrog upravljanja, namenskog korišćenja sredstava (posebno u javnom sektoru), zakonitosti poslovanja i rada poslodavca, zaštite javnog interesa – prevencija je bolja nego lečenje, a organizaciona kultura nalaže da se ne sme tolerisati sprovođenje zlostavljanja uzbunjivača (*victimisation for whistleblowing is not tolerated*). Otuda je u uporednom pravu poslednjih par decenija zakonski uređena posebna zaštita uzbunjivača-zaposlenih: na primer u američkom, britanskom, holandskom, južnoafričkom zakonodavstvu.<sup>33</sup> Na taj način se obezbeđuje da zaposleni bez bojazni, u dobroj veri, mogu da ukazuju interno – kod poslodavca na ugrožavanje javnog interesa ili lošu praksu. Uz to, ako dođe do eksternog uzbunjivanja, zakonom su propisani uslovi pod kojima će se pružiti zaštita zaposlenom-uzbunjivaču: a) uzbunjivanje u dobroj veri; b) postoji istinski osnov za razumno verovanje da je ugrožen javni interes; c) uzbunjivanje nema za cilj ličnu ili korist za članove porodice (u novcu ili naturi, pri čemu se pod ličnom koristi ne podrazumeva nagrada koju bi uzbunjivač dobio na osnovu posebnih propisa, a koju dodeljuju *određeni državni organi* – na primer, u *V. Britaniji Carina i Poreska uprava (Custums and Excise)*. Kao preventivna zaštita zaposlenih-uzbunjivača, u uporednom pravu se predviđa i obaveza poslodavca da članovima odbora direktora, odnosno menadžerima na višim mestima organizaciji (*senior managers*) koji su određeni za pitanja uzbunjivanja, obezbedi odgovarajuću obuku (slično je i u pogledu obaveze pružanja obuke licima određenim kod poslodavca za pitanja sprečavanja zlostavljanja).

Tako, britanskim Zakonom o prijavljivanju informacija u javnom interesu (*Public Interest Disclosure Act*) od 1998. godine predviđena je posebna zaštita svih uzbunjivača (potrošač, klijent, zaposleni, radnik kod kuće itd.) u javnom i privatnom sektoru pod zakonom predviđenim uslovima (pod terminom javnost se podrazumevaju i nadležni državni organi, mediji). Prvo, predviđena je zaštita u pogledu takozvanog 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 takozvanih koruptivnih krivičnih dela), neizvršavanja zakonskih obaveza (na primer, zloupotreba fondova<sup>34</sup>), ugrožavanja životne sredine, dovođenja u opasnost zdravlja ili bezbednosti lica, namernog prikrivanja relevantnih informacija. „Zaštićeno prijavljivanje” podrazumeva i 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 obave-

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

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

štavanje poslodavca – direktora ili drugog ovlašćenog lica za tu vrstu obavještenja.<sup>35</sup> Eksterno prijavljivanje može biti prijavljivanje nadležnim upravnim agencijama ili državnim organima (*Regulatory disclosure*) i prijavljivanje u širem smislu (*Wider disclosure*) – na primer, 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 posredi 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.<sup>36</sup>

*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<sup>37</sup> ako on to želi. Pod internim uzbunjivanjem podrazumeva se i obraćanje zaposlenog-uzbunjivača nekom drugom ovlašćenom telu kod poslodavca, ako je kod poslodavca uređen postupak uzbunjivanja: na primer, 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 za dobijanje pravnog saveta od pravnika sindikata (*union solicitor*), 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 ovlastiti advokata da u njegovo ime dostavi informacije (izvrši uzbunjivanje).

Kad je u pitanju interno uzbunjivanje od strane državnog službenika, ono se smatra kvalifikovanim (to jest zaštićenim) ako je učinjeno u dobroj veri ministru (članu vlade).<sup>38</sup>

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 ukoliko mu poslodavac ponudi poboljšanje uslova rada (na primer, napredovanje na radu, povećanje zarade). Katkad, može doći do zloupotrebe uzbunjivanja tako što zaposleni-uzbunjivač izlaže pretpostavljenog takozvanom zlostavljanju na gore (*upward bullying*), stavljajući u izgled obelodanjivanje informacija (eksterno uzbunjivanje) ako pretpostavljeni ne ispuni zahteve zaposlenog (na primer, za povećanje zarade).

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

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

37 Osim zaposlenog, zaštitu uživa i lice koje se nalazi na obuci kod poslodavca (*training for employment*) ili lice 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. godine).

38 N. Selwyn, *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 koji 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 je 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 (sušinski tačna) i izuzetno ozbiljne prirode već i da neće imati lične koristi od uzbunjivanja (po definiciji, uzbunjivanje je ukazivanje na povredu javnog, a ne privatnog interesa, uključujući interes samog uzbunjivača).<sup>39</sup> Uzbunjivanje treba da bude upućeno nadležnim državnim organima, odnosno upravnim agencijama (na primer, u Velikoj Britaniji ako je reč o: riziku po zdravlje i bezbednost (*Health and Safety Executive*); poreskim nepravilnostima (*The Inland Revenue and the Financial Services Authority*); kompanijskom pravu (*Secretary of State for Trade and Industry*); konkurenciji i zaštiti prava potrošača (*Office for Fair Trading*); uslugama (*Rail Regulator*); zaštiti životne sredine (*Environment Agency*). Postupanja zaposlenog-uzbunjivača se, tako, ocenjuje sa stanovišta načela *bona fides* imajući u vidu sve okolnosti slučaja, što ima odlučujući značaj 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 za interno uzbunjivanje, 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

39 *Ibid.*, str. 324.

odgovarajuće dokaze (potpunije nego u slučaju internog uzbunjivanja), uživa zaštitu iako nije najpre pribegao takozvanom internom uzbunjivanju.

Zaštitu uživa i šire prijavljivanje (*Wider disclosure*) – na primer mediji-ma ili poslanicima parlamenta. To u svakom konkretnom slučaju utvrđuje nadležan sud (tribunal) ako, osim 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, pružanje zaštite se u ovom slučaju uslovljava jednim od dodatnih preduslova: a) da uzbunjivač razumno veruje da će postati žrtva ako pribegne internom ili uzbunjivanju nadležnoj agenciji (*prescribed regulator*); b) ako nije osnovana agencija, a uzbunjivač razumno veruje da će dokaz biti prikriiven ili uništen; c) da je zabrinutost već bila iskazana poslodavcu ili agenciji (*regulator*); d) da je zabrinutost izuzetno ozbiljne prirode.<sup>40</sup> Nadležan sud (tribunal) pri odlučivanju o tome da li je prijavljivanje (uzbunjivanje) razumno, ceni i razumnost odgovora poslodavca ili agencije kojima se najpre obratio uzbunjivač.

U slučaju uzbunjivanja putem medija javlja se dodatni delikatan problem kako pomiriti pravo na privatnost (zaštitu ličnih podataka) lica koji su žrtve povrede javnog interesa (na primer, pacijenta u bolnici koji ne želi da se njegovo ime spominje u kontekstu nezakonitog postupanja/korupcije u zdravstvenoj ustanovi) i interesa javnosti da bude obavještena o povredi javnog zdravlja nezakonitim radom u zdravstvenoj ustanovi. Mediji ne mogu da saopštavaju imena pacijenata koji su žrtve nezakonitog postupanja (dužni su da zaštite identitet pacijenta), ali će ukazati 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 odredaba Zakona o otkrivanju (prijavlivanju) informacija javnosti u Zakon o radnim odnosima, kojima se zabranjuju zlostavljanje, dovođenje u nepovoljniji položaj i otkaz po osnovu uzbunjivanja.<sup>41</sup> 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 zaposlenog,<sup>42</sup> tako da uzbunjivač treba da dokaže da je imao razumno verovanje/sumnju za pribegavanje uzbunjivanju<sup>43</sup>, da nije bio motivisan ličnim antagonizmom, da do informacije nije došao na nezakonit način.<sup>44</sup> Zaštita uzbunjivaču se obezbeđuje 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

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

41 *Ibid.*

42 *Ibid.*, str. 489–490.

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

44 *Ibid.*, str. 318.

koje zabranjuju zaposlenom da te podatke saopšti (*gagging clauses*) ništavo je ako bi bile u suprotnosti sa zaštitom koju uzbunjivačima pruža zakon (*Public Interest Disclosure Act*, odnosno *Employment Act*). Ništav je svaki sporazum radnika i poslodavca kojim se radnik sprečava da pribegne zaštićenom uzbunjivanju (*protected disclosure*).<sup>45</sup> U slučaju da radni sud, to jest tribunal za rad (*employment tribunal*) utvrdi da je uzbunjivač nezakonito otpušten, on ima pravo na naknadu štete, pri čemu se, osim 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. Zakonom se predviđa da naknada štete za neopravdano otpuštanje uključuje ne samo naknadu imovinske štete (neisplaćene zarade i buduća šteta usled narušavanja profesionalne karijere), nego i naknadu neimovinske štete (*injury to feelings*) i uvećanu naknadu (*aggravated damages*). Uzbunjivačima se na osnovu posebnih zakona mogu dodeliti čak i posebne nagrade (*special awards*), što, inače, izaziva konceptijska neslaganja o legitimnosti takvog 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 je svojevrsna 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 – na primer, američkom<sup>46</sup> i britanskom<sup>47</sup>, i međunarodnim instrumentima o suzbijanju korupcije (Građanskopravna konvencija o suzbijanju korupcije Saveta Evrope od

45 *Ibid.*, str. 319.

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

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



1999. godine<sup>48</sup>) predviđa se posebna zaštita zaposlenog-uzbunjivača koji u dobroj veri, sa razumnim uverenjem (po pravilu najpre poslodavcu, a potom nadležnom državnom organu – pod uslovom da ukazivanje ne donosi ličnu korist i da je reč o informacijama u vezi sa ponašanjem „koje je izuzetno ozbiljne prirode”), ukazuje na to da je poslodavac povredio javni interes (ugrožavanje zdravlja, ugrožavanje životne sredine itd.) ili učinio koruptivna krivična dela.<sup>49</sup> 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*).<sup>50</sup> U tom pogledu je veoma značajna i praksa Evropskog suda za ljudska prava.<sup>51</sup>

### 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, i Zakon o Agenciji za borbu protiv korupcije<sup>52</sup> pruža zaštitu uzbunjivaču koji prijavi (razumnu) sumnju da su funkcioneri u sukobu interesa ili na drugi način povredili obaveze koje proizilaze iz Zakona, mada ovaj Zakon treba dopuniti da bi uzbunjivač dobio odgovarajuću zaštitu.

U crnogorskom službeničkom pravu pruža se 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, to jest prestanka

---

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 2008. godine.

49 Bliže o prijavljivanju raširene korupcije (Evropskom parlamentu) u Evropskoj komisiji od strane 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 S. Deakin, G. S. Morris, *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 je donela Pravilnik o zaštiti uzbunjivača, ali bez izmene Zakona o Agenciji uzbunjivačima nije moguće obezbediti odgovarajuću, potpuniju zaštitu.

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.<sup>53</sup>

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

Tim zakonom treba definisati pojam takozvanog zaštićenog uzbunjivanja slično konceptu britanskog zakona (*Public Information Disclosure Act*), to jest treba 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 prema poslodavcu, savesno obavljanje rada u interesu poslodavca, 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 zatim 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 posle toga 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 građanskopravnoj konvenciji za borbu protiv korupcije).

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

---

53 Zakon o državnim službenicima i namještenicima (2008), čl. 54. 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).

Prof. dr Branko Lubarda\*

PROTECTED DISCLOSURE OF EMPLOYEE  
WHISTELBLOWER

– 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: Whistlerblower. Protected disclosure. ECHR. EU.

---

\* Branko Lubarda, PhD. Professor of Law, Faculty of Law University of Belgrade. This article is the result of research within the project *Perspectives of Implementation of European Standards in the Serbian Legal System* (179059), supported by the Ministry of Science of Serbia.

*Prof. dr Dragica Vujadinović\**

## PERSPEKTIVE RODNE RAVNOPRAVNOSTI U SFERI PRAVA – SLUČAJ SRBIJE

### Apstrakt

*U tekstu se zastupa stav o temeljnom civilizacijskom, strateškom i praktičko-političkom značaju feminističke perspektive za dominantne tokove zakonodavstva, pravne prakse i pravničkog obrazovanja. Uvođenje rodne perspektive u međunarodno i nacionalno pravo postalo je tokom nekoliko poslednjih decenija jedan od temeljnih standarda zaštite i afirmacije univerzalne ljudske jednakosti. Kultura ljudskih prava, uključujući prava koja proističu iz rodne ravnopravnosti, trebalo bi da bude inherentan element svake pravničke profesije, a pre toga i pravničkog obrazovanja – udžbeničke i ukupne pravne literature. Takođe, kultura ljudskih prava i rodno senzibilisan način mišljenja trebalo bi, generalno uzev, da budu ugrađeni u stručni i pedagoški rad svih predavača. U radu će biti analizirani referentni pravni dokumenti Republike Srbije, u elementima koji su najvažniji sa stanovišta rodne ravnopravnosti. Evropski pravni principi i norme – koji se odnose na zaštitu ljudskih prava i rodnu ravnopravnost – služiće kao kriterijum, s obzirom na najviše civilizacijske standarde koje je evropsko zakonodavstvo uspostavilo, kao i s obzirom na zacrtani evropski put Srbije i standardizaciju njenog pravnog sistema sa evropskim.*

*Ključne reči: Civilizacijski standardi. Nacionalna strategija. Kultura ljudskih prava. Rodna ravnopravnost. Rodno senzibilisano zakonodavstvo. Rodno senzibilisano pravničko obrazovanje. Rodno senzibilisane pravničke profesije.*

### Uvod

Tendencija praktičkog uspostavljanja rodne ravnopravnosti u savremenosti predstavlja izraz emancipatorske tendencije ispunjenja civilizacijskih standarda univerzalne jednakosti svih građana uz poštovanje individualnih i grupnih različitosti; zbog toga pitanje rodne ravnopravnosti ima civilizacijski značaj za moderno društvo.

Moderno društvo je prvo u ljudskoj istoriji koje je donelo pretpostavke za emancipaciju žena (i muškaraca) od patrijarhalne strukture odnosa. Ono

---

\* 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 nauke Republike Srbije.

je protivrečnog karaktera i određeno je, između ostalog, i protivrečjem između nasleđene patrijarhalne matrice (koja je bila dominantna u svim prethodnim epohama) i procesa emancipacije od nje (koji su pokrenuti građanskim političkim revolucijama, industrijskom revolucijom, masovnim ulaskom žena u sferu rada i obrazovanja, izlaskom iz privatne sfere, razvijanjem kulture ljudskih prava, uključujući i ženska prava posredovano ženskim pokretom, opredmećenjem ideje univerzalne jednakosti u međunarodnom i nacionalnom pravu).<sup>1</sup>

Rodna/feministička perspektiva suštinski je značajna za unapređenje akademskog znanja, posebno u društvenim naukama; uključivanje rodne perspektive u pravničko obrazovanje, pravnu teoriju i praksu neophodno je da bi se postigli optimalni teorijsko-metodološki kapaciteti pravne nauke, pun kvalitet zakonodavstva i njegovih praktičkih/političkih dosegâ.<sup>2</sup>

Tradicionalno pravo nosi pečat patrijarhalne strukture odnosa. Pravo su tokom istorije stvarali muškarci; pravni subjektivitet žena uspostavljen je tek odnedavno u istoriji; žena je i u univerzalnim pravnim normama izvorno bila nevidljiva. Zbog toga je bio neophodan dalji razvoj prava u pravcu, prvo, prepoznavanja specifičnih ženskih ljudskih prava, kao što su pravo na abortus, zaštita od nasilja, pravno regulisanje incesta, prostitucije, pornografije, bračnih zloupotreba; drugo, u pravcu preispitivanja svih oblasti prava i pravnih regulativa iz rodne perspektive; treće, u pravcu razvoja međunarodnih standarda, pravnih normi i mehanizama za uspostavljanje rodne ravnopravnosti; četvrto, u pravcu unapređivanja sa stanovišta načela rodne ravnopravnosti unutrašnjeg prava pojedinačnih zemalja širom sveta, u skladu s najvišim civilizacijskim međunarodnopravnim standardima.

Zorica Mršević u svojoj knjizi *Ka demokratskom društvu – rodna ravnopravnost* kaže da „pravna teorija roda predstavlja kritičku analizu prava, zakona i njihove primene kao patrijarhalnih institucija”. Autorka govori o pravu „kao mestu borbe”, u smislu da u pravu postoje rodni stereotipi, da pravni sistem reprodukuje diskriminaciju žena koja je karakteristična za patrijarhalnu strukturu odnosa i da je neophodna rodna senzibilizacija prava. Naime, pravna teorija roda (ili kritička teorija prava s rodnog stanovišta) nastoji da „razvije transformativne elemente i metode eliminisanja patrijarhata, analizirajući prirodu i obim ženske podređenosti u raznim pravnim oblastima”.<sup>3</sup>

Ženama prava nisu podarena; one su žestoko i dugo morale da se bore za dobijanje prava glasa, za pravo na obrazovanje, a zatim i za povećavanje svoje političke participacije i učešća u javnom životu svake vrste. Impulsi za emancipacijska nastojanja došli su iz polja politike – iz građanskih revolucija i iz ideje o univerzalnoj jednakosti ljudi, koju su iznedrile te političke revolucije; zatim, iz polja ekonomije – iz nasleđa industrijske revolucije, to jest potrebe

1 Videti: Vujadinović, D., „Porodične strukture i perspektive civilnog društva u sadašnjoj Srbiji”, u: *Civilno društvo i političke institucije*, Pravni fakultet, Beograd 2009.

2 Mršević, Z., *Ka demokratskom društvu – rodna ravnopravnost*, Institut društvenih nauka, Beograd 2011, str. 17–35.

3 *Ibid.*, 23.

za masovnom radnom snagom, koja je i ženama otvorila prostor za izlazak iz privatne sfere i za sticanje relativne ekonomske nezavisnosti. Takođe, može se, paradoksalno, govoriti o konstruktivnoj ulozi Prvog i Drugog svetskog rata u ostvarenju prava glasa žena i izlasku žena iz kuće i porodice u javni ekonomski i politički prostor.<sup>4</sup>

Borba žena za sopstvena prava i protiv kulture zasnovane na muškoj dominaciji, odvijala se – osim na planu borbe za pravo glasa – i na planu borbe za pravo na visokoškolsko obrazovanje i borbe za pravo raspolaganja nad sopstvenom imovinom. Dakle, reč je o pravima koja danas izgledaju samorazumljiva, a u donedavnoj prošlosti su bila potpuno nedostupna ženama.<sup>5</sup>

U okviru sifražetskog pokreta u Velikoj Britaniji i Americi, od polovine XIX veka nadalje vodila se glavna bitka za jednako pravo glasa žena; tek od druge polovine XX veka počinje masovni proces priznavanja jednakog prava glasa za žene; doduše, i danas postoje „crne rupe” neostvarenog ženskog prava glasa (recimo, Saudijska Arabija).<sup>6</sup> Borba za pravo glasa i druga ženska prava ostvarila je u značajnoj meri svoje bazične formalnopravne ciljeve u drugoj polovini XX veka.

Posebno su značajni progresivni pomaci u međunarodnom pravu u vezi sa ovim pitanjem. Ti međunarodnopravni mehanizmi postepeno dobijaju primat nad nacionalnim zakonodavstvima i nameću univerzalne standarde i obavezu državama da donose nacionalne strategije s ciljem uspostavljanja rodne ravnopravnosti u pravu i rodnog partnerstva između žena i muškaraca u političkom životu.

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

4 Zaharijević, A. (ur.), *Neko je rekao feminizam?*, Novi Sad 2008, str. 24–94.

5 *Ibid.*

6 „Žene još uvek nemaju pravo glasa u toj državi. Političke partije su zabranjene u Saudijskoj Arabiji i ne postoji izabrani parlament. U toj državi održani su samo jedanput izbori u njenoj istoriji, i to 2005. godine kada su građani mogli da biraju samo polovinu članova gradskih veća dok su drugu polovinu imenovala vlasti. Izbori su bili održani u nekoliko etapa, a ženama je bilo zabranjeno da glasaju ili da se kandiduju. Druga runda izbora je bila zakazana 2009, ali su vlasti objavile odlaganje od dve godine.” – Mršević, Z., *op.cit.*, str. 78.

Radnopravna zaštita žena je od posebnog značaja, jer sticanje ekonomske nezavisnosti žena i njihova zaštita od raznih vidova diskriminacije u sferi rada i radnih odnosa predstavlja jednu od glavnih poluga emancipacije. Od dokumenata Ujedinjenih nacija posebne odredbe o tome sadrže: Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (1966), Konvencija o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena (1979), a treba pomenuti i Generalni komentar br. 16 – jednako pravo muškaraca i žena da uživaju sva ekonomska, socijalna i kulturna prava. Izuzetno važnu ulogu imaju i akti Međunarodne organizacije rada, među kojima su najznačajniji: Konvencija br. 100 o jednakom nagrađivanju muške i ženske radne snage za rad iste vrednosti; Konvencija br. 111 o zabrani diskriminacije u zapošljavanju; Konvencija br. 156 o radnicima sa porodičnim obavezama.

Kada je reč o institucionalnopravnim mehanizmima u pojedinačnim državama, važnim za unapređenje rodne ravnopravnosti, treba svakako imati u vidu: reformisanje partijskog i izbornog zakonodavstva sa sistemom kvota; ustanovljavanje parlamentarnih i drugih tela za rodnu ravnopravnost, kao i nacionalnih akcionih planova i strategija za unapređenje položaja žena; donošenje zakona o rodnoj ravnopravnosti i o ukidanju svih oblika diskriminacije; uvođenje kontrolnih nezavisnih mehanizama i tela, kao što su **ombud** i u okvirima institucije **ombuda** posebna funkcija pomoćnik/ica zadužen/a za pitanja rodne ravnopravnosti, i poverenik/ca za rodnu ravnopravnost.

Kritička analiza prava sa stanovišta rodnih odnosa zahteva reforme pravnog sistema u pravcu pravne prevencije i sankcionisanja polno zasnovanog nasilja i diskriminacije po osnovu pola u sferi rada, politike, obrazovanja i generalno uzev; u pravcu unapređenja zaštite reproduktivnih i zdravstvenih prava žena, zaštite prava marginalizovanih žena, lezbijskih prava.

U radu će najpre biti prikazani najvažniji zakonski dokumenti Evropske unije, sa kojima se teži prevazilaženju patrijarhalnog nasleđa rodne neravnopravnosti (čiji koreni i manifestacije nisu nestali ni u modernom dobu, čak ni u najrazvijenijim delovima savremenog sveta, uključujući zemlje Evrope). Zatim će biti analizirani pravni dokumenti Republike Srbije relevantni sa stanovišta rodne ravnopravnosti.

## Zakonodavstvo Evropske unije i rodna ravnopravnost

Evropska komisija je u martu 2010. godine usvojila Povelju o ženama, kojom potvrđuje svoju posvećenost rodnoj ravnopravnosti i jačanju rodne perspektive u svim svojim politikama.<sup>7</sup> U Povelji je definisano pet prioriternih oblasti za unapređenje položaja žena, a to su: jednako pravo na ekonomsku nezavisnost; pravo na jednaku zaradu za jednak rad i rad jednake vrednosti; ravnopravnost prilikom donošenja odluka; dostojanstvo, integritet i iskorenjivanje rodno zasnovanog nasilja, kao i rodna ravnopravnost u spoljnim aktivnostima. U skladu s ovom Poveljom, definisana je i strategija za ravnopravnost žena i muškaraca od 2010. do 2015. godine u formi

7 Videti: [http://ec.europa.eu/commission\\_2010-2014/president/news/documents/pdf/20100305\\_1\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/president/news/documents/pdf/20100305_1_en.pdf), pristupljeno 14. septembra 2012. godine.

saopštenja Komisije Evropskom parlamentu, Evropskom savetu, Evropskom ekonomskom i socijalnom odboru i Komitetu regiona.<sup>8</sup>

U Uvodu Povelje definisani su principi, a zatim je dato obrazloženje za svih pomenutih pet ključnih oblasti: **Da li je tekst koji sledi citat?**

Jednakost između žena i muškaraca je fundamentalno pravo, iskazano u članu 2 Ugovora o Evropskoj uniji i u Čarteru o fundamentalnim pravima Evropske unije. To je jedna od zajedničkih vrednosti na kojima je Evropska unija utemeljena. Ekonomska i socijalna kohezija, održivi razvoj i kompetitivnost, kao i bavljenje demografskim izazovom zavisi od stvarne jednakosti između muškaraca i žena. Evropa je napravila značajan progres tokom poslednjih decenija u pravcu jednakosti muškaraca i žena; posvetila se stavljanju partnerstva u akciju, i kombinovala je resurse i instrumente – pravne, političke i ekonomske – da bi promene bile na delu.

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

U čast 15-ogodišnjice Svetske konferencije UN o ženama u **Beidžinu Pekingu**, mi obnavljamo i osnažujemo posvećenost Evropske komisije uspostavljanju jednakosti između žena i muškaraca u realnom životu. To ćemo činiti osnaživanjem rodne perspektive u svim našim politikama kroz sve nadležnosti i posredstvom donošenja posebnih mera za promociju rodne jednakosti. Zalažemo se za izdvajanje neophodnih resursa radi ostvarenja ovog cilja.

Posebno će sledeći principi jednakosti između muškaraca i žena rukovoditi akcije koje su u nadležnosti Evropske komisije:

## 1. JEDNAKA EKONOMSKA NEZAVISNOST

Diskriminacija, obrazovni stereotipi, segregacija na tržištu rada, neravnopravni uslovi zapošljavanja, prinudni **part-time** poslovi i neuravnotežena raspodela sa muškarcima odgovornosti vezane za brigu o drugima, utiču na životne izbore i ekonomsku nezavisnost velikog broja žena.

Mi potvrđujemo našu posvećenost obezbeđivanju punog ostvarenja ženinih potencijala i punoj upotrebi njenih veština, obezbeđivanju bolje rodne distribucije na tržištu rada i većeg broja kvalitetnijih poslova za žene. Odlučno ćemo promovisati rodnu ravnopravnost u strategiji „Evropa 2020”, razmatraćemo kvantifikovane ciljeve, gde je to moguće, i promovisaćemo suštinske mogućnosti i za žene i za muškarce u cilju uživanja balansa između rada i drugih životnih aktivnosti (*work-life balance*).

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



## 2. JEDNAKO PLAĆANJE ZA JEDNAK RAD I ZA RAD JEDNAKE VREDNOSTI

Žene u EU još uvek zarađuju u proseku 18% manje od muškaraca po radnom satu. Imaju manje resursa tokom radnog perioda života, kao i kada se penzionišu, suočavaju se sa više poteškoća u pribavljanju finansija i utoliko su više od muškaraca pogođene svim vrstama siromaštva, uključujući i ono **unutar rada**.

Mi potvrđujemo našu posvećenost snažnom mobilisanju svih instrumenata, i zakonskih i vanpravnih, za uklanjanje rodne disproporcije po pitanju zarada. Disproporcija u zaradama po osnovi roda je cena koju Evropa sebi ne može da priušti. Zajedno sa 27 država članica rad ćemo na značajnom smanjenju te disproporcije tokom trajanja ovog mandata Evropske komisije.

## 3. RAVNOPRAVNOST U DONOŠENJU ODLUKA

Žene i dalje nemaju puni pristup ravnomernoj raspodeli moći i u donošenju odluka. Rodna ravnoteža u donošenju odluka, u političkom i ekonomskom životu, kao i u javnom i privatnom sektoru, pomoći će Evropi u oblikovanju efektivnijih politika, u izgradnji društva baziranog na rodno senzibilnom znanju i stvaranju jače i prosperitetnije demokratije.

Potvrđujemo našu posvećenost uspostavljanju pravičnijeg reprezentovanja žena i muškaraca na pozicijama moći u javnom životu i u ekonomiji. Koristićemo naše moći, uključujući i mere inicijative koje Unija poseduje, da promovišemo veći udeo žena na odgovornim pozicijama. Što se nas samih tiče, posvetićemo se činjenju svih potrebnih napora za unapređenje rodne ravnoteže unutar Komisije.

## 4. DIGNITET, INTEGRITET I UKIDANJE RODNO ZASNOVANOG NASILJA

Puno uživanje fundamentalnih prava **od strane** žena i devojčica je neotuđivi, integralni i neodvojivi deo univerzalnih ljudskih prava i od suštinskog je značaja za unapređenje života žena i devojčica, za mir, bezbednost i razvoj. Rodno zasnovano nasilje, uključujući štetne običajne i tradicionalne prakse, predstavlja ugrožavanje fundamentalnih ljudskih prava, posebno ljudskog digniteta, prava na život, i prava na integritet osobe. Takvo nasilje sprečava upražnjavanje samoodređujućeg načina života.

**Mi** Potvrđujemo **našu** posvećenost tome da obezbeđivanje poštovanja fundamentalnih prava predstavlja našu ključnu aktivnost. Preduzećemo napore za eliminisanje rodne neravnopravnosti u korišćenju zdravstvene zaštite i lečenja.

Evropa ne toleriše rodno zasnovano nasilje. Preduzećemo napore za iskorenjivanje svih formi nasilja i za obezbeđivanje podrške onima koji ga trpe. Uspostavićemo sveobuhvatni i efikasn okvir politika za

borbu protiv rodno zasnovanog nasilja. Pojaćaćemo akcije iskorenjivanja – uključiv i pomoću uključujući i sredstva krivičnog prava u granicama naših moći – oštećivanja ženskih genitalnih organa i drugih vidova nasilja.

## 5. RODNA RAVNOPRAVNOST PREKO GRANICA UNIJE

Naša ambicija nije limitirana granicama Unije. Rodna ravnopravnost mora da bude u punoj meri uključena i u naše spoljne politike, s ciljem jaćanja socijalne i ekonomske nezavisnosti žena širom sveta. EU je posvećena promovisanju rodne ravnopravnosti u svim kontekstima, uključujući i konfliktne i postkonfliktne zemlje. Redukovanje rodni neravnopravnosti, suprotstavljanje rodno zasnovanom nasilju i promovisanje ženskih prava su od suštinskog su znaćaja za razvoj održivih i demokratskih društava.

Potvrđujemo našu posvećenost bezrezervnom zastupanju rodne ravnopravnosti u našim odnosima s trećim zemljama, podizanju svesti o pravima žena i insistiranju na ispunjavanju postojećih međunarodnih instrumenata. Promovišaćemo i jaćaćemo kooperaciju s međunarodnim i regionalnim organizacijama u pravcu unapređivanja rodne ravnopravnosti, uz punu upotrebu čitavog opsega raspoloživih instrumenata i oruđa. Takođe ćemo podržavati i državne i nedržavne aktere u njihovim naporima usmerenim na unapređenje rodne ravnopravnosti u partnerskim zemljama.

Izražavamo našu spremnost da delamo partnerski na rodnoj ravnopravnosti sa svim relevantnim subjektima (*stakeholders*), uključujući civilno društvo, na nacionalnim, evropskim i međunarodnim nivoima, i to pre svega na osnovu principa iskazanih u ovoj Povelji. Prezentovaćemo novu strategiju za ravnopravnost između muškaraca i žena u 2010. godini, vezano za mandat ove Evropske komisije i podnosićemo redovno izveštaje o njoj implementaciji.

Potvrđujemo našu personalnu i kolektivnu posvećenost Evropi ravnopravnosti između žena i muškaraca, koja nudi bolji život i održivu budućnost za sve.

U ovoj Povelji se, dakle, konstatuje da su žene znaćajno manje plaćene za isti rad. Podatak je bitan jer pokazuje da u EU i dalje postoji problem rodne neravnopravnosti, potvrđuje žilavost s kojom se odnosi neravnopravnosti održavaju u oblasti rada i šire, čak i tamo gde se sistematski donose pravne, ekonomske i političke mere za rešavanje pomenutog problema. Naime, EU je duži niz godina nastojala da u mnogim pravnim, ekonomskim i političkim dokumentima dijagnostikuje probleme u oblasti rada i propiše mere za njihovo lećenje. Mere su se ticale nalaženja raznih mehanizama za sprovođenje principa jednakih šansi i jednakog tretmana između muškaraca i žena u vezi sa pristupom zapošljavanju, uslovima rada i zaradama, kao i pravima iz socijalnog osiguranja. Po pomenutim pitanjima radnih prava žena, EU je dala najveće doprinose u sledećim dokumentima: Povelja o osnovnim

pravima u Evropskoj uniji; Direktiva 75117/EEZ o principu jednakog plaćanja za muškarce i žene, Direktiva 86/378/EEZ o primeni principa jednakog tretmana muškaraca i žena u profesionalnim sistemima socijalne sigurnosti; Direktiva 86/613/EEZ o primeni načela ravnopravnosti muškaraca i žena koji obavljaju samostalnu delatnost, uključujući i samostalne poljoprivrednike, i zaštiti samozaposlenih žena tokom trudnoće i materinstva; Direktiva 96/34/EZ o porodijskom odsustvu; Direktiva 2000/78/EZ o ustanovljavanju opštih uslova za jednak tretman u zaposlenju i zanimanju; Direktiva 2006/54/EZ o primeni principa jednakih mogućnosti i jednakom tretmanu muškaraca i žena u oblasti zaposlenja i zanimanja.

### Zakonodavstvo Republike Srbije i institucionalni mehanizmi rodne ravnopravnosti

U Republici Srbiji je u decembru 2009. godine – pod uticajem Evropske unije i s velikim otporima i odlaganjima<sup>9</sup>, donet Zakon o ravnopravnosti polova<sup>10</sup>, kojim su regulisane oblasti posebno značajne za ostvarivanje ravnopravnosti polova i ustanovljen deo posebnih mera za postizanje ravnopravnosti polova i sprečavanje i eliminaciju diskriminacije po osnovu pola.

U Zakonu o ravnopravnosti polova unapređena su određena rešenja u odnosu na Ustav Republike Srbije iz 2006. godine. Marijana Pajvančić<sup>11</sup> ukazuje na manjkavosti Ustava u nekoliko tačaka koje se odnose na rodnu ravnopravnost: U okvirima opštih odredaba, Ustav određuje obavezu države da vodi politiku jednakih mogućnosti (čl. 15), ali ne sadrži posebnu klauzulu o jednakim mogućnostima iz rodne perspektive. U sledećoj opštoj odredbi – Priznavanje međunarodnog prava (čl. 16), nema integrativne klauzule koja bi se ticala odnosa domaćeg prava prema međunarodnom i saglasnosti međunarodnih ugovora i Ustava i zakona. U delu koji se odnosi na osnovne odredbe – Ljudska prava, u članu 18, koji se odnosi na neposrednu primenu ljudskih prava, nema eksplicitne garancije neposredne primene međunarodnog prava čak i kada je reč o ratifikovanim međunarodnim konvencijama. U delu koji se odnosi na osnovna prava – Podsticanje uvažavanja razlika (čl. 48), podstiče se uvažavanje razlika koje se odnose na etnički, kulturni, jezički ili verski identitet, ali se ne pominju razlike s obzirom na pripadnost polu. U članu 49, koji se odnosi na osnovna prava – zabranu izazivanja rasne, nacionalne i verske mržnje, izostaje zabrana širenja mržnje s obzirom na pripadnost polu. U delu koji se odnosi na pravo na rad – Posebna zaštita žena na radu i posebni uslovi rada (čl. 60), govori se o jednakim pravima žena u vezi sa radom, ali se ne specificuje nužnost jednake naknade za rad jednake

9 Proces donošenja Zakona trajao je četiri godine, nacrti su nekoliko puta upućivani u skupštinsku proceduru i povlačeni iz nje; otpori donošenju ovog Zakona bili su veliki, a potreba za političkim kompromisom uticala je na kvalitet zakonskog teksta.

10 „Službeni glasnik RS”, br. 104/2009.

11 Marijana Pajvančić je profesorka ustavnog prava na Pravnom fakultetu Univerziteta u Novom Sadu. (Manuskript dobijen od autorke.)

vrednosti i ne nudi se nikakvo rešenje za vrednovanje kućnog rada. U delu koji se odnosi na brak i porodicu – Slobodni pristanak muškarca i žene osnov zaključenja braka, kontradiktorni su stavovi 1. i 2. člana 62, jer se u stavu 1 kaže: „Svako ima pravo da slobodno odluči o zaključenju i raskidanju braka”, a u stavu 2: „Brak se zaključuje na osnovu slobodno datog pristanka muškarca i žene pred državnim organom”. U članu 63, u vezi sa slobodom rađanja, reč „svako” je na izrazit način neadekvatno upotrebljena, u smislu da „svako ima pravo da slobodno odluči o rađanju dece”, a ne pre svega žena koja treba da rodi. Porodični zakon, naime, definiše ovo pravo kao pravo žene.

Nasuprot pomenutom članu 15. Ustava RS, član 3. Zakona o rodnoj ravnopravnosti specifikuje šta jednake šanse znače sa stanovišta individua ženskog roda, a članovi 30, 31, 32, 33. i 36. ekspliciraju jednake mogućnosti u obrazovanju, sportu, kulturi, političkom i javnom životu. Članovi 4, 5. i 6. specifikuju direktnu i indirektnu diskriminaciju zasnovanu na rodu. Član 7 određuje posebne mere za sprečavanje diskriminacije; član 47. ukazuje na ekstremnu hitnost postupka sprečavanja rodno zasnovane diskriminacije, a članovi 48. i 49. nude dalja preciziranja krivičnih procedura vezano za rodno zasnovanu diskriminaciju.

Ovaj Zakon predviđa posebne mere i programe za žrtve domaćeg nasilja – obezbeđivanje skloništa, socijalne, pravne i svake druge pomoći žrtvama nasilja, kao i kompenzaciju za žrtve. Odgovarajuće državne službe su odgovorne za donošenje planova, organizaciju, implementaciju i finansiranje mera pomoću kojih treba podizati svest o neophodnosti sprečavanja domaćeg nasilja.

Od posebne važnosti je činjenica što ovaj Zakon obezbeđuje sudsku zaštitu od rodno zasnovane diskriminacije i što obezbeđuje sankcije u tom pogledu.<sup>12</sup>

Oblast radnih odnosa u Zakonu o ravnopravnosti polova<sup>13</sup> uređena je članovima 11–22. i nalazi se u drugom delu Zakona koji nosi naslov: „Zapošljavanje, socijalna i zdravstvena zaštita”.<sup>14</sup>

Članom 11. Zakona poslodavcu se nalaže da zaposlenima, bez obzira na pol, obezbedi jednake mogućnosti i tretman u oblasti prava iz radnog odnosa i po osnovu rada. Ovim članom se teži da se generalno otkloni nejednakost polova u vezi s radnim odnosima i radnim angažovanjem, što i predstavlja obavezu prema međunarodnim standardima. To se pretežno odnosi na ot-

12 Pajvančić, M., Petrušić, N., Jašarević, S. *Komentar Zakona o ravnopravnosti polova*, Beograd 2010, str. 103–123.

13 Za analizu Zakona o ravnopravnosti polova, u delu koji se odnosi na radnopravnu zaštitu, korišćen je i manuskript dobijen od autora Bojana Urdarevića, docenta Pravnog fakulteta u Kragujevcu. Zahvaljujem se Bojanu Urdareviću.

14 Treba se osvrnuti i na odredbu člana 10. stav 1. tačka 9, u kojoj se poslodavac definiše u smislu ovog Zakona kao pravno ili fizičko lice koje zapošljava, odnosno radno angažuje jedno ili više lica, osim organa javne vlasti. Na ovaj način značajno se sužava krug subjekata koji su u obavezi da preduzmu najveći deo mera predviđenih Zakonom jer su iz njegovih odredaba izuzeti zaposleni u organima javne vlasti, pa oni ostaju bez određenih garancija u pogledu jednakih mogućnosti i tretmana u odnosu na pol. (Videti: Manuskript Bojana Urdarevića.)

klanjanje neravnopravnosti na štetu žena, ali postoje i obrnute situacije, kada se ženama neosnovano daje prednost u odnosu na muškarce. Pomenuti član ne bi imao veliku praktičnu vrednost ako ne bi postojala mogućnost brze i efikasne sudske zaštite od diskriminacije. U tom smislu, korisno je što je članom 43. stavom 2. Zakona o ravnopravnosti polova predviđena mogućnost da sindikat, uz saglasnost diskriminisanog lica, pokrene postupak sudske zaštite od diskriminacije.<sup>15</sup> U vezi sa tim je i član 49, kojim je propisano da ako je u toku postupka tužilac učinio verovatnim da je izvršen akt diskriminacije po osnovu pola, teret dokazivanja da usled tog akta nije došlo do povrede načela jednakosti snosi tuženi. Takvo rešenje je u saglasnosti sa Direktivom 2000/78/EZ o ustanovljavanju opštih uslova za jednak tretman u zaposlenju i zanimanju.

Članom 12. stav 1. Zakona propisana je obaveza poslodavca da vodi evidenciju o polnoj strukturi zaposlenih i da podatke iz tih evidencija da na uvid inspekciji rada i organu nadležnom za ravnopravnost polova.<sup>16</sup> Generalno je rodno senzitivna statistika nedovoljno razvijena u Srbiji, a takvo stanje otežava ostvarenje rodne ravnopravnosti i ravnoteže u bilo kojoj sferi društvenog života. U tom smislu je posebno važno zakonsko rešenje kojim se nalaže uvođenje rodno senzitivne statistike u oblast rada i zapošljavanja.

Zakon o ravnopravnosti polova, u članu 13. stav 1, propisao je obavezu za poslodavca koji ima više od 50 zaposlenih na neodređeno vreme da usvoji plan mera za otklanjanje ili ublažavanje neravnomerne zastupljenosti polova za svaku kalendarsku godinu. Cilj ove norme je da poslodavac postepenim restrukturisanjem radne snage uspostavi ravnomeran odnos polova.<sup>17</sup>

Odredba člana 14. Zakona značajna je za popravljavanje upravljačke strukture u oblasti rada; afirmativne mere (ili pozitivna diskriminacija) predviđene su ako je zastupljenost manje zastupljenog pola u svakoj organizacionoj jedinici na rukovodećim mestima i u organima upravljanje i nadzora manja od 30 procenata. Zakon, dakle, jasno utvrđuje obavezu organa javne vlasti da u skladu sa Zakonom o državnim službenicima i Zakonom o državnoj upravi sprovede afirmativne mere radi eliminisanja disbalansa; međutim, ne propisuje sankciju koju treba primeniti u slučaju da se ta obaveza ne izvrši.

Zakon o ravnopravnosti polova, u članu 15. zabranjuje pravljenje razlike po polu prilikom javnog oglašavanja poslova i uslova za njihovo obavljanje i

15 Senad Jašarević, „Odredbe o radu u Zakonu o ravnopravnosti polova i međunarodni standardi”, *Časopis za radno i socijalno pravo*, Beograd 2012, str. 57–71.

16 U pitanju je Zakon o evidencijama u oblasti rada („Službeni glasnik RS”, br. 101/2005, 36/2009), koji u članu 2. ustanovljava osam vrsta evidencija koje se vode u oblasti rada. Međutim, nijedna od njih nije evidencija o polnoj strukturi zaposlenih, pa stoga odredba člana 12. stav 1. Zakona o ravnopravnosti polova – bez adekvatne razrade u Zakonu o evidenciji u oblasti rada – ostavlja pitanje načina vođenja te evidencije bez pravog odgovora. (Videti: Manuskript Bojana Urdarevića.)

17 Urdarević skreće pažnju da se postavlja pitanje praktičnog dejstva ove odredbe s obzirom na to da privatni sektor čine mala i srednja preduzeća, a po ovoj odredbi poslodavac, da bi bio u obavezi da sačini plan i izveštaj, mora da ima više od 50 zaposlenih, i to u radnom odnosu na neodređeno vreme.

odlučivanje o izboru lica koja traže zaposlenje radi zasnivanja radnog odnosa ili drugog vida radnog angažovanja. U toj odredbi je, međutim, propuštena prilika da se navedu i druga svojstva po kojima je moguće praviti razliku, a koja se posredno mogu vezati za pol, kao što su bračni status, trudnoća, roditeljstvo. Povreda člana 15. od poslodavca sankcionisana je u članu 54. stav 1. tačka 4. i predstavlja prekršaj za koji se može izreći novčana kazna u iznosu od 10.000 do 100.000 dinara. Međutim, nije propisana visina kazne za organe javne vlasti ukoliko ne ispoštuju odredbu člana 15. Zakona.

Prema članu 16. stav 1, pripadnost polu ne može da bude smetnja za napredovanje na poslu. Zakon, takođe, u stavu 2. istog člana propisuje da odsustvovanje s posla zbog trudnoće i roditeljstva ne sme da bude smetnja za izbor u više zvanje, napredovanje ili stručno usavršavanje, kao i da ne sme da bude osnov za raspoređivanje na neodgovarajuće poslove i za otkaz ugovora o radu.

U članu 18. Zakon reguliše uznemiravanje, seksualno uznemiravanje i seksualno ucenjivanje na radu ili u vezi s radom. Zakonodavac je u članu 10. stav 1. tačke 6–8. odredio značenje ovih pojmova.<sup>18</sup> Zaposleni koji je izložen uznemiravanju, seksualnom uznemiravanju ili seksualnom ucenjivanju dužan je da, u skladu sa članom 18. stav 2. Zakona, pisanim putem obavesti poslodavca o okolnostima koje na to ukazuju i da od poslodavca traži zaštitu. Zakon dalje ne reguliše postupanje poslodavca po zahtevu zaposlenog, što znači da se u tom smislu primenjuju odredbe Zakona o radu ili Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu.

Član 19. Zakona propisuje obavezu poslodavca da u svakom ciklusu stručnog usavršavanja ili obuke vodi računa o tome da zastupljenost polova odslikava u najvećoj mogućoj meri strukturu zaposlenih kod poslodavca ili u organizacionoj jedinici za koju se vrši obuka. Namera zakonodavca je da nijedan od polova ne bude „podzastupljen” ili „prezastupljen”, ali na osnovu takve formulacije nije obezbeđeno ostvarenje te intencije.<sup>19</sup>

U pogledu zapošljavanja i odnosa vezanih za rad, Zakonom su regulisana još dva pitanja: udeo manje zastupljenog pola u odborima za kolektivno

18 Uznemiravanje predstavlja neželjeni verbalni, neverbalni ili fizički akt, učinjen sa namerom ili koji ima za posledicu povredu dostojanstva i izazivanje straha ili stvaranje neprijateljskog, ponižavajućeg, degradirajućeg ili uvredljivog okruženja, zasnovan na polu. Seksualno uznemiravanje predstavlja neželjeni verbalni, neverbalni ili fizički akt seksualne prirode, učinjen sa namerom ili posledicom povrede ličnog dostojanstva, stvaranja zastrašujućeg, neprijateljskog, degradirajućeg ili uvredljivog okruženja, zasnovan na polu. Seksualno ucenjivanje jeste svako ponašanje odgovornog lica koje, sa namerom da traži usluge seksualne prirode, uceni drugog da će u slučaju da odbije da pruži tražene usluge protiv njega ili njemu bliskog lica biti izneto nešto što može škoditi njenoj ili njegovoj časti ili ugledu.

19 Dve stvari su problematične u ovoj odredbi, prema Urdarevićevom mišljenju. Prvo, ona se odnosi samo na poslodavca, a ne i na organe javne vlasti. Drugo, Zakon ne uspostavlja izričitu obavezu za poslodavca već koristi jedan neadekvatan termin „vodi računa”, koji u velikoj meri obesmišljava ceo ovaj član Zakona. (Videti: Marijana Pajvančić, Nevena Petrušić, Senad Jašarević, *Komentar Zakona o ravnopravnosti polova*, Beograd 2010, dostupan na: <http://www.fes.rs/pubs/2010/pdf/16.Komentar%20zakona%20o%20ravnopravnosti%20polova.pdf>, pristupljeno 14. septembra 2012. godine.

pregovaranje (član 21) i podsticanje zapošljavanja i samozapošljavanja manje zastupljenog pola (član 22).

Sindikati i udruženja poslodavaca, prema članu 21. Zakona dužni su da, prilikom obrazovanja odbora za pregovore u skladu sa zakonom kojim se uređuje rad, obezbede najmanje 30 procenata predstavnika manje zastupljenog pola, odnosno, broj predstavnika manje zastupljenog pola proporcionalno učešću tog pola u članstvu u sindikatima i udruženjima poslodavaca. Naime, ustanovljeno je da lošijem položaju žena u oblasti rada doprinosi i to što su nedovoljno zastupljene u procesima odlučivanja, odnosno kolektivnog pregovaranja o uslovima rada.

Član 22. Zakona odnosi se na podsticanje zapošljavanja. Njime se utvrđuje jednaka dostupnost poslovima i jednakost u postupku zapošljavanja, mogućnost uvođenja afirmativnih mera za podsticanje zapošljavanja i samozapošljavanja, uključujući i mere aktivne politike većeg broja lica manje zastupljenog pola. U mnogim državama žene se teže zapošljavaju od muškaraca, naročito u profitabilnijim sektorima. Stoga je Međunarodna organizacija rada formulisala Preporuku br. 90 o jednakom plaćanju iz 1951. godine i u članu 6. taksativno nabrojala akcije koje treba da preduzmu sve države članice da bi se povećala produktivna efikasnost žena<sup>20</sup>.

Osim Zakona o rodnoj ravnopravnosti, važne pozitivne pomake u zaštiti prava žena i dece, posebno od nasilja, donele su i izmene Krivičnog zakona iz 2003. godine, kojima se sankcioniše nasilje u porodici, kao i neplaćanje alimentacije samohranim majkama. Takođe, ovim izmenjenim Zakonom krivično delo postaju silovanje u braku, seksualno zlostavljanje i trgovina ljudima. Izmene Zakona o porodici iz 2005. godine<sup>21</sup> pratile su ton i smisao Krivičnog zakona u vezi sa krivičnim delom nasilja u porodici. Deveti deo Porodičnog zakona je posvećen zaštiti od nasilja u porodici, i određivanju mera zaštite, a u članovima 79–83 regulisani su roditeljsko pravo, nadzor nad roditeljskim pravom i mogućnost delimičnog ili potpunog lišavanja roditeljskog prava u slučajevima zloupotrebe prava, zanemarivanja deteta i nasilja nad njima.

Zakon o radu<sup>22</sup> takođe razlikuje neposrednu i posrednu diskriminaciju (član 19), a celo poglavlje 5. posvećeno je zabrani diskriminacije lica koja traže zaposlenje i lica koja su zaposlena, po polu, rođenju, jeziku, rasi, boji kože, starosti, trudnoći, zdravstvenom stanju/invalidnosti, nacionalnoj pripadnosti, veroispovesti, bračnom statusu, porodičnim obavezama, seksualnom opredeljenju, političkim i drugim uverenjima, socijalnom poreklu, imovinskom stanju, članstvu u političkim organizacijama, sindikatima (član 18). Svi oblici diskriminacije, uključujući i na osnovu pola, zabranjuju se u odnosu na uslove zapošljavanja i izbor kandidata; uslove rada i sva prava iz radnog odnosa; obrazovanje, osposobljavanje i usavršavanje; napredovanje na poslu; i, otkaz ugovora o radu (član 20).

20 Tekst Preporuke: <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?R090>, pristupljeno 10. maja 2012. godine.

21 „Službeni glasnik RS”, br. 18/2005.

22 „Službeni glasnik RS”, br. 24/2005, 61/2005, 54/2009.

Zakonom o finansijskoj pomoći porodica sa decom<sup>23</sup> regulisani su pravo naknade zarade za vreme porodijskog odsustva, odsustva sa rada radi nege deteta ili posebne nege deteta, roditeljski dodatak, kao i dečji dodatak.

Zakon o sprečavanju diskriminacije osoba sa invaliditetom<sup>24</sup>, na neutralan, opšti, to jest rodno nesenzitivan način tretira osobe sa invaliditetom.

Revolucionarne promene po pitanju političkih prava žena doneo je nedavno amandirani Zakon o izboru članova Parlamenta, kojim je uvedeno da po kvota sistemu kvote svaki treći poslanik mora da bude ženskog roda. Međutim, skupštinsku proceduru usvajanja Zakona nije prošao amandman po kome bi svaki ženski član Parlamenta, koji odustaje od funkcije, morao da bude zamenjen opet poslanikom ženskog roda, to jest poslanicom. To, naravno, otvara prostor za manipulacije i izbegavanje pravila da svaki treći član Parlamenta mora da bude žena.<sup>25</sup>

Zakon o zapošljavanju i osiguranju u slučaju nezaposlenosti<sup>26</sup> na rodno nesenzitivan, neutralan način tretira kategoriju „nezaposleni”, kao što i Zakon o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba sa invaliditetom<sup>27</sup> koristi kategoriju „osoba sa invaliditetom” na neutralan i rodno nesenzitivan način. Zakon o vojsci<sup>28</sup> govori o vojnim licima i civilnim licima na službi u Vojsci Srbije na rodno neutralan/ nesenzitivan način i sva određenja aktera i procedura data su isključivo u muškom rodu.

Najvažniju, ili najdirektniju podršku Zakonu o rodnoj ravnopravnosti pruža Zakon o zabrani diskriminacije<sup>29</sup>, koji je, takođe, donet 2009. godine. Tim Zakonom su generalno regulisani pojam i mere protiv diskriminacije, određeni su tipovi i slučajevi diskriminacije, uključujući diferencijaciju na direktnu i posrednu diskriminaciju; precizirani su značenje i manifestacije diskriminacije na osnovu roda i pola i propisane se procedure za borbu protiv svih oblika diskriminacije i njihovu eliminaciju. U članu 20 ovog Zakona, o diskriminaciji na osnovu pola kaže se sledeće: „Diskriminacija postoji ako se postupa protivno načelu ravnopravnosti polova, odnosno načelu poštovanja jednakih prava i sloboda žena i muškaraca u političkom, ekonomskom, kulturnom i drugom aspektu javnog, profesionalnog, privatnog i porodičnog života. Zabranjeno je uskraćivanje prava ili javno ili prikriveno priznavanje pogodnosti u odnosu na pol ili zbog promene pola. Zabranjeno je i fizičko i drugo nasilje, eksploatacija, izražavanje mržnje, omalovažavanje, ucenjivanje i uznemiravanje s obzirom na pol, kao i javno zagovaranje, podržavanje i postupanje u skladu sa predrasudama, običajima i drugim društvenim obrascima ponašanja koji su zasnovani na ideji podređenosti ili nadređenosti polova, odnosno stereotipnih uloga polova.”

23 „Službeni glasnik RS”, br. 16/2002, 115/2005, 107/2009.

24 „Službeni glasnik RS”, br. 33/2006.

25 Videti: Mršević, Z., *op.cit.*, str. 84–97.

26 „Službeni glasnik RS”, br. 36/2009 i 88/2010.

27 „Službeni glasnik RS”, br. 36/2009.

28 „Službeni glasnik RS”, br. 116/2007, 88/2009, 101/2010.

29 „Službeni glasnik RS”, br. 22/2009.



Što se tiče institucionalnih mehanizama države, može se govoriti o relevantnim dokumentima i relevantnim telima. Najpre je u oktobru 2003. godine doneta državna strategija za suzbijanje siromaštva, koja je imala rodno senzitivan pristup siromaštvu. Godine 2004. formiran je Skupštinski odbor za rodnu ravnopravnost, a 2005. godine je ustanovljeno i međuministarsko telo, pod imenom Savet za rodnu ravnopravnost, koji je kreirao Nacionalni akcioni plan za poboljšanje položaja žena i za unapređenje rodne ravnopravnosti.

Nacionalna strategija za poboljšanje položaja žena i za unapređenje rodne ravnopravnosti odobrena je u februaru 2009. godine, a Akcioni plan za njenu implementaciju odobren je u avgustu 2010. godine. Ti dokumenti su usaglašeni sa ostalim strateškim dokumentima, posebno sa Strategijom za suzbijanje siromaštva, kao i sa Milenijumskim ciljevima Ujedinjenih nacija (UN), odnosno sa **Beidžing** deklaracijom i Platformom akcije.

Relevantna tela Vlade su Odbor za rodnu ravnopravnost i Savet za rodnu ravnopravnost<sup>30</sup>, a tela Parlamenta su Skupštinski odbor za rodnu ravnopravnost<sup>31</sup>, **ombud**<sup>32</sup> i poverenik za ravnopravnost<sup>33</sup>

## Zaključna razmatranja

Borba protiv diskriminacije uopšte uzev, a posebno protiv rodne diskriminacije i neravnopravnosti, dugoročan je i trajan proces. Duboko su usađeni u istorijsku memoriju, političku kulturu i kulturne matrice u mnogim zemljama, pa i u Srbiji, stereotipi koji podrazumevaju mržnju i netoleranciju prema drugom i drugačijem i koji po pravilu u sebi nose i elemente patrijarhalnih modela ponašanja i sistema vrednosti. Što su zemlje nerazvijenije ekonomski, politički i kulturološki, stereotipi i patrijarhalnost su jače izraženi. Takođe, postoji uzajamna povezanost i podsticaj između nacionalizma i patrijarhalizma<sup>34</sup>, kao i između rasta ekstremne desnice i repatrijarhalizacije i retradicionalizacije društva.<sup>35</sup>

U Srbiji su problemi pomenute vrste pojačani, multiplikovani i samoreprodukujući s obzirom na sistematske procese tokom nekoliko poslednjih decenija siromašenja i razaranja društva, zatim s obzirom na nasleđe ratova i militarizacije društva i države tokom poslednje decenije XX veka, kao i s obzirom na već pominjane rastuće trendove repatrijarhalizacije, retradicionalizacije i klerikalizacije društva i političkog polja. Pomenuti retrogradni procesi u Srbiji imaju jako uporište u delovima ekstremnodesničarskog i nacio-

30 Videti: [www.srbija.gov.rs](http://www.srbija.gov.rs)

31 Videti: [www.parlament.rs](http://www.parlament.rs)

32 Videti: [www.ombudsman.rs](http://www.ombudsman.rs)

33 Videti: [www.ravnopravnost.gov.rs](http://www.ravnopravnost.gov.rs)

34 Videti: Vujadinović, D., „Feministička perspektiva u sociologiji u Srbiji – Doprinosi Marine Blagojević, Slobodanke Nedović, Žarane Papić i Anđelke Milić”, u: *Sociološki pregled* 1–2, 2012. (u štampi).

35 Videti. Milić, A., *Žene, Politika, Porodica*, Beograd: Institut za političke studije, 1994. Videti takođe: Papić, Ž., *Sociologija i feminizam*, IIC SSOS, Beograd 1989.

nalističkog političkog polja, u delovima Crkve, vojske, kao i **unutar civilnog polja**.<sup>36</sup> Trendovi duhovnog, teorijskog, praktičnog i političkog suprotstavljanja emancipatorskim odnosima u rodnoj sferi mogu se, dakle, prepoznati i u određenim izjavama i postupcima Srpske pravoslavne crkve (SPC)<sup>37</sup>, u programskim ciljevima i delovanju ekstremno-desničarskih organizacija<sup>38</sup> i nekih političkih partija. Udruženje *Dveri*<sup>39</sup> – koje najeksplicitnije zagovara ideje „domaćinske” Srbije i tradicionalne porodice – odnedavno je registrovano i kao politička partija, koja je na poslednjim parlamentarnim izborima zabeležila rezultate koji nisu zanemarljivi.<sup>40</sup>

36 Videti: Vujadinović, D., „Šta je racionalni nacionalni i državni interes moderne Srbije?“, u: *Civilno društvo i političke institucije*, Pravni fakultet, Beograd 2009.

37 Evo nekih izjava zvaničnika SPC: „Pokrivanje glave bio je simbol poslušnosti žena mužu i crkvi; to je znak vlasti muškaraca nad ženama, to je princip uzvišenosti i časti”; „Nalažući ženi kao obavezu, bez obzira na sve loše osobine muža, da bude poslušna i da mu čini ustupke, hrišćanstvo vidi u tome sredstvo za ukorenjivanje mira u bračnim odnosima i ponovno uspostavljanje bračne sreće”; „Veliki pesnici među ženama mogu se na prste izbrojati, i to uzimajući u obzir čitavu ljudsku istoriju”; „Crkva smatra da je svaki odnos između muškarca i žene izvan braka blud”; „Feministkinje su za ubijanje nerođene dece. Na sreću, one nemaju nikakve veze sa bičem srpskog naroda”; „Ateizam je krivac za ratove i osiromašenje i moralni sunovrat”; „Mnoge majke, koje nisu želele da imaju više od jednog deteta, danas čupaju kose i gorko ridaju nad izgubljenim sinovima u ovim ratnim sukobima, proklinjući često Boga i ljude, ali pritom zaboravljajući da optuže sebe što nisu rodile još dece da im ostanu kao uteha”. (Koalicija za svetovnu državu ur. *Šta bi svaki građanin i građanka trebalo da znaju o Srpskoj pravoslavnoj crkvi*, Beograd 2007).

38 Na primer, nevladina organizacija *Opstanak – Borba protiv „Bele kuge”* otkrивljuje žene (njihovu emancipaciju i politiku abortusa) za ubijanje nerođene dece i koristi slogan:

„Zašto si ti, draga majko,  
Ubila toliko slavni velikih ljudi;  
Umesto njih iz tvog krila

Nikla je suva grana.” (Videti: [www.opstanak.org.yu](http://www.opstanak.org.yu))

39 Videti nacrt nacionalnog programa *Načertanije za XXI vek*, koji je 2004. godine izneo „Srpski sabor Dveri”, uz podršku delova Crkve i Vojske SCG. Pomenuti nacrt budućeg nacionalnog programa u svojim trinaest tačaka sadrži i sledeće ideje: da svetosavlje mora da uđe u svaku poru društvenog bića, da se mora preispitati nasleđe Vuka Karadžića, Dositeja Obradovića, Jovana Skerlića, Svetozara Markovića, jer su oni pored zasluga imali i „vanzavetna lutanja i skretanja”, da veronauka mora da postane obavezan školski predmet i da umesto građanskog vaspitanja treba da se uvede „domaćinsko vaspitanje”, da je bitno formiranje srpske hrišćanske elite kao garanta ostvarenja nacionalnog programa, da su hrvatski i bošnjački književni jezik samo varijante srpskog, da „svrha srpske privrede mora biti proizvodnja zdrave hrane i zdravih i slobodnih ljudi”. Implicitno zalaganje za zabranu abortusa iskazano je na sledeći način: „U Srbiji vlada bela kuga. Nemačke u Srbiji godišnje ubiju 200.000 nerođene dece... Svaka srpska porodica, bez obzira na materijalnu situaciju treba da se trudi da ima barem troje do četvoro dece. Kada bude ljudstva, biće i naselja. A kada bude naselja, biće i pobedničkih bitaka, i Srbi će ponovo u Prizren doći.” Ideja o potrebi uspostavljanja klerikalne monarhije iskazana je sledećim rečima: „Uspostavljanje kraljevine je neophodan preduslov za raskid s komunističkom prošlošću. Na prvom mestu srpski kralj mora da služi Bogu, pa onda svojim podanicima.” ([http://uk.f611.mail.yahoo.com/ym/ShowLetter?MsgId6041\\_4059426\\_215134\\_1811](http://uk.f611.mail.yahoo.com/ym/ShowLetter?MsgId6041_4059426_215134_1811)). ([http://uk.f611.mail.yahoo.com/ym/ShowLetter?MsgId6041\\_4059426\\_215134\\_1811](http://uk.f611.mail.yahoo.com/ym/ShowLetter?MsgId6041_4059426_215134_1811)).

40 Ovo je izvod iz programa političke stranke *Dveri*, vezan za porodičnu politiku očuvanja patrijarhalnog vaspitanja i fizičkog kažnjavanja, ukidanja prava na abortus, svođenja žene na majku i domaćicu: „Usvojicemo zakonske mere koje će dodatno garantovati prava ro-

Pozadinski, plodno tle za njihovu pojavu i jačanje predstavlja, kao što je već pomenuto, hronična unutrašnja ekonomska kriza i njeno zaoštavanje usled globalne ekonomske krize, endemska nezaposlenost koja je uzrokovala masovno vraćanje žena u kuću, prinuđenost mnogih stanovnika da ponovo žive u modelu proširenih porodica, drastično masovno osiromašenje tokom poslednjih decenija i borba za goli opstanak.

Retrogradni procesi imaju uporište i u intelektualnim i akademskim krugovima. Na najsystematičniji način su iskazani u knjizi univerzitetskog profsora sociologije Slobodana Antonića, koju je nedavno objavio pod naslovom *Iskušenja radikalnog feminizma*.<sup>41</sup> Antonić odbacuje nastojanja feminističke sociologije usmerena ka demistifikaciji i prevazilaženju patrijarhalne paradigme u teoriji i patrijarhalne strukture odnosa u realnosti. Sva takva nastojanja on neopravdano naziva radikalnim feminizmom, čime ih – pod pretpostavkom onoga što je radikalni feminizam istinski predstavljao u teoriji i praksi sedamdesetih godina XX veka – redukuje na animozitet prema muškom rodu. On dovodi u pitanje neutralnost, objektivnost, naučnost feminističke sociologije. Takođe, promene u međunarodnom i nacionalnom zakonodavstvu – koje nastoje da zakonskim rešenjima i institucionalnim mehanizmima doprinesu unapređenju rodne ravnopravnosti i prevazilaženju i starog i novog patrijarhalizma, Antonić na neobičan, neobjašnjiv način dovodi u direktnu vezu i spregu s idejama pominjanog radikalnog feminizma. Neobičnost je ne samo u povezivanju feminističke sociologije i savremenih liberalnodemokratskih zakonodavnih i institucionalnih rešenja s radikalnim feminizmom (u smislu da, navodno, predstavljaju radikalni feminizam). Neobična je i autorova tvrdnja da i feministička perspektiva i rodno senzibilisano međunarodno i nacionalno zakonodavstvo predstavljaju deo/aspekt/izraz „rodnofeminističkog socijalnog inženjeringa”, koji on smatra pogubnim jer ima totalitarne implikacije.

Trendovi podržavanja procesa retradicionalizacije, repatrijarhalizacije i klerikalizacije postoje i u pravnom akademskom polju. Na primer, u zaključnom delu udžbenika Slobodana Panova *Porodično pravo*<sup>42</sup>, pod naslovom

---

ditelja na vaspitanje dece, uključujući njihov pogled na svet i način života. Sprečićemo donošenje kvazizakona koji svako, pa i najblaže, fizičko kažnjavanje deteta proglašava nasiljem i dovoljnom osnovom za oduzimanje dece roditeljima. Dveri prave razliku između blagog i vaspitnog fizičkog kažnjavanja dece i fizičkog zlostavljanja... Zakonodavstvo u oblasti zdravstva kao cilj treba da pred lekara postavi očuvanje začetog života, pri čemu je glavni zadatak da žena u potpunosti bude upoznata sa svim negativnim rizicima koji su posledica abortusa... Brigu majke o domaćinstvu i gajenju dece izjednačimo sa drugim društveno-korisnim delatnostima. Majke koje nisu zaposlene, a imaju četvoro i više dece dobijace mesečnu pomoć u iznosu prosečne plate u Srbiji, a njena briga o deci računace joj se u radni staž. Osnovni stav Dveri je: ŽENI NE TREBA VIŠE ŽENSKIH PRAVA NEGO MAJČINSKIH PRIVILEGIJA.” (<http://www.dverisrpske.com/sr-cs/nasa-politika/izborni-program/mere-porodicne-politike.php>)

41 Antonić, S., *Iskušenja radikalnog feminizma – moć i granice društvenog inženjeringa*, Službeni glasnik, Beograd 2011.

42 Panov, S., *Porodično pravo*, Pravni fakultet, Beograd 2012 (treće izmenjeno i dopunjeno izdanje).

„Zaštita od nasilja u porodici”, polemise se sa zakonodavnim merama protiv nasilja u porodici, kao potencijalno štetnim: „Budućnost će svedočiti o tome da li će plemeniti motivi zakonodavca značiti istinsko harmonizovanje odnosa ili će, usled praktikovanja zloupotreba, značiti novi stresogeni faktor moderne civilizacije. Da li će nasilje u porodici biti bolest koja se širi (rđavim) lečenjem?”<sup>43</sup> Autor se u udžbeniku poziva na ekstremnodesničarsko udruženje *Dveri* (koje je u međuvremenu registrovano i kao politička stranka, a od parlamentarnih izbora u maju 2012. godine postalo je i parlamentarna stranka) i koristi ideje *Dveri* o porodičnoj solidarnosti i slozi za svrhu kritike određenih zakonodavnih normi: „Određene norme jesu pravna logistika porodičnog/bračnog separatizma (izgon ljubavi iz zakonskog pojma braka, pravo na nevernost, pedocentrizam...)”<sup>44</sup>

Univerzitetski udžbenik Panov završava na akademski neuobičajen način – rečenicom vladike Nikolaja, teološkog autoriteta, koja verovatno treba da ponovi ideju o tome da zakonodavne mere i institucionalni mehanizmi protiv nasilja u porodici mogu da imaju negativne posledice: „Gospod traži zidare, a ne rušioce. Jer ko zida dobro samim tim ruši zlo. Ko se pak okrene da ruši zlo, brzo zaboravi zidati dobro i pretvara se u zločinca.”<sup>45</sup>

Kao kontrateg pomenutim retrogradnim pojavama i procesima u sferi stručnih znanja i akademskih delatnosti, ključni značaj – uz pretpostavljenu neophodnu ekonomsku stabilizaciju, zaustavljanje maligne nezaposlenosti i siromaštva – ima i progresivno evropsko zakonodavstvo, kao i nastojanje da se zakonodavstvo u Srbiji usaglasi sa evropskim. Dakle, polje prava može i treba da odigra jednu od ključnih uloga u civilizacijskom napretku društva Srbije, koji mora da ima i sva obeležja rodne ravnopravnosti. Još zadugo će se, uvek iznova, pojavljivati problemi u primeni civilizacijski naprednog zakonodavstva; i dugo još (možda i sa neizvesnim ishodom), vodiće se borba između, nosilaca procesa retraditionalizacije, repatrijarhalizacije i klerikalizacije, s jedne strane, i zagovornika evropske orijentacije i evropskih integracija i u političkom i u društvenom polju, s druge strane. Zakoni koji promovišu rodnu ravnopravnost, zaštitu ljudskih prava i eliminaciju svakog oblika diskriminacije igraju veoma značajnu ulogu u dugoročnom procesu otelotvoravanja ideja univerzalne jednakosti i prava na različitost u dominantnim kulturnim obrascima i realnom životu građana, ali i u sprečavanju retrogradnih procesa kojima se nastoji da se Srbija civilizacijski vrati unazad i da se ugroze elementi rodne ravnopravnosti, koji su, kolikogod redukovano, ipak u određenoj meri već ostvareni u pravu, politici, ekonomiji, kulturi, privatnom i javnom životu.

43 *Ibid.*, 393.

44 *Ibid.*, 395–396.

45 *Ibid.*, 396.

Prof. dr Dragica Vujadinović\*

## PERSPECTIVES OF GENDER EQUALITY IN THE LEGAL FIELD – THE CASE OF SERBIA

### Summary

*The background assumption of this article is that the feminist perspective has been of an utmost civilizational, strategic and practical-political importance for the mainstream of legislature, legal practice and legal education in Serrbia. Introducing of gender perspective into the both international and national legislature has become one of the basic standards since a few decades ago for the protection and promotion of universal human equality. The culture of human rights, including the ones related to gender equality, should become an inherental element of each legal profession, and also of the legal education as a whole (e.g. of legal textbooks and all-inclusive legal literature). In addition, the culture of human rights, including a gender sensitive approach, should be embedded into pedagogical and professional dimension of academic lecturing as a whole. Referential legal documents of the Republic of Serbia will be analized, in their elements which are most relevant for gender equality. Before that, European legal documents which are relevant for gender issue will be analized. European legal principles and norms will serve as the criterium, according to the highest civilizational standards which the European legislature has incorporated and articulated from the gender perspective, as well as according to the proposed European integration of Serbia and the proposed standardization of Serbian legislature with the European one.*

**Key words:** *Civilizational standards. National strategy. Culture of human rights. Gender equality. Gender sensitive legalislature. Gender sensitive education. Gender sensitive professional work.*

---

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

## ПОЈАМ МИНИСТАРСКЕ КРИВИЦЕ У УСТАВНОМ РАЗВИТКУ СРБИЈЕ 1869–1918. ГОДИНЕ

### Апстракт

У раду се приказује изградња појма министарске кривице у српском уставном праву од увођења инстицијуића парламентарне оштужбе министара у склопу уставне реформе из 1869. године. Анализирају се уставни пројиси о кривичној одговорности министара и одредбе Закона о министарској одговорности, њихова тумачења у скујицијинским расправама седамдесетих година XIX века и у дебати у уставојворном одбору 1888. године, критика у литератури и конструиција министарских кривица у нацијима устава. Указује се на порекло одговарајућих решења у ујоредном праву и, посебно, размајрају се ишћање примене начела јоройној суђења и проблем разјраничења јурисдикција државној суда и редовној правосућа.

Кључне речи: Министарска одговорност. Парламентарна оштужба. Суђење министирима.

### 1. Упознавање с класичним либералним становиштем

Српски превод знаменитих политичких списа Бенжамена Констана *Начела јолишике* и *О министарској одговорности* објављен је 1883,<sup>1</sup> у години у којој се очекивао сазив Велике народне скупштине која је требало да одлучи о промени устава. Ђорђе Симић, доцније под Александром Обреновићем у две владе и сам председник министарског савета, свој превод Констановог дела посветио је „српским државницима и народним посланицима”. Жеља му је била да духовна снага и мисаона свежина Констановог извођења темељних уставних начела из непроменљивих принципа правде и слободе допринесу да се међу српским политичарима разбистре збркане представе и утврде јасни појмови о уставним правима и слободама. Политичка јавност у Србији, живо за-

\* Др Мирјана Стефановски, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду. Рад је резултат истраживања у оквиру пројекта *Персијкијиве имплементације евројских стандарда у јравни сисјем Србије (179059)*, који подржава Министарство науке Републике Србије.

1 Б. Констан, *Начела јолишике* и *О министарској одговорности*, Београд 1883.

интересована за министарску одговорност као једно од највише критикованих решења Намесничког устава из 1869. године, могла се сада изворно упознати са најбољим расправама написаним о парламентарној оптужби министара.

Велики писац француског либерализма Бенжамен Констан студирао је у Енглеској, где је одлично упознао острвске уставне конвенције. Енглеска уставност била је за њега инспиративан узор у промишљању најбољег уставног поретка. У теоријском разматрању установе министарске одговорности зато се вазда враћа илустративним примерима из енглеске уставне праксе. Његово расуђивање о појму министарске кривице, широко тумачење одређења Уставне повеље из 1814. (у спису „О министарској одговорности“) и аутентично објашњење решења Уставног акта из 1815. године, која је по Наполеоновом повратку на власт имао прилике да осмисли и формулише (у „Начелима политике“), изврстан су плод претакања енглеских конвенција о *impeachment*-у у једну целовиту уставну конструкцију, а да при томе, нужно се прилагођавајући континенталном правничком схватању, оне ниуколико нису изгубиле свој прави смисао. Сјаним одређењем жаришног појма министарске кривице, основне сврхе парламентарне оптужбе и начела поротног суђења, Констаново разматрање већ скоро два века остаје темељно дело о институту кривичне министарске одговорности.

У праву грађана да непосредно пред редовним судовима оптуже министре за сваку незакониту радњу којом би биле повређене њихова лична слобода, безбедност или својина Констан види праву сврху устава. У гаранцији тог права лежи „законити основ“ једног устава. Јемство тог права грађана такође је и најтврђа брана самовољи владе и оно што уставу одиста даје снагу и обезбеђује трајност.<sup>2</sup> Залажући се за признање права грађанима да пред редовним судовима непосредно подигну тужбу против министра увек када је министарском радњом повређено неко њихово право, Констан образлаже да незаконита дела министара остају суштински изван праве сфере министарске одговорности. Свима је разумљиво да дело једног министра, који би у заносу страсти отео туђу жену или који би у наступу јарости убио човека, представља приватну кривицу, за коју треба да буде гоњен и кажњен као и било ко други, по општим законима и пред редовним судовима.<sup>3</sup> Оно пак о чему постоје крупна неслагања и дубоки неспоразуми јесте каква је природа противзаконитих радњи учињених у вршењу министарске функције и коју врсту одговорности повлаче незаконита дела министара.

Да би показао да заправо не постоје никакве суштинске разлике између повреда закона које већ на први поглед спадају у ред приватних кривица, попут убиства или отмице, и осталих противзаконитих дела која би могао да почини неки министар, Констан наводи карактеристичан пример наређивања незаконитог затварања. Министар који даје да

2 Исто, стр. 74, 199.

3 Исто, стр. 72, 181, 185–186.

се неки грађанин затвори без законског овлашћења чини исто кривично дело као и приватно лице које би, рецимо, потплатило пар силеџија да неког његовог непријатеља дочекају на улици и одвуку у какав мрачан подрум, где би га држали затвореног. Министарско својство ту ниуколико не мења природу дела јер ниједна министарска атрибуција не обухвата и право незаконитог вређања слободе личности. Узурпирајући ону власт на коју га ниједан закон не овлашћује, министар искорачује изван сфере министарске функције и улази у ред обичних криваца. Тада треба да одговара по општим казним прописима пред редовним судом. Да би начинио јаснијом разлику између противзаконите радње министра и министарске кривице у правом смислу речи, Констан указује на то да би само уколико би био суспендован *habeas corpus* наређивање самовољног затварања грађана долазило у ред министарских кривица. Оно би тада представљало злоупотребу законских овлашћења. Као такво, представљало би предмет оптужења и суђења у уставном режиму министарске одговорности. Иначе се у начелу сва незаконита дела имају сматрати учињеним „изван министарске дужности. Јер министарска звања дају само закониту власт.”<sup>4</sup>

Констан одлучно одбацује мишљење да разлози јавне безбедности могу правдати ускраћивање грађанима права да непосредно подижу тужбе против министара, док режим такозване административне гаранције – дозволе више власти за поступак пред редовним судовима по тужбама грађана против чиновника – осуђује као „ужасно наређење”, којим се одговорност измешта у такав кобни круг да је непојмљиво да се такве ограде некажњивости уопште могу допустити. „Што се мене тиче – казивао је – ја не познајем јавну безбедност без личне гаранције. Мени се чини да је јавна безбедност баш онда компромитована, кад грађани виде у власти опасност, уместо одбране. Ја мислим да је самовоља највећи непријатељ јавне безбедности; да тама, у коју се самовоља замотава, увеличава њену опасност; да јавна безбедност лежи само у правци, правица у законима, закони у формама.”<sup>5</sup> Такође, он оштро критикује решење по којем би парламентарна оптужба имала да надомести и тиме искључи право грађана да непосредно туже ministre: ако би се чување личне слободе поверило представничким скупштинама, слобода и сигурност грађана били би остављени „на милост и немилост небрежењу, покварености или могућој сервилности тих скупштина; и та два нецењива добра, због којих је човек и основао друштвено стање, била би угрожена и у опасност доведена свезом представничке и министарске власти, чега се увек ваља плашити.”<sup>6</sup>

Према Констановом мишљењу, незаконита министарска дела којима се вређају уставна права грађана свакако су легитиман предмет скупштинског одлучивања. То може бити у поступку решавања о

4 *Истио*, стр. 72–73, 182–187.

5 *Истио*, стр. 74, 103, 188–189, 198.

6 *Истио*, стр. 187.



жалбама, када скупштинска одлука представља позив за процесуирање пред редовним судом. Такође, повреде личне слободе или својине представљају и уставни основ за парламентарну оптужбу. Чланом 41. Додатног акта уз уставе Царства из 1815. године нормирана је могућност да се министри оптуже „због повреде безбедности и части народа”.<sup>7</sup> Уводећи у владу оно што је највише противно сигурности и достојанству нације – самовољу, напад на слободу грађана по природи дела улази у појам министарске кривице.<sup>8</sup>

Предмет министарске одговорности су пре свега она незаконита дела која угрожавају општи интерес. Народно представништво је по природи ствари најпозваније да се стара о заштити општег добра и да, ценећи повреду јавног интереса, у посланичком дому одлучи о оптужењу, а у дому перова изрекне пресуду. Противзаконитост је свакако обухваћена појмом министарске кривице, али одређење нелегалности по општим законима никако не исцрпљује тај појам. Констан управо инсистира да жаришно значење појма министарске кривице лежи у нечем другом: не у простој повреди позитивних закона него у злоупотреби законите власти, у њеној рђавој и штетној употреби.<sup>9</sup> Основ оптужења ту је изворно нормиран уставним прописом о парламентарној оптужби министара. „Министар један може да начини толико зала, не удаљујући се од слова позитивних закона, да ако се не постарате за уставна средства да се та зла отклоне и да се кривац казни... нужна ће наћи та средства и изван устава... Ако, стварајући за министре тачно одређене законе, који никад не могу да се дотакну укупних њихових дела и правца њихове управе, ви их у ствари извучете испод свију закона; неће им се више судити по вашим ситничарским и непримењивим наређењима, него ће се над њима беснети према неспокојству, које су створили, према злу, које су учинили, и према степену мржње, која је отуда следовала.”<sup>10</sup>

Да би се досегао пуни обухват министарске одговорности, Констан се залаже за схватање израза издаја и превара из члана 56. Уставне повеље од 1814. године у најширем смислу и највећем обиму. Тако, под издајом треба разумети рђаво вођење рата и спољних преговора, поништавање независности судија и поротника и, уопште, све опште мере које држави наносе штету. Једнако, под преваром треба разумети све оно што садржи рђаву употребу јавних средстава. Како је Уставном повељом било предвиђено доношење посебног закона који би ближе одредио природу ових дела, Констан нарочито наглашава да би сваки покушај да се о министарској одговорности начини тачан и детаљан закон, као што то морају бити кривични закони, био „савршено узалудан”, јер

7 *Les Constitutions de la France depuis 1789*, Presentation par Jacques Godechat, Paris 1970, стр. 256.

8 Б. Констан, *н. г.*, стр. 75, 187, 200, 211.

9 *Истио*, стр. 75–76, 200–201.

10 *Истио*, стр. 77, 202–203.

би тежио одређењу неодредивог.<sup>11</sup> Има хиљаду начина – образлагао је – да се неоправдано и без нужде отпочне какав несрећни рат, да се рат води сувише небрижљиво, да се слабим преговорима доведе до склапања штетног или срамног уговора мира, да се кредит државе поремети дрским финансијским операцијама или проневерама скривеним под разним именима. Ако би се хтело да се сваки од тих небројених начина да се нашкоди држави означи и квалификује законским одређењем, закон о министарској одговорности морао би постати опсежно историјско и политичко дело. Ни тада не би постигао сврху инкриминације јер би министри лако изнашли нове путеве да изиграју његова наређења.<sup>12</sup>

Констан јасно увиђа да сама природа дела која обухвата појам министарске кривице измиче прецизном законском одређењу. Зато и Енглези, иначе вазда скрупулозни у погледу јасноће законских наређења и дословне примене казних закона, она дела која повлаче министарску одговорност у поступку *impeachment*-а означавају врло нејасним изразима *high crimes and misdemeanours*, речима које заправо не одређују ни природу ни степен преступа.<sup>13</sup> Министарски деликти по правилу су врло комплексна дела мешовите кривичноправне и политичке природе, код којих је политички елемент често претежан. Отуда, док обични грађани морају бити заштићени гаранцијама прецизне одређености и буквалне примене слова закона, министри треба да буду подвргнути врсти арбитраже, коју у погледу њихове одговорности врше како њихови тужиоци, тако и њихове судије. Управо је „та арбитража – наглашава Констан – у суштини саме ствари”.<sup>14</sup>

Арбитража ту никако не значи арбитражност. У уставној функцији оптужења и суђења министрима домови имају улогу највиших порота. Као поротници, чланови домова одлучују по своме убеђењу и пресуђују по својој савести.<sup>15</sup> Суштину питања остваривања министарске одговорности Констан изражава појмом вршења дискреционе власти. Подразумевајући овлашћења која се крећу у довољно пространом подручју

11 *Истио*, стр. 83, 185, 202.

12 *Истио*, стр. 76, 189, 201–202.

13 Сажети приказ развитка и примене *impeachment*-а у Енглеској: L. O. Pike, *A Constitutional History of the House of Lords*, London – New York 1894, стр. 224–234; T. E. May, *A Treatise of the Law, Privileges and Usage of Parliament*, London 1906, стр. 663–671.

Као дела због којих се проводи поступак *impeachment*-а у Уставу САД (члан II, одељак 4) наведени су издаја (*treason*) и подмићивање (*bribery*), а онда је додата уопштена формулација преузета из енглеских текстова – *high crimes and misdemeanours* (Збирка новијих устава, III, Београд 1966, стр. 57–74). У пракси америчког *impeachment*-а преовладало је широко тумачење ове уставне формулације, најбоље изражено у дефиницији – дела која су оптужива по мишљењу пороте (О новијим схватањима видети: А. Бачић, „*Impeachment* као конституционални процес”, *Зборник радова Правној факултету у Силбију*, XII, 1975, стр. 175–188).

14 Б. Констан, *н. д.*, стр. 76–77, 83, 202, 217.

15 *Истио*, стр. 83, 89, 203, 208, 219.

слободне оцене и која су истовремено подвргнута правним начелима, то је појам који искључује самовољу и произвољност. Закон о министарској одговорности – отворено ће рећи – у суштини је политички закон и његова природа, као и примена, нужно имају нечег дискреционог.<sup>16</sup> Његов доследно изведен став да би одређење министарских кривица у посебном закону било и излишно и дубоко погрешно добио је свој ауторски израз у редакцији члана 42. Уставног акта из 1815. године: „Дом перова има... дискрециону власт, како за одређење дела, тако и за изрицање казне.”<sup>17</sup>

## 2. Уставна конструкција министарских кривица по Намесничком уставу од 1869. године

Увођење института кривичне министарске одговорности био је захтев посланика на свим скупштинама још од знамените Светоандрејске 1858. године, на којој се одиграо династијски преврат.<sup>18</sup> Установа парламентарне оптужбе министара уведена је напокон у склопу темељне уставне реформе проведене у време Ристићевог намесништва. Аутори уставног нацрта, који је Велика народна скупштина потом примила готово без расправе и са сасвим незнатним изменама, били су блиски политички пријатељи намесник Јован Ристић и министар полиције Радивоје Милојковић.<sup>19</sup> Обојица су након свршеног лицеја у Београду студирали у Хајделбергу и у Паризу, Ристић филозофију и историју, а Милојковић правне науке. Редакцију уставног текста ваља зато сматрати Милојковићевим делом, док је Ристић, и сам се одраније занимајући за уставна питања, свакако имао главну реч у погледу кључних уставних решења. Ристићеве интервенције видљиве су и у уставној конструкцији министарских кривица, у избору који је начињен између страних узора.

У нацрту устава који је по жељи кнеза Михаила сачинио у јесен 1867. године,<sup>20</sup> Радивоје Милојковић је, креирајући институт криви-

16 *Исто*, стр. 77, 83.

17 *Les Constitutions de la France depuis 1789*, стр. 256.

18 Ж. Живановић, *Политичка историја Србије у другој половини деветнаестог века*, књ. I, Београд 1923, стр. 78, 88, 108, 148–150, 185, 218; Ј. Продановић, *Уставни развој и уставне борбе у Србији*, Београд 1936, стр. 126–127, 129, 133, 148–149, 163.

19 Ж. Живановић, *н. д.*, стр. 228; С. Јовановић, *Влада Милана Обреновића*, књ. 1 (1868–1878), Сабрана дела Слободана Јовановића, том 4, Београд 1990, стр. 71–72, 83.

20 *Устав Кнежевине Србије*, који је написао по налогу министра унутрашњих дела Г-дина Николе Христића, ондашњи председник Апелације Радивоје Милојковић – АС, ПО, кут. XXV, бр. 103. Овај текст нацрта устава Радивоје Милојковића, који је у изворном рукопису нађен у архиви краља Милана, објавио је Илија Пржић у: „Грађа за нашу уставну историју. Два уставна пројекта за друге владе кнеза Михаила”, *Архив за правне и друштвене науке*, 1925, бр. 3, стр. 209–219; бр. 4, стр. 295–303. О важнијим установама Милојковићевог уставног нацрта детаљније: М. Стефановски, „Нацрт устава Радивоје Милојковића из 1867. године”, *Зборник Машице српске за друштвене науке*, у штампи.

чне министарске одговорности, уградио разлику коју је саксонски устав поставио између аката жалбе против министара због повреда закона и аката оптужбе министара за повреде устава.<sup>21</sup> За разлику од изјава жалби због незаконитости министарских радњи, које имају карактер парламентарних резолуција и немају обавезујућу снагу, актима оптужбе због повреда устава покреће се поступак суђења министрима пред државним судом (члан 149). Немачка правна теорија XIX века сматрала је да је судска одговорност министара „завршни камен и највиша круна устава”. У парламентарној оптужби министара и правосудној оцени и санкцији дела повреде устава видела се највиша гаранција правне државе јер би без ње устав и уставна права били остављени без заштите и изручени свакој злоупотреби власти.<sup>22</sup> Важност те установе, којој је посветио читаву једну главу свог нацрта устава, Милојковић је изразио и насловом: „О нарочитом јемству уставности и одговорности министара”. Он је добро разумео да министарска кривица повреде устава има есенцијално политички карактер, и ово је увиђање природе политичког деликта доследно и уз пуно уважавање начела законитости уграђено у уставну конструкцију одговорности. Утврђујући тачке оптужбе, законодавно тело је позвано да, непосредно тумачећи устав, определи квалификацију противуставности. Суд који се од једнаког броја судија касационог суда и чланова државног савета *ad hoc* образује за суђење по парламентарној оптужби министара невезан је законским прописима и пресуђује по судијском убеђењу и познавању ствари. За противуставне радње министара самим уставом прописане су казне лишења звања или неспособности за државну службу. Уколико би пак повреда устава уједно садржала и неко дело инкриминисано општим казним прописима, ако би законом запређена казна била већа од пет година затвора, суд је дужан да својом пресудом наложи да се осуђени министар преда надлежном редовном суду (чл. 210–213).

У одређењу основа парламентарне оптужбе министара, у Намесничком уставу је, уместо саксонског решења, преузето набрајање министарских кривица из пруског устава. Устав Пруске од 1850. године, формулацијом „злочин повреде устава” из члана 61, противуставну министарску радњу изворно квалификује као кривично дело, као што и друга два дела која повлаче министарску одговорност – корупција и издаја – имају кривичноправно обележје.<sup>23</sup> У редакцији одговарајуће одредбе Намесничког устава као основ парламентарне оптужбе одређена је „повреда устава” без кривичноправне квалификације, у складу са концептом државног суда за министарске кривице као судског форума особеног политичког или „дисциплинског” правосуђа, које не доводи и до одступања од опш-

21 Constitution de la Saxe royale du 1831, art. 110, 140–141 (*Les constitutions modernes*, par F.R. Dareste et P. Dareste, tome I, Paris 1910, стр. 265–266, 270).

22 К. Шмит, „Чувар устава”, *Норма и одлука. Карл Шмит и његови кријичари*, Београд 2001, стр. 218.

23 Constitution de l'Etat prussien du 1850, art. 61 (Dareste, I, стр. 213).

тих казних прописа и надлежности редовних кривичних судова. Из пруског устава преузето је дело велеиздаје у формулацији „издајство према отачаству или владоцу”, док је дело корупције раздвојено на дело примања мита, које је било инкриминисано и српским кривичним законом, и дело оштећења државе из користољубља (члан 101). У уставном одређењу дела велеиздаје изражена је тежња за апстрактним схватањем дела која повлаче судску одговорност министара, једнако као што ту тежњу одражава и уопштено одређење дела оштећења државе из користољубља. Ти министарски деликти обухватају и сва одговарајућа дела из кривичног закона, али се њиховом законском дефиницијом не исцрпљује предмет министарске одговорности. Уставним одређењем министарских кривица он је постављен пространије и омеђен довољно широко да установи одговорност министара за сва унапред прецизно недефинисана дела, којима се угрожава безбедност државе или се с кривичном побудом држави наноси штета.

Нормирање састава државног суда, поступка оптужења и суђења и прописивање казни за министарске деликте остављено је посебном закону. Закон о министарској одговорности донет је заједно са другим органским законима у октобру 1870. године.<sup>24</sup> Правни режим одговорности министара законодавац је установио уз пуно очување начела законитости, пажљиво разграничавајући судске аспекте двојаких елемената – политичког и кривичноправног – у мешовитој природи министарских престапа учињених у вршењу службене дужности. Као особен форум политичког правосуђа, државни суд може изрећи само казне лишења звања и неспособности за државну службу. Ако би нашао да министарска кривица, чији је основ одређен уставом, уједно представља и неко кривично дело за које је кривичним законом прописана казна од најмање пет година затвора, државни суд је, осим изрицања специјалних казни из закона о министарској одговорности, обавезан да својом пресудом оптуженог преда надлежном првостепеном суду на даље суђење у складу са општим казним прописима (члан 19). Кривична одговорност за службена дела министара тако је конструисана доследно начелу *Nullum crimen sine lege* и гарантијама законитог суђења редовног правосуђа. Примерено мешовитој политичкој и кривичноправној природи министарских деликата компонован је и државни суд, у чијем саставу једну половину чине народни посланици, а другу професионалне судије из касационог и апелационог суда. Сагласно, опет, уставној конструкцији појма министарске кривице, државни суд, иначе у осталоме дужан да се придржава процесних норми кривичног законодавства, није везан законским прописима о доказима, већ суди по слободном убеђењу (члан 17).

Уочи скупштинске расправе о закону о министарској одговорности, познати публициста из круга доктринарних либерала Стојан Бошковић објавио је у листу *Србија* низ чланака у којима је разматрао глав-

24 *Зборник закона и уредаба Кнежевине Србије*, XXIII.

на питања уставне реформе.<sup>25</sup> Парламентарну оптужбу министара он приказује у склопу целовитог појма министарске одговорности схваћеног у духу начела парламентарне владе. Зависно од природе и тежине дела, парламентарна контрола над радом владе остварује се у градацији ступњева одговорности, од изјаве негодовања или прекора, преко изјаве неповерења, до оптужења министара. Установа парламентарне оптужбе потребна је и онда када постоји политичка одговорност владе; она је неопходна као средство заштите сигурности државе и битних државних интереса, зарад намирења правде и због достојанства саме скупштине. Разноликост поступака којима министри могу довести у опасност сигурност државе и опште добро, било повредом устава и закона или, уопште, несавесним и неверним вршењем својих дужности, подразумева апстрактно схватање дела због којих могу бити оптужени у скупштини. Бошковић зато разлаже како ваља узети да је Намеснички устав означио само неколико главних кривица, те да би законодавац требало да да шире одређење министарских престапа како би се конкретни важни случајеви могли исказати у самој пракси.<sup>26</sup> Законско одређење сфере министарске одговорности требало би да обухвати: противуставне и незаконите радње; повреде устава и закона нечињењем или допуштањем; злоупотребу власти и очигледну неспособност или немарност у вршењу званичне дужности, уколико је тиме нанета штета држави или појединим грађанима. Ако министарска кривица такође садржи и злочин или преступ кажњив по општим прописима (попут кривотворења исправе, преваре и других такозваних простих криминалних дела), уз изрицање казне за дела из круга своје посебне надлежности, о којима пресуђује по начелима пороте, по уверењу у савести, државни суд би потом имао да министра преда редовном суду, којем подлежу и сви чиновници и грађани и који је квалификован и позван да примењује опште кривичноправне норме.<sup>27</sup>

Закон о министарској одговорности пошао је од тога да су дела за која скупштина може да оптужи министре уставом таксативно наведена. У осталим случајевима одговорности министара за званична дела, обухваћеним општим одређењем члана 100. Устава, скупштина може да се изјасни у поступку решавања о жалбама грађана, по пропису члана 103. Закона о пословном реду у народној скупштини.<sup>28</sup> Доцније, у полемици са Милутином Гарашанином, Јован Ристић се позвао управо на ову законску одредбу, образлажући да под Намесничким уставом министарска одговорност никако није била „празна беспослица”, јер су министри били одговорни за сва своја званична дела без изузетка, и то за кривице наведене у члану 101. Устава, пред државним судом по оптужби

25 Ти чланци сабрани су под насловом „Прва законотворна скупштина” – С. Бошковић, *За просвету и слободу*, Београд 1882, стр. 54–146.

26 *Исто*, стр. 126–128, 131–132.

27 *Исто*, стр. 132–133, 136.

28 Вид. члан 1. Закона о министарској одговорности из 1870.

скупштине, а у свим другим случајевима у одговарајућем поступку који се може покренути на основу скупштинског закључка или предлога.<sup>29</sup> У скупштинској расправи о предлогу Закона о министарској одговорности, 21. октобра 1870. године, била су изнета различита мишљења о домаћају скупштинског решавања о жалби против министра који заклања неког чиновника од судске одговорности. Према једном схватању, скупштина може да оптужи министра пред државним судом, тумачећи да постоји дело повреде устава које је у том случају министар починио вређајући уставна права грађана (А. Лукић). Према другом гледишту, скупштинским закључком о умесности жалбе било би успостављено право грађана на непосредну тужбу редовном суду (Ј. Бошковић). Према мишљењу више посланика и објашњењу Радивоја Милојковића, тада председника владе, крајњи домаћаји скупштинског одлучивања о жалби били би изјава неповерења и уклањање министра, да би онда нови министар дао чиновника под суд.<sup>30</sup> Оно што пак у расправи није било речено, а што је заправо била главна слабост парламентарног решавања у таквим случајевима, било је непостојање правне санкције изјаве неповерења услед јасног отклона од парламентаризма у кључним уставним решењима (забрана условљавања усвајања буџета другим разлозима; могућност указног продужења буџета за идућу годину).

По Закону о чиновницима из 1864. године, који је задржан у важности, у погледу одговорности чиновника за дела учињена у званичној дужности постојала је такозвана административна гаранција. Кривични прогон за службене деликте предузимао се по решењу министарског савета (члан 57), док је за вођење судског поступка по приватној тужби, грађанској или кривичној, оштећеног лица против чиновника било потребно одобрење надлежног министра (члан 66).<sup>31</sup> Административна гаранција била је прописана и чланом 110. Устава, по којем је суђење управним чиновницима за њихова званична дела условљено дозволом више власти. Овде ваља поменути да је кроз читав XIX век у већини европских држава важио систем ауторизације или превентивне гаранције – одобрења управне власти или неког управног трибунала за тужбе

29 Ј. Ристић, *Једно намесничийство 1868–1872.*, Београд 1894, стр. 50–51.

Под утицајем критике савременика изречених у жару политичких сукоба, аутор студије о установи министарске одговорности у Србији Јосиф Касановић тумачио је да је под Намесничким уставом кривична одговорност министара била сведена само на четири случаја набројана у уставу, док су за остала кривична дела учињена у званичној дужности министри заправо били неодговорни (*Министарска одговорност у српском јавном праву*, Београд 1911, стр. 41–45). Некритички прихваћено, Касановићево тумачење одржало се у литератури (вид. З. Лончар, *Одговорност министара са посебним освртом на југословенско право*, докторска дисертација, Нови Сад 2000, стр. 191–192).

30 *Пројатоколи Народне скупштинине која је држана у Крајујевицу 1870. год.*, Београд 1870, стр. 320–335.

31 Закон о чиновницима грађанског реда и о постављању у стање покоја с пензијом свију чиновника у опште од 1864. – *Пречишћени зборник закона и уредаба*, књ. I (1835–1896), Београд 1897, стр. 88–102.

грађана против чиновника.<sup>32</sup> Одлука скупштине у поступку решавања о жалбама грађана против министара у таквом општем режиму одговорности за службене деликте могла је једино имати правну природу парламентарне резолуције без обавезујуће снаге. Док је скупштински одбор влади могао претходно предложити ислеђење или захтевати достављање аката, расправа у пленуму имала је својеврсну тежину самом јавном дебатом о министарској одговорности. Представљајући позив кнезу или влади да у оквиру својих овлашћења предузму или одобре кривични прогон,<sup>33</sup> значај скупштинског решења одређен је превасходно моралним ауторитетом народног представништва.

Према Намесничком уставу, по томе, министри су за службене деликте подлежали двојакој казненој одговорности. Чланом 100. била је обухваћена њихова одговорност по општим казним прописима пред редовним судовима, по оптужби у име кнеза и по решењу министарског савета, уз јемство административне гаранције код приватних тужби грађана, које је могло бити ублажено парламентарном интервенцијом у виду скупштинског закључка о жалби. У пространијем опсегу од осталих чиновника или грађана, за нарочите министарске кривице одређене чланом 101. Устава, одговарали су још и према посебном режиму кривичне одговорности министара, по парламентарној оптужби пред државним судом. Управо се у поштравању одговорности и њеном ширем обухвату разумевао прави смисао установе кривичне министарске одговорности, како је то било разложено у извештају скупштинског одбора у децембру 1873. године о питању одговорности бившег министра војног Јована Белимарковића, које је било покренуто једном интерпелацијом.<sup>34</sup> Циљ установљавања посебне одговорности министара – наглашено је у извештају који су по прилици писали либерални посланици Јован Бошковић и Александар Николајевић – јесте заштита уставних права и државних интереса од злоупотреба замашне власти коју имају министри. Та заштита изискује да, поврх одговорности пред редовним судовима за дела предвиђена кривичним законом, они одговарају и за нарочите кривице које су особене за министарску функцију, као што су повреда устава, премапотписивање неуставног или незаконитог владалачког акта или оштећење државе и када није повређен неки законски пропис. Скупштинска оптужба и посебан суд представљају и нарочита јемства остварења одговорности, која друге власти не могу да пруже у погледу независности у оптужењу и суђењу министрима. Установа парламентарне оптужбе свакако не може да значи закриљивање министра

32 Л. Костић, *Надзор кривичној суда над јавном администрацијом*, Београд 1939, стр. 17-19.

33 То је значење решења скупштине да се одређена жалба или молба „препоручи призрењу књажевом или владином” или да се „према садржају њеном учини скупштински предлог” – чл. 103. Закона о пословном реду у народној скупштини од 1. октобра 1870. (*Пречишћени зборник закона и уредаба*, књ. I, стр. 29-43).

34 О афери генерала Белимарковића видети: Ј. Касановић, *н. г.*, стр. 65-72; С. Јовановић, *н. г.*, стр. 167, 187-192.



од одговорности и ускраћивање владоцу, односно земаљским властима које дејствују у име кнеза, права оптужења, нити може да води умањењу одговорности којој су министри и раније подлегали по Закону о чиновницима. То потврђују и одређења члана 100. Устава о одговорности министара и кнезу за сва званична дела и члана 19. Закона о министарској одговорности о кажњавању за дела из кривичног закона.<sup>35</sup> Треба истаћи да се принципијелним разграничењем јурисдикција посебног суда и редовног кривичног правосуђа у погледу уставних министарских деликата који истовремено представљају и дела кажњива по општим кривичним прописима, српски Закон из 1870. године, по скрупулозности у погледу очувања начела законитости, сврстао у ред најбољих упоредних решења. Данас оно је очувано у уставима који у томе следе решење америчког модела *impeachment*-а.

### 3. Одређење министарске кривице у пројектима уставне реформе

Становиште које је у јесен 1870. године заступао Стојан Бошковић, о потреби законског проширења уставом одређене сфере министарске одговорности пред скупштином, утицало је на либералне посланике да тај захтев одлучно поставе новој конзервативној влади Јована Мариновића у скупштинској адреси у новембру 1873. године. У одбору за састав адресе преовладало је било мишљење да став о законодавном проширењу министарске одговорности не треба уносити у текст адресе, због тога што проширење основа парламентарне оптужбе министара засеца у уставну материју, с једне стране, и зато што скупштинска адреса не треба да у битном одступа од владиног програма који је изложен у престоној беседи, с друге стране.<sup>36</sup> Насупрот томе, већина посланика је приликом усвајања адресе пристала уз гледиште одборске мањине, како у погледу тога да скупштина није ограничена програмским поставкама престоног беседе,<sup>37</sup> тако и у решености да у скупштинску адресу свакако буде унет став о потреби измене Закона о министарској одговорности.<sup>38</sup> Познати либерали попут Љубомира Каљевића и Симе Несторовића исказали су у адресној дебати и готовост да се, ако је устав препрека поштравању министарске одговорности пред скупштином, заложу и за промену самог устава.<sup>39</sup> При томе је само Каљевић конкретније навео на које би се министарске преступе имало да распростре право оптужења у скупштини. Према његовом мишљењу, били би то још и свака повреда закона, као и оштећење државе, не само када је учињено долозно, него и

35 *Пројоколи Народне скупштинине која је држана у Крајујевицу 1873. год.*, Београд 1873, стр. 259-263.

36 *Истио*, стр. 37–38, 43, 45.

37 *Истио*, стр. 37–45.

38 Адреса Народне скупштине из 1873. године. – *Истио*, стр. 49–51.

39 *Пројоколи Народне скупштинине из 1873*, стр. 46–47.

ако је наступило услед небриге и немарности министра. Сасвим пак неодређено, Алекса Поповић је основ министарске одговорности означио посве уопштеним изразом „хрђава дела”, по коме би појам министарске кривице обухватио не само противправне радње, него и све оно што би скупштина сматрала лошим или штетним у раду министра.<sup>40</sup>

У престоној беседи из новембра 1874. године и Мариновићева влада је у кнежево име исказала став о нужности проширења министарске одговорности и, означивши уставна наређења сметњом да то буде учињено путем измене закона, препустила је оцени скупштине да по властитој увиђавности предложи промену устава.<sup>41</sup> Током 1875. године у скупштини је било поднето неколико предлога за измену устава.<sup>42</sup> У погледу уставног одређења министарских кривица заједничко им је да као основ парламентарне оптужбе, осим дела повреде устава, уопштеном формулацијом предвиђају и одговорност министра за повреде закона. Само су у предлогу Јована Бошковића и петнаесторице посланика била ближе одређена незаконита дела која повлаче оптужење министра у скупштини. Осим министарских кривица из члана 101. Намесничког устава, то су повреде закона у погледу скупштинских избора, самосталности општина и личне безбедности грађана. Такође, када је у питању дело оштећења државе, оно је одређено као министарски деликт не само ако је учињено из користољубља, него и ако је наступило услед неке повреде закона.<sup>43</sup>

Ратови с Турском 1876–1877. и решавање одсудних националних питања на Берлинском конгресу 1878. одложили су питање промене устава. Поново га је, сада и формалним покретањем поступка ревизије, отворила напредњачка влада у јануару 1881. године. Пре него што ће постати председник владе, Милан Пироћанац, свршени париски правник, у нас међу савременицима веома цењен као одличан зналац политичке теорије, у низу чланака објављених у листу *Vigelo* 1880. године изложио је назоре напредњака о главним питањима уставне реформе.<sup>44</sup> Залажући се за усвајање министарске одговорности у најпространијем обиму, Пироћанац упозорава на опасност вођења страначких борби путем оптужби министра. Парламентарна оптужба треба да буде постављена као остварење одговорности за теже кривице министра, док за целину политичког рада владе и за све погрешке појединих министра скупштина треба изјавом неповерења да изрекне санкцију политичке одговорности. О оптужби министра устав треба да садржи само начелне одредбе. Он критикује систем набрајања министарских кривица усвојен у Намесничком уставу јер су дефинисање дела и одређење казни по природи ствари материја законског нормирања. Упућујући на

40 *Истио*, стр. 47–48.

41 *Пројтоколи Народне скупштинe из 1874–1875*, стр. 15.

42 Ј. Продановић, *н. г.*, стр. 238–243.

43 *Сћенографске белешке Народне скупштинe држане 1875*, стр. 232–233.

44 Ови чланци из *Видела* били су потом сабрани у посебну књижицу: М. Пироћанац, *Уставносћ*, Београд 1881.

уставну праксу савремених европских држава, Пироћанац још наглашава како заправо уопште и није неопходно да, уз апстрактно одређење министарске кривице уставом, потом буде стварно и донет закон о министарској одговорности са навођењем конкретних дела. Довољно је препустити суду за суђење министрима да у недостатку законских прописа сам одлучи о кривици и одреди казну, али у оквиру граница постављених уставом у погледу казни које се уопште могу изрећи.<sup>45</sup> Те године Пироћанац је припремио и један уставни пројекат, који је затим био разматран у кругу страначких првака и формулисан као нацрт устава напредне странке из 1880. године. За време владе Милана Пироћанца овај је текст изнова био претресан на министарским конференцијама у лето 1883. године, да би пречишћена верзија била поднета краљу<sup>46</sup> као владин нацрт устава.

Одредбе о министарској одговорности које је Пироћанац био првобитно формулисао у основи су у истој редакцији пренете у оба потоња напредњачка нацрта устава. С том разликом што је уведено још и право владоаца и сената да оптуже ministre, у тим је одредбама готово дословце преузето одговарајуће решење Устава Белгије из 1831. године. Садржавајући само прописе о праву оптужења и надлежном суду, белгијски устав је у целини препустио закону да одреди случајеве одговорности, предвиди казне и нормира поступак суђења министрима. У прелазним одредбама уставом је још прописано да, док не буде донет закон о министарској одговорности, представнички дом има дискрециону власт да оптужи ministre, а касациони суд дискрециону власт да означи дело и одреди казну, једино уз ограничење да казна не може бити тежа од затворске, изузев случајева изричито предвиђених кривичним законом.<sup>47</sup> Како пак закон о министарској одговорности касније уопште није био донет, дискрециона овлашћења у погледу оптужбе и суђења донедавно су остала битна карактеристика института кривичне министарске одговорности у Белгији. Став о независности суда нормативним одређењем дела која повлаче министарску одговорност и унапред прописаним казнама, који је белгијски уставотворац, угледајући се по прилици на Констанову формулацију, изразио појмом дискрециона власт, Милан Пироћанац је у сличној редакцији уградио у напредњачки нацрт устава: „Докле год не буде издат закон, који ће одредити случајеве министарске одговорности... Касационом суду даје се право да означи дело и да определи и примени казну. Ни у каквом случају казна не може бити већа од затвора, ако нису случајеви које предвиђа кривични закон. Касациони суд кад суди министра, суди и по делу и по праву” (члан 92).<sup>48</sup>

45 *Исто*, стр. 92–95.

46 Вид. С. Новаковић, *Двадесет година уставне историје у Србији 1883–1903*, Београд 1912, стр. 299–300.

47 *Constitution de la Belgique du 1831*, art. 90, 134 (Daresté, I, стр. 87, 94).

48 *Предлој устава за Краљевину Србију* владе Милана Пироћанца из 1883. – АС, СН – 512 (26–46а).

Темељна идеја да појам министарске кривице обухвата простран круг унапред неодређених преступа суштинска је карактеристика англосаксонске установе *impeachment*-а. Сличну мисао, према становишту које је било широко прихваћено у теорији и усвојено у пракси сената као суда за суђење министрима, изражавала је и уопштена формулација француског Устава из 1875. године о одговорности министара за „злочине (crimes) извршене у вршењу њихових функција”.<sup>49</sup> Тако је ауторитет француске уставне науке Есмен тумачио да израз „злочин” обухвата не само дела предвиђена кривичним законом, него и сваку „рђаву употребу” овлашћења, те да сенат када суди министрима има „потпуну власт”, како у погледу квалификације дела, тако и у погледу казни које може изрећи. Позивајући се на енглеско порекло установе парламентарне оптужбе министара, Есмен још нарочито истиче да политички карактер судског форума суштински одређује министарски „злочин” као политичку кривицу.<sup>50</sup> Према белгијском обрасцу, Пироћанац је дискрециону власт суђења министрима ублажио правничким скрупулама и високом стручношћу сталних судија касационог суда. Битан политички елемент појма министарске кривице тако је значајно потиснут самим карактером судског форума. С друге стране, касациони суд, као једини суд надлежан да суди министрима, пресуђује и када је реч о приватној тужби грађана (члан 91). У том случају, једнако као и када су у питању тужбе грађана против осталих државних и општинских званичника за дела којима би они својом званичном радњом повредили њихове приватне интересе, уместо административне гаранције министарског савета из Закона о чиновницима, предвиђено је одобрење државног савета (члан 24). Карактер државног савета као највишег управног трибунала замишљен је ту као предохрана оним манама система дозволе виших власти које је Констан назвао оградама некажњивости.

Нацртом устава радикалне странке из 1883. године предвиђено је потпуно укидање система ауторизације. Нормирано је уставно јемство права грађана да сваког чиновника непосредно туже надлежном суду за повреду својих права и противзаконит рад у вршењу званичне дужности и прописана је дужност суда да такву оптужбу узме у поступак. Као министарски преступи који повлаче парламентарну оптужбу сасвим неодређеним изразима предвиђени су „повреда или обилажење устава и закона” и „политички правац штетан по народни интерес”. Увођење оцене целисходности министарских радњи упоредо са квалификацијом њихове противправности, праћено је мешовитим саставом суда, чији се чланови одређују коцком из реда народних посланика, чланова касационог суда и између председника среских судова, где парламентарци сачињавају незнатно мање од половине његовог састава.<sup>51</sup>

49 Loi constitutionnelle sur les rapports des pouvoirs publics du 16 juillet 1875, art. 12 (Dareste, I, стр. 16).

50 A Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris 1914, стр. 839–843.

51 *Нацрт усташа радикалне странке* из 1883. – Ј. Продановић, н. г., стр. 267–268, 272.

Тако су у радикалском уставном пројекту, с једне стране, дела означена сасвим уопштено, обухватајући и свако изигравање, односно непоштовање уставних одредби и законских прописа, док је, с друге стране, отворено наглашено политичко обележје појма министарске кривице.

Очекивало би се да ће овако различита схватања министарских кривица изазвати и живљу расправу приликом претресања нацрта устава када се коначно 1888. године приступило уставној промени. Пројекат устава израђен је у ужем међустраничком одбору према материјалу који је за састанке одбора припремао његов секретар, млади професор права Милован Миловановић.<sup>52</sup> Уставни нацрт је потом био расправљан у пленуму политички веома репрезентативног уставотворног одбора, образованог на иницијативу краља Милана зарад постизања сагласности свих виђенијих политичких првака о решењу новог устава. Исцрпне белешке о раду одбора касније је у часопису *Ошацибина* објавио Владан Ђорђевић.<sup>53</sup> У нацрту устава који је утврдио ужи одбор преузето је набрајање министарских кривица из Намесничког устава. Једино је у новој редакцији одговарајуће одредбе уз дело повреде устава изричито казано да оно обухвата и повреду уставних права српских грађана. Ранијим захтевима за проширење основа парламентарне оптужбе министара удовољено је утолико што је уставом била предвиђена и одговорност за повреде закона, али само у оним случајевима које буде одредио нарочити закон о министарској одговорности. Такође је, осим скупштинске оптужбе, установљено и право краља да пред државним судом оптужи министре.<sup>54</sup> У овој редакцији уставна конструкција министарских кривица формулисана је у члану 137. Устава од 1888. и доцније пренесена у члан 136. Устава од 1903. године. У међувремену је у кратковременом Уставу из 1901. године у набрајању министарских кривица било изостављено само дело оштећења државе из користољубља (члан 80).

У уставотворном одбору крагујевачки трговац Тодор Туцаковић, чувени опозиционар на скупштинама још из времена владе кнеза Михаила, заложио се да случајеви министарске одговорности буду исцрпно наведени у уставу, при томе широким формулацијама које би обухватиле различите облике министарских преступа. Министри би имали да одговарају још и за сваку незакониту наредбу или налог подручним органима, за заклањање чиновничких незаконитости и промицање недостојних чиновника и, нарочито, за сваку повреду бирачких или посланичких права коју би наложили или допустили. Туцаковић је предлагао да за дело оштећења државе министри одговарају увек када је, независно од побуда или личне користи министра, настала штета услед склапања неког уговора или давања повластица.<sup>55</sup> Пошто тај предлог није прошао на гласању, у даљој расправи приликом дебате о року застаре-

52 М. Поповић, *Порекло и њоштанак устава од 1888 године*, Београд 1939, стр. 84–87.

53 Др. Владан Ђорђевић, „Горњи дом Србије – рад Великог уставотворног одбора”, *Ошацибина*, књ. XXVI–XXXI/1890–1892.

54 *Ошацибина*, књ. XXIX, стр. 507.

55 *Исто*, стр. 507–508.

лости, поједини су говорници указивали на то да је политичка кривица оно суштинско обележје које појмовно одређује специјалне министарске деликте. С обзиром на висок положај министара у државној власти, уставом се инкриминишу особена дела која не потпадају под кривични законик (Н. Крстић, Ј. Андоновић). Право парламентарне оптужбе установљава се управо због особене политичке природе министарских деликата, па је политички разлог, оцена целисходности, ту у првом плану. Опет се зато министарска кривица јасно одваја од политичке одговорности, која обухвата и неспособност или рђаво вођење политике и за коју је санкција изјава неповерења (С. Марковић). Оно што подваја политичке радње министара које подлежу оптужби и суђењу од оних за које се сноси парламентарна одговорност која се остварује уклањањем с положаја јесу зла намера и теже последице за целу земљу тих кажњивих министарских дела (М. Петровић, Ј. Бошковић).<sup>56</sup>

У расправи су била покренута и веома важна питања: да ли одговорност пред државним судом исцрпљује кривичну одговорност министара за службена дела и да ли министри за деликте кажњиве по кривичном закону које би учинили у вршењу функције одговарају пред редовним судовима? Никола Крстић, професор историје права и државни саветник, тумачио је да не само да одговорност пред државним судом не исцрпљује кривичну министарску одговорност, него да у случајевима прописаним кривичним законом не искључује ни њихову одговорност пред редовним судовима. Противно гледиште, да министри за службене деликте кривично одговарају једино пред државним судом, те да одговарају искључиво за дела одређена уставом и законом о министарској одговорности, заступали су професор Глигорије Гершић и бивши министар правде Јован Авакумовић.<sup>57</sup> Ова су кључна питања режима кривичне министарске одговорности остала тада непречишћена, да би касније, нарочито поводом једног драматичног случаја који је начинио читаву узбуну и неколико година заокупљао пажњу јавности, о питању одговорности министра Настаса Петровића за политичко убиство у затвору, она изазвала крупна неслагања у влади и у скупштини, у парламентарним дебатама о интерпелацијама из 1907. и 1911. године и о предлогу парламентарне оптужбе, а затим и полемику у стручној књижевности.

#### 4. Санкција министарских кривица по Закону о министарској одговорности из 1891. године

Закон о министарској одговорности из 1891. године<sup>58</sup> занимљив је и по томе што је, за разлику од осталих органских закона, преживео државни удар краља Александра од 9. маја 1894, којим је био обустављен Устав из 1888. године и враћен у потпуну важност Намеснички

56 *Исто*, стр. 512–514, 516–519.

57 *Исто*, стр. 511–512, 515–516, 519–520.

58 Закон о министарској одговорности од 30. јануара 1891. – *Пречишћени зборник закона и уредаба*, књ. I, стр. 83–88.

устав.<sup>59</sup> Судаћи по прелазним одредбама Устава од 1901. године (члан 104), ваљало би тумачити да је тај Закон остао на снази и под новим уставом, изузев оних прописа који су били у колизији са изричитим уставним наређењима, као што су већ поменуто изостављање дела оштећења државе из користољубља, продужење рока застарелости министарских кривица са четири на пет година и суђење пред сенатом (чл. 80–81). Како је то тумачење могло бити спорно,<sup>60</sup> прелазним наређењима Устава од 1903. године (члан 201) било је изричито предвиђено да, с обнародовањем тог Устава, осим пробраних најважнијих политичких закона, ступа на снагу и Закон о министарској одговорности од 30. јануара 1891. године.<sup>61</sup> Већ то задржавање једног есенцијално политичког закона у важности и после три крупне уставне промене речито казује да су не само круна и народно представништво као уставотворне власти, него и стручна и политичка јавност у оновременој Србији, високо уважавали његова решења.

У погледу државног суда за суђење министрима квалитетна измена учињена је увођењем у његов састав државних саветника уместо парламентарца.<sup>62</sup> У расправи која је о искључењу народних посланика из састава државног суда била покренута у уставотворном одбору, карактеристично је да су гласовити прваци из народа инсистирали на томе да у државни суд свакако уђе и један број посланика народне скупштине, схватајући да је учешће народних представника најбоље јемство против министарских злоупотреба. Преносећи речи Симе Несторовића из Великог Црнића у Пожаревачком округу да народ тражи што строжи суд и што већу одговорност за оне који управљају земљом, Владан Ђорђевић је духовито приметио: „Море газда Симо, када буду они знали да им и тако праведан судија може на врат доћи као што си ти, бели се ни један више неће ни примити да буде министар, и онда ће се свако зло искоренити.” Судија Драгомир Рајовић и адвокат Милан Мостић, бранећи предложено решење, објашњавали су народним првацима да већ по темељном правном начелу скупштинари никако не могу бити и судије министрима по скупштинској оптужби јер не може бити праведног суђења ако би они који су се изјаснили о оптужењу суделовали по том и у суђењу.<sup>63</sup> Промена састава државног суда нарочито је требало да отклони бојазан од политички мотивисаних суђења министрима јер

59 Прокламација краља Александра и указ од 9. маја 1894. – *Исто*, стр. I–IV.

60 Са недовољном аргументацијом, гледиште да је самим доношењем Устава од 1901. и без формалног укидања престао да важи Закон о министарској одговорности из 1891. године доцније је у приказу историје министарске одговорности у Србији заступао Ј. Касановић, *н. г.*, стр. 100–101.

61 *Зборник закона и уредаба. Пречишћено и систематски уређено издање*, Београд 1913, стр. 23–24, 87–91.

62 Државни суд састављен је од једнаког броја чланова државног савета и чланова касационог суда (члан 138. Устава од 1888, члан 137. Устава од 1903. и члан 27. Закона о министарској одговорности из 1891. године).

63 *Ошацибина*, књ. XXIX, стр. 508–510.

су наши скупштинари под Намесничким уставом, с пуно почетничког жара и немало жустре осветољубивости, поготово после пада једне владе, подносили, и када је требало и када томе није било места, предлоге о оптужењу бивших министара, да је претило да се установа парламентарне оптужбе извргне у средство партијских борби. То потрзање оптужби министара у страначкој борби, које се одиста убрзо изобичајило, Милан Пироћанац је објашњавао почетним слабостима у изградњи уставности: неразумевањем места министарске одговорности у систему равнотеже уставних власти и недовољно развијеном политичком свешћу и скупштинара и јавног мњења.<sup>64</sup>

Састављен од једнаког броја чланова из државног савета и касационог суда, државни суд је свакако представљао висококомпетентан и поуздано независан судски форум. Осим стручних знања и искуства, државни саветници требало је да унесу и једно државничко гледиште у просуђивање о министарским кривицама. Као чланови највишег управног суда који је такође и дисциплински суд за државне чиновнике, државни саветници поседују одличну спремину за судску контролу законитости рада управе. Као чланови високог државног тела позваног да даје стручна мишљења о свим законским предлозима и нацртима административних наредаба од општег значаја, они су уједно, познавајући законодавну политику у целини, упућени и у вођење државних послова у свим гранама управе. По начину избора са кандидатских листа које узајамно предлажу краљ и народна скупштина, уз судски елемент који изврсно оличавају касационе судије, у суд за суђење министрима државни саветници уносе и битан елемент политичке оцене, потребан за просуђивање о кривицама носилаца највиших државних функција. Сталност и непокретност које уживају као чланови државног савета, гаранције су независног и непристрасног суђења, које државном суду једнако, уз најбољу судијску спремину, обезбеђују и чланови из касационог суда.

Осим министарских кривица које су биле преузете из Намесничког устава (велеиздаја, повреда устава, примање мита и оштећење државе из користољубља), Закон о министарској одговорности конструисао је још три министарска деликта: наређивање подручним властима да повреде слободу избора, спречавање, злоупотребом власти, вршења закона, законодавних решења или судских пресуда, ако се тиме вређају државни или приватни интереси, и злонамерно подношење неистинитих извештаја краљу или народној скупштини, са последицама штетним по државу (члан 2). Ти карактеристични преступи, које је искуство издвојило као могуће злоупотребе министарске власти, овим су Законом изворно инкриминисани. При томе је деликт спречавања вршења закона, законодавних решења и судских пресуда формулисан тако пространо да се ширим тумачењем под њега могу подвести готово све повреде закона. То је било навођено као један од кључних аргумената у прилог

64 М. Пироћанац, *н. г.*, стр. 94–95.



гледшту да је Законом о министарској одговорности обухваћена исцрпно целокупна сфера кривичне одговорности министара, а тиме онда и искључена њихова одговорност за службене деликте пред редовним судовима.<sup>65</sup> Јер ако се и све повреде кривичног закона, сви службени деликти општег режима чиновничке одговорности могу да подведу под ову министарску кривицу, специјалним режимом оптужбе и суђења пред државним судом обухваћена је целокупна материја кривичне одговорности министара за сва дела учињена у вршењу функције, било да је реч о особеним министарским преступима или о деликтима кажњивим по општим прописима.

Далекосежна измена у режиму кривичне одговорности министара учињена је напуштањем принципијелног разграничења јурисдикција посебног суда и редовног кривичног правосуђа из Закона о министарској одговорности из 1870. године. Државном суду сада је препуштено да у целини и коначно пресуђује и санкционише и оне министарске кривице које су уједно и дела кажњива по општим кривичним прописима. Ово решење, које је иначе и најзаступљеније у упоредном праву, ублажено је ограничавањем државног суда када суди у таквим случајевима дужношћу изрицања казни прописаних кривичним законом (члан 4). Ипак, кривична одговорност министара ту остаје изузета од гаранција законитог суђења редовног правосуђа. Идеја је зато била да се управо високим квалитетом састава државног суда ублажи подвргавање министарских кривица начелима поротног суђења, по слободном судијском убеђењу и познавању ствари (члан 40) и ускраћивање јемства вишестепености суђења (члан 41). „Закраћивање редовног суђења” министрима Јован Авакумовић је у расправи у уставотворном одбору упоредио са „преким судом”. Упркос тој претерано оштрој оцени, био је против Ристићевог предлога да се задржи раније решење ограничавања пресуда државног суда на изрицање особених санкција више дисциплинске природе, уз обавезу уступања предмета редовном кривичном суду на даље суђење. Уместо гаранција редовног правосуђа, заложиио се за инкриминасање само случајева од веће важности, који су изван подручја дискреционе власти, и за краћи рок застарелости министарских кривица.<sup>66</sup>

Изворно уставом конструисано као деликт који повлачи министарску одговорност, дело повреде устава по Закону из 1891. године добија изразито кривичноправно одређење. Најтежа казна – затвор у трајању

65 Вид. Л. Марковић, „Да ли министри за дела, учињена у службеној дужности, могу бити оптужени редовним судовима?”, *Архив за правне и друштвене науке*, XIII, 1921, стр. 388, 390–391. Противно гледиште у литератури је заступао Ј. Касановић, *н. г.*, стр. 145–150.

66 Одговарајући на захтеве политичара из народа да се усвоје решења која ће јемчити највећу строгост према министрима и утврдити њихову најпространију одговорност, духовито је приметиио да, ако би се један министар могао потрзати на одговорност и зато што је Јанку ускратио кафанско право, не би се могао наћи нико ко би пристао да буде министар. – *Ошацибина*, књ. XXIX, стр. 511, 514–516.

од пет до десет година, лишење звања и губитак грађанске части – прописана је за противуставне министарске радње којима се угрожавају основе уставног поретка, национални интерес и безбедност земље: премапотписивање указа којим се устав обуставља у целини или у појединостима и премапотписивање указа којим се српска војска ставља у службу стране државе или се страном војсци допушта да заузме српско земљиште или да пређе преко државне територије, без претходног одобрења народне скупштине. Иста казна прописана је и за извршење краљевог указа који надлежан одговорни министар није премапотписао, као и за повреду права народног представништва да одобрава висину свих пореских давања и утврђује услове за закључење зајмова. За све друге повреде устава и остале министарске кривице, које не представљају дела кажњива по кривичном закону, као општа санкција предвиђена је казна затвора у трајању од четири до осам година и лишење звања, а за дело из користољубља још и губитак грађанске части. Посебна казна, затвор од две до пет година, одређена је за министра који би потчињеним властима наредио да повреде одредбе изборног закона, које грађанима јемче слободну употребу бирачког права (чл. 5–8).

Уставном нормом о искључењу смртне казне за министарске деликте уколико они нису кривичним законом предвиђени као најтежи злочини за које се може изрећи таква санкција (члан 139) и врстама казни које по Закону о министарској одговорности изриче државни суд битно је измењен сам појам министарске кривице. Под Намесничким уставом министарски преступи били су схваћени као особене политичке кривице, које саме по себи подлежу једино санкцији дисквалификације, и тек уколико би тако били квалификовани у потоњем редовном судском поступку по општим кривичним прописима, могли су такође представљати и кривична дела. Од уставне реформе из 1888. пак све су министарске кривице као такве схваћене као злочини који подлежу казнама својственим одговорности за извршење тешких кривичних дела. Ово преиначење појма министарске кривице било је доследно у духу у континенталном правном систему доминантног схватања института парламентарне оптужбе и суђења министрима као специјалног режима кривичноправне одговорности.

Ограничењем примене начела поротног суђења само за дела примања мита и оштећења државе из користољубља (члан 40. Закона о министарској одговорности из 1891. године) напуштено је управо оно што је била суштина изворне установе – подвргавање министара одговорности за вршење огромне дискреционе власти која им је поверена. Српски законодавац је у том погледу ишао у сусрет доцније у европским уставним решењима преовлађујућој тенденцији свођења кривичне министарске одговорности строго на одговорност за противправност – за поступање противно изричитим уставним или законским нормама.

Prof. dr Mirjana Stefanovski\*

## THE CONCEPT OF MINISTERIAL GUILT IN THE CONSTITUTIONAL DEVELOPMENT OF SERBIA 1869–1918

### Summary

*The institution of parliamentary accusation, conceived as the highest guarantee of constitutionality, had been introduced within the framework of the constitutional reform in 1869. The system of the enumeration of ministerial guilts had been taken from Prussian Constitution, but with expressed aspiration for general conception of delict and full respect of their essentially political nature. Legal system of ministerial responsibility had been established by scrupulous preservation of the principle of legality and with judicious delimitation of judicial aspect of dual elements – political and legal-criminal – in the mixed nature of ministerial guilt. As a particular forum of political judiciary the state court, adjudicating according to the jury principles, could only pass sentence on penalty of grade deprivation and disability for governmental service. The guarantee of ordinary court jurisdiction was prescribed for crimes punishable according to criminal law. Taking almost literally the Belgian Constitution solutions, Milan Piroćanac Government's draft of the Constitution from 1883, by discretionary powers of the chambers concerning the accusation, and the judicial non-bound by normative determination of crimes which invoke ministerial responsibility, and prescribed penalties, was also on the track of the view widely accepted in French theory and adopted by Senate case law as the court for dispensing justice in case of ministers. The Radical Party draft of the constitution of 1883, parallelly with the widest determination of unlawfulness, openly introduces the appreciation of ministerial acts' purposefulness. The relinquishment of principal delimitation of jurisdictions of the state court and ordinary judiciary within the system of criminal ministerial responsibility in the constitutional reform of 1888, was relieved by high quality of the court composition and limitation of implementing the principle of jury-adjudication. The concept of ministerial guilt had also been essentially changed. Characteristic delicts which had been separated as possible misuse of ministerial powers had got clear criminal-legal feature and were subjected to penalties appropriate to responsibility for crimes. By excepting the acts of discretionary powers and deducing the sphere of responsibility to unlawfulness the Serbian legislator paves the way for the tendency which later on will become predominant in European constitutional solutions.*

Key words: Ministerial responsibility. Parliamentary accusation. Ministers on trial.

---

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

Проф. др Оливера Вучић\*

## ИЗБОР И САСТАВ УСТАВНИХ СУДОВА – МУКОТРПАН ПУТ ДОСТИЗАЊА ЕВРОПСКИХ СТАНДАРДА –

### Апстракт

Питање састава и начина избора судија уставних судова има посебан значај за обезбеђење организационе аспекта независности ове институције. Устављен као заштитник и чувар устава и уставом ујемчених људских права, уставни суд мора бити сачињен од судија које одликује лични и професионални улед у друштву сачињен радом у најменим институцијама, највише јавношко образовање, јеро- зна- тљива професионална институција, осведочена лична и професионална моралност, који се бирају или именују на начин који онемогућава политичке утицаје. У европским уставносудским институцијама судије најчешће потичу из редова највиших универзитетских звања и највиших судских институција, доказујући на тај начин да уставни судови налажу највиши стандард стручне осведочености, како би деловањем у осва- ривању уставом устављене надлежности ових органа били у могућности да на јавни начин осва- ре њихову уставну мисију.

Кључне речи: Избор судија уставног суда. Састав уставног суда. Независност судија и суда.

Уставни судови као чувари устава и уставом гарантованих начела уставности и законитости и људских права и слобода јесу посебни и самостални органи изван утицаја других органа власти. Та нужна „недо- дирљивост“ уставносудских органа од законодавних, извршних и органа судске власти подразумева искључивање сваког мешања у рад уставних судова и утицаја на одлуке које они доносе. Судије уставног суда су неза- висне у свом раду, а њихова независност се обезбеђује посебним устав- ним гаранцијама. Ради обезбеђења независности, уставом се прецизно уређују организација уставног суда и његов састав и, уз друга питања, посебно, начин избора судија који га чине. Ово посебно из разлога који се с правом и често истиче, а последица је природе уставног суда и ње-

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

гове уставне функције. Уставни суд се бави оценом уставности закона и уставности и законитости уредаба, те по питању своје организације, посебно питању свога састава, не може бити третиран на начин једнак ономе који се примењује код било којих других судова.<sup>1</sup> Постављењем судија уставног суда бавио се и утемељитељ уставног судства Келзен, који је указивао на две важне ствари. Прва се односила на сарадњу више органа ангажованих у поступку и избегавање везивања ове процедуре, из политичких разлога, само за један орган и његову надлежност, о чему се, као познатом питању тзв. „парламентаризације” суда, много расправљало у време успостављања првог уставног суда у Аустрији. Сматрајући да је посебно обликовање уставног суда особеност којој се устав мора прилагодити, јер је сам уставни суд особен орган коме је поверена исто тако особена надлежност, Келзен је истицао да нису препоручљиви ни „чисти” избор од стране парламента нити самостално постављање од стране државног поглавара, председника Републике или владе, али да је „вредна промишљања комбинација између оба – део избора од стране парламента, али на основу предлога владе, која за свако место мора предложити више кандидата, или обрнуто”.<sup>2</sup> Друга ствар на коју је у вези са избором судија уставног суда указивао односила се на потребу да део састава суда увек чине истакнути стручњаци. Сматрајући високообразоване правнике незаобилазним делом судијског састава, Келзен је, залажући се да они обавезно чине чланство уставног суда, истицао „да суд има сопствене интересе да свој ауторитет појача преко учешћа истакнутих стручњака”.<sup>3</sup> Данас је у погледу састава уставног суда прихваћен, као став који се не преиспитује, захтев да судије уставног суда буду лица са највишом правном квалификацијом, која иза себе имају доказану професионалну каријеру, осведочене резултате, које краси професионални и лични живот „без мрље”, препознатљивост у јавности која се мери признатим угледом у друштву. Састав уставног суда мора да одговори и разноврсности професионалне структуре, да обухвати елитне правни-

1 Тако Шпанер (Spanner), в. више Н. Spanner, *Die richterliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen, Eine rechtsvergleichende Untersuchung über die Hauptaufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit*, Wien 1951, 96.

2 Н. Kelsen, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 5, Verhandlungen der Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer zu Wien am 23. und 24. April 1928, Berlin und Leipzig 1929, 56.

3 *Ibid.* и даље. И, на крају, као посебно значајно у вези са поступком избора судија уставног суда, Келзен је сматрао нужним настојање да се сви политички утицаји партија удаље од судства, не пристајући на чињеницу да и стручњаци, свесно или несвесно, односно са намером или без ње, могу бити политички мотивисани и да могу доносити одлуке у складу с одређеном политичком мотивацијом. С правом је упозоравао да сучељавање различитих политичких групација у друштву може отежати интегративну функцију уставног суда и урушити углед суда и умањити поверење у одлуке које доноси, а тиме довести у питање оправданост постојања такве институције. *Ibid.* и даље. Милер иде и корак даље јер, у чињењу напора за остварењем потпуно аполитичног уставног судства, сматра да је циљ борбе за потпуну независност од политичких фактора моћи више од далеке стварности, он је недостижан. Н. Müller, „*Die Auswahl der Verfassungsrichter*”, Österreichischen Zeitschrift für öffentliches Recht, 1957, 152.

ке из највиших инстанци редовних судова и професора права, високих државних функционера или најугледнијих адвоката. Уз истинску компетентност најчешће иде и независност, а ако се томе дода да се судије уставног суда бирају најчешће из реда искусних, у вишегодишњем раду на правничким пословима доказаних стручњака, који у уставни суд улазе у зрелом животном добу, претпоставка њихове независности у доношењу одлука чини се још поузданијом.

Европски уставни који познају институцију уставног судства баве се одређењем броја судија и уставног суда и начином њиховог избора. Тако, Уставни суд Аустрије чине председник, потпредседник, дванаест чланова – судија и шест заменика судија. Председника, потпредседника, шест судија и три заменика судије поставља председник Републике на предлог Савезне владе, три судије и једног заменика судије на предлог Савезног већа (*Bundesrat* – горњи дом у којем су представљене покрајине, федералне јединице Аустрије), а преостале три судије и два заменика судије на предлог Националног већа (*Nationalrat* – доњи дом, дом грађана Аустрије). Судије Уставног суда постављају се из реда каријерних судија, високих управних функционера и професора правних факултета, бирају се доживотно, прецизније до краја радног, професионалног века, до навршених седамдесет година живота.<sup>4</sup> Устав изричито упућује Савезну владу, као овлашћеног предлагача, да овај предлог чини из редова судија, управних функционера и професора универзитета, и то тако да, својим будућим саставом, сачињеним на основу овога предлога, Суд задржава одговарајућу заступљеност свих тих редова. Тако је уставотворац изразио свој труд да у Уставном суду обезбеди присуство науке и струке, теорије и праксе, знања оних који стварају и искуства оних који примењују право. Уставотворац је то учинио имајући у виду природу органа какав је Уставни суд, његову надлежност и положај у систему, као и значај његовог деловања и последица које из тога проистичу. Сви кандидати морају имати завршен факултет правних или друштвених наука и најмање десет година праксе. Члановима Уставног суда Аустрије обављање судијске функције не представља главно или једино занимање, али они ипак уживају пуну независност и сталност у вршењу своје судијске делатности. У том смислу се, мада не без изузетака, дакле претежно, изјашњава како аустријска наука, тако и већина писаца у нас који су се бавили аустријским системом уставног судства. Типичан је став Шулера (*Schuler*), који сматра да „судије врше своју судијску делат-

4 Аустријско право стало је на становиште да особеност судијске функције, што је код судија уставног суда, разумљиво, још израженије, подразумева, ради њеног што ефикаснијег и непристраснијег, објективнијег вршења, сталност судија, односно забрану њиховог уклањања и премештања. Тако ће судије Уставног суда Аустрије, уколико не наступе неки од случајева утврђених Законом о ванредном разлогу престанка даљег вршења судијске функције, бити на овој функцији до навршене седамдесете године живота, прецизније, закључно с 31. децембром календарске године у којој навршавају седамдесет година живота. В. више L. Adamovich, В. . Funk, *Österreichisches Verfassungsrecht, Verfassungsrechtslehre unter Berücksichtigung von Staatslehre und Politikwissenschaft*, Wien – New York 1982, 284. и R. Walter, H. Mayer, *Grundriss des österreichischen Bundeswervassungsrechts*, Wien 1985, 316.

ност као споредну службу (*nebenamtlich*), чиме се изричито остварују њихова пуна судијска независност и сталност”<sup>5</sup>. Уставом је постављен још један услов, који је, у ширем смислу, везан за питање састава Уставног суда. У складу с њим, три судије и два заменика судије морају имати своје стално боравиште ван федералне престонице Беча. Крбек се задржава на овој чињеници и сматра је вредном и значајном с аспекта заштите интереса покрајина, који се тако, уз одредбу да неке судије предлаже Савезно веће, као дом у коме су представници федералних јединица, поузданије обезбеђују.<sup>6</sup> По мишљењу многих најелитнији европски уставни суд, Савезни уставни суд Немачке чини 16 судија, који чине два већа од по осам судија. Та подвојеност судија по „сенатском принципу” уведена је превасходно због повећања ефикасности рада Суда.<sup>7</sup> Судије бирају оба дома парламента – Бундесрат (Bundesrat) и Бундестаг (Bundestag). Домови парламента бирају по пет судија за свако веће на дванаест година, док се остале три судије за свако од два већа Уставног суда бирају из реда судија врховних савезних судова за време трајања њиховог мандата.<sup>8</sup> У вези са дванаестогодишњим мандатом судија које у групама од пет бирају домови парламента, важно је истаћи да њихов мандат може бити и краћи од предвиђених дванаест година, зависно од животне доби у којој су изабрани за судију.<sup>9</sup> Иста лица не могу бити поново бирана за судије Савезног уставног суда. За избор судија Уставног суда потребна је двотрећинска већина посланика у домовима парламента, чиме се истиче значај поступка избора судија Уставног суда, па тиме и саме институције Уставног суда као такве, јер је потре-

5 A. H. Schuler, *Die Verfassungsbeschwerde in der Schweiz, der Bundesrepublik Deutschland und Österreich*, Zürich 1968, 69. Исто и L. Adamovich, H. Spanner, *Handbuch des österreichischen Verfassungsrecht*, Wien 1957, 291. и E. Melichar, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich in Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, Köln–Berlin 1962, 448. Ово мишљење делио је Крбек, сматрајући да „члановима Суда није ова служба главно занимање, али они уживају пуну судачку независност и сталност”. I. Krbek, *Ustavno sudovanje*, Zagreb 1960, 74.

6 *Ibid.*

7 В. Више о сенатском принципу – „Senatsprinzip”: K. Schlaich, „Tribunal constitutionnel federal allemand”, *Revue internationale de droit compare*, No. 2, Avril–Juin 1981, 341.

8 О слабом изгледима на успех немачког нормативног решења у погледу отклањања политизације избора судија Савезног уставног суда Немачке: C. Degenhart, *Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht*, 16, Neubearbeitete Auflage, Heidelberg 2000, 228–229.

9 О проблемима ограниченог мандата судија уставног суда више у: D. Schefold, „Zur Problematik der beschränkten Amtszeit von Verfassungsrichtern”, *Juristen Zeitung*, 43. Jahrgang, 18. März 1988, Nr. 6, Tübingen, 291–296. Наиме, судије могу вршити своју функцију до навршавања година старости за пензију, што значи да неке од судија Уставног суда, које су изабране у годинама када им је до момента одласка у пензију остало мање од дванаест година, неће бити у прилици да проведу на дужности судије Уставног суда цео уставом предвиђени мандатни период. У погледу решења о дужини судијског мандата Барент (*Barendt*), сматрајући да његова „слабост лежи у ограничавању доприноса који одличан судија може да пружи у корист напретка уставног права”, ипак износи став да је у питању „довољно дуг период да би се у његовом трајању установила судска независност”. – E. Barendt, *An Introduction to Constitutional Law*, Oxford 1998, 137.

бан висок степен сагласности представника грађана и немачких земаља, што води и каснијем високом степену поверења у рад и одлуке овог Суда.<sup>10</sup> Кандидати за избор за судије Савезног уставног суда у СР Немачкој морају имати најмање четрдесет година живота, висок ниво школске спреме који их чини квалификованим за вршење тако значајне функције, праксу у раду која их за исту препоручује и посебно познавање јавног права и искуство у јавном животу.<sup>11</sup> Судије Савезног уставног суда не могу вршити ниједну другу професионалну делатност изузев професора на правном факултету. И, на крају овог прегледа уставних судова Европе који представљају узор осталим уставносудским органима, трећи европски уставни суд који долази у ред најреспектабилнијих уставносудских институција Европе данас јесте Уставни суд Италије. У избору судија Уставног суда у Италији долази до изражаја начело троеобе државне власти.<sup>12</sup> Сагласно овом начелу, пет од петнаест судија који чине Уставни суд бира парламент на заједничкој седници оба дома, и то двотрећинском већином, пет именује председник Републике, а пет судија бирају највише редовне управне и судске власти. Последњих пет судија бирају Касациони суд, Државни савет, као врховни управни суд и Рачунски суд. Касациони суд бира троје судија Уставног суда, а Државни савет и Рачунски суд по једног.<sup>13</sup> Тим начином избора судија Уставног суда желео се отклон од једне власти која би била надлежна за избор свих судија. Учествујући у извесном смислу „солидарно” у избору судија уставног суда, ни законодавац, ни председник Републике као орган који врши и део извршне власти, ни судски органи, не могу „својатати” Уставни суд и полагати право да тај орган треба, зато што је од њих изабран, да се по њиховом утицају равна и доноси одлуке. Судије Уставног суда бирају се на време од девет година и не могу бити поново бирани. За судије Уставног суда бирају се судије других судова, професори

10 Правило је да се о питањима сложене природе и већег друштвеног значаја представничка тела изјашњавају системом већина захтевнијих од просте, наполовичне сагласности. Такође, тражена двотрећинска већина ће у условима вишепартијског система, приликом избора судија Уставног суда, остварити споразум кључних политичких странака.

11 В. више D. Gjanković, „Ustavni sud zapadne Njemačke”, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 1–2, 1955, 90.

12 О саставу Уставног суда Италије више у: A. M. Sandulli, „Die Unabhängigkeit des italienischen Verfassungsgerichtshofes”, *Die moderne Demokratie und ihr Recht*, Festschrift für Gerhard Leibholz zum 65. Geburtstag, Tübingen 1966, 557.

13 Било је мишљења, попут оног које је код нас заступао Гјанковић, на самом почетку ступања овога Суда у дејство, да „овај систем избора судца не омогућује пуну непристрасност”, посебно с обзиром на могућност већинске странке у парламенту да оствари претежан утицај на петорицу судија које поставља. Према мишљењу истог аутора, ништа мање опреза није потребно ни у вези с петорицом судија које именује председник Републике. D. Gjanković, „Talijski ustavni sud”, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, god. VII, br. 1, 1957, 84. За разлику од овог става, истицано је да управо овај начин избора судија Уставног суда Италије представља подесан начин омогућавања независног положаја Уставног суда изван законодавства, извршења и редовног судства и да симболизује његову самосталност. У том смислу: V. Žnidaršič, *Borba za ustavnost i demokraciju u Italiji*, Beograd 1979, 228.



правних факултета и адвокати који имају најмање двадесет година праксе. Намера творца ових решења била је, очигледно, да у Уставном суду буду судије у зрелом животном добу, на шта указује минимум двадесет година праксе и могућност да се судије бирају и из реда пензионисаних судија највиших редовних и управних судова. Услов дужине времена проведеног у елитној правничкој професији какве су судијска или универзитетска треба разумети као потврду тежње да судије Уставног суда краси професионална сигурност, која собом носи изграђен одбрамбени механизам, па и имунитет у односу на различите утицаје, остварено друштвено признање и решеност и способност да се судијска дужност обавља једино сагласно оданом односу према важећем праву и Уставу.

За разлику од европских узора, које представљају три поменута уставна суда, који се одликују најдужом традицијом и најбоље оцењеном праксом, уставни судови држава у окружењу, тачније начин избора судија који чине њихов састав, подлежу оправданој критици. Судије Уставног суда у Републици Хрватској, њих тринаест, бира Хрватски сабор, на предлог свог Одбора за устав, пословник и политички систем. Тако је у хрватском примеру парламенту поверен избор целокупног састава Уставног суда, чиме се отвара велики број питања.<sup>14</sup> Такође, могућност поновног избора истих лица за судије Уставног суда, односно могућност реизбора који је опет у надлежности парламента, потврђује утисак да овај начин с правом подлеже критичкој оцени.<sup>15</sup> Судије се бирају на осам година без уставом постављеног ограничења поновног избора. Судије Уставног суда бирају се из реда истакнутих правника, посебно судија редовних судова и универзитетских професора правних наука. За судију може бити изабрано лице које је држављанин Хрватске, дипломирани правник са најмање петнаест година радног искуства у правничкој струци, уз изузетак особе која је стекла докторат правних наука, за коју се захтева дванаест година радног искуства. Такође, као услов је постављен и захтев да се кандидат за судију Уставног суда истакао у струци својим научним или стручним радовима или својим јавним деловањем. Судија Уставног суда не сме припадати ниједној политичкој странци, а својим јавним деловањем и поступањем не сме изражавати личну наклоност према било којој политичкој опцији. Судије Уставног суда не могу обављати никакву другу јавну или професионалну дужност.<sup>16</sup> Уставни закон детаљно прописује поступак избора судија Уста-

14 Ово решење законодавца доводи у прилику да политичком већином, вољом тзв. позиције, која је математичком већином у прилици да доноси одлуке, образује састав Уставног суда у целини, а да преостали део јавности – грађани који су свој глас на изборима дали другој политичкој опцији која чини парламентарну мањину, односно опозицију, не може утицати на избор судија Уставног суда.

15 О улози политичких странака приликом избора судија Уставног суда Хрватске 1999. године, коју назива „бескрупулозном манипулацијом око пожељног састава Уставног суда”, из чега изводи правилан закључак о „изванредној уставно-политичкој важности” Уставног суда и његових судија в. више у: А. Ваџић, *Parlamentarno pravo Hrvatske i poredbene parlamentarne procedure*, Split 2004, 385–386.

16 Истичући да је персонални састав Уставног суда веома важан за успостављање његовог ауторитета, нарочито у односу према носиоцима законодавне и извршне

вног суда. Одбор Хрватског сабора који је надлежан за Устав у *Народним новинама* објављује позив правосудним институцијама, правним факултетима, адвокатској комори, правничким удружењима, политичким странкама, правним лицима и појединцима за истицање кандидата за једног или више судија Уставног суда. Тако почиње поступак избора судија Уставног суда Хрватске. Надлежни одбор затим обавља јавни разговор са сваким кандидатом за кога утврди да испуњава тражене услове и сачињава листу кандидата који улазе у ужи избор. Листа мора садржати већи број кандидата од броја судија који се бира. Уз сваког предложеног кандидата са листе мора бити и образложење које се сачињава на основу разговора који је вођен са кандидатом и подацима из приложене биографије. Заступници у Хрватском сабору гласају појединачно о сваком предложеном кандидату, при чему је за избор потребна већина укупног броја посланика у парламенту. Знатно малобројнији је Уставни суд Словеније који се, сагласно решењима Устава од 1991. године, састоји од девет судија које, на предлог председника Републике, бира парламент, на начин уређен Законом о Уставном суду. Судије се бирају из реда правних стручњака на период од девет година и не могу бити поново бирани. Функција судије Уставног суда неспојива је са функцијама у државним органима, органима локалне самоуправе и органима политичких странака, као и са другим функцијама и делатностима које по Закону нису спојиве са функцијом судије Уставног суда.<sup>17</sup> Процедура избора судија Уставног суда почиње тако што председник Републике Словеније у *Службеном листу Републике Словеније* објављује позив за сакупљање предлога могућих кандидата за судије Уставног суда. Предлози морају бити образложени и уз њих мора бити приложена писмена

власти, Сокол и Смердел подвлаче да „без таквог ауторитета, суд неће моћи испунити своју Уставом одређену улогу” и констатују да је у хрватском примеру „видљиво настојање доносиоца Уставног закона да осигура такав састав Уставног суда чији ће се ауторитет темељити на првом мјесту на стручним особинама, те статусу и угледу постигнутом стручним и знанственим радом, а не ангажирањем у политици, да би закључили да је „притом (је) изузетно важна улога стручне, политичке и опће јавности”. – В. Smerdel, S. Sokol, *Ustavno pravo*, Zagreb 2009, 182.

- 17 Закон о Уставном суду (Zakon o Ustavnom sodišču uradno prečišćeno besedilo ZUstS-UPB1, од 12. јула 2007. године) изузетно детаљно регулише питање инкомпатибилитета. В. члан 16. ст. 1, 2 и 3. Далеко садржајније одредбе о Уставном суду налазе се у Закону о Уставном суду од 1994, који је мењан и допуњен 2007. године. Уређење вршења уставносудске функције и њена институционализација у непримереној мери су поверени законодавцу. Разлог треба тражити у чињеници да је Устав Словеније донет одмах након распада Југославије и да су тада и норме посвећене уставносудској власти биле под јаким утицајем вишедеценијске социјалистичке уставности. Након више од деценије и по, када је написана коначна верзија Закона, многа питања у вези са уставним судом и његовим деловањем могла су да буду постављена на начин како је то учињено у земљама западне Европе, у којима је уставно судство било развијано у условима различитим од оних које је пружало социјалистичко друштвено уређење. Овим Законом Уставни суд је дефинисан као највиши орган судске власти за заштиту уставности и законитости и људских права и темељних слобода, који је, у односу на друге државне органе, самосталан и независан државни орган и детаљније су уређена и питања избора и састава Уставног суда.

сагласност могућег кандидата да прихвата кандидатуру. Председник Републике предлаже кандидате за слободна места у Уставном суду између могућих кандидата, а може предложити и друге кандидате. Председник може предложити више кандидата него што је слободних судијских места. Судије Уставног суда бира парламент тајним гласањем, већином гласова свих посланика. Уколико је председник Републике предложио више кандидата, редослед кандидата се утврђује жребом. Ако ниједан кандидат не добије прописану већину или се изабере мање од потребног броја судија, избори се понављају између кандидата који су добили највећи број гласова. Глас се о толико кандидата колико треба изабрати судија Уставног суда. Уколико ни на поновљеним изборима није изабрано онолико кандидата колико је потребно изабрати судија Уставног суда, за слободна места судија Уставног суда организују се нови избори од новопредложених кандидата. Сложићемо се да словеначко решење, као и решења других држава, у себи има и добрих и рђавих страна.<sup>18</sup> Мана овог решења је могућност дугог трајања процедуре избора и неизвесност исхода, што законодавац и сам предвиђа и о чему сведочи детаљна регулатива. Разлог за то лежи у тајном гласању, које има и својих предности јер ће се тако умањити, можда и избећи, политизација избора и страначки утицај на избор појединих кандидата. Особену појаву представља Уставни суд Босне и Херцеговине<sup>19</sup>, који се састоји од девет чланова, од којих четири члана бира Представнички дом Федерације, а два члана Народна скупштина Републике Српске.<sup>20</sup> Преостала три члана бира председник Европског суда за људска права након консултација са Председништвом. Судије Уставног суда су „истакнути правници високог моралног угледа” и по слову Устава сваки „пуноправни гласач са тим квалификацијама може да буде судија Уставног суда”. „Тиме се”,

18 Бавећи се потребама измене начина избора судија Уставног суда у Словенији, Рибичич истиче да би требало предузети измене које би „ојачале самосталан положај уставних судија и допринеле угледу и квалитету обављања ове функције” и наводи да су предлози измена повезани са тражењем одговора на питања као што су: „како ограничити претерани утицај владајуће владине већине на састав Уставног суда; како постићи да се за уставне судије кандидидују стручњаци који уживају несумњив и широк јавни углед... где пронаћи толико стручњака за уставно право које захтева замена уставних судија сваких девет година; како учврстити независност уставних судија од владине већине која их је изабрала на ту функцију...” Ц. Рибичич, *Људска љрава и уставна демократија – Уставни судија између неајтивної и њозијивної акјивизма*, Београд 2012, 125.

19 Штајнер и Адемовић тако констатују следеће: „Иако су и бивша СФРЈ и РБиХ имале свој уставни суд, Уставни суд БиХ, по свом персоналном саставу, широко постављеним надлежно–стима и материјалноправној основи за уставну контролу, представља правни novum. Као и за цијели Устав БиХ, тако и за Уставни суд БиХ важи премиса да је осим континуитета уставноправног субјективитета Босне и Херцеговине, остало мало сличности са пријашњим републичким уставним судом”. – С. Steiner, N. Ademović, *Ustav Bosne i Hercegovine, Komentar*, Сарајево 2010, 623, уз позивање на Е. Sarcevic, *Die Schlussphase der Verfassungsgebung in Bosnien und Hercegowina*, Leipzig 1996, 20.

20 О специфичном односу институција уставног судства у Босни и Херцеговини: М. Дмичић, „Однос уставних судова ентитета и Уставног суда Босне и Херцеговине у свјетлу његове апелационе надлежности”, *Правни живоић*, бр.12, 2005, 1141 и даље.

како закључују Штајнер и Адемковић, „уставотворац одлучио за ‘правнички суд’, што, уосталом, одговара југословенској уставносудској традицији.”<sup>21</sup> Међутим, судије које бира председник Европског суда за људска права не могу бити држављани Босне и Херцеговине, као ни суседних држава. Питање мандата решено је на специфичан начин и одраз је, као и сам састав Уставног суда, специфичних прилика које владају у Босни и Херцеговини. Тако је утврђено да мандат судија који су именовани на почетку траје пет година, осим ако не поднесу оставку или не буду с разлогом разрешени консензусом осталих судија. Судије које су именоване у почетку не могу бити поново именоване, а судије које су након тога именоване врше службу до седамдесет година старости, изузев ако не дају оставку или не буду с разлогом разрешене консензусом осталих судија. Такође је прописано да Парламентарна скупштина може законом да предвиди другачији начин избора оних троје судија које бира председник Европског суда за људска права за именовање након више од пет година по првобитном именовању судија.

У Републици Србији је, Уставом од 2006. године, успостављен један од најбројнијих уставних судова. Тај Суд чини петнаест судија и у њиховом избору, следећи италијански модел састављања уставног суда, равноправно, учествују све три гране власти. Пет судија Уставног суда бира Народна скупштина између десет кандидата које предложи председник Републике, пет именује председник Републике између десет кандидата које предложи Народна скупштина, а трећих пет именује Општа седница Врховног касационог суда између десет кандидата које на заједничкој седници предложи Високи савет судства и Државно веће тужилаца. Услов који у погледу листа које сачињавају ови органи поставља Устав је да са сваке од ових предложених листа кандидата за судије Уставног суда један од изабраних кандидата мора бити са територије аутономних покрајина.<sup>22</sup> Та варијанта избора судија Уставног суда, која, као што сам

21 С. Steiner, N. Ademović, *op. cit.*, 627. У даљем тексту исти аутори констатују да, пошто сам Устав БиХ не прописује даље услове за избор судије Уставног суда, како у погледу старосног доба, тако и у погледу минималног професионалног искуства, „самим тим, судије Уставног суда БиХ не морају имати судијско искуство”.

22 Начин на који је извршено именовање петоро судија Уставног суда од судске власти изазвао је до сада неокончану полемику чији се расплет најалост још не назира. О овом проблему видети детаљно у: О. Вучић, „Пет година после – примена устава, поштовање устава”, Зборник радова *Устав Републике Србије – њеи тодина њосле 2006–2011*, Ниш 2011, 50. и даље. Наиме, услов да бар један од предложених, а потом изабраних или именованих кандидата буде са територије аутономних покрајина, чинио се и јасним и разумљивим и, с обзиром на структуру Републике Србије, чије саставне делове чине две аутономне покрајине (члан 182. став 1. Устава Републике Србије од 2006), потпуно неспорним. Није потребно посебно образлагати како постављене услове састављачи листа морају испунити или ће, у противном, прекршити Устав. Сасвим неочекивано, након што је свој део уставног налога обавила и Општа седница Врховног касационог суда, из јавности приказаних биографија именованих сазнало се да ниједан од петоро нових судија Уставног суда, које су својим предлозима подржали Високи савет судства и Државно веће тужилаштва, није са територије аутономних покрајина. Тачније, сва петорица су из Београда, у Београду живе и у Београду имају своје пребивалиште

истакла, умногоме подражава италијански модел избора судија уставног суда, омогућава „договорно” сачињавање листа, у којем ће, неминовно, снага политичких странака које имају своје представнике у парламенту играти значајну улогу. Иако ова констатација не иде у прилог одбране уставног суда као независног органа који пресуђује прекршиоцима ус-

и до тада су радили у различитим институцијама чије је седиште такође у Београду. Будући да је Уставни суд орган коме је Уставом поверена заштита уставности и законитости, Суд је на седници одржаној 22. јула 2010. донео закључак да од Врховног касационог суда затражи информацију о томе „да ли је Врховни касациони суд, приликом именованња судија Уставног суда, води рачуна о одредби члана 172. став 4. Устава Републике Србије, према којој са сваке од предложених листа кандидата један од изабраних кандидата мора бити са територије аутономних покрајина” (Уставни суд Републике Србије, Су. број: 319/1, од 22. јула 2010. године). Врховни касациони суд је Уставном суду доставио допис у коме се, у погледу члана 172. става 4. Устава, констатује да „кандидат који мора бити са територије аутономне покрајине јесте сваки онај који је не само рођен, него је и живео и радио на територији једне аутономне покрајине” (ВКС, Број: I Су 381/10-, од 26. јула 2010). Из оваког тумачења одредбе Устава следи да свако ко је рођен на територији једне од аутономних покрајина, ко је некада тамо живео и радио, без обзира на то где живи и ради у време избора, односно именованња за судију Уставног суда, јесте *лице са територије аутономне покрајине*. Логично је да следи питање: да ли је садашњи судијски састав Уставног суда уопште сачињен по Уставу? Јер, уколико је ВКС у праву, више од две трећине садашњих судија Уставног суда је *са територије аутономних покрајина*. Неки су се родили у једној од покрајина, други су тамо завршили основно и средње образовање, неки су некада, у својој каријери, радили у покрајини. Ако пребивалиште у моменту предлагања, избора или именованња, али и трајања судијског мандата није једини прави начин разумевања ове уставне одредбе, што јесте начин на који се ова и њој сличне одредбе одувек и једино могу разумети, оправдано је и питање, зашто је уставотворац уопште сачинио ову норму. Чему она служи и шта се њоме желело да постигне? Да ли је ВКС имао у виду чињеницу да је Уставни суд – као орган уставносудске власти, један и јединствен у целој Републици Србији и да ту чињеницу он доказује, између осталог, и својим саставом? Чини се да је оваквим поступањем ВКС нарушио право грађана на покрајинску аутономију и онемогућено њихово представљање у саставу једног републичког органа од огромног значаја за заштиту права свих грађана Србије и, самим тим, права грађана у аутономним покрајинама. Како је са друге две листе кандидата за судије Уставног суда изабрано/именовано двоје судија са територије Аутономне Покрајине Војводине, који су у моменту избора радили и живели на територији те покрајине, на којој имају пребивалиште и који и данас имају пребивалиште на територији те аутономне покрајине, овакво поступање ВКС је показало да нема ниједног држављанина Републике Србије који је навршио четрдесет година живота, који има петнаест година радног искуства у правној струци и истакнути је правник, а има пребивалиште на територији АП Косово и Метохија. Таквим поступањем ВКС је дискриминисао грађане који живе на територијама двеју аутономних покрајина, дискриминисао је и саме аутономне покрајине међусобно и прогласио и озваничио да на територији КиМ нема грађана (оних који на тој територији имају пребивалиште) који би могли да испуне овај Уставом постављени услов, односно да, у крајњој линији, нема ни саме АП Косово и Метохије. Тако је, примењујући Устав, ВКС довео у питање уставност избора Уставног суда у целини, јер уколико само један од судија овога Суда није изабран на начин који је предвиђен Уставом, ни Суд у целини, као орган, није ваљаног састава. ВКС је оваквом применом Устава у овој ствари довео у питање и ваљаност одлука које је Уставни суд у оваквом саставу донео, јер одлуке органа неуставног, правно мањкавог састава, ни саме не могу бити уставне.

тава, изричући коначни суд над којим нема контролора од кога би стрепо, чини се да, за сада, по питању еманципације од утицаја политике, нема бољег решења избора судија уставног суда. За судију Уставног суда може бити изабрано или именовано лице које је истакнути правник, што би требало разумети, како исправно примећује Марковић, да је то лице „правник који се издваја по професионалним достигнућима од осталих правника”, да има најмање четрдесет година живота и петнаест година искуства у правној струци.<sup>23</sup> Утврђено је да судија Уставног суда „не може вршити другу јавну или професионалну функцију нити посао, изузев професуре на правном факултету у Републици Србији”. Тако је Митровдански уставотворац ово питање уредио различито у односу на решење садржано у дотадашњем Уставу Републике Србије од 1990. који је утврдио апсолутну неспојивост уставносудске функције са свим другим функцијама и са било којом професионалном делатношћу. Резултат тог ранијег уставног решења био је изостанак професора правних факултета из састава Уставног суда и за све време важења овога Устава у Уставном суду и није било професора правних факултета. Д. Стојановић је одмах након доношења Устава Републике Србије од 1990. године у свом коментару уставних решења изразио оправдане резерве у погледу овако ригидне неспојивости уставносудијске функције са било којом јавном или професионалном делатношћу. Том приликом овај аутор је истакао да „Уставом није начињен изузетак чак ни за професоре Универзитета, што битно може умањити квалитет састава Уставног суда”.<sup>24</sup> На правним факултетима сигурно има „истакнутих правника” и тиме је, сасвим сигурно, о чему су се изјаснили многи критичари оваквог решења, умањена могућност избора квалитетних правних стручњака за судије уставног суда. Залажући се за веће учешће професора у саставу уставног суда, уопште и у погледу Уставног суда Републике Словеније, Рибичич истиче да треба учинити све да у састав Уставног суда буду укључени професори универзитета, као и да је за рад Уставног суда најбоље решење по коме судије из редова професора чине половину судијског колегијума.<sup>25</sup>

23 Исто лице може бити бирано или именовано највише два пута за судију Уставног суда. То значи да једно лице може провести пуних осамнаест година вршећи функцију судије Уставног суда. Неспорно, то је изузетно дуг период. С обзиром на тражени минимум година старости које мора имати лице које се бира за судију Уставног суда – 40, неретко ће „реизабрани” судија окончати своју судијску дужност истовремено са окончањем свог професионалног, радног века. Такође, могућност поновног узастопног избора може довести до тежњи појединих судија да вршењем ове функције током првог мандата не учине ништа што их не би препоручило да остваре могућност још једног избора или именовања. Ваља истаћи да решења која су далеко претежнија у упоредај пракси иду за тим да је један дуги мандат довољно време, а и довољна прилика да се истакнути правници, који имају потребну стручност, висок професионални и лични морал, грађанску и професионалну кураж, искажу у вршењу значајне функције која им је поверена.

24 Д. Стојановић, *Устав и политичко законодавство Републике Србије*, Ниш 1991, 118.

25 Ц. Рибичич, *Људска права и уставна демократија – Уставни судија између неауторитарног и ауторитарног активијизма*, Београд 2012, 127. Рибичич, бавећи се одговором на питање шта треба учинити да професори права буду мотивисани и заинтере-

Чини се да је решење о саставу Уставног суда и начину избора судија овог Суда, предвиђено Уставом Републике Србије од 2006. године, у складу са европским стандардима оствареним у погледу ових питања. Односно, као да је важећи нормативни оквир тешко критиковати уз ослањање на озбиљнију аргументацију. Скоро да је уставотворац, креирајући ова решења, у потпуности поштовао оно што је достигнуто у земљама развијеног уставног судства, као што су Немачка, Италија и Аустрија. Решења Устава Србије не одступају ни од препорука које је Венецијанска комисија изложила у акту *Vademecum on Constitutional Justice*.<sup>26</sup> Сам начин избора судија, прецизније предлагања, избора и именовања, утврђен по обрасцу италијанског модела, представља добро опредељење. Њиме се желело постићи равноправно учешће све три власти у поступку образовања судијског састава Уставног суда и тако отклонити посебну или претежну зависност судија у односу на једну од њих. Проблем је, сва је прилика, у начину примене уставом утврђене процедуре. Угледање на стране узор, на решења других, добро је познато, мора бити праћено остваривањем свих потребних услова да пренето решење заживи. Треба проучити претпоставке које су омогућиле делотворност таквог решења у средини где је оно, примењујући се, дало жељене резултате. Без стварања тих претходних услова и без обезбеђења потребних свеукупних прилика да се један модел поступања и уређења у потпуности пренесе, никада неће доћи до исхода због кога се у такав подухват кренуло. Конкретније, италијански модел не сме остати само на нивоу пресликавања предвиђених процедура. Његово прихватање има смисла само уколико су представничко тело, председник Републике и судска тела којима је поверено учешће у овој сложеној процедури развијене и стабилне демократске институције које ће, ослобођене императива интересног политичког приклањања, одиграти поверену им улогу на начин који ће бити примерен стварању органа какав је уставни суд. Неопходно је, такође, да прихватање италијанског модела подразумева одговорност предлагача за предложене кандидате. Неспорно је да само најбољи могу доспети у Уставни суд.<sup>27</sup> Ако се жели компетентан

совани да се боре за функцију уставног судије, истиче и да би за професоре права морала бити посебна част и признање могућност обављања ове функције.

- 26 Бавећи се „композицијом“ уставног суда, Венецијанска комисија истиче да уставни суд својом структуром мора одговарати структури друштва чије вредности у лику важећег устава чува, што ће омогућити бољу прихvatљивост одлука које доноси, затим да својим саставом треба да обезбеди заступљеност све три гране власти, сразмерну заступљености националних мањина које учествују у укупном становништву дате државе и одговарајућу заступљеност жена, да поред стручњака потеклих из органа који врше законодавну, судску и извршну власт, судијски састав треба да чине и професори права, чиме ће бити обезбеђено свестрано разматрање спорних правних питања и што ће резултирати вишим квалитетом одлука које суд доноси. В. *Vademecum on constitutional Justice*, CDL-JU (2007)012, Strasbourg, 11. May 2007 [http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-JU\(2007\)012-.asp#-Toc166640140](http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-JU(2007)012-.asp#-Toc166640140)
- 27 Узоран пример судијске биографије која је за сваку препоруку пружа лична и професионална биографија Елен Каган, која је предложена за судију Врховног суда

и делотворан уставни суд који ће без склоности за политички компромис доносити своје одлуке са циљем чувања устава и заштите уставом ујемчених људских права, онда предлагање кандидата за вршење ове ексклузивне правничке функције никако не сме бити део „политичког пазара” моћних политичких странака. Где је политички интерес препознатљив као мерило, критеријум одлуке, па чак и претеже, губи се смисао успостављања уставног судства. Једино као објективни прсудитељ, привилегован да његови судови не могу бити преиспитивани, уставни суд може обавити своју мисију заштитника ујемчене слободе.<sup>28</sup> Посебно важна чињеница, коју пракса стално потврђује, односи се на везу између делотворности уставног судства и снаге састава уставног суда. Снаге која се мери стручношћу, угледом и потврђеном политичком еманципацијом. Тако Вучић и Стојановић истичу да прихватљивост одлука уставног суда и њихова доследна примена у великој мери зависе од састава уставног суда.<sup>29</sup> У погледу Уставног суда Србије ови аутори истичу да „начин утврђен за избор судија у Уставу Републике Србије, као да не би требало да трпи критику, осим у делу када се не прецизира шта уставописац подразумева под угледним правником, па се може догодити да свако ко је прошао предвиђену процедуру јесте, из тог разлога, односно постаје, због тог разлога, и угледни правник. Било

САД. Рођена и одрасла у Њујорку, Каган је, након правних студија на Принстону, Оксфорду и Харварду, завршила и праксу у федералном апелационом и Врховном суду. Каријеру универзитетског професора започела је на Правном факултету у Чикагу и наставила на Харварду, где је постала и прва жена декан. – Stephanie Condon, „Elena Kagan Nominated to the Supreme Court” (<http://www.supremecourt.gov/about/biographies.aspx>). Председник Обама је Каганову назвао „једним од водећих правних умова нације” и „лидером који крчи нове путеве”. Према његовом мишљењу, она је освојила признања целокупног идеолошког спектра не само због свог интелекта и великих заслуга, већ и због темперамента. Похвалио је њену правичност, велику умешност у градњи консензуса и нагласио њене напоре као декана на Харварду да привуче више конзервативних научника на факултет. „Она верује, као и ја, да је отвореност за разноврсна гледишта основа не само темељног правничког образовања већ и успешног правничког живота”, истакао је председник. Такође, навео је да Каганова поседује потребну „страст за право”, коју је назвао „не само академском” и истакао је да њено схватање права „није само интелектуална вежба или речи на папиру”, већ да оно „утиче на животе обичних људи и да је надахнуло сваки корак у њеној каријери”. Иако Каганова нема судијско искуство, председник је изнео став да ће она унети нове погледе у Суд, истичући посебно њену постојаност и оданост служењу америчком народу (<http://www.cbsnews.com/8301-503544-162-20004540-503544.html>).

- 28 Штајнер и Адемовић, истичући да Уставни суд БиХ носи посебан терет одговорности јер у последњој инстанци одлучује о најважнијим уставноправним питањима у БиХ, закључују да „то захтева да судије овог суда, као највише позиционирани у судској хијерархији, поседују стручну перфекцију, одмереност, далековидост и судијску суздржаност”. – Steiner, Ademović, *op. cit.*, 623.
- 29 В. реферат О. Вучић и Д. Стојановић, „Дејство одлука Уставног суда у функцији потврде уставне природе и уставног положаја ове институције”, поднет на Округлом столу регионалних уставних судова, чија је тема била *Дејство и извршење одлука уставног суда*, који је одржан у Сремским Карловцима 5. јула 2012. године (*Правни информатор*, 9/2012, 13).



би свакако боље да је угледни правник лице које је у струци из које долази остварило статус препознатљивог делатника права, који је у свом професионалном путу остварио највише домете, који се могу мерити досезањем највиших судских инстанци, или пак, зависно од правничког профила, потврдио себе писањем научних радова из области која је, у ширем смислу, тема уставног судовања. Све ово биле би претпоставке да одлуке које доноси Уставни суд имају потребну политичку дистанцу, и непобитну правничку заснованост”.<sup>30</sup> Овде треба тражити одговорност предлагача кандидата за избор судија Уставног суда. Изграђена свест о значају мисије у једном демократском друштву које тежи остварењу владавине права очекује се од надлежних органа за спровођење изборних процедура једнако као и од свих других на које се одлуке уставних судова односе.

*Prof. dr Olivera Vučić\**

## ELECTION AND COMPOSITION OF CONSTITUTIONAL COURTS – Painstaking Road in Achieving European Standards –

### Summary

*The question of composition and modality of constitutional court judges appointment is of special importance for safeguarding the organizational aspect of this institution's independence. Being established as the protector and guardian of the constitution and the constitutionally guaranteed human rights, constitutional court must consist of judges distinguished by personal and professional social prestige acquired from their careers in the most eminent institutions, the highest legal education, acknowledged professional achievements, proven personal and professional morality, which are being chosen or nominated in the way that disables political influences. In the European constitutional courts judges often come from the ranks of highest university academics and highest judicial instances, proving in this way that constitutional courts require the highest degree of vocational accomplishment, so as to properly fulfill their constitutional mission by operating in the effectualization of the constitutionally established jurisdiction of these organs.*

Key words: *Constitutional court judges appointment. Composition of constitutional court. Judicial and judges independence.*

---

30 *Ibid.*

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

## FORMIRANJE PRAVNE TERMINOLOGIJE KOD SRBA U XIX VEKU

### Apstrakt

Uspješnim ustancima na početku XIX veka srpski narod je obnovio svoju državu, povratio samostalnu crkvu i počeo da uspostavlja svoje obrazovne i kulturne institucije. Zbog toga je bilo neophodno stvoriti i zvanični književni jezik, uključujući i odgovarajuću pravnu terminologiju. Tek iz perspektive ovih revolucionarnih promena i analizom novouspostavljenijih istorijskih i sociopolitičkih okvira, može se razumeti značaj ostvarenja dva važna kulturna poduhvata za srpski, ali i druge južnoslovenske narode (Hrvate i Slovence) – oba nastala u Beču i međusobno veoma povezana: Književno-jezički dogovor iz 1850. i Pravno-politički rečnik austrijskih Slovena iz 1853. godine (*Juridisch-politische Terminologie für die slawischen Sprachen Oesterreichs: Deutsch-kroatische, serbische und slowenische Separat- Ausgabe*). Mada je u nauci i dalje sporno koliki je bio njihov stvarni doprinos u uzgradnji jezika ovih naroda, pobedom Vukove reforme (1847), oličenom Bečkim dogovorom (1850), srpski narod je zasigurno uspostavio osnove svog književnog jezika. Time je utemeljen jedan od najvažnijih međaša u istorijskom sledu koji je ovaj narod vodio od stvaranja sopstvenog jezika i svoje nacije, do samostalne države i odgovarajućeg pravnog poretka. Neophodan preduslov za to bilo je formiranje precizne pravne terminologije, bilo na osnovama govornog narodnog jezika, stvaranjem odgovarajućih kovanica ili doslovnim prevodom sa drugih evropskih jezika (uglavnom nemačkog).

Ključne reči: *Srpska pravna terminologija. Bečki književni dogovor. Pravno- – politički rečnik.*

Podizanjem ustanka 1804. godine, Srbi su započeli oslobađanje od feudalne turske vlasti i nemački istoričar Leopold Ranke s pravom taj događaj naziva „Srpskom revolucijom”.<sup>1</sup> Međutim, ona ne predstavlja samo socijalnu pobunu porobljenog naroda, oslobodilački pokret za zadobijanje elementarnih ljudskih prava, već i kulturni pokret za nacionalnu emancipaciju

---

\* 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 nauke Republike Srbije.

1 Von Ranke L., *Die serbische Revolution*, Hamburg 1829.

i početak izgradnje sopstvenih institucija vlasti.<sup>2</sup> Uspostavljanjem države trebalo je da se obezbedi omeđivanje teritorije na kojoj će, umesto porobljene raje, Srbi postati „narod”, sa osobenim običajima, jezikom i verom. Za francuske prosvetitelje i revolucionare „narod” je u prvom redu društvena kategorija, „treći stalež” (*tiers état*), čiji je cilj emancipacija unutar postojeće države. Međutim, srpska revolucija je nacionalni pokret *bez države*, u kome je narod jedna „prirodna” kategorija, koja tek teži da postane organska celina unutar koje se pojedinac može ostvariti kao socijalno i političko biće. Taj društveni okvir je nacionalna država, koja obezbeđuje zajednicu zasnovanu na jedinstvenom jeziku i kulturi.<sup>3</sup>

Te težnje srpskog naroda su u saglasju sa tada rasprostranjenim romantičarskim shvatanjima, zastupljenim u srednjoevropskim intelektualnim krugovima, naročito kod nemačkog filozofa, teologa i pesnika *J. G. Herdera* (1744–1803), koga smatraju ocem kulturnog nacionalizma. Prema njegovom mišljenju, narodi su prirodni delovi celine ljudskog roda, pa tako i države treba da budu organizmi izrasli prirodnim putem. Države koje su se „divlje uvećale” i pod svoj skiptar stavile najrazličitije narode (poput Habzburške monarhije, Otomanskog carstva i dr.) nisu prirodni organizmi i zato ne mogu dugo opstati. Razlog je što državno uređenje i narod stoje u uzajamnom odnosu, iz kojeg treba da proistekne blagostanje za oboje. Pritom, narod je viša kategorija jer je trajan, a države su privremene.<sup>4</sup> Herder smatra da pojam narod ne može više biti isto što i „državni narod” koga objedinjuje zajednička politička vlast, već je to ona zajednica koja svoj kolektivni identitet i politički legitimitet zasniva na zajedničkom jeziku. U lingvističkim osobenostima narod upravo pronalazi svoju „narodnu dušu” i ko prezire svoj jezik, time će sam sebe uništiti: „Ima li u jednom narodu nešto milije od jezika njegovih otaca? U njemu je sadržano celokupno misaono bogatstvo tradicije, istorije, religije i životnih načela, njegovo srce i njegova duša.” Prema Herderu, narodna poezija predstavlja „arhiv naroda”, koji izvorno odražava kolektivni karakter, osećanja i istoriju pojedinih naroda.<sup>5</sup>

Takva shvatanja postala su ideje vodilje prvenstveno takozvanih malih evropskih naroda, koji su bili politički i kulturno obespravljani i koji su iz tog primordijalnog stanja počeli da se „bude”. Kod Srba taj proces je bio sasvim očigledan. Revolucionarni pokret tog naroda *bez države* upravo je težio ka njenom stvaranju i verovao da je njen praosnov u srednjovekovnom Dušanovom carstvu. Borba za oslobođenje od Turske vlasti bila je borba za „vaskrs” te mitske države.<sup>6</sup>

2 Ljušić, R., *Vuk o Srpskoj revoluciji*, Beograd 1990. i *Tumačenja Srpske revolucije u istoriografiji 19. i 20. veka*, Beograd 1992.

3 Up. Zundhausen, H., *Istorija Srbije od 19. do 21. veka*, Beograd 2008, 92ss.

4 Prema: Sunhassen H., *Der Einfluss der Herdershen Ideen auf die Nationbildung bei den Völkern der Hasburger Monarchie*, München 1973, 24ss.

5 *Ibidem*. O značaju jezika u procesu stvaranja nacija i nacionalnih država: Dutsch, K. W., *Nationenbildung – Nationalstaat – Integration*, Düsseldorf 1972.

6 Novaković, S., *Vaskrs države srpske, političko-istorijska studija o Prvom srpskom ustanku (1814–1813)*, Beograd 1904.

Neki teoretičari smatraju da se „buđenje malih naroda” odvijalo u tri faze: prvu karakteriše naučni patriotizam jedne brojno slabe, u osnovi nepolitičke grupe intelektualaca, u drugoj fazi započinje svesno usmerena politička agitacija njene nacionalno svesne manjine i, na kraju, njihovo delovanje pre-rasta u integralni nacionalni pokret, masovno prihvaćen u narodu.<sup>7</sup> Istoričar Zundhausen prepoznaje te faze i kod Srba.<sup>8</sup> Prva započinje ustankom s početka XIX veka i traje do sredine tog stoleća. Obeležava je prosvetiteljski rad Dositeja Obradovića (1740–1811) i njegovih sledbenika među habzburškim Srbima. Drugu fazu obeležava nacionalno-politički program Ilije Garašanina iz 1844. godine, koji proklamuje oslobođenje slovenske braće u „srpskim zemljama” izvan Beogradskog pašaluka. Treća faza taj program dovodi do realizacije jer su to omogućili takozvana Velika istočna kriza (1875) i potiskivanje Otomanskog carstva sa Balkana. Otuda će Balkanski ratovi (1912/13) i Prvi svetski rat masovno mobilisati srpsko stanovništvo ne samo unutar Kraljevine Srbije već i izvan njenih granica. Neki upravo u tome vide ostvarenje nacionalističkog programa „Velike Srbije”.<sup>9</sup>

### Istorijski sled: jezik, nacija, država, pravo

Jedan od najozbiljnijih problema koji je stajao pred srpskom inteligencijom XIX veka, bilo je uspostavljanje zvaničnog književnog jezika i pravopisa. Na tom polju najveći doprinos dao je *Vuk Stefanović Karadžić*, srpski filolog i jezički reformator, koji je uveo fonetsko nacionalno pismo i uvođenjem narodnog jezika kao književnog, potisnuo dotadašnji *slavenosrpski jezik* (славјаносербскій).<sup>10</sup> On je bio u dominantnoj upotrebi krajem XVIII i počet-

7 Ovu teoriju izneo je češki teoretičar nacionalizma Miroslav Hroh (Hroch) u studiji *Die Vorkämpfer der nationalen Bewegung bei den kleinen Völkern Europas*, Prag 1968. O procesu stvaranja nacija i nacionalnih država: Dutsch K. W., *Nationenbildung – Nationalstaat – Integration*, Düsseldorf 1972.

8 Zundhausen, H., *Istorija Srbije od 19. do 21. veka*, Beograd 2008, 94.

9 Ekmečić, M., Krestić, V. i dr., *Velika Srbija – istine, zablude, zloupotrebe*, Zbornik radova sa Međunarodnog naučnog skupa održanog u Srpskoj akademiji nauka i umetnosti u Beogradu 24–26. oktobra 2002. godine, Beograd 2003; Popov, Č., *Velika Srbija: stvarnost i mit*, Novi Sad 2007.

10 Tokom srednjeg veka u *staroslovenski jezik* unošeni su elementi govora pojedinih naroda, pa tako nastaje i njegova srpska varijanta („redakcija”), nazvana *srpskoslovenski jezik*, kojim se pisalo od početka XII pa sve do XVIII veka. Međutim, posle masovnih seoba Srba u Austriju, narod se našao pod velikim pritiskom katoličke crkve. Radi odbrane od pokrštanja, samim tim radi očuvanja nacionalnog i verskog identiteta, traži se pomoć od Rusije iz koje dolaze učitelji Maksim Suvorov (otvorio Slavjansku školu) i posle njega Emanuel Kozaciński (koji će otvoriti Latinsku školu). Njihovom delatnošću književni jezik Srba postaje „ruska redakcija” staroslovenskog jezika, nazvana *ruskoslovenski* odnosno *crkvenoslovenski*. On je u Vukovo vreme bio zvanični jezik crkve, škola i književnosti, ali je bio prilično nerazumljiv običnim ljudima, pa dolazi do njegovog stapanja sa narodnim jezikom, čime se stvara *slavenosrpski* („slavjanoserpski”) jezik kojim pišu srpski prosvetitelji, prvenstveno Dositej Obradović. Ipak, u tom jeziku nije bilo čvrstih pravila, pa su pisci proizvoljno koristili i mešali narodni jezik sa drugim redakcijama slovenskih jezika, ubacivali strane termine i stvarali nove reči koje su samo oni mogli

kom XIX veka u obrazovanim slojevima srpske građanske klase u Vojvodini (Južnoj Ugarskoj) i ostalim delovima Habzburške monarhije. Vuk Karadžić se upustio u oštar lingvistički sukob sa pobornicima starog pravopisa (Zaharije Orfelin, Milovan Vidaković i dr.), koji su imali podršku i u crkvenim krugovima, pogotovo karlovačkog mitropolita *Stefana Stratimirovića*. Tokom svog skoro poluvekovnog stolovanja na crkvenom tronu (1790–1836), ovaj srpski patriota predvodio je Srbe u Austrijskoj carevini i odlučno zastupao nacionalne interese svoga naroda pred bečkim dvorom. Održavao je čvrste veze sa srpstvom pod Turcima i pomagao im u borbi za oslobođenje, a prirodne saveznike u ostvarenju toga cilja video je u „bratskom ruskom narodu”. Ipak, on je bio odan Carevini, pre svega njenom birokratsko-feudalnom poretku, koji mu je garantovao položaj poglavara srpskog naroda i stavljao ga u isti red sa austrijskim kneževima i mađarskim baronima. Dakle, nije bio samo duhovni predvodnik austrijskih Srba, već i čovek sasvim jasnih i doslednih stavova o ovozemaljskim problemima svoga naroda. Stratimirović je uz to bio filozof i pravnik (studirao u Pešti i Beču), istoričar, poliglota, pedagog, a silom prilika i političar. Svoje veze i uticaj iskoristio je da u Sremskim Karlovcima, uz pomoć bogatih srpskih trgovaca, osnuje prvu srpsku gimnaziju (1791), bogosloviju (1794) i gimnaziju u Novom Sadu (1810). Austrijska administracija je u to vreme poštovala odluku srpskih škola (1789) kojom je crkvenom poglavaru bilo dato ovlašćenje da donosi pravila o tome kako će Srbi pisati i kojim jezikom. Tu poziciju mitropolit Stratimirović je iskoristio da ograniči mešanje Beča u srpsko školstvo, kako bi u njemu održao duh pravoslavlja, ćirilicu i crkvenoslovenski jezik, u kome je video branu od unijaćenja. Time je nužno postao zastupnik konzervativnih ideja i žestoki protivnik Vukovih reformi.

Osim srpske crkve, najveći Vukov protivnik bio je i *Jovan Hadžić*, osnivač i prvi predsednik *Matice srpske*. Ovo naučno, književno i kulturno udruženje, nastalo 1826. godine u Pešti, koje je potom 1864. premešteno u Novi Sad, imalo je zadatak da radi na nacionalnoj homogenizaciji, prosvetivanju, kao i štampanju srpskih knjiga i časopisa (*Letopis Matice srpske*). Jovan Hadžić, je kao školovani filozof, pravnik i književnik (pod pseudonimom Miloš Svetić), bio jedan od najobrazovanijih Srba tog vremena, ali je dosledno sledio konzervativnu struju mitropolita Stratimirovića.<sup>11</sup>

Osim učenih Srba u Carevini i pravoslavnih crkvenih vlasti, Vuk je protivnike imao i među najuglednijim ljudima u Kneževini Srbiji i Milošu Obrenoviću (o čemu će kasnije biti reči). Ali dok je u svom narodu bio stalno osporavan, Vuk je u stranom svetu brzo stekao priznanje i podršku najistaknutijih duhova svog doba.

---

razumeti. O tome: Ivić, P., *Srpski narod i njegov jezik*, Beograd 1971; Ćorović, V., *Istorija Srba*, Beograd 1989, naročito poglavlje: „Ruski uticaj među Srbima”; Milosavljević, P., *Srbi i njihov jezik*, Beograd 2002; Milanović, A., *Kratka istorija srpskog književnog jezika*, Beograd 2006.

11 Hadžić je 1826. godine odbranio doktorsku tezu na Peštanskom univerzitetu, pod nazivom: *O uzrocima razvoda braka, prema učenju Istočne pravoslavne crkve Hristove* (prevod sa latinskog V. M. Todorović), Novi Sad 2009.

U svom radu imao je svesrdnu podršku velikih jezičkih znalaca tadašnje Evrope, poput braće Grim, Getea, a pogotovo slovenačkog lingviste i slaviste *Jerneja Kopitara*. Kao cenzor bečke Dvorske biblioteke, on mu je pomagao kod štampanja prve gramatike srpskog jezika (1814), zbirke narodnih umotvorina (1814) i prvog srpskog rečnika (1818). Međutim, postoji mišljenje da je Jernej Kopitar (kao eksponent austrijskih vlasti) imao nameru da srpski književni jezik reformiše na osnovama hrvatskog, tako da mu prekine dotadašnji razvojni kontinuitet i time spreči srpske kulturno-političke veze s Rusijom, a potom pravoslavne Srbe veže uz katoličke Hrvate. Navodno, Kopitar je podsticao nastanak nove srpske nacije koja bi velikim delom bila katolička, prozapadno orijentisana i privržena Austriji. Putem nje bi se tako obezbedilo nesmetano širenje austrijskog uticaja prema Istoku (*Drang nach Osten*).<sup>12</sup> Bez obzira na to koliko je eventualno svojim delovanjem zaista doprinio ostvarenju i nekih širih političkih aspiracija države čiji je bio podanik, Kopitar je svakako dao neizmeran doprinos očuvanju srpskog narodnog jezika i njegove kulture.

Koliko je oštar bio lingvistički sukob Vuka Karadžića sa pristalicama tada dominantnog jezika srpskih intelektualaca, govori i naziv polemičkog spisa *Rat za srpski jezik i pravopis*, koji je 1847. godine objavio njegov najodaniji saradnik Đura Daničić, filolog i profesor na Velikoj školi u Beogradu. U njemu je izneo ubedljive argumente protiv pisanja starom azbukom i pravopisom, ali i dokazao Hadžićevu nestručnost u oblasti filologije. Iste godine Vuk je konačno uspeo da izda i ranije sačinjen prevod *Novog zavjeta*, čime je pokazao da na narodni jezik (koga su protivnici pogrдно nazivali „govedarski” i „svinjarski”) može biti prevedena i ova najsvetija hrišćanska knjiga. Istovremeno su na narodnom jeziku objavljeni istorijsko– filozofski spev „Gorski vijenac” crnogorskog vladike Petra II Petrovića Njegoša i zbirka pesama Branka Radičevića. Tako su prvi put na izvornom („narodnom”) srpskom jeziku objavljeni novozavetni deo Biblije, jedan filozofski spis i poetski tekstovi. Zbog toga se obično 1847. uzima kao godina pobede Vukove jezičke reforme, mada će novo ćirilčno pismo i pravopis doživeti svoj puni trijumf tek dve decenije kasnije.

### Bečki književni dogovor (1850) i Rečnik *Juridisch-politische Terminologie* (1853)

Najznačajniji korak ka jezičkom objedinjavanju južnoslovenskih naroda u okviru Austrije jeste *Bečki dogovor iz 1850. godine* o zajedničkom književnom jeziku. Njega su potpisala osmorica južnoslovenskih lingvista i književ-

12 Grčević M., „Jernej Kopitar kao strateg Karadžićeve književnojezične reforme”, *Filolog* 53(2009), Zagreb, 1–53. Međutim, drugi autori pokazuju da Kopitaru kao prosvetitelju „nije stalo ni do koje crkve” i pozivaju se na svedočenje samog Vuka u pismu iz 1852. godine, u kome za Kopitara kaže da je „toliko mario za papu rimskoga koliko za patrijarha carigradskoga, a za njih obadvojicu koliko i za turskoga muftiju”. To što se pred svetom ponašao kao dobar katolik, objašnjava se njegovom privrženošću Austriji kao katoličkoj monarhiji. Popović M., *Vuk Stef. Karadžić*, Beograd 1987, 71.

nika, državljana Monarhije (petorica Hrvata, dvojica Srba i jedan Slovenac), koji su smatrali da su svi južni Sloveni jedan narod i da otuda treba da imaju jedinstven književni jezik. Za istim stolom okupili su se veoma obrazovani i ugledni predstavnici pomenutih naroda: Ivan Kukuljević Sakcinski, Dimitrije Demeter, Ivan Mažuranić, Vuk Stefanović Karadžić, Vinko Pacel, Franc Miklošič, Stjepan Pejaković i Đuro Daničić (navedeni prema redosledu potpisivanja). Oni su odlučili da ne stvaraju novi dijalekt mešanjem već postojećih, nego da, po ugledu na nemački i italijanski uzor, odaberu najrasprostanjenije narečje i proglase ga za jedinstveni književni jezik. Prema odredbama Bečkog sporazuma, hrvatski predstavnici su umesto čakavskog i kajkavskog narečja usvojili štokavsko (istočnohercegovačko), dok se srpska strana odrekla slavenosrpskog jezika, a latinično i ćirilično pismo reformisano je prema fonetskom principu.

Na kraju su poručili: „*Ako da Bog te se ove misli naše u narodu prime, mi smo uvjereni da će se velike smutnje književnosti našoj s puta ukloniti i da će se k pravome jedinstvu mnogo približiti. Zato molimo sve književnike, koji upravo žele sreću i napredak narodu svojem, da bi na ove misli naše pristali i po njima djela svoja pisali.*”<sup>13</sup>

Bečki književni dogovor je nesumnjivo predstavljao značajan korak ka stvaranju jedinstvenog srpskohrvatskog jezika, zbog čega je kasnije ocenjivan i kao „istorijski”.<sup>14</sup> Tim kompromisnim sporazumom je „krma srpske kulture upravljena ka južnoslovenskom zapadu, a pogledi hrvatskih i slovenačkih pisaca ka braći na Balkanu”.<sup>15</sup> Međutim, zastupnici očuvanja separatnih jezičkih varijanti smatrali su da on predstavlja izdaju nacionalnih interesa pomenutih balkanskih naroda.<sup>16</sup> Zamera mu se da je u suštini predstavljao

13 Štokavsko narečje je tada postojalo u Srbiji, Crnoj Gori, Bosni i Hercegovinu, većem delu Hrvatske i u južnom delu Austrije („gradišćanski Hrvati”). Čakavski je govorila manjina Hrvata, uglavnom u severoistočnom delu Jadranske obale (Istra, Kvarner i ostrva), u dolini Gacka, u obalskom delu Dalmacije i u centralnoj Hrvatskoj. Kajkavski se govorio u severnoj Hrvatskoj, uključujući grad Zagreb, kao i u nekoliko enklava u Austriji, Mađarskoj i Rumuniji. Ovo narečje se najkasnije pojavilo u književnim delima i postepeno je izašlo iz primene kada su vođe hrvatskog preporoda prihvatile kajkavsko narečje kao zvanični idiom. Vidi: Moguš, M., *Istorija Hrvatskog jezika*, Zagreb 1995.

14 To čine zastupnici integralnog jugoslovenstva, koji u bečkom dokumentu vide *Magna carta* srpsko-hrvatskog međuetničkog izmirenja i kulturnog ujedinjenja. Up. Novak V., *Vuk i Hrvati*, 1967, passim; Gavrilović S., Krestić V. i dr., *Istorija srpskog naroda – Od Prvog srpskog ustanka do Berlinskog kongresa (1804–1878)*, tom V/2, Beograd, 1981, 360–363. Inače, prvo zvanično pominjanje naziva „srpsko-hrvatski jezik” nalazi se u delu dubrovačkog filologa Pere Budmanija, *Grammatica della lingua serbo-croata (illirica)*, Wien 1867. Njegov priručnik je bio namenjen učenicima dalmatinskih škola u kojima je tada nastavni jezik bio italijanski. Međutim, dvodelnu oznaku za ovaj jezik prvi je upotrebio Jakov Grim 1824, a od 1836. godine to prihvata i Jernej Kopitar. Kordić S., *Jezik i nacionalizam*, Zagreb 2010, 127.

15 Popović M., *Vuk Stef. Karadžić*, Beograd 1987, 325.

16 Bečki dogovor se tumači kao srpsko filološko nasilje nad hrvatskim jezikom i nacionalnim identitetom toga naroda. Babić S., *Hrvatski jezik u političkom vrtlogu*, Zagreb 1990; Kačić M. (uz Šarić Lj.), *Hrvatski i srpski. Zablude i krivotvorine*, Zavod za lingvistiku Filozofskog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, 1995, 120–133. S druge strane, i među srpskim

dogovor privatnih lica, koja nisu imala mandat da budu zastupnici naroda kojima pripadaju. Ipak, činjenica je da je taj dokument dobio službenu potvrdu vlade Kneževine Srbije 1868. godine, dok je vlast u Hrvatskoj to učinila 1892. godine (zvaničnim prihvatanjem pravopisa Ivana Broza u duhu Vukovog fonološkog principa).<sup>17</sup>

U svakom slučaju, Bečki književni dogovor je samo posledica jednog dalekosežnijeg projekta, formiranja oficijelne političke i pravne terminologije za slovenske narode austrijske Carevine. Na ostvarenju tog zadatka radila je grupa slovenskih jezičkih stručnjaka, uz finansijsku pomoć Ministarstva pravosuđa Austrijske monarhije (*Justizministerium*). Plod toga poduhvata trebalo je da bude rečnik koji bi olakšao razumevanje u pravnim i administrativnim stvarima njenih podanika, kao i uštedu troškova prevođenja na razne jezike i dijalekte. Inicijator rada na terminološkom rečniku bio je slovenac *Franjo (Franc) Miklošič*, koji je doktorirao filozofiju u Gracu i pravo u Beču, ali se kasnije posvetio filologiji. Bio je osnivač tek uspostavljene slavističke katedre na Bečkom univerzitetu (1849), carski bibliotekar i cenzor (u čemu je nasledio Kopitara) i poslanik u skupštini Carevine.

Godinu dana pre potpisivanja Bečkog književnog dogovora, započelo se sa izradom *Rečnika pravno-političkih termina južnoslovenskih jezika Austrijske carevine (Juridisch-politische Terminologie für die slawischen Sprachen Oesterreichs. Von der Commission für slawische juridisch-politische Terminologie. Deutsch-kroatische, serbische und slowenische Separat-Ausgabe, Wien 1853)*. U predgovoru *Rečnika* naveden je i integralni tekst književnog dogovora, a to je bilo moguće jer je njegovo štampanje potrajalo do 1853. godine.

Rad na ovom zajedničkom poduhvatu prokrčio je put širem zbližavanju Srba i Hrvata i bio je prethodnica za nastanak pomenutog jezičkog dogovora. Upravo zato su nastanak pravnoterminološkog rečnika i potpisivanje Bečkog sporazuma nailazili na podjednako snažna odobravanja i žestoke osude.

Kod Srba su najoštrijem otpor jezičkoj reformi pružali predstavnici Pravoslavne crkve jer su se uvođenjem narodnog jezika napuštali slavenosrpski („slavjanoserpski”) i crkvenoslovenski jezik, kojim su pisane bogoslužbene knjige i kojim je obavljano crkveno pojanje. Protivnici su bili i obrazovani Srbi koji su svoju učenost želeli da iskažu govorom koji je bio gotovo ne-

---

istoričarima se ovaj dogovor tumači kao obmana, ali od strane hrvatskih učesnika. Žutić N., *Srbi rimokatolici, takozvani Hrvati*, Beograd 2006, 51. Vidi takode: Greenberg, M., „The Role of Language in the Creation of Identity: Myths in Linguistics among the Peoples of the Former Yugoslavia”, u: *Reinvention of Tradition*, University of Kansas, International Studies Seminar in April 1996.

17 Ivić P., *Spski narod i njegov jezik*, 191; Vince Z., *Ivan Broz*, Zavod za znanost o književnosti Filozofskog fakulteta u Zagrebu, 1992, 133; Sotirović V., *Hrvatsko-srpski sporovi oko jezika i pisma u Trojedinici (1848–1861)*, u *Slavistica Vilnensis*, Kalbotyra 53 (2), Vilnius, 2004, 87–108. U Crnoj Gori je proces reforme književnog jezika takođe išao u pravcu oslobađanja od crkvenoslovenskih i ruskih utucaja, a posle Vukove smrti u toj sredini se razvija čak kult njegove ličnosti. U Bosni i Hercegovini su reformisana ćirilica i novi pravopis počeli da se primenjuju u udžbenicima čak i pre nego u Srbiji. Luković M., *Razvoj srpskog pravnog stila*, Beograd 1994, 58–59.



razumljiv običnom narodu. O tom problemu govori i Dimitrije Demeter u Predgovoru *Rečnika političko-pravnih termina*, napominjući da su se srpski književnici toliko privikli na neke crkvene i ruske izraze da bi se naišlo na preveliki otpor ako bi se oni sasvim odstranili. On napominje da se za takav oprez naročito zalagao *Božidar Petranović*, srpski pravnik i istoričar koji je učestvovao u radu ove komisije, ali koji se upravo zbog takvih stavova nije našao među potpisnicima Bečkog dogovora.<sup>18</sup> Petranović je u *Rečniku* objavio i svoj kraći uvodni tekst, posle predgovora Dimitrija Demetera, u kome potvrđuje da se zaista „udaljio od načina kojim se od ostale gospode članova odbora postupalo kod ustanovljivanja reči i izraza”. On je isticao da se pri sastavljanju „pravoslovno-političkoga nazivoslovnog rečnika” ne treba držati onih srpskih pisaca koji i kad postoje čiste narodne reči, primaju bez potrebe crkvenoslovenske ili ruske reči. Ipak, smatrao je da ne treba pre nagliti u njihovom odbacivanju jer se kod Srba u pisanju valja često boriti s ukorjelom starom navikom i predrasudama, pa i „s ličnom u detinjstvu još začetom ljubavi k crkvenom jeziku” (str. XII).

U uvodu *Rečnika* sledi i treći dodatak („pristavek”), slovenačkog pravnik *Matevža (Mateja) Cigale*, koji ukratko ponavlja razloge nastanka ovog poduhvata i posebno se zalaže za zamenu nemačkih naziva domaćim. On je objedinjavanje tri različita narečja u jedinstveni „južnoslavenski odsek” objašnjavao potrebom da se pokaže jezička srodnost, kako bi se „pravnički izrazi i izreke međusobno podupirali, opravdavali i dopunjavali” („*da bi se tu nasvetovani pravoslovni izrazi in izreki vzajemno podpirali, opravičevali in dopolnovali*”, str. XIII). U slovenačkom predgovoru je jasno istaknuta ideja „jugoslavenskog” Odbora da ako ne može da se stvori „*ena in enaka pravoslovna terminologija vsek avstrijskih Slavjanov*”, onda neka se izda rečnik

18 Studirao je filozofiju u Gracu, a prava u Beču i Padovi, gde je doktorirao (1833), bio je poslanik u Bečkom parlamentu (1848), radio je u Zadru i Kotoru kao savetnik Zemaljskog suda. Bio je član Srpskog učenog društva u Beogradu i Jugoslavenske akademije znanosti i umjetnosti u Zagrebu. Osnivač je *Matice dalmatinske* (1862), pokrenuo je časopis *Serbsko dalmatinski almanah* (kasnije *Serbsko dalmatinski magazin*) na narodnom jeziku i štampao ga predvukovskom ćirilicom (1835–1873). Pošto je u primorskim sredinama srpski identitet bio ugrožen kulturnim, političkim i verskim odnosom autonomnaške elite i austrijske vlade u tadašnjoj Dalmaciji, borio se protiv dominacije italijanskog jezika u službenoj upotrebi i snažne politike unijačenja na tlu Dalmacije. Bio je oduševljeni pristalica narodnog preporoda i pozivao sve južnoslovenske narode na ujedinjenje, a prvenstveno na usvajanje zajedničkog jezika Srba i Hrvata. Blisko je saradivao sa Ljudevitom Gajem, nosiocem ilirskog pokreta kod Hrvata. Objavio je niz istorijskopravnih studija iz srednjovekovnog perioda Dalmacije, Bosne i Srbije. Uviđajući potrebu za prosvetivanjem naroda u oblasti prava i u želji za stvaranjem nacionalne pravne terminologije, pokrenuo je prvi srpski pravni časopis *Pravdonoš* (1851–52). Bio je jedan od urednika Službenog lista Carevine, a objavio je sopstveni prevod Austrijskog građanskog zakonika, praćen posebnom studijom: *O Austrijskom građanskom zakoniku i o srpskom prevodu istog*, Beč 1850. Up. Vince Z., *Pogledi Božidara Petranovića na književni jezik*, Zbornik Matice srpske za filologiju i književnost, 4–5 (1962–1963), 357–361; Perić I., *Kulturna i politička djelatnost Božidara Petranovića*, Radovi, Institut za hrvatsku povijest, vol. XVI, Zagreb 1983, 45–96; *Enciklopedija srpske istoriografije*, Beograd 1997, 570 (J. Redep).

„vseh južnih Slavjanov”.<sup>19</sup> Pritom, on naglašava da je i takvo rešenje izvojevano zaslugom drugog slovenačkog člana (Dolenca), što ukazuje na to da je bilo i ideja da se čak i ovaj materijal obradi u posebnim knjigama. Očigledno je da sadržina ova tri uvodna teksta pruža važne detalje o toku njegove izrade i o događajima koji su ga pratili. Ti podaci su dragoceni jer nema mnogo drugih izvora, niti nekakve prepiske ili druge arhivske građe koja bi savremenim istraživačima otkrila sve okolnosti koje su uticale na njegov nastanak.

Iz predgovora saznajemo da je za urednika *Rečnika* najpre bio određen poznati hrvatski pravnik, književnik i jezički znalac *Ivan Mažuranić*. Svakako da je carska vlast prilikom tog naimenovanja imala u vidu i njegovu političku okrenutost ka bečkom dvoru.<sup>20</sup> Međutim, zbog aktivnog bavljenja politikom, istupio je iz ove komisije krajem 1849. godine, pošto je bio imenovan na novu dužnost. U to vreme posao na sastavljanju *Rečnika* već je bio okončan i ostaje nejasno kolika je zaista bila njegova uloga u tom poslu. Kao ideolog narodnog jedinstva Srba i Hrvata, bio je jedan od aktivnih učesnika i potpisnika kasnijeg književnog dogovora u Beča.

Ministarstvo pravosuđa je na mesto glavnog urednika hrvatskog odseka potom postavilo *Dimitrija Demetera*. Studirao je filozofiju u Gracu, a zatim medicinu u Beču i Padovi, ali je najveći doprinos ipak dao u oblasti književnosti i pozorišne umetnosti. U svojim dramskim delima oslanjao se na tradiciju stare hrvatske književnosti, želeći da je poveže sa modernim evropskim tendencijama. Kao pristalica „ilirskog pokreta”, okretao se najčešće istorijskim temama, rodoljublju i borbi za nacionalno oslobođenje svoga naroda.<sup>21</sup> Dakle, po obrazovanju Demeter nije bio pravnik, ali pošto je njegov predgovor bio najobimniji, očigledno da je on (posle povlačenja Mažuranića) ipak imao ključnu ulogu u poslovima pripreme za štampu obrađenog materijala. Iz njegovog teksta vidi se da je u radu Odbora sa srpske strane učestvovao i *Vuk Stefanović Karadžić* („dopisujući član carsko-kraljevskog učenog društva”), sa hrvatske *Stepan Car* („privremeni urednik državozakonskog lista”), a sa slovenačke *Matej Dolenc* („dvorski i sudski advokat”).

- 
- 19 Slovenačka terminologija iz ovog *Rečnika* obrađena je u članku Mohorič F, „Opazke k slovenski pravniški terminologiji”, *Veda*, dvomesečnik za znanost in kulturo, vol. IV, 5–6 (1914), 483–509.
- 20 Bio je na čelu odbora koji je 1848. godine proglasio prestanak svih državnopravnih veza Hrvatske sa Ugarskom i potom postao visoki činovnik bečke vlade, i to na najvišim položajima u državnom aparatu Habzburške monarhije (vrhovni državni pravobranilac 1850–60, dvorski kancelar 1861–65, predsednik Hrvatskog sabora 1871–73, hrvatski ban 1873–80. itd.).
- 21 Naziv ovog kulturnog pokreta (1830–1850) dolazi od pogrešne pretpostavke da svi južni Sloveni potiču od Ilira, starosedelaca Balkana. Otuda se i njihov zajednički jezik nazivao „ilirski”, čime se želela naglasiti autohtonost i osobenost slovenskih naroda u Austrijskom carstvu. Zalagali su se za jedinstven književni jezik, utemeljen na narodnom govoru, sačuvan u staroj dubrovačkoj literaturi. Te ideje su prihvatili hrvatski prosvetitelji (na čelu sa Ljudevitom Gajem), koji su se borili protiv toga što hrvatsko plemstvo i crkvena jerarhija službeno upotrebljavaju latinski jezik, dok je građanstvo uglavnom govorilo nemački. Mađarsko plemstvo je ovaj pokret zvanično zabranilo (1843) pošto su se „ilirci” borili i protiv mađarizacije. Jaroslav Š. i dr., *Hrvatski narodni preporod – ilirski pokret*, Zagreb 1990.

Celokupan posao izrade terminološkog Rečnika završen je u izuzetno brzo, za svega četiri meseca (od avgusta do decembra 1849. godine). Odbor je zatim raspušten, ali su za štampanje ovog obimnog materijala bile potrebne još četiri godine.

U *Rečniku* je na oko 700 stranica objavljeno nekoliko hiljada stručnih izraza, sređenih po abecednom redu na nemačkom jeziku (goticom), ponekad i na latinskom, sa prevodima na hrvatski, srpski (ćirilicom) i na slovenački jezik. Može se samo pretpostaviti koliko je bio složen zadatak slovoslagača koji su kod svakog termina morali koristiti potpuno različite vrste pisama. Očigledan je pokušaj da se pronađu termini koji su zajednički, pogotovo u srpskoj i hrvatskoj varijanti, kako bi se pokazalo da između njih ima veoma malo razlika. Tome se naročito težilo kada nisu postojale odgovarajuće narodne („pučke“) reči ni u jednom slovenskom narečju, pa su se članovi komisije prihvatili „novoskovanih reči“, kako sam Demeter napominje, „uvedenih već u hrvatski poslovni slog“. Primer koji on navodi je reč „zapisnik“, koja je ipak kasnije odbačena jer „zapis“ u narodu znači „legat“, pa otuda „zapisnik“ ne može značiti „protokol“. Zbog toga su smatrali da je pogodnije za „protokol“ uvesti kovanicu „napisnik“. Nažalost, upravo će se na ovom primeru pokazati kako se u praksi pokušaj uvođenja nekog novog pravnog termina može pokazati neuspehim: u hrvatskoj pravnoj terminologiji *legat* je ostao „zapis“, a Srpski građanski zakonik ovu pravnu ustanovu naziva „isporuka“, dok se značenje kovanice „napisnik“ (=protokol) zadržalo upravo u obliku „zapisnik“.

Brzina izrade *Rečnika* nesumnjivo je proistekla iz potrebe da se što pre ujednači jezik slovenskog življa koji se koristio u svakodnevnoj administraciji, a pogotovo da se zvanični propisi objavljuju u Službenom listu Carevine (*Reichs-Gesetz und Regierungsblatt*) i to na „književno izgrađenim slovenskim narečjima“ (*literärisch cultivirten slavischen Dialecte*).<sup>22</sup> Tadašnji urednik „državozakonskog lista“ bio je upravo Matevž (Mateja) Cigale, nadležan za slovenački odsek *Rečnika*, a u taj posao su u bili uključeni i drugi članovi komisije (Božidar Petranović, Stjepan Car). Tako hitnoj izradi doprinela je i opšta politička klima, nastala u novim društvenim okolnostima nakon izbijanja Revolucije 1848. godine. U Habzburškoj monarhiji je tzv. „Proleće naroda“ dovelo do proklamovanja ustavnog načela o jednakosti naroda u Monarhiji, pogotovo slovenskog stanovništva, kojeg je po nekim procenama bilo 22 miliona, nasuprot 14 miliona ostalih podanika.<sup>23</sup>

Nešto ranije su već izdati istovetni rečnici, manjeg obima, za severno-slovenske narode: za češki jezik (*Deutsch-böhmische Separat-Ausgabe*, Wien 1850), verovatno i za poljski (*Deutsch-polnische Separat-Ausgabe*, Wien, 1850?, ali o tome nema potvrde u dostupnoj literaturi) i za ukrajinski, odnosno „rusinski“ (*Deutsch-ruthenische Separat-Ausgabe*, Wien, 1851). Na čelu jedinstvenog Odbora za sve austroslovenske jezike bio je *Pavel (Pavle) Šafarik*, ugledni pisac, istoričar i lingvista slovačkog porekla. U to vreme je

22 Mamić M., *Deutsch-slawisches Wörterbuch i bečki dogovori*, Rasprave zavoda za jezik, 14, Zagreb, 1988, 113–118.

23 *Enciklopedija leksikografskog zavoda*, Zagreb 1961, 236 (v. *Austro-ugarska*).

bio upravnik biblioteke na Univerzitetu u Pragu, na kome je jedno vreme predavao slovensku filologiju.<sup>24</sup> U njegovom iscrpnom predgovoru *Rečnika za nemačko-češku pravnu terminologiju* nalaze se dragocena obaveštenja (na nemačkom) o tome kako se pristupilo ovom velikom jezičkom projektu Austrijske carevine. Iz njega saznajemo da je prvobitna ideja bila da se stvori potpuno jednaka terminologija za svih „pet književno izgrađenih književnih jezika austrijskih Slovena”,<sup>25</sup> ali da je taj unitaristički predlog odbila većina članova odbora. Zato se odustalo od stvaranja jedinstvenog *Nemačko-slovenskog rečnika pravnih i političkih termina* (*Deutsch-slawisches Wörterbuch der juristisch-politischen Terminologie*)<sup>26</sup>, pa se u Šafarikovom zajedničkom odboru raspravljalo samo o opšteslovenskim nazivima, dok su terminološka pitanja pojedinih jezika raspravljana u posebnim sekcijama („otsecima”).<sup>27</sup> U početku je bilo pet sekcija: češka (češko-moravsko-slovačka), poljska, ukrajinska (koja se naziva „rusinska”), slovenačka i ilirsko-srpska (u stvari, hrvatska i srpska kao jedna). Na sednici zajedničkog odbora već je „ilirsko-srpska” sekcija „razdijeljena u dva posebna književna kruga” ne samo „zbog upotrebe dva različitih alfabeta” nego i „zbog različitih drugih okolnosti”. Otuda su i stvarani posebni rečnici: nemačko-češki, nemačko-poljski, zatim nemačko-ukrajinski i na kraju četvorajezični nemačko-hrvatsko-srpsko-slovenački rečnik obuhvaćen samo jednom knjigom.

Time se odustalo od ideje jezičke unifikacije i prihvatilo načelo „što većeg međusobnog približavanja”.<sup>28</sup> Ono je podrazumevalo princip da ukoliko od više podjednako dobrih reči treba odabrati jednu, onda se „prednost morala dati onoj reči koja postoji u većini jezika ili bar u mnogima od njih”.<sup>29</sup> Iz Šafarikovog predgovora saznajemo da je komisija sačinila poseban Pravilnik, u kome je detaljno razrađen metod zajedničkog rada. Osnovan je „pripre-

24 Sa tog mesta je smenjen jer je tokom revolucionarne 1848. godine bio učesnik Sveslovenskog kongresa u Pragu, što je izazvalo podozrenje austrijskih vlasti. U srpskoj kulturi on je ostavio značajan uticaj i stekao veliki ugled. Od 1819–1833. bio je profesor i pet godina direktor u Srpskoj pravoslavnoj gimnaziji u Novom Sadu. Kao jedini stranac, predavao je književnost, retoriku, logiku, stilistiku i klasičnu literaturu na latinskom nemačkom i mađarskom jeziku, a uz to i prirodne nauke (matematiku, fiziku). Tokom dugotrajnog boravka u Novom Sadu, počeo je da se bavi izučavanjem srpskih crkvenoslovenskih knjiga i pribavljanjem drevnih rukopisa, koje je po povratku u Prag koristio za svoj dragoceni naučni rad iz te oblasti.

25 „...eine dem Wortstamme und der Wortform nach gleichlautende Terminologie für alle fünf in der österreichischen Monarchie literarisch cultivirten slawischen Dialecte”, str. IV

26 Mamić M., *Das Deutsch-Slawisches Wörterbuch der juristisch-politischen Terminologie (Seine Konzeption und Realisierung)*, Sonderdruck aus: Balten – Slaven – Deutschen: Aspekte und Perspektiven kultureller Kontakte, Festschrift für Friedrich Scholz zum 70. Geburtstag, Münster, 1999, 131–138.

27 O pojedinostima rada na tom projektu i razlozima zbog kojih se taj rečnik nije pojavio pod takvim imenom vidi: Mamić M., *Deutsch-slawisches Wörterbuch i bečki dogovori*, 116.

28 „...der Grundsatz der möglichst grössten wechselseitigen Annäherung”, str. IV.

29 „in der Anwendung dieses Grundsatzes der Annäherung beschloss man, das überall wo es freitunde, unter mehreren gleich guten Wörtern eines zu wählen ... demjenigen der Vorzug eingeräumt werden solle, welches in den meisten oder doch in mehreren Dialekten gang und gäbe wäre”, str. IV.

mni komitet” (*Vorbereitungs-Comité*) koji je imao zadatak da iz postojećih zakona i pravnih knjiga povadi nemačke termine, da ih sistematizuje, a potom prosledi jezičkim sekcijama na prevodenje. Nemački izrazi su navođeni u konkretnom kontekstu da bi se lakše našao odgovarajući slovenski termin. Ukoliko nije postojala adekvatna slovenska reč, čija se upotreba već ustalila, normirane su nove. Takve kovanice su se uglavnom oslanjale na manje-više doslovan prevod termina iz germanske leksike.

Šafarikov tekst detaljno opisuje sam način rada i svedoči o velikoj prilježnosti kojom se pristupilo ovom poslu. Već za prva tri meseca „pripremi komitet” je sakupio građu koja je obuhvatala više od osam hiljada odrednica za svaki jezik. Mukotrpan posao zajedničke revizije okončan je poslednjih dana decembra 1849. godine. Svakodnevno su se održavale plenarne sednice celog odbora, na kojima su pojedine sekcije iznosile mišljenje o materijalu („elaboratu”) koji su podnele druge sekcije. Svi članovi su imali pravo da učestvuju u diskusijama i da daju predloge, ali je konačnu odluku o prihvatanju ili odbijanju nekog termina donosila sekcija koja je određena za pojedini jezik.<sup>30</sup> Samo kada se nisu mogli dogovoriti o nekim ključnim metodološkim pitanjima, najviša instanca za otklanjanje zastoja u radu bilo je Ministarstvo pravosuđa.

Jedno od takvih suštinskih razmimoilaženja bilo je pitanje: da li i dalje nastaviti izradu veoma obimnog sveslovenskog rečnika ili prvo pristupiti štampanju posebnih izdanja za pojedine jezičke varijante, s tim da se oni potom objedine u jedinstvenom rečniku. Za prvu opciju zalagali su se južnoslovenski članovi odbora, dok su predstavnici Čeha, Poljaka i Ukrajinaca bili za drugo rešenje. Pošto su i jedni i drugi istrajavali na svojoj argumentaciji, Ministarstvo pravosuđa je odlučilo da se pristupi izdavanju češkog, poljskog i „rusinskog” rečnika, a da južnoslovenska sekcija (koju Demeter naziva „jugoslavenska”) čeka „kumulativno i zajedničko izdanje”.<sup>31</sup> Otuda je zajednički odbor raspušten, a preostali posao oko štampanja separatih rečnika Ministarstvo poverava novoformiranom „uređivačkom odboru” (*Redaction-Comité*), na čije čelo postavlja ministarskog savetnika Saskijeviča (*Szaszkiewicz*). Ipak, kasnije je taj odbor bio primoran da zbog efikasnosti rada izabere šest urednika, za svako izdanje po jednog, koji su zbog prestanka rada zajedničkog odbora sada bili nadležni za svoja posebna izdanja. Tako je

30 „in diesen allgemeinen Berathungen stand es zwar jeder Section und jedem Sectionsmitgliede frei, ihre Bemerkungen über das Elaborat anderer Sectionen zu äussern, aber die definitive Annahme oder Verwerfung eines Ausdrucks für eine bestimmte Mundart musste den für diese Mundart be stellten Sectionsmitgliedern anheimgestellt werden”, str. V.

31 „...dass vorerst der Druck der böhmisch-slowakischen, hierauf der polnischen und der russischen Separat-Ausgabe in Angriff genommen werde, die südslavischen Dialecte aber nach dem ausdrücklichen Wunsche der diessfälligen Sectionen der cumulativen und parallelen Gesamtausgabe aller fünf respective sechs slawischen Dialecte vorbehalten bleiben”, str. IX. Šafarikovo kolebanje kada navodi broj austroslovenskih jezika („pet, odnosno šest”), izražava po nekima neodlučnost ovog lingviste o tome da li je „ilirisch-serbische” jedan jezik ili ne. Up. Mamić M., *Deutsch-slawisches Wörterbuch i bečki dogovori*, 116. Međutim, slična nedoslednost postoji i kod naziva češkog jezika, koji je u naslovu ovog rečnika *böhmische*, u njegovom predgovoru *böhmisch-slowakischen*, dok se odgovarajuća sekcija naziva *böhmisch-mährisch-slowakischen* („češko-moravsko-slovačka”). Šafarik, *op. cit.* VI.

Demeter (posle Mažuranićevog povlačenja) postao glavni urednik hrvatsko-srpske sekcije (*illyrisch-serbische*), a drugi hrvatski predstavnik je bio Stjepan Car, dok su srpsku zastupali Karadžić i Petranović, a slovenačku Miklošić i Cigale. U ostalim slovenskim sekcijama bio je različit broj članova: sedam u češkoj, tri u poljskoj i tri u ukrajinskoj.

Šafarikov opis jasno pokazuje sa kojom ozbiljnošću je Carevina tada pristupila problemu uređenja državne administracije na novim osnovama. S druge strane, za slovenske narode to je bio znak slabljenja austrijskog apsolutizma i korak ka odustajanju centralne vlasti od politike prisilne germanizacije slovenskog življa. Sve to će dovesti do jačanja panslovenskih ideja i romantičarskog shvatanja o buđenju „malih” naroda i potrebi jačanja nacionalne samosvesti.<sup>32</sup> Glavni tvorci južnoslovenskog *Rečnika pravno-političkih termina*, kao predstavnici ta tri najveća naroda, bili su upravo pristalice ideja nacionalnog preporoda i duhovnog ujedinjenja Južnih Slovena.

Krajnje pragmatičan zadatak koji je Odboru poverilo carsko-kraljevsko Ministarstvo pravosuđa nije omogućavao da se komisija za tako kratko vreme upušta u velike filološke rasprave, pa ni u Vukova terminološka detaljisanja, a još manje da već tada prihvati njegovo reformisano ćirilično pismo. Demeter je veoma cenio Vuka Karadžića („komi je po svem slavenskom učenom svijetu poznat kao prvi jezikoslovac našeg naroda”), ali je već i sam ukazao na izvesna odstupanja hrvatske strane od proklamovanih pravopisnih načela. Takođe, ni konzervativnije opredeljeni Petranović, srpski urednik u komisiji, nije se u svemu slagao sa Vukom.<sup>33</sup> Demeter u svom predgovoru ističe, svakako misleći na njega: „Prije svega moram sa žalošću napomenuti, da se nije mogla

32 Panslavizam u okvirima Austrijske monarhije naročito je podstakao Jan Kolar (Ján Kollár), slovački pesnik, lingvista, arheolog i evangelistički sveštenik. Delovao je povremeno na hazburškom dvoru kao savetnik za „pitanje Slovačke” i zalagao se za njenu samoupravu („poput Srpske Vojvodine”). Pošto je tokom revolucionarnih događaja 1848–49. stao na stranu Austrijske carevine, postavljen je za profesora Slovenske arheologije na Bečkom univerzitetu. Bio je ideolog slovačkog narodnog preporoda i zalagao se za što veće duhovno, kulturno, pa i jezičko jedinstvo svih Slovena. Njegovo delo *O slovenskoj uzajamnosti* iz 1837. godine predstavljalo je političku platformu slovenofilskog pokreta. Smatrao je da kod ovih naroda postoje četiri osnovna jezička standarda: ruski, poljski, češko-slovački i srpsko-hrvatski („ilirski”). Poput Vuka Karadžića, radio je na prikupljanju narodne poezije (zajedno sa Šafarikom) i u Vajmaru je Geteu predstavio zbirke objavljenih pesama. – *Istorija srpskog naroda*, V/2, Beograd 1981, 112, 393; Perreal R., Mikuš J.A., *La Slovaquie: une nation au cœur de l'Europe*, Lausanne 1992, 83–84, 105. Kolarova celokupna delatnost i lingvistički stavovi upućuju na zaključak da je možda baš on, kao jedan od članova Šafarikovog zajedničkog odbora za sve slovenske jezike, bio zastupnik ideje o stvaranju jedinstvene pravno-političke terminologije austroslovenskih naroda. Up. Mamić M., *Deutsch-slavisches Wörterbuch i bečki dogovori*, 113;

33 Srpski termini u *Rečniku*, pa i Petranovićev predgovor, štampani su nerefornisanom ćirilicom, bez poštovanja Vukove fonetske azbuke, zasnovane na savršenom ortografskom principu: „Piši kao što govoriš, a čitaj kako je napisano” (koji je promovisan još 1782. godine u spisima nemačkog lingviste Kristijana Johana Adelunga). Komplikovana ortografija nije postojala samo u slovenskim ćiriličnim pismima, već i u latiničnim. Hrvatski pisci, koji su početkom XIX veka pisali na narodnom jeziku, pravili su kombinacije od 67 raznoraznih skupina od po dva slova za jedan glas, 37 od tri slova, kao i četiri skupine sa čak četiri slova za jedan glas. Ganza-Aras T., „Radovi Zlatka Vince o povijesti književnog

oživotvoriti želja da se barem za hrvatsko i srbsko narečje sastavi podpunoma jednak nazovnik, jer srbski književnici privikli su se nekim crkvenim i ruskim izrazima već na toliko, da se je bojati bilo, da bi se još za sada nagazilo na prevelik otpor, ako bi ih sasvim odstranili” (str. IV).

Petranović je deceniju kasnije izdao i delo *Ručna knjiga najnuždnijih pravdoslovnih riečih, izriekah i obraznicah* (*Manuale di vocaboli, frasi e formole giuridiche di prima necessita*, Zadar 1862), čija je svrha bila da olakša praktičnu primenu bečkog *Rečnika* iz 1853. godine. Već i sami arhaični izrazi u naslovu ovoga priručnika, pokazuju njegov odbojan stav prema Vukovoj reformi. Istu praktičnu svrhu imao je i Petranovićev *Tumač (talijansko-hrvatski) za činovnike* iz 1872. godine. Njega je objavila *Matica dalmatinska*, kulturno-prosvetna ustanova koju je osnovao sam Petranović, po ugledu na Maticu srpsku.<sup>34</sup> To je skraćeno izdanje bečkog terminološkog *Rečnika*, u kome su nemački termini sada zamenjeni italijanskim, pošto su na dalmatinskom Primorju zakonodavni propisi i sudski spisi sastavljeni na tom jeziku.

U celini gledano, u svom lingvističkom delovanju ni Demeter ni Petranović nisu bili dosledni sledbenici Vuka: „Prvi je mehanički, bez pravog osećanja za jezik, izvlačio na silu pravne termine iz narodnog govora, a drugi je robovao slavjanizmima.”<sup>35</sup>

Zanimljivo da je, skoro u isto vreme, Ministarstvo pravde pozvalo Petranovića (kao poslanika Carevinskog veća) da prevede Austrijski građanski zakonik na srpski jezik, i taj tekst je objavljen u Beču 1853. godine, dakle, kada se pojavio i terminološki *Rečnik*. Petranović je 1850. godine sastavio omanju brošuru o svom prevodilačkom poduhvatu, posvećenu ministru Bahu (Alexander Bach), znamenitom po apsolutističkom načinu vladanja (1850–59). U tom spisu, nazvanom *O austrijskom građanskom zakoniku i o srpskom prevodu istog*, Petranović izlaže neke svoje osnovne poglede na tada najaktuelnije lingvističke probleme. U prevodenju on se zalaže za pravo učernih ljudi da intervenišu u stvaranje potrebnih izraza i termina, ali samo kada nedostaje odgovarajuća reč. On smatra da tada ne treba stvarati kovanice već ih treba potražiti „kod ostalih Srba” ili u crkvenoslovenskom jeziku. Što se tiče pisanja slova, svojim zemljacima „zapadne crkve” (dalmatinskim Hrvatima) predlaže da usvoje Gajevu latiničnu ortografiju. Začudo, on predlaže za osnovu književnog jezika sremsko narečje, koje mu je bilo blisko jer se u mladosti školovao u Karlovačkoj gimnaziji, ali je time odbacio hercegovačko, koje je zahtevao Vuk, kao i dubrovačko, za koje se zalagao Gaj. Govoreći o jezičkim razlikama između Hrvata i Srba, Petranović ističe da će se vremenom otkloniti prepreke na putu stvaranja jedinstvenog književnog jezika ovih naroda, ali da se do tog cilja mora stići postepeno, evolutivnim putem.<sup>36</sup> U

jezika i pravopisa u Dalmaciji”, *Historijski zbornik*, XIX–XX, 1966–67, Zagreb 1968, 560; Popović M., *Vuk Stef. Karadžić*, Beograd 1987, 74.

34 Luković M., *Bogišićev zakonik, priprema i jezičko oblikovanje*, Beograd 2009, 191.

35 Popović M., *Vuk Stef. Karadžić*, Beograd 1987, 327.

36 Na kraju teksta on ističe: „Meni će biti najveća nagrada i uspeh ako sam u glavnoj stvari samo uspeo, to jest, preveo zakon tako da ga srpski rod od Pešte daž do Černe Gore

pravcu takvog razmišljanja on je, osim srpskog prevoda Austrijskog građanskog zakonika, sačinio i njegovu hrvatsku jezičku varijantu. Obe verzije prevoda („na srpski i rvatcki jezik“) pregledala je i odobrila posebna komisija i one su istovremeno štampane 1853. godine.<sup>37</sup>

Očigledno da je u sastavljanju *Rečnika pravno-političkih termina* Vuk Karadžić imao manje značajnu ulogu, pa i uticaj na njegovu konačnu sadržinu. Otuda je preduzeo korake da svoju pravopisnu reformu promovise na efikasniji način. Demeter u predgovoru *Rečnika* o tome kaže: „Mjeseca ožujka godine 1850. sazvaio je Vuk Stefanović-Karadžić nekoliko puta na prijateljske dogovore više jugoslavenskih književnika nalazeći se slučajno u ono vrijeme u Beču, da ustanove neka načela, polag kojih bi se jugoslavenski zvuci najshodnije mogli naznačiti slovima“ (str. V). Plod ovih dogovora je Bečki književno-jezički sporazum iz 1850. godine. Njegov potpisnik bio je i sam Demeter, mada u *Rečniku* nije u svemu poštovao Vukovu jezičku reformu. Verovatno da je nezadovoljstvo postignutim nateralo Vuka da ubrzo pripremi drugo, znatno dopunjeno i izmenjeno izdanje svoga *Srpskog rječnika* i da ga izda 1852. godine.<sup>38</sup> Može se pretpostaviti da je tim delom želeo da u izvesnoj meri „parira“ *Rečniku pravno-političkih termina* (koji je upravo bio pred štampanjem) kako bi neutralisao neka njegova terminološka rešenja.<sup>39</sup>

Nesumnjivo je da je uspostavljanjem oficijelne pravne terminologije na jezicima slovenskih naroda (*slawischen Dialecte*), Habzburška monarhija prvenstveno rešavala gorući državno-politički problem, nastao usled nacionalnog previranja tokom revolucionarnih događaja 1848. godine. Međutim, time

---

jasno razumeti može.“ Citat kod Sundečić J., *Život i rad dr Božidara Petranovića*, Slovinac, Dubrovnik 1879. Navedeni spis će, sa manjim odlomkom prevoda Austrijskog zakonika, Petranović pokloniti ruskom caru Nikoli I, a zauzvrat je na dar dobio brilijantni prsten. Nesumnjivo da je ovaj gest učinio podstaknut svojom sveslovenskom, pa i rusofilskom orijentacijom, ali neki autori u tome vide Petranovićev „dodvorički stav prema vlasti“, pogotovo imajući u vidu da je za vreme Bahovog apsolutizma bio na važnim pravosudnim funkcijama u Dalmaciji. Up. Ganz-Aras T., *Radovi Zlatka Vince o povijesti književnog jezika i pravopisa u Dalmaciji*, 562.

37 *Istorija srpskog naroda*, V/2, Beograd 1981, 371–372 (Ivić P., Kašić J.).

38 On sadrži skoro pedeset hiljada reči, što je dvostruko više od prvog izdanja iz 1818. godine. U prikupljanju građe pomagao mu je je Đ. Daničić, dok je za skoro svaku reč Kopitar sačinio prevod ili kraće objašnjenje na nemačkom i latinskom, a ponekad i na francuskom jeziku. Time je srpsko jezičko blago postalo daleko pristupačnije stranim naučnicima. Ivić P., *Srpski narod i njegov jezik*, Beograd 1971, 290, 292.

39 Luković M., *Okolnosti nastanka i primene terminološkog rečnika (Juridisch-politische Terminologie für die slawischen Sprachen Oesterreichs...)* iz 1853. godine, Zbornik radova sa simpozijuma „Susret kultura“, knj. I, Novi Sad 2010, 523–530. Na tu sporednu ulogu Vuk nije mogao da pristane i zbog velikog autoriteta, pa i slave, koju je tih godina već stekao u lingvističkim, ali i političkim evropskim krugovima. Njegova naučna reputacija donela mu je mnoge počasti: postao je član Bečke akademije nauka (1848), austrijski car mu je dodelio odlikovanje Krst Franca Jozefa (1850), iste godine je izabran za dopisnog člana Berlinske akademije nauka (na predlog braće Grim), postao je i član Ruskog geografskog društva u Petrogradu i izabran je za člana Književnog odeljenja ruske Akademije nauka (1851), a car Nikolaj I mu je poklonio dijamantski prsten, dok je u Parizu čak izabran i za počasnog člana Afričkog instituta. Up. Wilson D., *Život i vreme Vuka Stefanovića Karadžića (1787–1864)*, Beograd 1994, 318.



će u službenoj upotrebi ovi jezici postati ravnopravni sa dominantnim jezikom Carevine. Osim toga, zbog traženja slovenskih ekvivalenata za nemačku pravno-političku terminologiju, germanska leksika je znatno uticala na oblikovanje jezičke kulture tih naroda, na obogaćivanje izražajnih mogućnosti u raznim oblastima javnog života (privrednog, trgovačkog, školskog, vojnog itd.).<sup>40</sup> Mnogi germanizmi ili njihovi doslovni prevodi postali su deo govornog jezika, prihvaćeni prvenstveno među obrazovanom elitom, pogotovo onom koja je živela u okviru Austrijske carevine. Otuda je i sam *Rečnik pravno-političkih termina za južnoslovensko stanovništvo* odigrao značajnu ulogu u sveukupnoj emancipaciji tih naroda. Za ono doba njegovo sastavljanje je bilo, kako primećuju moderni lingvisti, izazov sličan današnjoj potrebi da se jezici naroda ujedinjene Evrope osposobe za ravnopravnu komunikaciju sa drugima.<sup>41</sup>

Međutim, upravo su se na ovom projektu, koji je vodio ka lingvističkoj homogenizaciji slovenskog stanovništva, sučelile i unutrašnje protivrečnosti, rezultat istorijskih, političkih, kulturnih, religijskih, ekonomskih i drugih razlika među njima. Često ta trvenja nisu bila samo između etnički različitih slovenskih naroda, nego čak i unutar jednog od njih. To je pogotovo važno za srpski narod, koji je bio rasejan po prostorima Balkana i srednjeg Podunavlja, nastanjen na teritorijama dveju moćnih evropskih monarhija (Austrije i Ugarske) i u vazalnom odnosu spram Otomanskog carstva. Otuda, početkom XIX veka duhovna kultura Srba u krajevima preko Save i Dunava nije bila ista kao i onih koji su bili nastanjeni južno od ovih reka. Pod turskom okupacijom usmena književnost i epska poezija bile su stožer kolektivnog pamćenja, neka vrsta istorijske hronike o prohujalim vekovima, iščezlim carstvima, mitskim herojima i svetiteljima. Tek ponešto od toga ostajalo je zapisano u manastirskim pisarnicama, pa je veština beleženja bila privilegija jedino sveštenika i ponekog trgovca, koga je potreba posla na to naterala.

40 Mamić M., „Hrvatsko vojno nazivlje u rječniku *Juridisch-politische terminologie*“, *Jezik*, vol. 54, br. 2, Zagreb 2007, 55–60.

41 Mamić M., *op. cit.*, 57. Analizom sadržine Rečnika, isti autor u drugom članku zaključuje da je jezičko čistunstvo („purizam“) ipak očuvano u hrvatskim terminima, dok je otvorenost slovenačkog i srpskog jezika prema stranim uticajima daleko veća. Ti „evropeizmi“ su posuđenice iz češkog, ruskog ili drugih slovenskih jezika, ponekad i turskog, mađarskog, italijanskog i sl. – Mamić M., *Hrvatski, srpski i slovenski jezični purizam u riječniku Juridisch-politische terminologie, Rasprave*, Zavod za jezik, sv. 10–11 (1984–1985), Zagreb, 1985, 99–107. Hrvatski lingvisti s ponosom ukazuju na veoma ranu pojavu, koja je imala dugu tradiciju, jezičkog čistunstva kod tog naroda: „U hrvatskoj se književnosti već u staro doba nastoje kloniti barbarizama i stranih riječi, te se osjeća u književnim djelima određena svjesna briga oko jezičnog odabiranja. U toku stoljeća javlja se dakle težnja da književni jezik u književnim djelima bude što čišći, probraniji. Jedno je jezik razgovorni, često pun tuđica, a drugo je jezik u književnim djelima u kojima se javlja nastojanje za što većom jezičnom čistoćom. Način na koji se to može postići i u kojoj mjeri, u raznim je vremenima različit, ali težnju za što probranijim i čistijim književnim jezikom zapažamo i kod dubrovačkih književnika, i kod Vitezovića... Ta briga oko jezične čistoće koja karakterizira hrvatski književni izraz i u XIX stoljeću, ostala je imanentna i kasnije.“ – Vince, Z., *Filološke škole XIX stoljeća u razvoju hrvatskog književnog jezika*, Zagreb 1968, 171–172.

U isto vreme, Srbi u Ugarskoj već imaju svoje škole, gimnaziju u Sremskim Karlovcima i Novom Sadu („Srpskoj Atini”), uticajnu Karlovačku mitropoliju, a u Pešti *Maticu srpsku* (1826) i *Tekelijanum* (1838), najznačajnije nacionalne ustanove ovoga naroda.<sup>42</sup> Već od vremena Marije Terezije (1740–1780) izvršene su značajne reforme u životu Srba Habzburške monarhije. Stvorene su građanske škole umesto crkvenih, ukinuti su pojedini manastiri, a u Beču je otvorena srpska štamparija (1770).<sup>43</sup> Bečka vlada već u to vreme (1774) pokušava da u okviru školske reforme uvede narodni jezik i latinicu u srpske škole, uz zabranu štampanja knjiga crkvenoslovenskim jezikom i ćirilicom.<sup>44</sup> Uprkos snažnom otporu na koji su te mere naišle u narodu, one su ipak odigrale značajnu ulogu, pošto su otvorile put novim, svetovnim uticajima i prodoru zapadne kulture među Srbe. Ideje prosvetnog apsolutizma preuzima potom car Josif II (1765–1790), koji je *Patentom o toleranciji* (1781) izjednačio pred zakonom sve veroispovesti u zemlji. Jozefinizam kao antiklerikalni, prosvetiteljski pokret obuhvatio je sve narode Austrije, ali je na najpovoljniji prijem naišao možda upravo kod obrazovanih Srba.<sup>45</sup>

42 „Zavedenije” (kasnije nazvano „Tekelijanum”) jeste prosvetno-vaspitna zadužbina imućnog dobrotvora i srpskog plemića *Save Tekelije* (1761–1842), namenjena školovanju darovite srpske dece i studenata u Ugarskoj. Po okončanju studija prava u Budimu, Tekelija je postao prvi *doctor iuris* „ot Srbalja” (kao i „ot Mađžara” koji nisu profesori univerziteta), raspravom *Dissertatio iuridica de causa, et fine civitatis*, objavljenom u Pešti 1786. godine (prevod: *Pravna disertacija o uzroku i cilju postojanja države*, Novi Sad 2009). U „Tekelijanumu” je bilo sedište *Matice srpske* sve do njenog preseljenja u Novi Sad (1864). Tekelija je pred smrt zadužbini zaveštao celokupnu svoju imovinu. Kao predstavnik plemstva, borio se protiv liberalnih francuskih ideja o jednakosti staleža, pa i njihovom ukidanju. Time je odstupio od svojih stavova iz doktorske teze, gde je bio pun hvale za Rusoa i njegovu teoriju društvenog ugovora. Politički se angažovao kao poslanik Ugarskog sabora i kao sekretar Ugarske dvorske kancelarije u Beču. Mada je podržao izbor Stratimirovića za mitropolita, protiv njega i srpske jerarhije upućivao je veoma oštre kritike. Ipak, u oblasti jezika ostao je tradicionalista i čvrsti sledbenik Stratimirovića i Hadžića. Up. Gavrilović, S., „Sava Tekelija”, *Temišvarski zbornik*, 1 (1994), 5–15, Beograd, 1976; Milisavac Ž., *Sava Tekelija – poslednji zatočnik slavenoserpskog jezika*, Beograd 1976. i *Matica srpska*, Novi Sad 1965; Bugarški, S., *Dnevnik Save Tekelije*, Temišvar – Novi Sad 1993; Basta D., „Disertacija prvog srpskog doktora pravnih nauka”, u: *Samopoštovanje i puzavost* (2), Beograd 2010, 204–213.

43 Pri slavenoserpskoj štampariji u Beču jedno vreme je radio i *Gligorije (Gliša) Trlajić*, koji je prevodio („posrblijavao”) knjige za koje je mislio da će biti od koristi za njegov narod. Bio je jedan od najobrazovanijih Srba s kraja XVIII i početka XIX veka. Po završetku filozofskih i pravnih studija u Beču, otišao je u Rusiju i 1804. godine postao profesor u Sankt Peterburgu, kasnije u Harkovu. Sačuvana je njegova rasprava na francuskom jeziku o prirodnom pravu i metodologiji pravne istorije. Stanojević O., „Gligorije Trlajić – prvi srpski profesor prava”, *Analni Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1–3 (1991), 289–293.

44 Tek će karlovački mitropolit Putnik (1781–1790) svojom upornom borbom uspeti da privoli carsku vlast da 1785. odustane od tog zahteva. Kostić M., „Pokušaji bečke vlade oko uvođenja narodnog jezika i pravopisa u srpske, hrvatske i slovenačke škole krajem 18. veka”, *Prilozi za književnost, jezik, istoriju i folklor*, knj. XVIII, Beograd, 2 (1973), 253–257.

45 Deretić J., *Istorija srpske književnosti*, Beograd 1983, 32. Najizrazitiji sledbenik tih prosvetiteljskih ideja bio je *Dositej Obradović* (oko 1739–1811), srpski književnik koji je među prvima pisao na narodnom jeziku. Međutim, u svojim tekstovima on još uvek

Ipak, pravoslavna crkva će ostati čvrsto na poziciji čuvara srednjovekovnih tradicija i višestoljetne pismenosti, pa će se Karlovačka mitropolija otuda oštro boriti protiv uvođenja narodnog jezika u srpske škole i književnost na tlu Habzburške monarhije. Ona je insistirala na kulturnoj, jezičkoj i religijskoj srodnosti sa „majkom Rusijom”, ali takođe i na čvrstoj političkoj orijentaciji prema toj moćnoj pravoslavnoj imperiji. Otuda srpsko sveštenstvo u merama jozefinizma nije videlo korak ka proklamovanom izlasku Srba iz svojevrstne političke i kulturne izolacije niti put ka čvršćem integrisanju u društveno-politički i kulturni život Monarhije.<sup>46</sup> Za crkvenu vlast („jerarhiju”) to je bio proces unijaćenja i odnarođavanja, koji neminovno vodi ka gubljenju nacionalnog identiteta i presecanju veza sa „bratskom Rusijom”.

Otuda je unutar samog korpusa srpskog naroda došlo do raskola i žestokih sukobljavanja među najumnijim glavama te epohe. Ta idejna, pa i politička sučeljavanja odražavala su se i na kulturu, a pogotovo na standardizaciju književnog jezika. Kada se na talasu panslavističkog pokreta pojavila i ideja jezičkog objedinjavanja ovih naroda, situacija je postala još složenija. Pred opasnošću od germanske, mađarske ili italijanske kulturne asimilacije, slovensko stanovništvo to objedinjavanje svesrdno prihvata, željno sopstvene emancipacije u okviru Carevine – koja i sama pod pritiskom revolucionarnih događanja iz 1848. godine posredno daje podršku tom procesu. Ipak, ta emancipacija ima dva lica: ona ne osnažuje samo separatističke težnje u odnosu na centralnu vlast, već to „buđenje” slovenskih naroda postaje težnja ka kulturnom, jezičkom, pa i svakom drugom omeđivanju u odnosu na ostalu njihovu slovensku „sabraću”. To se naročito odnosilo na austrijske Srbe i Hrvate jer ih je vekovima razdvajala pripadnost pravoslavnoj, odnosno katoličkoj veri (kojoj pripadaju i Slovenci).

Zato se sredinom XIX veka kod južnoslovenskih naroda manifestuju dve sasvim suprotne tendencije: „unitarna” – koja vodi ka njihovom kulturnom, pa i jezičkom integrisanju, i „separatna” – koja će u slabljenju apsolutizma videti šansu za „nacionalni preporod” isključivo sopstvenog naroda. Prvu tendenciju podržavaju, iz sasvim različitih razloga, austrijska vlada, ilirski pokret (predvođen Hrvatom Ljudevitom Gajem i Slovincem Stankom Vrazom), a kod Srba Vuk Karadžić; dok se za suprotnu opciju zalažu uglavnom klerikalni predstavnici obe hrišćanske crkve (zagrebački Kaptol i sremskokarlovačka

koristi arhaične staroslovenske reči i rusizme. Vuk će svojom reformom istisnuti iz upotrebe upravo taj jezik. Dositej je bio poliglota koji je vladao klasičnim i velikim brojem evropskih jezika. Veoma rano je napustio Srbiju i mnogo putovao po Evropi, stekao široko obrazovanje, a najduže je živio u Beču. Mada je započeo školovanje u manastiru Hopovo i želeo da se zamonaši, vremenom je postao antiklerikalac. Priklonio se racionalističkim idejama i smatrao da se „umnim delanjem” mogu izvršiti brze društvene reforme i savladati nasleđe prošlosti. Zalagao se za sekularizaciju i versku toleranciju, smatrajući da naciju ne treba vezivati za veroispovest. Otuda je govorio da postoje Srbi pravoslavne, rimokatoličke i muslimanske vere. Kada je izbio Prvi srpski ustanak (1804) došao je da pomogne svom narodu, gde je i umro kao prvi ministar („popečitelj”) prosvete u prvoj ustaničkoj vladi. Pijanović P., *Život i delo Dositeja Obradovića*, Beograd 2000.

Mitropolija), kao i oni intelektualni i politički krugovi koji teže ostvarenju „tisućljetnog” ili „hiljadugodišnjeg” sna o obnovi svojih srednjovekovnih država. Pritom se jezičke osobenosti i njihova rasprostranjenost uzimaju kao argumentacija za teritorijalno podvajanje, pa čak i kao potvrda istorijskog prava na pojedine „hrvatske” ili „srpske” zemlje. Takve aspiracije su potom artikulirane u nacionalistički orijentisanim političkim pokretima, koji su doveli do nepomirljivih sukoba među tim narodima – sve do najnovijih vremena.

Zbog toga će se borba za jezičke standarde, latinično ili ćirilično pismo, kao i za njegovu konkretnu grafiku, uzdizati do nečeg višeg i važnijeg od običnog lingvističkog diskursa, čime taj sukob postaje ideološki, kulturni, politički. Kod Srba su početkom XIX veka dva slova postala paradigma tog raskola: ćirilično „debelo jer” (Ѣ) i latinična „jota” (j). Prvo je simbolizovalo Istok, rusofilstvo, pravoslavlje i crkvenoslovenski jezik, a drugome je pripisivana orijentacija ka katoličkom Zapadu i unijaćenju. Sava Mrkalj, jedan od znamenitih srpskih jezikoslovaca, svoje zalaganje za ukidanje „debelog jer” platiće životom,<sup>47</sup> dok će uvođenje latiničnog slova „j” u ćiriličnu azbuku biti razlog za decenijsko žestoko nadgornjavanje između Vuka i Hadžića.

Sukob Vuka sa umnim glavama austrijskih Srba predstavljao je sučeljavanje ta dva sveta, dve istorijske epohe. To je sukob između versko-feudalnog *konzervativizma* i nacionalnooslobodilačkog *dinamizma*.<sup>48</sup> Zastupnici i jednih i drugih ideja su patriote koje se bore za „narod”, njegovu slobodu, nacionalnu kulturu, pa i jezik. Međutim, Vukovi protivnici su predstavnici višeg građanskog sloja (sveštenstvo, oficiri, trgovci, učeni ljudi) za koje je narod često apstraktna kategorija, koju treba obrazovati prema svom kulturnom modelu. Stečene društvene pozicije oni žele trajno da zadrže, a najveću pretnju vide u revolucionarnim viorima koji potresaju Evropu. Njihov govor je oličen u jeziku crkve, otmenih književnika i patriotskih pesnika, koji je uzvišen, patetičan i okoštao, a pritom prepun ruskih, mađarskih, nemačkih i latinskih reči. S druge strane, Vuk se okreće siromašnom puku, njegovoj revolucionarnoj snazi i u Herderovom „narodnom duhu” (*Volksggeist*) nalazi inspiraciju u borbi za kreiranje „nove” srpske kulture i književnog jezika.

Paradoksalno je da je upravo znatno razvijenija vojvođanska sredina (Južna Ugarska) bila bastion konzervativizma, a vispreni Vuk je dobro shvatio da prvo na tom terenu mora izvojevati odlučujuću pobjedu. U urbanim

47 Bio je doktor filozofije, astronom, matematičar, poliglota i jezički reformator. Zalagao se za uvođenje narodnog jezika i pre Vuka proklamovao fonetski princip „Piši kao što govoriš”, tražeći izbacivanje nepotrebnih slova, pa i „debelog jer”. Svoje stavove je izložio u omanjem spisu *Salo debelog jera libo azbukoprotres* (Budim 1810), čime se veoma zamerio mitropolitu Stratimiroviću, koji je naložio peštanskoj cenzuri da se „slični spisi više nipošto ne smeju štampati”. Mrkalj je mislio da će svojim zamonašenjem ublažiti oštre napade Pravoslavne crkve prema njemu. Međutim, u manastiru je bio prezren i kinjen, pa se kasnije morao odreći tog svog teksta i napustiti manastir. Sve je to osetljivog Mrkalja dovelo do psihičkog sloma i okončanja života u bečkoj duševnoj bolnici (1833). Njegov spis je sačuvan u samo jednom primerku, pošto su svi uništeni kao opasni. Up. Stojanović Lj., *Život i rad Vuka St. Karadžića*, Beograd 1924; Selimović M., *Za i protiv Vuka*, Beograd 1967, 9–16.

48 Selimović M., *nav. delo*, 42.

centrima Carevine išle su mu naruku sve prisutnije evropske liberalne ideje, a prirodne saveznike je nalazio u siromašnom građanskom sloju (među srpskim učiteljima, zanatlijama, sitnim trgovcima). Uz njega su bili i politički emigranti iz Kneževine, pogotovo liberalna omladina školovana u francuskoj („Parizlije”) i drugim evropskim centrima.<sup>49</sup> Doduše, i njihovi liberalni ideali su po usvajanju u toj krajnje nerazvijenoj socijalnoj sredini morali biti „posrbljeni”, to jest adaptirani, nakalemljavani na prastare srpske ustanove: državne sabore, narodne skupštine, porodičnu zadrugu i sl.<sup>50</sup> Pred Vukom je otuda stajao težak zadatak da iz korena promeni staru, učajurenu, od naroda odvojenu, ljubomorno čuvanu, pravoslavnu, slavjanoserbsku kulturu.

Tek kroz prizmu ovih složenih istorijskih i sociopolitičkih okvira moguće je bolje razumeti ulogu pojedinih učesnika u kreiranju Književno-jezičkog sporazuma iz 1850. godine, kao i razloge za skoro istovremeno sastavljanje *Rečnika pravno-političkih termina*.<sup>51</sup>

### Naučna ocena *Rečnika pravno-političkih termina*

Za razliku od hrvatskih filologa, koji *Rečniku* posvećuju daleko veću pažnju, a neki u njemu vide i „temelj hrvatskoga pravnog nazivlja”<sup>52</sup>, u srpskoj nauci on je donedavno ostao skoro nezapažen.<sup>53</sup> Jedan od nespornih autori-

49 Trgovčević Lj., *Planirana elita: O studentima iz Srbije na evropskim univerzitetima u 19. veku*, Beograd 2003. Zanimljivo da su se čak i sveštenici koji su završili teološke studije u autokratskoj Rusiji po povratku u Srbiju zalagali za liberalne ideje i aktivno uključivali u političke borbe. Postajali su i narodni poslanici, pa je na skupštini iz 1859. godine jedan prota zahtevao da se izda zakon o slobodi štampe „jer je to jemstvo za slobodu narodnu”. Živanović Ž., *Politička istorija Srbije druge polovine XIX veka*, I, Beograd 1923, 39.

50 U pravnoj sferi to se ogledalo, na primer, u svodenju velikih porodičnih zadruga na „pravna lica” kako bi se liberalni koncept o zaštiti privatne svojine uskladio sa realno postojećim, veoma nerazvijenim imovinskopравnim odnosima na srpskom selu. Prvenstvo nasleđivanja muških potomaka i kolektivnosvojinski odnosi u velikim porodicama („zadugama”) morali su biti sačuvani i prilikom donošenja Srpskog građanskog zakonika. Njegov tvorac Jovan Hadžić trpeo je žestoke kritike da je on sam doprineo propadanju ovih „tradicionalnih srpskih ustanova”. Up. Pavlović M., *Srpska pravna istorija*, Kragujevac 2005, 321–324; Stefanovski M., „Kodifikatorski rad Valtazara Bogišića i Jovana Hadžića – sukob zakona i običaja”, u: *Sto pedeset godina od donošenja Srpskog građanskog zakonika (1844–1994)*, Beograd 1996, 119–143; Đorđević M., „Kodifikatorski rad Valtazara Bogišića i Jovana Hadžića”, *Spomenica Valtazara Bogišića*, knj. I, Beograd 2011, 283–299.

51 Iste godine u Beču je preveden i Austrijski krivični zakonik i izdat sa uporednim ilirsko-srpskim i nemačkim tekstom, koji je važio u Hrvatskoj do 1930. godine: *Kazneni zakon o zločinstvima, prestupcima i prekršajima iz 1852. godine*. Up. Vasiljević T., *Đorđe D. Cenić. Razvoj krivičnopravne misli u Srbiji XIX veka*, Izvori srpskog prava, knj. VII, SANU, Beograd 1987, 155.

52 Mamić, *Temelji hrvatskoga pravnoga nazivlja*, Zagreb 1992, 5.

53 Situacija je izmenjena tek radovima M. Lukovića (Balkanološki institut SANU), koji je kao pravnik i lingvista dao značajniji doprinos obradi ovog multidisciplinarnog naučnog problema. O tome u njegovim monografijama: *Razvoj srpskog pravnog stila, prilog istoriji jezika i prava u Srbiji*, Beograd 1994; *Bogišićev zakonik, priprema i jezičko oblikovanje*, Beograd 2009. i tamo navedena literatura. Mada se ovom problematikom

teta u srpskoj lingvistici je samo lapidarno zaključio da to delo nije mnogo uticalo na razvoj terminologije kod Srba „jer je Kneževina Srbija tada već posedovala zakonodavstvo i donekle uhodanu sudsku i upravnu praksu (...) a da posle ukidanja Srpske Vojvodine 1860. nije ostalo mnogo prostora za administriranje na srpskom jeziku”.<sup>54</sup> Tačno je da u Kneževini Srbiji nije bilo većeg odjeka, ali je to razumljivo jer se vazalna srpska država tek borila za svoje oslobođenje od turske okupacije i morala je prvenstveno da rešava svoje unutrašnje probleme. Mada su učesnici u sastavljanju terminološkog rečnika bili veoma ugledni Srbi, oni su kao austrijski podanici u krajnjoj liniji obavljali posao koji im je poverila njihova država. Mešanje u unutrašnje stvari jedne moćne evropske imperije u susjedstvu ne bi bilo ni najmanje od koristi. Štaviše, već samo učešće Vuka Karadžića u tom poslu bilo je razlog da tadašnja Srbija ostane ravnodušna jer su na njenoj teritoriji Vukov pravopis i reformisana azbuka u to vreme bili zabranjeni. Srpska vlast će tek 1860. godine doneti zakon kojim se dozvoljava upotreba Vukove ćirilice, doduše u svim izdanjima osim u zvaničnim i školskim knjigama, a četiri godine posle njegove smrti, 1868. godine, ukinuta je i ta zabrana.<sup>55</sup> Ipak, među srpskim pravnicima, pa i u široj naučnoj javnosti, nije bilo značajnih reakcija na ovaj terminološki rečnik.

Tek je Valtazar Bogišić, tvorac *Opšteg imovinskog zakonika za Knjaževinu Crnu Goru*, dao kritičku ocenu *Rečnika*.<sup>56</sup> To je učinio u okviru predavanja *Tehnički termini u zakonodavstvu*, održanom 1887. godine u Petrogradu,<sup>57</sup> u

bavio već Pavlović P., „Saradnja Vuka Stefanovića Karadžića na terminološkom rečniku iz 1853. godine”, *Filologija* 4 (1963), Zagreb, 129–139, autor izričito napominje da je ostavio „da se značenje ovoga rečnika s gledišta pravničke terminologije prouči na drugome mestu”. O istoriji nastanka Bečkog dogovora i pomenutog rečnika govori Novak V., *Vuk i Hrvati*, Beograd 1967, 277ss; Jezičko-istorijski aspekt obrađuje i Milisavac Ž., „Pokušaji izrade zajedničke jugoslovenske terminologije u XIX v. – odraz težnji ka političkom i nacionalnom jedinstvu”, *Zbornik Matice srpske za filologiju i lingvistiku*, 12 (1969), 101–114. O stvaranju pravne terminologije kod Srba više se govori kod Vasiljević T., *nav. delo*, 154–161.

54 Ivić P., *Celokupna dela, IV, O Vuku Karadžiću*, Sremski Karlovci – Novi Sad 1991, 285–286.

55 Milanović A., *Kratka istorija srpskog književnog jezika*, Beograd 2006, 132.

56 Valtazar Bogišić (1834–1908), pravni istoričar, univerzitetski profesor i ministar pravde u Crnoj Gori. Govorio je italijanski, francuski i nemački, izvrsno poznao nekoliko slovenskih jezika kao i klasične. U Veneciji je završio licej i maturirao, a potom studirao prava i istoriju u Beču, Minhenu, Berlinu i Parizu. Doktorirao je istorijske nauke u Gisenau, a pravne u Beču. U Odesi je dobio počasni doktorat iz državnog prava, gde je prethodno bio profesor istorije prava slovenskih naroda. Izabran je za redovnog člana JAZU (1867) i Srpske kraljevske akademije (1888). U Beču je radio kao savetnik Dvorske biblioteke i održavao kontakte sa Miklošićem, Jagićem, Vukom i Daničićem. Ti susreti su bez sumnje uticali na njegove naučne poglede i jezički izraz. Danilović J., „O Valtazaru Bogišiću” (predgovor), u: *Izabrana dela i Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru*, Beograd 1986, 5–41; Luković M., *Bogišićev zakonik – priprema i jezičko oblikovanje*, Beograd 2009. O usko lingvističkim pitanjima: Burić M., „Pravna terminologija u Bogišićevom zakoniku”, *Spomenica Valtazara Bogišića*, knj. 2, Beograd 2011, 471–511.

57 Reč je o prigodnom predavanju povodom okončanja izrade *Zakonika*, održanom u Ruskom filološkom društvu Petrogradskog univerziteta, koje je uz njegovu dozvolu preveo

kome je oštro napao način na koji je rađen bečki terminološki rečnik: „Iako je u toj komisiji bilo nekoliko najboljih znalaca jezika, ipak srpske riječi, koje su odgovarale njemačkim terminima (ekvivalenti) osobito one koje nijesu uzimane iz narodnog jezika, rađene su mehanički, koje kako, na brzu ruku, ne naslonivši se u tome ni na jedan ranije obrađeni naučni metod, da bi njihov smisao bio razumljiv narodu. Ukratko: to je bio hitan sastav da se njime koliko god namiri potreba, koja se tada pojavila. Osim toga, u tome su izdanju izostali mnogi vrlo potrebni termini. Jedan između glavnijih filologa te komisije<sup>58</sup> lično mi je kazivao da su u njoj imali odlučan uticaj pravnici, od kojih nijedan nije imao ni pojma o lingvistici; a filologe su smatrali više kao savjetodavce.”<sup>59</sup> Za Petranovićeve izvode iz bečkog terminološkog rečnika, uključujući i priručnik za potrebe činovništva u Dalmaciji, Bogišić kaže da su njihovi „nedostaci isti kao i u knjizi iz koje su uzeti”.<sup>60</sup>

Nesporno je da je Bogišić svojim Zakonikom iz 1888. godine stvorio remek-delo pravničke struke. Polazeći od postulata Savinjijske istorijsko-pravne škole, on je kodifikovao običajno pravo srpskog naroda u Crnoj Gori i prilagodio ga potrebama novog vremena.<sup>61</sup> Koliko je ogromna njegova zasluga za uspešno ostvarenje ove ideje knjaza Nikole, govori i činjenica da se u narodu, pa i naučnim tekstovima, ovaj pravni spomenik naziva „Bogišićev zakonik”. Dakle, ne po vladaru već po njegovom tvorcu, za razliku od kodeksa Justinijana, Napoleona, pa i prvog crnogorskog knjaza Danila (*Danilov zakonik* iz 1855. godine).

Međutim, u pomenutoj kritici on je ipak preoštara, pa donekle i nepravedan. Zato je u nekim kasnijim radovima ipak ublažitio te ocene. Tek više od tri decenije od objavljivanja bečkog terminološkog rečnika, Bogišić će za njega kazati da su ga izradili „prvostepeni znalci jezika” i da u njemu

---

sa ruskog arhimandrit N. Dučić i odmah objavio u beogradskom pravnom časopisu *Branik* iz 1887. godine. Valtazar Bogišić, *Izabrana dela i Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru*, Beograd 1986, 101–102.

58 To je mogao biti jedan od dvojice Bogišićevih prijatelja: Vuk Karadžić (koga je sretao u Beču) ili Miklošić (koga je nasledio u Dvorskoj biblioteci u Beču), a kada je reč o pravicima u Odboru, prvenstveno misli na Petranovića, Mažuranića i Cigale. Vid. Luković M., *Bogišićev zakonik*, cit., Beograd 2009, 190.

59 Bogišić V., *Izabrana dela i Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru*, Beograd 1986, 106.

60 *Ibidem*. Bogišić je tada (1878) i sam doveo u sumnju svoj metod rada: „U tečaju svoje kodifikatorske radnje, ja sam mislio da je jedan između najpouzdanijih naslona u stvaranju novih termina razgovor s čovekom iz naroda, koji može biti izraz narodnog uma. Meni se činilo da će to biti dovoljno kad se pred takvog čoveka iznesu bitna svojstva te stvari, ili odnošaja, uvesti ga potom u razgovor i privoleti da on sam dâ ime tom odnošaju, ili bar neke osnove za taj naziv. *A priori* reklo bi se da nema ništa prostije. Ali u praktici taj mi način nije pošao za rukom i tijekom putem nijesam postigao ni jedan termin.” *Nav. delo*, 116.

61 Taj zadatak mu je postavio knjaz Nikola, naredivši da se „glavna pažnja skrene na narodne pojmove o pravdi, na običaje, predanja i na žive potrebe srpskog naroda.” Pomenuti cilj je izričito naveden u kneževom Ukazu povodom stupanja na snagu samog Zakonika, 25. marta 1888. godine.

ima „mnogo građe kojom se možemo i hoćemo koristiti”.<sup>62</sup> Pošto je i sam petnaestak godina obavljao kodifikatorski posao (od 1873), shvatio je svu težinu tog zadatka, pa je mogao konstatovati da se pravnotehnički izrazi „tek vjekovima utvrđuju, a u nas se o tome tek počelo misliti”.<sup>63</sup> Prethodno je nazivao „nakazama” neke termine zastupljene u bečkom rečniku, a sada je mnogo oprezniji u izricanju svojih sudova. Takođe je oštro kritikovao i Jovana Hadžića, tvorca Srpskog građanskog zakonika iz 1844. godine, zbog „kodifikatorskih nespretnosti” pri njegovoj izradi i „kopijanja tuđih uzoraka” (misleći na Austrijski građanski zakonik).<sup>64</sup> Međutim, treba imati u vidu da je bečki Odbor ogroman posao oko terminološkog rečnika završio za manje od četiri meseca, uz značajnu finansijsku podršku austrijskog Ministarstva pravosuđa, a da je Hadžić svoj zadatak obavio za samo dve godine (1840–42), ispunjavajući time strogi ugovor sa vlastima siromašne Kneževine Srbije.<sup>65</sup> Naprotiv, Bogišić je sve vreme uživao bogatu finansijsku pomoć Rusije, svesrdnu podršku knjaza Nikole, tako da nije bio sputan nametnutim rokovima i imao je dovoljno vremena za studiozan rad, koji je uglavnom obavljao u Parizu. Pa ipak, ni on sam nije bio potpuno zadovoljan onim što je postigao. Uz to, Bogišić je pred sobom već imao gotov vokabular srpskih pravnih pojmova (zaslugom Petranovića) i konačno uobličen Zakonik namenjen tek formiranom srpskom građanstvu (zaslugom Hadžića) – i ma koliko ti poduhvati bili podložni kritici, oni su ipak predstavljali polaznu osnovu za dalji rad. Nesumnjivo da su i sama ova pregnuća u znatnoj meri doprinela standardizaciji srpskog književnog jezika, kao i formiranju odgovarajuće pravne terminologije.<sup>66</sup>

62 Njegova nezavršena studija *Metod i sistem kodifikacije imovinskog prava u Crnoj Gori* (priređio T. Nikčević, SANU, Posebna izdanja, knj. CDIX), Beograd 1967, 128.

63 *Ibidem*.

64 Nikčević T., *Postanak i pokušaj prerade građanskog zakonika Kneževine Srbije*, Spomenik CXIX, Odeljenje društvenih nauka, n.s. 21, Beograd 1971, 42.

65 Uz to je vodio i oštru jezičku polemiku sa Vukom, a kasnije i sa Đurom Daničićem. Up. Luković M., *Bogišićev zakonik*, cit., 192; Isti, *Razvoj srpskoga pravnog stila*, cit., 49–51.

66 Pritom ostaje otvoreno pitanje, koje pokreće M. Luković (*Bogišićev zakonik*, cit., 194), da li je preuzimanje termina iz bečkog rečnika moralo biti isključivo *neposredno* i u *kontinuitetu* (na primer, iz terminološke leksike Srpske Vojvodine u moderni srpski jezički standard, ili je taj put vodio iz Kneževine Srbije), odnosno da li je on ipak *zaobilazan* i *posredan* (preko hrvatske terminologije koju je oblikovao Demeter; ili posredno preko Bogišićevog zakonika, naravno, ukoliko bi se utvrdilo da je i on preuzeo termine iz pomenutog rečnika). Rezultate parcijalnih istraživanja u tom pravcu ovaj autor iznosi u članku „Trideset godina Zakona o obligacionim odnosima – *de lege lata* i *de lege ferenda*”, Zbornik radova, Beograd 2009, 457–470.



Prof. dr Žika Bujuklić\*

## FORMATION OF THE LEGAL TERMINOLOGY AMONG SERBS IN THE XIX CENTURY

### SUMMARY

*From the early XIX century, the Serbian people has renewed through successful uprisings its state, regained independent Church and began to establish their own educational and cultural institutions. To this aim it was necessary to establish the official literary language, including appropriate legal terminology. Only from the perspective of these revolutionary changes and analysis of historical and socio-political framework, one can understand the importance of achieving two important cultural endeavor in Serbian and other South Slavonic people (Croats and Slovenians) – both in Vienna and came highly related to each other. The first one was Literary and linguistic Agreement achieved in 1850, and the second was Legal and Political Vocabulary for Austrian Slavs published in 1853 (*Juridisch-politische Terminologie für die slawischen Sprachen Oesterreichs: Deutsch-kroatische, serbische und slowenische Separat- Ausgabe*). Although it is still disputable what was their actual contribution to the language formation of South Slavonic nations, with victorious Vuk Karadžić's reform (1847), represented by Vienna Agreement (1850), the Serbian people certainly established the basis of their official language. This is one of the most important milestones in the historical sequence that led these people from forming their own language and their own nation, to an independent state and a proper legal order. A necessary precondition for such development was the creation of accurate legal terminology, whether by speaking the vernacular language, by composing appropriate new words or by verbatim translations from other European languages (mainly German).*

Key words: Serbian legal terminology. Vienna Literary Agreement. Legal and Political Dictionary.

---

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

## BIZNIS MENADŽMENT I RIMSKO PRAVO

### Apstrakt

*Rimsko pravo je razvilo efikasne forme preduzetništva i menadžmenta koje se pravno radikalno razlikuju od modernog prava. Naročito zanimljiv primer je poslovođenje putem zajedničkih robova. Takvi robovi, postavljeni i ovlašćeni da rukovode najrazličitijim poslovima na kopnu i moru bili su važan sloj menadžera u Rimu – institores. Ukoliko im je bio poveren pekulijum na upravljanje, razlika između preduzetnika i menadžera gotovo da je bila izbrisana. Efikasnosti ove vrste biznis menadžmenta najviše su doprineli pretor i njegove tužbe s dodatim subjektom. U radu se ispituju četiri tipa poslovođenja u kolektivnom preduzetništvu u rimskom pravu: 1) preduzetnici svi zajedno vode poslove ili su poslovođenje poverili jednom od njih; 2) preduzetnici su poverili vođenje poslova zajedničkom robu na osnovu tzv. praepositio, pa se zajednički rob pojavljuje kao institor ili magister navis; 3) preduzetnici su poverili vođenje poslova zajedničkom robu koji ima peculium; 4) preduzetnici su poverili vođenje poslova tuđem robu ili slobodnom čoveku koji nije preduzetnik. Kompleksna pravna rešenja doprinela su tome da se prevaziđu mnogobrojne slabosti rimskog ortakluka. Osim toga, ove forme su se, funkcionalno i de facto, približile modernim korporativnim oblicima preduzetništva i poslovođenja, čime se na još jednom primeru može potvrditi čuvena rimska praktičnost, pragmatičnost i efikasnost.*

Ključne reči: *Preduzetništvo. Poslovođenje. Zajednički rob. Pretorske tužbe. Institor. Magister navis. Peculium.*

### Uvodne napomene

Biznis menadžment je izraz koji se danas toliko odomaćio u našem jeziku da ga gotovo niko više i ne prevodi. Ređe se upotrebljava odgovarajući domaći pojam, poslovođenje, odnosno vođenje poslova u preduzeću. Biznis ili preduzetništvo danas je nezamislivo bez menadžera – poslovođa, posebnog sloja zaposenih koji nisu preduzetnici, iako u svom poslu moraju pokazivati inicijativu i kreativnost da racionalno organizuju proizvodnju, efikasno koriste kapital, kontrolišu i nadziru radnike zaposlene u preduzeću itd. To je danas prestižno i popularno zanimanje, koje se izučava na fakultetima, ne samo kao veština nego i kao nauka. Manje je poznato, međutim, da je i u

---

\* 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 nauke Republike Srbije.

Rimu postojao poseban sloj poslovođa, biznis menadžera koji su se nazivali institori. Najčešće su se oni bili robovi, ali se ovaj sloj regrutovao i iz reda slobodnih ljudi srednjeg ili nižeg sloja. Njihova nadležnost u najrazličitijim vrstama poslova bila je strogo definisana putem tzv. *praepositio*.<sup>1</sup>

Kad je reč o današnjem preduzetništvu i preduzećima, bilo da su mala, srednja ili velika, ona gotovo uvek imaju poseban pravni subjektivitet. Posebno naprednu i komplikovanu formu predstavljaju moderne korporacije koja su otišle najdalje u procesu depersonalizacije biznisa. U rimskom pravu to nije bio slučaj. Rimska udruženja sa izvesnim elementima pravnog subjektiviteta, *collegia*, nisu bila ustanovljavana za ekonomske svrhe, osim izuzetno. Prema većinskom mišljenju, jedini oblik u kojem je u rimskom pravu funkcionisalo kolektivno preduzetništvo bio je *societas*. Ugovorno udruženje građana radi započinjanja i vođenja nekog posla smatra se prvim vidom preduzeća, a često i njegovim isključivim oblikom u rimskom pravu. Rašireno je mišljenje da se kolektivno preduzimanje poslova može izjednačiti s ortaklukom. Međutim, ortakluku se stavlja prigovor organizacione neadekvatnosti.<sup>2</sup> Naime, kao što je poznato, *societas* nema svojstvo pravnog lica, a time ni svoje organe, posebnu imovinu odvojenu od imovine ortaka. Osim toga, njegovu organizaciju dodatno čini nestabilnom i činjenica da se gasi smrću, promenom pravnog ili ekonomskog statusa svakog pojedinog ortaka.

Među prigovorima kojima se ističu negativne strane ortakluka naročitu težinu imaju oni koji se odnose na poslovođenje i zastupanje. Prema jednom od uticajnih mišljenja u literaturi, koje zastupa čuveni nemački romanista Franc Vijaker, *societas* nije ništa drugo do odnos posloводства i po tome je on srodan tutorstvu, mandatu ili poslovodstvu bez naloga. *Socius* kao poslovođa u formalnopravnom smislu ne preduzima poslove ni u ime udruženja kao celine ni u ime ortaka pojedinačno. Poslovođa je samo posredni zastupnik ostalih ortaka i zato je on sam poverilac i/ili dužnik trećih lica.

Ovim radom treba da se pokaže kako su Rimljani našli formu i način da se prevaziđu ove slabosti ortakluka. Reč je vođenju poslova putem zajedničkog roba, bilo da je on postavljen za poslovođu (*institor* ili *magister navis*) ili još više u slučaju kada je dobio *peculium* na upravljanje. U ovom slučaju suvlasništvo nad robovima<sup>3</sup> sada je pravno relevantno i za treća lica, a odnos između više preduzetnika nije samo interni odnos na temelju ugovora o ortakluku.<sup>4</sup> Naravno, presudnu ulogu u uvođenju naprednih formi preduzet-

1 Obimnu monografiju ovom fenomenu posvetio je Jean-Jacques Aubert, *Business Managers in Ancient Rome. A Social and Economic Study of Institores 200 B.C. – A.D. 250*, Leiden 1994, 1–520.

2 Andrea di Porto, *Impresa collettiva e schiavo „menager” in Roma antica (II sec. a. C. – II sec. d. C.)*, Milano 1984, 13 etc; Barbara Arbatino, Giuseppe Dari-Mattiacci and Enrico Perotti, „Early Elements of the Corporate Form: Depersonalization of Business in Ancient Rome”, *Oxford Journal of Legal Studies* 31/2011, 3 etc.

3 O pravnim aspektima suvasništva nad robovima detaljnije: Mario Bretone, *Servus communis. Contributo alla storia della proprietà romana in età classica*, Napoli 1958, 1–187.

4 A. di Porto, 19 etc; B. Arbatino, 5 etc.

ništva u Rimu odigrao je pretor, koji je svojim tužbama omogućio da poslovanje roba bude pravno utuživo. Pored ovog najčešćeg slučaja, poslovođenje se može poveriti čak i tuđem robu i slobodnim licima koji nisu preduzetnici.

Organizacija poslovođenja u kolektivnom preduzetništvu u rimskom pravu može se svesti na sledeće forme:

- 1) preduzetnici svi zajedno vode poslove ili su poslovođenje poverili jednom od njih;
- 2) preduzetnici su poverili vođenje poslova zajedničkom robu na osnovu tzv. *praepositio* pa se zajednički rob pojavljuje kao *institor* ili *magister navis*;
- 3) preduzetnici su poverili vođenje poslova zajedničkom robu koji ima *peculium*;
- 4) preduzetnici su poverili vođenje poslova tuđem robu ili slobodnom čoveku koji nije ortak.

### Preduzetnici kao poslovođe

U ovom slučaju preduzetnici su istovremeno i menadžeri. Kao primer iz kazuistike može se uzeti Ulpijanov tekst u kojem prenosi mišljenje Julijana koji govori o ortakluku trgovaca tekstilom (*sagaria negotiatio*).<sup>5</sup> Jedan od ortaka je krenuo da kupi robu, ali su ga napali razbojnici i oveli mu novac. Njegovi robovi su bili ranjeni, a izgubio je i neke svoje stvari. U tekstu se raspravlja pitanje snošenja rizika. Međutim, posmatrano sa stanovišta poslovođenja i zastupanja, jedan od ortaka pojavljuje se kao poslovođa u ortakluku radi trgovine tekstilom. Ortak poslovođa ne obavezuje društvo u celini, niti pojedine ortake. On stiče za sebe, a takođe i sam preuzima obligacije iz poslova koje zaključuje s trećim licima. Efekte tih poslova, kako dobit tako i gubitke deli s ostalim ortacima na temelju njihovog internog odnosa regulisanog ortačkim ugovorom.<sup>6</sup> O tome izričito govori sledeći tekst:

5 D.17.2.52.4 (Ulpianus, 31 edictum): Quidam sagariam negotiationem coierunt: alter ex his ad merces comparandas profectus in latrones incidit suamque pecuniam perdidit, servi eius vulnerati sunt resque proprias perdidit. Dicit Iulianus damnnum esse commune ideoque actione pro socio damni partem dimidiam adgnoscerere debere tam pecuniae quam rerum ceterarum, quas secum non tulisset socius nisi ad merces communi nomine comparandas proficisceretur. Sed et si quid in medicos impensum est, pro parte socium agnoscerere debere rectissime Iulianus probat. Proinde et si naufragio quid periit, cum non alias merces quam navi solerent advehi, damnnum ambo sentient: nam sicuti lucrum, ita damnnum quoque commune esse oportet, quod non culpa socii contingit.

[Neki su ugovorili ortakluk radi trgovine tekstilom. Jedan od njih je krenuo da kupi robu, ali je upao u zasedu pljačkaša i izgubio svoj novac. Njegovi robovi su ranjeni, a izgubio je neke svoje stvari. Julijan kaže da je šteta zajednička i da zbog toga drugi ortak treba da snosi na temelju tužbe pro socio polovinu štete kako u gubitku novca tako i ostalih stvari koje sa sobom ne bi nosio (ortak) da mu nisu trebale za kupovinu u zajedničkom interesu. Ako je imao troškove lečenja, Julijan s pravom smatra, da drugi partner treba da snosi (jednak) deo tih troškova.]

6 Dok su u ovom slučaju oba ortaka učestvovala svojom imovinom u zajedničkom poduhvatu, sledeći primer govori o posebnom statusu ortaka koji u zajedničko preduzeće unosi isključivo svoj rad. Iz ovog teksta je vidljivo, između ostalog, da se ortak koji isključivo

D.17.2.74 (PAULUS libro sexagensimo secundo ad edictum):

Si quis societatem contraxerit, quod emit ipsius fit, non commune: sed societatis iudicio cogitur rem communicare.

(Ako je neko zaključio ortakluk, ono što kupi postaje njegovo, a ne zajedničko. Ali on može tužbom iz ortakluka biti prisiljen da stvar učini zajedničkom).

Societas, dakle, po pravilu deluje interno i neposredno zastupanje nije moguće. Ipak, postoje nekoliko važnih izuzetaka, iako ima spornih pitanja i svi detalji nisu jasni.<sup>7</sup>

Najpoznatiji je slučaj društava publikana, iako nema mnogo pravnih izvora o ovim poznatim, često omraženim zakupcima poreza i javnih radova. O specifičnostima pravne strukture društava publikana dokazi se nalaze na malobrojnim, pretežno literarnim i epigrafskim izvorima, pa slika nije sasvim jasna. Ugovor o zakupu s državom zaključuje *manceps* odnosno *redemptor*. Međutim, sporno je pitanje da li *manceps* ugovor zaključuje u svoje vlastito ime, tako da ne obavezuje neposredno ortake ili je ovde reč o direktnom zastupanju.<sup>8</sup> Prvo stanovište izgleda verovatnije. Dokaz za ovu tvrdnju je činjenica da za obaveze koje je preuzeo *manceps* prema van odgovaraju ortaci, ali u svojstvu jemaca (*praedes*), a ne kao članovi ortakluka koje je *manceps* neposredno obavezao.

Na argentarije se u pravnim izvorima odnose mnoga posebna pravila, a jedno od njih je i solidarna odgovornost ortaka prema trećim licima.<sup>9</sup>

Pod znakom pitanje je *societas venaliciaria*. U Paulusovom tekstu iz komentara edikta kurulskih edila D.21.1.44.1 govori se o ortakluku trgovaca robovima i njihovoj odgovornosti na temelju *actio redhibitoria*. Pažnju izaziva

u ortakluk ulaže rad nalazi u ulozi poslovođe. Ta pozicija mu daje i izvesne privilegije. 17.2.29.pr-1 (*Ulpianus libro 30 ad Sabinum*): *pr. Si non fuerint partes societati adiectae, aequas eas esse constat. Si vero placuerit, ut quis duas partes vel tres habeat, alius unam, an valeat? Placet valere, si modo aliquid plus contulit societati vel pecuniae vel operae vel cuiuscumque alterius rei causa. 1. Ita coiri societatem posse, ut nullam partem damni alter sentiat, lucrum vero commune sit, Cassius putat: quod ita demum valebit, ut et Sabinus scribit, si tanti sit opera, quanti damnum est: plerumque enim tanta est industria socii, ut plus societati conferat quam pecunia, item si solus naviget, si solus peregrinetur, pericula subeat solus.* [Ako udeli u ortakluku nisu ugovorom posebno određeni, smatra se da su jednaki. Ako je određeno da neko ima dva ili tri dela, a drugi jedan, da li je to valjano? Važi ako neko pridonosi ortakluku više u novcu ili radu ili na neki drugi način. 1. Ortakluk se može ugovoriti tako da jedan ortak ne snosi nikakav gubitak, a da je dobit zajednička. Ovo je mišljenje Kasija. Kako piše Sabin, ovo bi važilo u slučaju da je (uloženi) rad onoliko kolika je šteta. Često je rad ortaka takav da pridonosi ortakluku više nego novac, na primer ako (ortak) sam plovi, ako sam putuje u inostranstvo i sam se izlaže opasnosti.]

7 Feliciano Serrao, „Sulla rilevanza esterna del rapporto di società in diritto romano”, *Studi Volterra* 5, Milano 1971, 743 etc.

8 E. Badian, *Publicans and Sinners*, London 1972, 67 etc; Maria Rosa Cimma, *Ricerche sulle società di publicani*, Milano 1981, 275.

9 Rhet. ad Her. 2.3.19; Paul. D.2.14.27pr. Detaljno o rimskim bankama i bankarskim poslovima u; Aldo Petrucci, *Mensam exercere. Studi sull'impresa finanziaria romana (II secolo a. C. – metà del III secolo d. C.)*, Napoli, 5; Alfons Bürge, „Fiktion und Wirklichkeit: Soziale und rechtliche Strukturen des römischen Bankwesens”, *ZSS*, 104, 1987, 519.

činjenica da se u okviru redhibitorne tužbe dozvoljava solidarna odgovornost trgovaca ortaka, što nije moguće u okviru redovne *actio empti*.<sup>10</sup>

Interesantan je slučaj ortakluka pomorskih preduzimača (*societas exercitores*).<sup>11</sup> Pomorski preduzetnici (*exercitores*) mogu postaviti kapetana (*magister navis*) koji će biti poslovođa. Kapetan (*magister navis*) može biti jedan od ortaka, slobodan čovek koji nije *exercitor*, zajednički rob ili čak tuđi rob. Osnovno pravilo je sledeće: kada ima više brodovlasnika odnosno više pomorskih preduzetnika (*exercitores*) koji su zajednički postavili kapetana, svaki od preduzetnika će biti odgovoran trećim licima *in solidum*, na temelju pretorske tužbe *actio exercitoria*, ukoliko kapetan (*magister navis*) prekrši ugovornu obavezu. Osnovno je da se ustanovi da li su preduzetnici (*exercitores*) zajednički postavili kapetana broda ili ne.<sup>12</sup> Ovo pravilo važi i u slučaju kada je jedan od partnera postavljen za kapetana, dakle poslovođu, menadžera broda (*magister navis*).

D.14.1.4.1 (Ulp. 29 ad ed.): *Sed si plures exerceant, unum autem de numero suo magistrum fecerint, huius nomine in solidum poterunt conveniri.*

(Ako više pomorskih preduzetnika jednog od njih postave za kapetana broda, svaki od njih može biti tužen za pun iznos (*in solidum*)).

Ovo pravilo pokazuje da *societas* ima eksterno dejstvo, doduše ne direktno, nego preko čuvenog pretorovog mehanizma i sistema tužbi u koje spada i *actio exercitoria*.

Isti je slučaj i važi isto pravilo ako je brodom upravljao zajednički rob.<sup>13</sup> U ovom slučaju moguća je, pod određenim uslovima, i *actio de peculio* (D.15.1.27.8).

Još je jedna varijanta opisana u tekstu D.14.1.4.pr. Sada više suvlasnika sami preduzimaju transport (*per se navem exerceant*). U ovom slučaju ne odgovaraju solidarno nego podeljeno (*pro portionibus exercitoris*) zato što se oni

10 D.21.1.44.1 (Paul. 2 ad ed. *aedilium curulium*): *Proponitur actio ex hoc edicto in eum cuius maxima pars in venditione fuerit, quia plerumque venaliciarii ita societatem coeunt, ut quidquid agunt in commune videantur agere: aequum enim aedilibus visum est vel in unum ex his, cuius maior pars aut nulla parte minor esset, aedilicias actiones competere, ne cogatur emptor cum multis litigare, quamvis actio ex empto cum singulis sit pro portione, qua socii fuerunt: nam id genus hominum ad lucrum potius vel turpiter faciendum pronius est.* [Ovaj edikt predviđa tužbu protiv onoga koji ima najveći udeo u prodaji. Jer trgovci robovima uglavnom na taj način zaključuju ortakluk da se sve ono što rade smatra zajedničkim. Edili smatraju da je pravično da se dozvoli edilska tužba protiv jednog od njih koji ima najveći deo ili nema manji deo (od ostalih) da se ne prisiljava kupac da vodi parnice sa mnogima. Iako, se *actio ex empto* dopušta protiv pojedinog (ortaka) prema (suvlasničkom) udelu u ortakluku. Jer ova vrsta ljudi je više sklona dobiti i nemoralnom postupanju.] Takođe, F. Serrao, 744 etc.

11 F. Serrao, 744 etc; Franz-Stefan Meissel, *Societas. Struktur und Typenvielfalt des römischen Gesellschaftsvertrages*, Frankfurt am Main 2004, 176 etc.

12 D.14.1.1.25 (Ulp. 28. ad ed.).

13 D.14.1.6.1 (Paulus libro sexto brevium): *Si communis servus voluntate dominorum exerceat navem, in singulos dari debet in solidum actio.* [Ako je zajednički rob uz saglasnost svih vlasnika upravljao brodom, protiv svakog pojedinačno treba da se dopusti tužba na pun iznos (*in solidum*)].

ne smatraju međusobno zapovednicima nego deluju u svoje ime i za svoj račun (*neque enim invicem sui magistri videbuntur*).<sup>14</sup> Takvo rešenje, za razliku od prethodnih, nije ustanovljeno u korist poverilaca koji u ovom slučaju moraju da vode parnice s velikim brojem ljudi.

### Zajednički rob kao institor ili magister navis

Ovaj oblik organizovanja dobio je posebno značenje kada je pretor, izdavanjem svog edikta, omogućio da vlasnik roba odgovara za obaveze koje je rob preuzeo pravnim poslom. Rob je postavljan (*praepositus*) za poslovodju radnje (*institor*) ili za zapovednika broda (*magister navis*). Zaključivanjem poslova u granicama ovlašćenja (*praepositio*), rob je obavezivao svoga vlasnika prema trećima putem pretorskih tužbi *actio institoria* i *actio exercitoria*. Odgovornost vlasnika bila je neograničena, čime se stvara tip preduzeća s neograničenom odgovornošću.

Ukoliko je rob u suvlasništvu obavezivao je suvlasnike solidarno. To je važno i onda kada su suvlasnički udeli bili nejednaki:<sup>15</sup>

D.14.3.13.2 (Ulp, 28 ed.): *Si duo pluresve tabernam exercent et servum, quem ex disparibus partibus habebant, institorem praeposuerint, utrum pro dominicis partibus teneantur an pro aequalibus an pro portione mercis an vero in solidum, Iulianus quaerit. Et verius esse ait exemplo exercitorum et de peculio actionis in solidum unumquemque conveniri posse, et quidquid is praestiterit qui conventus est, societatis iudicio vel communi dividundo consequetur, quam sententiam et supra probavimus.*

[Ako dvojica ili više njih vode trgovačku radnju i postave za poslovodju (*institor*) roba koji je u njihovom suvlasništvu u nejednakim idealnim delovima, Julijan postavlja pitanje da li su (preduzetnici) odgovorni prema suvlasničkim udelima (u robu), ili na jednake delove, ili prema udelima u poslu ili pak solidarno? Odgovorio je da je ispravnije da svaki od njih odgovara *in solidum* tj. na ceo iznos, po ugledu na *actio exercitoria* i *actio de peculio*. Sve ono što je (među njima, preduzetnicima) ugovoreno, može se tražiti na osnovu tužbe iz ortakluka ili tužbe za podelu suvlasništva (*actio communi dividundo*). Ovo mišljenje već smo prethodno izneli.]

Kao što je vidljivo iz teksta, postoje četiri teorijske mogućnosti uređenja odgovornosti preduzetnika suvlasnika prema trećim licima; proporcionalno suvlasničkom udelu, na jednake delove, proporcionalno dobiti ili *in solidum*.

14 D.14.1.4.pr (Ulpianus, 29 ed.). *Si tamen plures per se navem exercent, pro portionibus exercitationis conveniuntur: neque enim invicem sui magistri videbuntur „videntur“.* (Ali ako više njih sami upravljaju brodom kao kapetani, onda su odgovorni prema udelu u poduhvatu jer se ne mogu smatrati kao kapetani jedni drugima.)

15 O svemu detaljnije: A. di Porto, *Impresa collettiva e schiavo „menager“ in Roma antica (II sec. a. C. – II sec. d. C.)*, Milano 1984, 63 i sl.

Poslednja mogućnost koju predlaže Julijan, a usvaja i Ulpijan, solidarna odgovornost preduzetnika, najpovoljnije je rešenje za treća lica i u najvećoj meri obezbeđuje njihovu sigurnost u poslovanju. Za interne odnose između preduzetnika ortaka i rešavanje pitanja regresa među njima služi *actio pro socio* ili *actio communi dividundo*.

Kad je reč o poslovanju putem roba u suvlasništvu postavlja se pitanje načina sticanja u korist više vlasnika ortaka. Sticanje je neposredno s obzirom na to da se rob u ovom slučaju smatra produženom rukom svojih vlasnika. *Servus communis* u ovom slučaju pribavlja *pro parte*, dakle prema udelima koji svaki od suvlasnika ima u zajedničkom robu (*pro dominica portione*). Ovo će biti slučaj i kada *servus communis* pribavlja novcem koji pripada jednom vlasniku, s tim što vlasnik čijim je novcem kupljeno može tužiti ostale ortake putem *actio pro socio* ili *actio communi dividundo*.<sup>16</sup> Ovaj princip sticanja može biti promenjen putem instrumenta koji se zove *nominatio*:

Gai Inst. 3.167 i 167a:

167. Communem seruuum pro dominica parte dominis adquirere certum est, excepto eo, quod uni nominatim stipulando aut mancipio accipiendo illi soli acquirit, uelut cum ita stipuletur: TITIO DOMINO MEO DARI SPONDES? aut cum ita mancipio accipiat: HANC REM EX IVRE QVIRITIVM LVCII TITII DOMINI MEI ESSE AIO, EAQVE EI EMPTA ESTO HOC AERE AENEAQVE LIBRA. 167a. Illud quaeritur, an quod nomen domini adiectum efficit, idem faciat unius ex dominis iussum intercedens. nostri praeceptores proinde ei, qui iusserit, soli adquiri existimant, atque si nominatim ei soli stipulatus esset seruus mancipioe quid accepisset; diuersae scholae auctores proinde utrisque adquiri putant, ac si nullius iussum interuenisset.

[Sigurno je da zajednički rob pribavlja vlasnicima prema suvlasničkim udelima (nad njim). Izuzetak je kada je jedan od njih imenovan pri zaključenju stipulacije ili mancipacije i onda (zajednički rob) samo njemu (imenovanom vlasniku) pribavlja, na primer kada se ovako stipuliše: Obavezuješ li se da ćeš dati Ticiju mom gospodararu? Ili kada bi u slučaju mancipacije ovako rekao: Tvrdim da ova stvar po kviritskom pravu pripada Luciju Ticiju mom gospodararu i da mu je pribavljena ovom bronzom i bronzanom vagom. 167a. Postavlja se pitanje da li iste posledice kao kada se imenuje jedan od vlasnika ima i kada jedan gospodar izričito naredi (*iussum domini*). Naši učitelji (sabinijanici) smatraju da tada samo onaj koji je naredio stiće, na isti način kao da je on sam imenovan pri zaključenju stipulacije ili je rob nešto primio za njega na temelju mancipacije. Učitelji druge škole (prokuleanaca) mislili su da u tom slučaju stiće za obojicu, kao da nije postojala ničija neredba.]

Iz teksta je vidljivo da se ovakav izuzetak od sticanja putem zajedničkog roba tako što rob izričito imenuje vlasnika za kojeg stiće odnosi samo na slu-

16 Julijan, D.10.3.24.pr; Gaj, D.41.1.45, Julijan, D.41.1.37.2.



čajeve pribavljanja putem stipulacije i mancipacije. Nema izvora koji ukazuju na to da se ovo odnosilo i na druge, prirodne vidove pribavljanja. Osim toga, postavilo se pitanje da li *nominatio* ima isto značenje i iste efekte sticanja kao i *iussum* – nalog gospodara. Ovo pravno pitanje poprimilo je, kao što je vidljivo iz Gajevog teksta, značaj kontroverze između pravnih škola sabinijanaca i prokuleanaca. Sabinijanici su se zalagali za pozitivan odgovor, dok su prokuleanci negirali ovu istovetnost.<sup>17</sup>

Posebna subjektivna pretpostavka u vezi s odgovornošću suvlasnika, preduzimača koji posluju putem zajedničkog roba tiče se pitanja da li su oni svi ili neki od njih dali saglasnost za poslovanje (*voluntas*) ili su, ne protiveći se izričito, dopustili da se vode poslovi (*scientia*) ili pak nisu znali za poslovođenje (*ignorantia*). O ovom pitanju ćemo govoriti još detaljnije. U okviru ovog vida organizovanja preduzeća s neograničenom odgovornošću, *in solidum*, pitanje se na načelan način u izvorima postavlja samo kod *actio exercitoria*, kada je zajednički rob postavljen za zapovednika broda (*magister navis*).<sup>18</sup> Ne postoji, međutim, prepreka da se ovo proširi i na druge poslove na kopnu.

## Zajednički rob kao poslovođa s pekulijumom

Treći tip organizacije preduzeća je prepuštanje poslovođenja zajedničkom robu koji ima *peculium*. Ovim je stvoreno kolektivno preduzeće s ograničenom odgovornošću, a za njegovo postojanje je potreban zajednički rob i posebna imovina – *peculium*. Rob je u ovom slučaju „organ” imovine. Preduzetnici, suvlasnici roba, odgovaraju ograničeno, do visine pekulijuma na temelju pretorove tužbe *actio de peculio*. Ovaj tip preduzeća ima jednostavnije i složenije oblike koji omogućuju veliki obim poslovanja kako teritorijalno, tako i po vrsti delatnosti.<sup>19</sup> Na primer, Mevije i Ticije su preduzetnici. Imaju dva roba Stiha i Pamfila. Svaki ima pekulijum i svaki obavlja drugi posao. Složeniji oblik je kada rob Stih kao glavni rob (*servus ordinarius*) u svom pekulijumu ima dva zamišljena roba (*servi vicarii*) Damu i Pamfila koji imaju svoj pekulijum s kojim obavljaju različite poslove. Osim toga, moguće je da deo pekulijuma bude izdvojen kao posebna imovina za posebnu aktivnost, na primer

17 Treba voditi računa da *iussum* ima različita značenja. Osim instrumenta koji regulišu sticanje za suvlasnike u slučaju pribavljanja putem zajedničkog roba, ovaj termin se koristi, na primer, i za sledeće slučajeve. Kada se daje trećem da zaključi posao sa robom ili sinom pod vlašću, nalog (*iussum*) je pretpostavka za podizanje *actio quod iussu*. Zatim, nalog se pojavljuje i kod mandata kada *iussum* upućuje mandant mandataru. Detaljnije Di Porto, 105 etc.

18 D.14.1.6. pr-1 (*Paulus libro sexto brevium*): *pr. si servus non voluntate domini navem exercuerit, si sciente eo, quasi tributoria, si ignorante, de peculio actio dabitur. 1. Si communis servus voluntate dominorum exerceat navem, in singulos dari debebit in solidum actio.* [Ako rob bez saglasnosti vlasnika upravlja brodom, daje se (protiv vlasnika) *actio quasi tributoria* ukoliko je on znao (*sciente eo*), a ako nije znao onda *actio de peculio*. 1. Ako je zajednički rob uz saglasnost svih vlasnika upravljao brodom, protiv svakog pojedinačno treba da se dopusti tužba na pun iznos (*in solidum*)].

19 A. di Porto govori o strukturi na jednom i na dva nivoa. Detaljnije, 26 etc, 54 etc, 207 etc.

vođenje trgovačke radnje. U tom slučaju postoje tri odvojena dela imovine: *res domini*, imovina kojom upravlja vlasnik, *peculium*, imovina u vlasništvu gospodara, ali kojom rob upravlja samostalno, i *merx peculiaris*, deo imovine unutar pekulijuma koji ima posebnu namenu i izvesnu pravnu nezavisnost i poverioci se mogu namiriti samo iz tog dela na temelju *actio tributoria*.<sup>20</sup>

Posebna pretpostavka za odgovornost je i subjektivni odnos vlasnika prema upravljanju roba. Sva ova pitanja su složena i najbolje ih je u osnovnim crtama sagledati na osnovu tekstova koji to mogu bolje ilustrovati:

D.14.1.1.22 (Ulp, 28 ed.): Si tamen servus peculiaris volente filio familias in cuius peculio erat, vel servo vicarius eius navem exercuit, pater dominusve, qui voluntatem non accommodavit, dumtaxat de peculio tenebitur, sed filius ipse in solidum. Plane si voluntate domini vel patris exerceant, in solidum tenebuntur et praeterea et filius, si et ipse voluntatem accommodavit, in solidum erit obligatus.

[Ako upravlja brodom rob iz pekulijuma filius familiasa (*servus peculiaris*) odnosno njegov zamenički rob (*servus vicarius*) voljom sina pod vlašću (*filius familias*), u čijem se pekulijumu nalazi, sam sin će odgovarati neograničeno (*in solidum*), dok će otac ili vlasnik koji nije dao saglasnost odgovarati do visine pekulijuma. Ako pak (robovi) upravljaju uz saglasnost vlasnika ili oca, on će odgovarati *in solidum* (neograničeno) na isti način kao i sin, ako se i on sam saglasio.]

Ovaj tekst se odnosi na pomorsko preduzetništvo. Vidljivo je da je ovo preduzeće „na dva i više nivoa”. *Filius familias* ima pekulijum, posebnu imovinu kojom sam upravlja, a u njoj se nalazi i rob. Taj pekulijum koji je dobio od svog oca *filius* je iskoristio za pomorsku delatnost. Osim roba, ako se pekulijum sastojao u novcu moguće je zamisliti da je uzeo brod u zakup, pa čak i da ga je kupio. *Filius* se sada pojavljuje kao preduzetnik u pomorskoj trgovini (*exercitor*). Poslove upravljanja brodom i aktivnostima s tim u vezi poverio je robu koji je *magister navis*. Vidljivo je iz teksta međutim da i tzv. *servus peculiaris* može imati pekulijum i u okviru njega zameničkog roba (*servus vicarius*) na koga je preneo poslovođenje. Tako se uspostavlja preduzeće na dva nivoa.

U ovom tekstu poseban značaj ima pitanje subjektivnog odnosa *filius*-a *families*-a kao preduzetnika (*exercitor*) i njegovog oca koji je u krajnjem slučaju vlasnik celokupne imovine. Naime, u slučajevima pomorskog poslovanja, za poslove koje zaključi *magister navis* odgovara *exercitor* putem *actio exercitoria* neograničeno *in solidum*. Iz tog teksta je vidljivo da je za to potrebna saglasnost (*voluntas*) preduzetnika. Ova saglasnost se izražava putem *praepositio*, akta kojim se određuje domet delatnosti i širina ovlašćenja magistra. Zato će filius odgovarati neograničeno putem *actio exercitoria*. Naravno, takvo rešenje je samo teorijsko jer on nema svoju imovinu. S druge strane, *pater familias*, koji ne bi učestvovao u poslovanju, čija *voluntas* ne postoji, koji čak ne mora imati nikakvog saznanja o pomorskom poslovanju svoga

20 Ulpian, D.14.4.5.15.

sina kome je dao pekulijum, odgovaraće ograničeno, do visine pekulijuma. Ako je pak i on dao saglasnost robu za ovo poslovanje pored sina, tada će i vlasnik odnosno *pater familias* odgovarati neograničeno, *in solidum*, putem *actio exercitoria*.

Doduše, ovaj tekst govori o individualnom preduzetništvu kada je u ulozi preduzimača jedno lice, ali se ovo pravilo *mutatis mutandis* može primeniti i za slučaj zajedničkog preduzeća kada su unutrašnji odnosi među preduzetnicima regulisani putem ugovora o ortakluku.

Sličan problem koji se razmatra u Ulpijanovom tekstu u kontekstu *actio tributoria*, govori o znanju vlasnika (*scientia*):

D.14.4.1.3 (Ulp, 29 edictum): *Scientiam hic eam accipimus, quae habet et voluntatem, sed ut ego puto, non voluntatem, sed patientiam: non enim velle debet dominus, sed non nolle. Si igitur scit et non protestatur et contra dicit, tenebitur actione tributoria.*

[Znanje shvatamo u značenju koje može podrazumevati i volju (saglasnost), ali ja smatram da je to trepljenje: vlasnik dakle ne treba hteti, nego dopustiti. Ako dakle zna i ne protivi se ili se ne suprotstavi, odgovaraće na temelju *actio tributoria*.]

Kao što je vidljivo iz ovog teksta, *scientia* može u sebi sadržati i *voluntas*, ali u užem značenju te reči ona se odnosi na niži stepen subjektivnog učestvovanja vlasnika u poslovanju roba. Dovoljno je da se on nije izričito protivio, da je dopustio obavljanje posla. Ovaj stepen subjektivnog odnosa vlasnika dovoljan je za podizanje *actio tributoria*, ali ne i za *actio exercitoria* kao što smo videli za koju je neophodna *voluntas*.<sup>21</sup>

*Actio tributoria* omogućava da se jedan pekulijum nameni za više različitih trgovačkih delatnosti, te da se na taj način ograniči i razdvoji odgovornost, te ustanovi više različitih preduzeća s ograničenom odgovornošću:

D.14.4.5.15 (Ulp, 29 ed.): *Si plures habuit servus creditores, sed quosdam in mercibus certis, an omnes in isdem confundendi erunt et omnes in tributum vocandi? Ut puta duas negotiationes exercebat, puta sagariam et linteariam, et separatos habuit creditores. Puto separatim eos in tributum vocari: unusquisque enim eorum merci magis quam ipsi credidit.*

21 D.14.4.5.1. (Ulp, 29 ed.): *Si vicarius servi mei negotietur, si quidem me sciente, tributoria tenebor, si me ignorante, ordinario sciente, de peculio eius actionem dandam Pomponius libro sexagensimo scripsit, nec deducendum ex vicarii peculio, quod ordinario debetur, cum id quod mihi debetur deducatur. Sed si uterque scierimus, et tributariam et de peculio actionem competere ait, tributariam vicarii nomine, de peculio vero ordinarii.* [Ako je posao zaključio moj zamenički rob uz moje znanje, odgovaraću na temelju *actio tributoria*, a ako nisam znao, ali je glavni rob (*servus ordinarius*) znao, odgovaraću na temelju *actio de peculio*, pisao je Pomponije u u šezdesetoj knjizi. Ono što meni duguje (zamenički rob) mogu odbiti, ali ne i ono što duguje glavnom robu. Ali ako smo obojica znali (ja i glavni rob), kaže da odgovaram (elektivno) i na temelju *actio tributoria* i *actio de peculio*, na temelju prve za zameničkog roba, a na temelju *actio de peculio* za glavnog roba...]

[Ako rob ima više poverilaca, iz određenih (različitih) poslova, da li će svi oni biti pomešani i svi zajedno pozvani da potražuju? Pretpostavi da rob vodi dva posla, na primer prodavnicu tkanina i krojačku radnju i ima odvojene klijente. Mislim da ih treba pozivati odvojeno.]

### Extraneus kao poslovođa

Preduzetnici su mogli postaviti i slobodnog čoveka za poslovođu iako nije njihov partner nego *extraneus*. Između ortaka i ovog slobodnog lica koje će se javiti u ulozi poslovođe i zastupnika postoji ugovorni odnos. Ako on obavlja poslovođenje i zastupanje besplatno, reč je o mandatu, a ako te usluge naplaćuje najčešće je u pitanju *locatio conductio*. S druge strane, da bi ovaj odnos imao efekte prema van, poslovođa, slobodan čovek mora biti ovlašćen za vođenje poslova. Mora dakle postojati *praepositio* na osnovu koje će slobodan čovek postati *institor* ili *magister navis*. Poslovi koje on zaključi biće utuživi putem *actio institoria* i *actio exercitoria* i za njih će preduzetnici odgovarati neposredno.<sup>22</sup> To je veliki korak prema direktnom zastupanju i blisko je modernom zastupništvu.<sup>23</sup> Ipak, ovom slučaju ne može se u strogom smislu govoriti o direktnom zastupanju iz dva razloga. Jedan je taj što treća ugovorna strana ima samo pretorsku tužbu, a ne i civilnu tužbu protiv principala iz ugovora koji je zaključila sa „zastupnikom” (na primer, *actio empti*, ako je bila kupac). S druge strane, pretorski sistem tužbi daje tužbu samo trećoj ugovornoj strani koja je zaključila ugovor sa zastupnikom, a ne i principalu. Neki pravници, na primer Paul i Marcel, uočili su ovu neravnotežu, smatrajući da je u ovom slučaju neophodna aktivnost pretora u korist principala i zaštite njegovih prava.<sup>24</sup>

\*\*\*

Rimsko pravo je razvilo efikasne forme preduzetništva i menadžmenta, naročito zahvaljujući poslovođenju putem zajedničkih robova. Takvi robovi, postavljeni i ovlašćeni da rukovode najrazličitijim poslovima na kopnu i moru bili su važan sloj menadžera u Rimu i nazivali su se *institori* ili kapetani broda (*magistri navis*). Ukoliko im je bio poveren pekulijum na upravljanje, razlika između preduzetnika i menadžera gotovo da je bila izbrisana. Efikasnosti ove vrste biznis menadžmenta najviše je doprineo pretor i njegove tužbe s dodatim subjektom. Naravno, da su ove forme radikalno različite u odnosu na moderno pravo. Naročito su jasne i vidljive pravne razlike. Međutim, funkcionalno i *de facto* ove forme su približile modernim korporativnim oblicima preduzetništva i poslovođenja,<sup>25</sup> čime se na još jednom primeru mogu potvrditi čuvena rimska praktičnost, pragmatičnost i efikasnost.

22 Gai Inst. 4.71.

23 Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996, 53; Alan Watson, *Contract of Mandate in Roman Law*, Aalen, 1984 (reprint), 80.

24 Ulp. D.14.3.1, Paulus, D.46.5.5.

25 B. Arbatino etc, 6.

Prof. dr Milena Polojac\*

## BUSINESS MANAGEMENT AND ROMAN LAW

### SUMMARY

Roman law developed, although in a radically different way compared to modern law, very efficient forms of business management. Most interesting example was the organization of different types of business per *servos communes* actionable by pretorian remedies.

Author is examining four possible ways in which the entrepreneurship in roman law was organised and managed. First, the business was managed jointly by all entrepreneurs together or it is entrusted to one of them. Special rules on this issue are applied in case of *societates publicanorum*, *argentarii*, *exercitores* and *venaliciarii*. In the second situation management is entrusted to *servus communis* on the basis of so called *praepositio*. In that case the slave in co-ownership of entrepreneurs becomes *institor* or *magister navis*. Third situation is when management is governed by *servus communis* with *peculium*. Finally, the management can be entrusted to a free man who is not entrepreneur or to someone else's slave.

Complexity of legal solutions lead to the conclusion that the weak points of entrepreneurship in the form of *societas* as internal relationship were very successfully eliminated. Also, invented forms were legally very different from modern law, however, *de facto* they come close to the functional equivalent of modern corporations.

Key words: *Entrepreneurship*. *Management*. *Servus communis*. *Institor*. *Magister navis*. *Peculium*. *Pretorian actions*.

---

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

## НОТАРСКИ ТЕСТАМЕНТ У ЕВРОПСКИМ ПРАВНИМ ПОРЕЦИМА И У СРПСКОМ ПРАВУ

### Апстракт

Аутор обрађује нотариски тестамент (јавнобележничко завештање), који ће након стицања на снагу Закона о јавном бележничком праву представљати нову форму тестаментарног располагања. У раду је посебна пажња посвећена питањима која се тичу употреба за сачињавање тестаментних (ујврђивање идентитета завештаоца, спровођење рекогнозиције, употреба за завештаоцем који је неписмен или неспособан да чулно ојача, погодност тестаментарних сведока). Посебно је разматрана могућност да се пред јавним бележником сачини тестамент чија би садржина остала неизвесна како јавном бележнику, тако и другим учесницима у употребу састављања исправе.

Кључне речи: Нотар (јавни бележник). Нотарска (јавнобележничка) исправа. Нотарски (јавнобележнички) запис. Нотарски тестамент (јавнобележнички тестамент). Тестамент (завештање).

### I. Постављање проблема

Закон о јавном бележничком праву<sup>1</sup> у чл. 83, ст. 1, тач. 5 предвиђа да се тестамент може саставити у облику јавнобележничког записа. У чл. 83, ст. 1, тач. 6–9 наведена су разна тестаментарна располагања која се могу сачинити у форми јавнобележничког записа: изјава којом се нужни наследник искључује из наследства, изјава којом се нужни наследник лишава наследства, изјава да се поклон дат законском наследнику неће урачунати у његов наследни део и изјава да се дуг будућег наследника неће урачунати у његов законски наследни део.

Списак располагања *mortis causa*, садржан у чл. 83, ст. 1, тач. 6–9 Закона о јавном бележничком праву, сувишан је. С једне стране, неспорно је да се поменуте изјаве могу дати у форми јавнобележничког записа јер је реч о тестаментарним располагањима. Наследноправне норме предвиђају

\* 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 науке Републике Србије.

<sup>1</sup> „Службени гласник РС”, бр. 31/2011.

да искључење из права на нужни део, као и лишење из права на нужни део мора бити „учињено у облику потребном за завештање”.<sup>2</sup> Исто важи и за изјаву оставиоца да се поклон учињен законском наследнику неће урачунати у његов наследни део.<sup>3</sup> Ако је јавнобележнички запис један од облика у којем се може саставити тестамент (завештање), онда се подразумева да изјава којом се нужни наследник искључује или лишава из права на нужни део, односно изјава којом се неки поклон изузима од урачунавања у законски наследни део, могу дати у форми нотарског записа. С друге стране, списак је непотпун. Законом о наслеђивању предвиђен је читав низ изјава путем којих оставилац може индиректно да креира наследноправне последице своје смрти, а које се дају у форми потребној за састављање тестамена: опроштај недостојности за наслеђивање,<sup>4</sup> одређивање извршиоца тестамена<sup>5</sup> или уређивање начина на који ће санаследници исплаћивати дугове заоставштине.<sup>6</sup> Списак предвиђен у чл. 83, ст. 1, тач. 6–9 Закона о јавном бележничтву могао би да наведе на закључак да изостављена наследноправна располагања не би могла да буду дата у форми нотарског записа. Такав закључак би свакако био погрешан јер не постоји ваљан правнополитички аргумент помоћу којег би се могло подупрети становиште да се у форми нотарског записа може дати изјава о разбаштињењу нужног наследника, а да се у истој форми не може опростити недостојност за наслеђивање.

Питање које ће јавнобележничкој и судској пракси стварати много веће проблеме тиче се начина на који се сачињава нотарски тестамент. Закон о јавном бележничтву садржи непотпуна и противуречна правила за сачињавање јавнобележничког записа.<sup>7</sup> Када је реч о нотарском тестаменту, законодавац предвиђа сходну примену наследноправних норми. У чл. 83, ст. 5 Закона о јавном бележничтву предвиђено је да се у поступку састављања нотарског тестамена „сходно примењују одредбе закона којима се уређује наслеђивање”. Постоје изгледи да се у будућности ствар још више закомпликује јер ће измене које предлаже Владина Комисија за израду Грађанског законика створити својеврстан номотехнички *renvoi* у материји састављања нотарског тестамена. Наиме, поменута Комисија предлаже да будући Грађански законик садржи следећу норму: „Завешћалац може пред јавним бележником, у складу са посебним законом, сачинити завешћанье у облику јавнобележничкој записи.

2 Вид. чл. 62. ст. 1 и чл. 64. ст. 2 Закона о наслеђивању („Службени гласник РС”, бр. 45/95, 101/2003 – УС РС).

3 Вид. чл. 67. ст. 1 Закона о наслеђивању.

4 Вид. чл. 5. ст. 2 Закона о наслеђивању.

5 Вид. чл. 172. ст. 1 Закона о наслеђивању.

6 Вид. чл. 224. ст. 2 Закона о наслеђивању.

7 За критику вид. Дејан Ђурђевић, „Признање нотарског записа”, *Анали Правној факултету у Београду*, 1/2012, 161 и даље.

*Јавнобележничко завештање је облик редовној и јавној завештања.*<sup>8</sup>

Општа правила за састављање јавнобележничког записа и правила наследног права за састављање судског тестаментa на која упућују чл. 83, ст. 3 и чл. 83, ст. 5 Закона о јавном бележничтву нису идентична. Нотар који завештаоцу треба да састави тестамент и судија који у оставинском или парничном поступку треба да оцени да ли је тај тестамент пуноважно сачињен биће пред великим изазовом. Пред њима ће се отворити читав низ спорних питања која се односе на: изузеће јавног бележника, начин писања нотарског тестаментa, утврђивање идентитета завештаоца, начин на који се врши признавање (рекогниција) нотарског тестаментa, потреба за присуством тестаментарних сведока, подобност тестаментарних сведока и поступање са завештаоцима који не могу да прочитају и потпишу исправу. Осим изнетих, у пракси се може отворити још један важан проблем, који се огледа у непостојању могућности да завештаоци у Србији сачине нотарски тестамент чија би садржина остала у тајности. Разматрање и превазилажење тих проблема биће предмет овог рада.

## II. Опсег сходне примене правила о судском тестаменту

Закон о јавном бележничтву у чл. 83, ст. 3 и ст. 5 предвиђа да се у „поступку” за сачињавање нотарског тестаментa сходно примењују одредбе ванпарничног поступка и одредбе закона који уређује наслеђивање. Реч је о одредбама наследног права и ванпарничног поступка којима се уређује сачињавање судског тестаментa. Да би се разграничила питања на која нотари треба да траже одговор у Закону о јавном бележничтву од питања која се решавају применом Закона о наслеђивању и Закона о ванпарничном поступку, неопходно је указати на сам појам јавнобележничког записа и његове битне елементе.

Јавнобележнички запис (нотарски запис) исправа је о правном послу коју за странку саставља нотар (јавни бележник).<sup>9</sup> Два битна елемента која граде појам јавнобележничког записа јесу облик (форма) писања исправе и поступак (процедура) њеног сачињавања.<sup>10</sup>

Правила о облику јавнобележничког записа, најопштије посматрано, дају одговор на питање како он треба да изгледа. Тим правилима законодавац уређује: формат исправе, средства сачињавање исправе, начин на који се попуњавају празна места на исправи, начин на који се

8 Вид. Влада Републике Србије – Комисија за израду Грађанског законика, *Преднацртиј Грађанској законика Републике Србије*, књига 4: Наслеђивање, Београд 2011, 66.

9 Вид. Siniša Triva, Mihajlo Dika, *Грађанско парнично процесно право*, Zagreb 2004, 240.

10 Вид. Д. Ђурђевић, „Јавнобележнички акти”, *Јавнобележничко право* (ур. Д. Хибер), Београд 2005, 109 и даље.



исписују бројеви, исправљају грешке, допуњује текст, означавају и повезују странице, као и начин на који се исправа потписује.<sup>11</sup>

Правила о поступку за сачињавање јавнобележничког записа уређују која лица могу бити субјекти приликом састављања нотарског записа и које радње они при том могу и треба да предузимају.<sup>12</sup> У процедурална питања код састављања нотарског записа убрајају се она која се односе на: појам и положај учесника у поступку, ток поступка, утврђивање идентитета субјеката у поступку, начин признавања нотарског записа (рекогниција), начин потписивања нотарског записа, потребу за учешћем тестаментарних сведока и услове које неко лице треба да испуни да би било тестаментарни сведок.

Примена правила Закона о ванпарничном поступку и Закона о наслеђивању долази у обзир само у погледу процедуралних питања.

### III. Облик нотарског тестаментa

Приликом састављања (писмене редакције) исправе о нотарском тестаменту, нотар је дужан да поштује норме Закона о јавном бележничтву и Јавнобележничког пословника, а не правила Закона о ванпарничном поступку.

Исправа о нотарском тестаменту саставља се на начин који је подобан да обезбеди трајност текста на исправи.<sup>13</sup> Као подлога користи се пуна бела хартија А4 формата („Bankpost” или нека друга сличног квалитета), док се слова исписују помоћу штампача. Изузетно, када штампач није доступан, а разлози хитности налажу неодложно састављање нотарског тестаментa, текст се може исписивати помоћу писаће машине, хемијске оловке, пенкала или налив-пера.<sup>14</sup>

Празна места у исправи о нотарском тестаменту попуњавају се цртама (потесима).<sup>15</sup> Реч је о мери предострожности којој законодавац прибегава да би спречио уметање нових речи у текст.<sup>16</sup> Бројеви се исписују комбиновано: цифрама и словима.<sup>17</sup>

Ако постоји потреба да се нешто у исправи о нотарском тестаменту обрише, измени или допуни, то се мора учинити на начин прописан

11 Ближе о томе, вид. Д. Ђурђевић (2005), 117 и даље.

12 Ближе о томе, вид. Д. Ђурђевић (2005), 122 и даље.

13 Вид. чл. 63 Закона о јавном бележничтву.

14 Вид. чл. 1 и 3 Модела јавнобележничког пословника. Објављен на сајту Министарства прав- де и државне управе: <http://www.mpravde.gov.rs/cr/news/vesti/zakon-o-javnom-beleznistvu.html>.

15 Вид. чл. 64. ст. 1 Закона о јавном бележничтву.

16 Вид. Д. Ђурђевић (2005), 118.

17 Вид. чл. 64. ст. 2 Закона о јавном бележничтву. Изузетак је предвиђен за: бројеве који означавају земљишнокњижне улошке и катастарске парцеле, регистарске бројеве, бројеве којима су означени списи, бројеве службених гласила и бројеве исправа на основу којих се утврђује идентитет учесника у поступку. Ти бројеви исписују се само цифрама.

законом. Сувишан текст не сме се брисати. Преко речи или дела текста који треба да се уклони нотар хемијском оловком, пенкалом или налив-пером превлачи танку линију водећи рачуна о томе да прецртани текст остане читљив.<sup>18</sup> На крају исправе нотар ће назначити место у тексту и обим текста који је уклоњен. На сличан начин се поступа када се накнадно утврди да је у исправи нешто изостављено, односно да у исправи нешто треба да се измени. Није дозвољено да се такве корекције врше брисањем и дописивањем. Измене и допуне текста врше се на крају исправе тако што нотар назначава на који део текста се измене и допуне односе.<sup>19</sup>

Ако се тестамент састоји из више страница, свака од њих мора да буде означена редним бројем и бројем јавнобележничког списка.<sup>20</sup> Све странице се повезују јемствеником, чији се крајеви причвршћују на задњој страници налепницом или печатним воском.<sup>21</sup> Сваку страницу морају да потпишу завешталац и јавни бележник.<sup>22</sup>

Правила о облику нотарског тестаментa представљају тзв. несавршене нормe. Повреда тих првила нема за последицу ништавост тестаментa нити нотарском запису о тестаменту одузима доказну снагу јавне исправе.<sup>23</sup> Једино у случају да нотар пропусти да на исправу стави свој потпис и да отисне печат, таква исправа неће имати доказну снагу јавне исправе.<sup>24</sup>

#### IV. Поступак за састављање нотарског тестаментa

Када је реч о поступку за састављање тестаментa, нотари ће пред собом имати две групе правних норми које конкуришу на то да буду примењене, а које се међусобно разликују. Једну групу чине правила нотарског права садржана у Закону о јавном бележништву, док у другој групи спадају правила наследног права садржана у Закону о наслеђивању и Закону о ванпарничном поступку. Разлике између поменутих норми нарочито долазе до изражаја код: утврђивања идентитета, спровођења поступка рекогниције, поступања са завештаоцем који није у стању да прочита и потпише исправу и положаја тестаментарних сведока.

18 Вид. чл. 66 Закона о јавном бележништву. Чл. 9 Модела јавнобележничког пословника прописује да за прецртавање треба користити мастило чија је боја различита од боје слова којима је исписан текст нотарског записа.

19 Вид. чл. 66. ст. 3 Закона о јавном бележништву.

20 Другачије је код судског тестаментa. Чл. 180. ст. 3 Закона о ванпарничном поступку не захтева да сваки лист буде обележен редним бројем, већ само да се означи од колико се листова састоји тестамент.

21 Вид. чл. 67 Закона о јавном бележништву.

22 Вид. чл. 68. ст. 1 Закона о јавном бележништву.

23 Вид. 90 Модела јавнобележничког пословника.

24 Вид. чл. 69 Закона о јавном бележништву.

### А. Утврђивање идентитетa

Законом о ванпарничном поступку предвиђено је да судија у поступку сачињавања тестаментa утврђује идентитет завештаоца на три начина: 1° тако што га познаје лично и по имену, 2° увидом у јавну исправу са фотографијом уз саслушање једног сведока идентитета или 3° саслушањем два сведока идентитета.<sup>25</sup> Закон о јавном бележничтву садржи другачија правила. Идентитет учесника у поступку састављања нотарске исправе нотар може да утврди на два начина: 1° увидом у службена документа или 2° саслушањем два сведока идентитета. У Закону о јавном бележничтву је предвиђено да се врсте докумената на основу којих се утврђује идентитет ближе уређују Јавнобележничким пословником.<sup>26</sup>

Разлике између ових решења нису занемарљиве. Уколико би се нотари приликом сачињавања нотарског тестаментa држали Закона о јавном бележничтву, не би могли да утврђују идентитет завештаоца на основу тога што га познају лично и по имену. С друге стране, за утврђивање идентитета било би довољно да нотар изврши увид у неки службени документ који је издао орган надлежан за издавање идентификационих исправа.<sup>27</sup> За разлику од решења садржаног у Закону о ванпарничном поступку,<sup>28</sup> Закон о јавном бележничтву не тражи да службени документ на основу којег се утврђује идентитет завештаоца буде важећи<sup>29</sup> нити је потребно да се уз увид у тај документ саслушава сведок идентитета.

С обзиром на то да је законодавац предвидео да се у поступку састављања нотарског тестаментa сходно примењују нормe ванпарничног поступка, поставља се питање по којим правилима јавни бележници треба да поступају. Да ли употреба термина „сходно примењују”

25 Вид. чл. 167. ст. 2 Закона о ванпарничном поступку.

26 Вид. чл. 74. Закона о јавном бележничтву.

27 Као пример службених исправа на основу којих се може утврдити идентитет учесника у поступку састављања јавнобележничког записа, у чл. 74. ст. 2 Закона о јавном бележничтву наводе се: лична карта, путна исправа, возачка дозвола и војна књижица. Чл. 11. Модела јавнобележничког пословника садржи шири списак службених докумената на основу којих јавни бележник може утврдити идентитет учесника у поступку: расељеничка легитимација коју издаје Комесаријат за избеглице, лична карта за странца, путна исправа за странца, путна исправа коју издаје страна држава, избегличка легитимација, лична карта за лице које тражи азил, лична карта за лице којем је одобрен азил или лична карта за лице којем је пружена привремена заштита.

28 У чл. 167. ст. 2 Закона о ванпарничном поступку прописано је да се идентитет завештаоца утврђује „јавном исправом са фотографијом”. С обзиром на то да је према чл. 238 Закона о парничном поступку („Службени гласник РС”, 72/2011) јавна исправа она исправа коју је у прописаном облику издао надлежни државни орган у границама својих овлашћења, лична карта или пасош којима је истекла важност немају својство јавне већ приватне исправе.

29 Ближе о томе, вид. Дејан Ђурђевић, „Утврђивање идентитета у поступку састављања нотарског акта”, *Правни живои*, 2011,

значи да одредбе Закона о ванпарничном поступку треба да дерогирају одговарајуће одредбе Закона о јавном бележничтву?

Такав закључак би се могао бранити када би у Закону стајало да се на поступак састављања тестаментa примењују одредбе ванпарничног поступка. У том случају постојао би простор за примену принципа *lex specialis derogat lege generali*. Међутим, нормe Закона о ванпарничном поступку којима се уређује утврђивање идентитета не могу се квалификовати као *lex specialis*, и то из два разлога.

Први разлог је у томе што из чл. 83. ст. 3 Закона о јавном бележничтву несумњиво проистиче да се одредбе Закона о ванпарничном поступку примењују у свим поступцима за састављање јавнобележничких записа. Другим речима, те одредбе се не примењују само на састављање нотарског тестаментa, већ и на закључење уговора у форми нотарског записа и предузимање једностраних изјава воље у форми нотарског записа. Таква ширина не дозвољава да се одредбе о утврђивању идентитета садржане у чл. 167. ст. 2 Закона о ванпарничном поступку квалификују као *lex specialis*. Домен примене специјалне нормe мора бити ужи од поља примене генералне нормe. Ако би се одредбе Закона о ванпарничном поступку о утврђивању идентитета третирали као *lex specialis*, онда ни у једном случају не би дошло до примене чл. 74 Закона о јавном бележничтву, што свакако не представља намеру законодавца јер се не може узети да би законодавац прописао норму коју не треба примењивати.

У прилог схватању да одредбе Закона о ванпарничном поступку не представљају *lex specialis* може се истаћи још један аргумент, који се заснива на језичком тумачењу чл. 83. ст. 3 Закона о јавном бележничтву. Поменутом одредбом предвиђено је да се на поступак сачињавања јавнобележничког записа нормe ванпарничног поступка „сходно примењују”. Употреба речи „сходно” указује на то да намеру законодавца да правила Закона о ванпарничном поступку треба применити само на она питања нотарске процедуре која нису уређена Законом о јавном бележничтву и то само ако су у складу са циљем и особеностима јавнобележничког поступка.

Следствено изложеном, идентитет учесника у поступку састављања нотарског тестаментa утврђује се на основу чл. 74 Закона о јавном бележничтву, а не на основу чл. 167. ст. 2 Закона о ванпарничном поступку.

### Б. Сировођење рекогниције

Рекогниција (признање) нотарског записа представља стадијум у поступку састављања јавнобележничке исправе у којем нотар упознаје учесника са садржином исправе, да би након тога учесник одобрио исправу и потписао је.<sup>30</sup>

30 Ближе о томе вид. Дејан Ђурђевић, „Признање нотарског записа”, *Анали Правној факултетној у Београду*, 1/2012, 160 и даље.

Закон о јавном бележништву није на јасан начин уредио како се учесник у поступку састављања нотарског записа упознаје са садржином исправе и како је одобрава. Тумачењем чл. 76 Закона о јавном бележништву долази се до закључка да се стадијум признања јавнобележничког записа у српском праву спроводи тако што нотар чита странци текст правног посла са изворника јавнобележничког записа, након чега она изјављује да њена воља у свему верно унета и потписује се.<sup>31</sup>

Норме Закона о наслеђивању сасвим другачије уређују стадијум рекогниције код састављања судског тестаментa. Пошто судија састави тестамент по казивању завештаоца, завешталац ће тај тестамент прочита, признати за свој правни посао и својеручно га потписати.<sup>32</sup> Тек ако завешталац из неког разлога није у стању да прочита и потпише исправу, рекогниција се спроводи тако што судија у присуству завештаоца и два тестаментарна сведока гласно чита садржину тестаментa, након чега завешталац изјављује да је то његов тестамент и својеручно се потписује, односно ставља свој рукознак.<sup>33</sup>

У члану 83. ст. 5 Закона о јавном бележништву прописује се да се у поступку за сачињавање тестаментa сходно примењују одредбе закона којим се уређује наслеђивање. С обзиром на то да примена наследноправних норми није предвиђена у свим поступцима за сачињавање јавнобележничких записа, већ само код поступка за састављање нотарског тестаментa, може се отворити простор за расправу о томе да ли су правила Закона о наслеђивању *lex specialis* у односу на норме Закона о јавном бележништву. Ако би се прихватило такво тумачење чл. 83. ст. Закона о јавном бележништву, поступак рекогниције у српском нотарском праву спроводио би се на два начина. Општи поступак рекогниције спроводи се тако што нотар чита учеснику текст правног посла са изворника исправе, након чега учесник изјављује да је његова воља у свему верно унета и потписује се.<sup>34</sup> Од овог општег поступка одступило би се приликом сачињавања нотарског тестаментa. Исправу о нотарском тестаменту јавни бележник би дао завештаоцу да прочита, а потом би завешталац ту исправу признао за своју последњу вољу и потписао.<sup>35</sup>

Приступ, који се одликује тиме што се за састављање нотарског тестаментa прописују посебна правила јавнобележничке процедуре није неуобичајен у опоредном праву. У појединим швајцарским кантонима (Луцерн,<sup>36</sup>

31 Вид. Дејан Ђурђевић, „Признање нотарског записа”, *Анали Правној факултету у Београду*, 1/2012, 171 и даље.

32 Вид. чл. 87. ст. 2 Закона о наслеђивању.

33 Вид. чл. 88 Закона о наслеђивању.

34 Вид. Дејан Ђурђевић, „Признање нотарског записа”, *Анали Правној факултету у Београду*, 1/2012, 171 и даље.

35 Вид. чл. 87. ст. 2 Закона о наслеђивању.

36 Вид. § 37 кантоналног Закона о јавном потврђивању исправа (*Gesetz über die öffentlichen Beurkundungen*) од 18. септембра 1973.

Берн,<sup>37</sup> Нидвалден<sup>38</sup> и Ури<sup>39</sup>) општи поступак рекогниције врши се тако што нотар странкама чита исправу, а након тога оне изјављују да је исправа саобразна њиховој стварној вољи и својеручно се потписују. Међутим, за састављање јавног тестаментa (који по казивању сачињава нотар или други службеник који је на основу кантоналних прописа овлашћен за састављање располагања *mortis causa*) швајцарски Грађански законик предвиђа посебна правила.<sup>40</sup> Приликом састављања нотарског тестаментa поступак рекогниције спроводи се тако што нотар даје завештаоцу да прочита исправу о тестаменту. Није потребно да завешталац гласно чита исправу о тестаменту, али се инсистира на томе да јавни бележник предузме одређене мере како би се уверио да је завешталац ту исправу заиста прочитао.<sup>41</sup> За случај да завешталац не прочита исправу, тестамент ће бити ништав.<sup>42</sup>

Међутим, за разлику од швајцарског права, српски законодавац није на експлицитан начин предвидео да се приликом састављања нотарског тестаментa одступа од општих правила јавнобележничке процедуре. Подсетио бих да чл. 83. ст. 5 Закона о јавном бележничтву прописује да се у поступку за сачињавање тестаментa „сходно примењују” одредбе закона којим се уређује наслеђивање. Употреба термина „сходно примењују” указује на став законодавца да приликом примене правила Закона о наслеђивању на поступак сачињавања јавнобележничког записа о тестаменту мора да постоји одређена доза „еластичности”.<sup>43</sup> Та еластичност подразумева да правила наследног права не могу да дерогирају одредбе Закона о јавном бележничтву. Шта више, ако у одредбама Закона о јавном бележничтву постоји правна празнина, она се може попуњавати наследноправним нормама само онда када те норме не противурече циљу, принципима и особеностима јавнобележничког поступка. Следствено изложеном, приликом састављања нотарског тестаментa поступак рекогниције се спроводи у складу са нормама Закона о јавном бележничтву, тако што нотар чита исправу у присуству завештаоца, а не на начин који је Законом о наслеђивању предвиђен за састављање судског тестаментa.

37 Вид. чл. 46 кантоналне Јавнобележничке уредбе (*Notariatsverordnung*) од 26. априла 2006. године.

38 Вид. § 27 кантоналне Уредбе за спровођење Закона о јавном потврђивању исправа (*Vollziehungsverordnung zum Gesetz über die öffentliche Beurkundung*) од 9. новембра 1974. године.

39 Вид. чл. 26 кантоналне Уредбе о јавном бележничтву (*Verordnung über das Notariat*) од 1. јануара 2007. године.

40 О састављању нотарског тестаментa у швајцарском праву, вид. чл. 499–501 швајцарског Грађанског законика (*Zivilgesetzbuch*).

41 Вид. P. Ruf, *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht – Zivilgesetzbuch II* (Hrsg. H. Honsell, N. P. Vogt, T. Geiser), Basel-Genf 2003, 243. Вид. и чл. 47. ст. 2 Јавнобележничке уредбе Кантона Берн.

42 Вид. A Escher, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch* (Hrsg. E. Beck et al.), Bd. III: Erbrecht, Zürich 1959, 375.

43 О разликовању између термина „сходно примењују” и „супсидијерно примењују”, вид. Александар Јакшић, *Грађанско процесно право*, Београд 2009, 730–731.

### *В. Посиујање са завештаоцем који не може да чулно ојажа*

Да би се спровела општа правила рекогниције приликом сачињавања нотарског записа неопходно је да странка буде писмена, да зна језик на којем се саставља исправа и да може чулно да опажа. Уколико странка има неки недостатак (неписмена је, не види, не чује и сл.), правни поредак прописује посебна правила која омогућују таквој странци<sup>44</sup> да изврши контролу тачности и потпуности исправе коју је за њу сачинио јавни бележник.

С обзиром на то да се приликом сачињавања нотарског тестаментa редован поступак рекогниције спроводи према правилима Закона о јавном бележничтву, посебан поступак рекогниције, који је намењен за ситуације у којима се као завешталац појављује неписмено лице или лице са недостатком способности да чулно опажа, такође треба спроводити према правилима Закона о јавном бележничтву. Такав приступ налаже потреба за успостављањем хармоније процесних правила. Таква хармонија не би могла да постоји ако би се у нотарском поступку примењивало једно правило и изузеци изграђени према сасвим другачијем правилу.

Српски законодавац није на целовит и кохерентан начин уредио посебна правила рекогниције. Проблеми до којих може доћи у пракси мораће се правазилазити циљним и системским тумачењем одредби Закона о јавном бележничтву.

Када утврди да завешталац не може да чује оно што му се чита (услед трајне глувоће или привременог оштећења слуха), поступак рекогниције ће се спровести на начин прописан у чл. 76. ст. 1–5 Закона о јавном бележничтву. Нотар ће дати завештаоцу исправу о тестаменту да је сам прочита у присуству једног сведока који ће на самом тестаменту својим потписом потврдити да је завештаоцу писмено предочена садржина његовог располагања за случај смрти.

Законодавац инсистира на томе да се на исти начин поступа и онда када је тестатор немо лице.<sup>45</sup>

Спорно је како нотар треба да поступи када је завешталац слепо, слабовидо или неписмено лице. Правила Закона о јавном бележничтву која уређују овај проблем су контрадикторна. У чл. 76, ст. 8 Закона о јавном бележничтву предвиђено је да ће се на слепо и слабовиде странке сходно применити правила по којима нотар поступа када саставља јавнобележничку исправу странци која не може да чује. Правила о поступању јавног бележника са завештаоцем који не може да чује неприменљива су на завештаоца који не може да види. Наиме, завештаоцу који

44 За такву странку Закон о јавном бележничтву користи назив: „лице са посебним потребама”. Вид. маргинални наслов изнад чл. 76. Закона о јавном бележничтву.

45 Вид. чл. 76. ст. 1–5 Закона о јавном бележничтву. Овакав приступ српског законодавца нема ваљано правно-политичко оправдање. Неспособност говора, сама по себи, не представља препреку да се завешталац упозна са садржином нотарског тестаментa тако што ће му бити прочитан у присуству нотара. Због тога није било потребе да се нема лица код састављања тестаментa уподобљавају са глувим лицима.

не може да чује нотар даје да прочита исправу о тестаменту. Ако би се та правила применила на завештаоце који не могу да виде, поставља се питање како ће слеп завешталац да прочита исправу.

Закон о наслеђивању предвиђа боље решење. У чл. 88 Закона о наслеђивању прописује се да ако завешталац није у стању да прочита исправу о тестаменту, судија ће прочитати завештаоцу тестамент у присуству два сведока, након чега ће завешталац признати исправу за свој тестамент и својеручно је потписати.<sup>46</sup> Ово правило се примењује не само онда када је завешталац неписмен, већ и онда када је слеп или слабовид.<sup>47</sup>

Приликом давања одговора на питање како нотар треба да поступа са слепим или слабовидим завештаоцем, не сме се изгубити из вида чл. 68, ст. 6 Закона о јавном бележничтву. Овом одредбом се предвиђа да ако странка не зна да чита или пише, у поступку састављања нотарског записа морају присуствовати два сведока. Слабовидост се може уподобити са неписменошћу јер се и један и други недостатак на исти начин манифестују на поступак састављања нотарског записа: онемогућују странку да сама прочита исправу коју је за њу сачинио јавни бележник.

Непримењивост чл. 76, ст. 1–5 Закона о јавном бележничтву на поступак сачињавања нотарског записа када је странка слепо лице, као и његова неусклађеност са чл. 66, ст. 6 Закона о јавном бележничтву, отварају простор за то да се на поступак за сачињавање нотарског тестаментa примене чл. 88 Закона о наслеђивању и чл. 179, ст. 1 Закона о ванпарничном поступку. Правила о поступању са слепим и слабовидим завештаоцем која су предвиђена у Закону о наслеђивању и у Закону о ванпарничном поступку, не само да су боље решење него су и више усклађена са смислом и циљевима нотарске процедуре од решења које је садржано у чл. 76, ст. 8 Закона о јавном бележничтву. Имајући у виду изложено, приликом сачињавања нотарског тестаментa слепом, слабовидом или неписменом завештаоцу, јавни бележници треба да поступају у складу са правилима наследног права и ванпарничног поступка.

### *Г. Подобносії шестіаменітарних сведока*

Приликом састављања нотарског тестаментa, по правилу, није потребно присуство тестаментарних сведока. Изузеци су предвиђени у ситуацијама када се у својству завештаоца појављује лице са посебним потребама. Уколико завешталац не може да чује или да говори, у поступку сачињавања нотарског тестаментa потребно је присуство једног тестаментарног сведока. За случај да завешталац не може да види, неписмен је или из неког другог разлога није у стању да прочита и потпише исправу у поступку сачињавања нотарског тестаментa морају да учествују два тестаментарна сведока.

46 Упор. идентично решење у чл. 179, ст. 1 Закона о ванпарничном поступку.

47 Вид. Дејан Ђурђевић, *Институције наследног права*, Београд 2012, 139.



Да би неко лице могло да учествује у поступку састављања теста-мента као тестаментарни сведок оно мора да испуњава одређене услове. Ти услови нису идентично уређени у Закону о јавном бележничтву и у Закону о наслеђивању.

Закон о јавном бележничтву у чл. 75. ст. 1 предвиђа да позвани сведок у поступку сачињавања нотарског записа може бити свако пунолетно, пословно способно и писмено лице које влада језиком на којем се саставља исправа. Својство сведока не може имати лице: 1° које ради код јавног бележника, 2° које је крвни сродник странке у правој линији, 3° које је побочни сродник странке закључно са четвртим степеном сродства, 4° које је тазбински сродник странке закључно са другим степеном сродства, 5° које је супружник или бивши супружник странке, 6° које је ванбрачни партнер странке,<sup>48</sup> 7° које је заступник, односно одговорно лице у правном лицу које стиче право или корист на основу јавнобележничке исправе и 8° које из јавнобележничког записа стиче неко право или корист.

Закон о јавном бележничтву предвиђа да сведок у поступку сачињавања нотарске исправе не може да буде ни оно лице које би у поступку пред судом: „могло да ускрати сведочење или одговор на одређена питања, у складу са законом којим се уређује парнични поступак.”<sup>49</sup> Прописивањем ове одредбе законодавац је упутио на правила Закона о парничном поступку о ускраћивању сведочења и давања одговора на поједина питања, што сматрам потпуно непримереним. Наиме, улога сведока у парничном поступку састоји се у томе да суду да исказ о чињеницама из прошлости које је чулно регистровао.<sup>50</sup> Ради што потпунијег остварења начела материјалне истине, законодавац је установио дужност сведочења у парничном поступку.<sup>51</sup> Вршење те дужности могло би да угрози неке друге интересе, како јавне, тако и приватне. Због тога законодавац прописује изузетке од дужности сведочења путем правила о: забрани саслушања, праву на ускраћивање сведочења и праву на ускраћивање одговора на поједино питање.<sup>52</sup> Ова правила су неспојива са функцијом сведока у поступку састављања јавнобележничког записа. Сведок у поступку састављања нотарског записа није извор сазнања, не даје исказ о догађајима из прошлости које је чулно регистровао, тако да није могуће да позвани сведок у јавнобележничком поступку повреди

48 Непрецизна формулација чл. 75. ст. 1, тач 2 Закона о јавном бележничтву отвара дилему око тога да ли бивши ванбрачни партнер може бити сведок у поступку сачињавања јавнобележничког записа. Сматрам да на ово питање треба дати позитиван одговор јер и у погледу бившег ванбрачног партнера важе сви правно-политички разлози којима се руководи законодавац када је бившег супружника странке уврстио у ред лица неподобних да буду сведоци у поступку сачињавања нотарског записа.

49 Вид. чл. 75. ст. 1, тач. 4 Закона о јавном бележничтву.

50 Вид. Боривоје Познић, *Коментар Закона о парничном поступку*, Београд 2009, 621.

51 Вид. Б. Познић (2009), 623 и даље.

52 Вид. чл. 247–249 Закона о парничном поступку.

дужност чувања службене тајне, да открије оно што му је поверено као верском исповеднику и сл.

Правила о подобности тестаментарних сведока која предвиђа Закон о наслеђивању су нешто другачија. Тестаментарни сведок мора бити пунолетан и потпуно пословно способан, мора бити писмен, мора знати језик на којем се саставља тестамент и мора бити у стању да се споразумева са завештаоцем. У улози сведока не могу се наћи: преци и потомци завештаоца, његови побочни сродници закључно са четвртим степеном сродства, супружници свих ових лица, као и завештаочев супружник. Према становишту које се искристалисало у судској пракси<sup>53</sup> и у доктрини, постојање односа из којег проистиче неподобност тестаментарног сведока процењује се према моменту сачињавања тестаamenta. Закон о наслеђивању није на експлицитан начин предвидео да својство сведока не може имати лице које стиче неко право или корист из тестаamenta. Међутим, не сме се изгубити из вида чл. 160, ст. 1 и 2 Закона о наслеђивању којим се предвиђа да су ништаве одредбе јавног тестаamenta којима се нешто оставља лицу овлашћеном за сачињавање тестаamenta, тестаментарном сведоку, супружницима, прецима, потомцима, браћи и сестрама тих лица.

Поступак за састављање нотарског тестаamenta јавни бележник треба да спроводи по правилима Закона о јавном бележништву. Следствено томе, питање подобности тестаментарних сведока, као једно од питања процедуре сачињавања тестаamenta, треба решавати применом одредаба Закона о јавном бележништву. Те одредбе су у главном подударне са наследноправним прописима о неподобности тестаментарних сведока. Сходно томе, неспорно је да тестаментарни сведок у поступку сачињавања нотарског тестаamenta мора бити пунолетан, потпуно пословно способан, да мора знати језик на којем се сачињава исправа и да мора бити у стању да се споразумева са завештаоцем. Такав закључак проистиче како из одредби Закона о наслеђивању, тако и из норми Закона о јавном бележништву. Такође, није спорно ни то да се у улози тестаментарних сведока не могу наћи: завештаочев супружник, његови крвни сродници у правој линији, као и његови побочни крвни сродници закључно са четвртим степеном сродства, јер такво решење налази упориште и у Закону о наслеђивању и у Закону о јавном бележништву. Оба наведена закона предвиђају да одређени тазбински сродници завештаоца такође не могу бити тестаментарни сведоци. У питању су: завештаочев зет (супруг завештаочеве ћерке, унуке или сестре), завештаочева снаха (супруга завештаочевог сина, унука или брата), завештаочев очух, односно маћеха, као и очух, односно маћеха завештаочевих родитеља.

53 Вид. одлуку Врховног суда Војводине, Гзз 49/1975, од 19. јануара 1976. године, објављена код: Јадранко Црнић, Загреб 1987, 154.

У одређеним ситуацијама правила о неподобности тестаментарних сведока која предвиђа Закон о јавном бележништву строжа су него правила Закона о наслеђивању. Тако, својство тестаментарног сведока не може имати завештаочев бивши супружник, завештаочев ванбрачни партнер, одређени завештаочеви тазбински сродници (на пример, свекар, свекрва, девер, заова, таст, ташта, шурак, свастика), као ни лице које би из тестаментa могло имати какву посредну или непосредну корист. У неким другим ситуација захтеви које Закон о наслеђивању поставља за тестаментарне сведоке строжи су у односу на правила јавнобележничког права. Према Закону о наслеђивању, својство тестаментарних сведока не би могли да имају оставиочева стрина, ујна, оставиочев теча, као ни супружници оставиочеве браће и сестара од стричева, ујака и тетки.

На нотарску процедуру, па самим тим и на питање подобности сведока код састављања нотарског тестаментa, примењују се правила јавнобележничког права. Одредбе Закона о наслеђивању могу се сходно примењивати. Примена одредби Закона о наслеђивању којима се поштравају услови за подобност тестаментарних сведока у поступку састављања нотарског тестаментa не би била у супротности са циљевима и принципима јавнобележничке процедуре. Штавише, искључивање одређених тазбинских сродника из круга сведока у поступку састављања нотарског тестаментa могло би да нађе своје покриће у чл. 75. ст. 1. тач. 3 Закона о јавном бележништву, јер би састављање тестаментa могло, макар посредно, да утиче на правну позицију ових тазбинских сродника.

## V. Нотарски тестамент са скривеном садржином

Постоје животне ситуације у којима завешталац има интерес да садржину тестаментa држи у тајности. Потенцијални завештаоци понекад се плаше да би сачињавање тестаментa могло да их доведе у сукобе са члановима породице и због тога одустају од намере да располажу имовином за случај смрти. Ради потпуног остваривања слободе тестирања, веома је важно да завешталац има могућност да сачини тестамент чија ће садржина остати непозната све до његове смрти.

Српско право потенцијалним завештаоцима нуди такву могућност. Завешталац није дужан никоме да обелодањује садржину свог ологографског (својеручног) тестаментa<sup>54</sup> или алогографског тестаментa (писмено завештање пред сведоцима).<sup>55</sup> Ово решење не може да задовољи

54 У том смислу вид. уместо свих: Дејан Ђурђевић, *Институције наследној ѿрава*, Београд 2012, 133.

55 Сведоци код алогографског тестаментa не морају бити упознати са његовом садржином. У том смислу вид. одлуку Врховног суда Југославије, Гзз 57/1970, од 29. октобра 1970. године, наведено према: Момчило Курдулија, *Приручник за наследно ѿраво*, Београд 1976, 193. Овакво решење образлаже се тиме што сведоци код

у потпуности јер се поменути тестаментима могу служити само они завештаоци који су у стању да читају и пишу.<sup>56</sup> Неписменим завештаоцима, односно завештаоцима који из било ког разлога нису у стању да читају и пишу, на располагању су усмени тестамент и јавни тестаменти. Међутим, са усменим тестаментом и јавним тестаментима ствар стоји другачије у погледу дискреције. Садржину усменог тестаamenta завешталац по природи ствари не може да држи у тајности.<sup>57</sup> Исто важи и за судски, конзуларни, војни и бродски тестамент.<sup>58</sup> Једино је међународни тестамент форма која неписменим и са њима уподобљеним тестаторима омогућује да сачине располагање за случај смрти чију ће садржину држати у тајности.<sup>59</sup>

Садржина нотарског тестаamenta, по природи ствари, мора бити позната јавном бележнику јер га он саставља по казивању завештаоца.<sup>60</sup> Ако у поступку сачињавања нотарског тестаamenta учествују сведоци, правила нотарске процедуре налажу да и они буду упознати са садржином тестаamenta. Додуше, српски законодавац је предвидео дужност чувања јавнобележничке тајне,<sup>61</sup> али то правило омогућује само ограничену, али не и потпуну дискрецију код сачињавања тестамена, за којом завешталац некада има потребу.

Такав приступ је у одређеној мери умањио улогу јавног бележника у тестаментарном праву. Страни правни пореци су водили рачуна о потреби завештаоца да садржину свог нотарског тестаamenta држи у тајности и томе су прилагодили своја законска решења. На пример, у немачком праву завешталац може сачинити нотарски тестамент на три начина: 1° да садржину своје последње воље изјави пред нотаром, 2° да нотару преда отворену исправу и да том приликом изјави да та исправа садржи његову последњу вољу или 3° да нотару преда затворену исправу и да том приликом изјави да та исправа садржи његову последњу вољу.<sup>62</sup> Овај трећи начин за састављање нотарског тестаamenta омогућа-

алографског тестаamenta не сведоче о садржини (*Inhaltszeugen*) већ о аутентичности (*Echtheitszeugen*) тестаamenta. Вид. Armin Ehrenzweig, Wienfried Kralik, *Erbrecht*, Wien 1983, 134.

56 Вид. Д. Ђурђевић (2012), 136.

57 Вид. чл. 110 Закона о наслеђивању који прописује да завешталац сачињава усмени тестамент тако што своју последњу вољу усмено казује пред три истовремено присутна сведока.

58 То проистиче из чл. 87. ст. 1. Закона о наслеђивању којим се предвиђа да судски тестамент сачињава судија по казивању завештаоца. Правила судског тестаamenta примењују се на конзуларни, бродски и војни тестамент. Вид. чл. 91, 108 и 109 Закона о наслеђивању.

59 Вид. чл. 96. ст. 2. Закона о наслеђивању.

60 Вид. чл. 6. Закона о јавном бележничтву који дефинише нотарски запис као исправу о правном послу коју је саставио јавни бележник.

61 Вид. чл. 57 Закона о јавном бележничтву.

62 Вид. § 2232 немачког Грађанског законика (BGB). О састављању нотарског тестаamenta у немачком праву, вид. Дејан Ђурђевић, *Нотарски тестаменти у немачком*

ва завештаоцу да садржину свог располагања за случај смрти сачува у тајности. Нотар не сме да отвори тестамент уколико му завешталац то изричито не дозволи.<sup>63</sup> Италијанско право такође познаје тајни тестамент (*testamento segreto*) који завешталац може сачинити тако што јавном бележнику у затвореном омоту предаје исправу на којој је исписана садржина располагања за случај смрти.<sup>64</sup>

Афирмација јавног бележника у сфери тестаментарног права захтева постојање могућности да завешталац пред јавним бележником сачини тестамент чија садржина не би била позната ни нотару, ни другим учесницима у поступку. Најједноставнији начин да се таква могућност створи јесте да јавни бележник буде уврштен у круг лица која су овлашћена да сачињавају међународни тестамент.

## Закључак

Јавнобележничко завештање (нотарски тестамент) представља нову форму тестаamenta у српском праву. Приликом његовог сачињавања нотар је дужан да поштује правила о облику јавнобележничког записа (формат исправе, средства сачињавање исправе, начин на који се попуњавају празна места на исправи, начин на који се исписују бројеви, исправљају грешке, допуњује текст, означавају и повезују странице, као и начин на који се исправа потписује), као и правила о поступку састављања јавнобележничког записа која се тичу утврђивања идентитета, спровођења рекогниције, поступања за завештаоцем који не може да чује и говори или који има вишеструке недостатке. У погледу поступања са завештаоцем који не може да види или из неког другог разлога не може да прочита и потпише исправу, нотар ће поступати у складу са наследноправним прописим који уређују судски тестамент.

Српско право не познаје могућност да се пред јавним бележником сачини тестамент чија би садржина остала непозната како јавном бележнику, тако и другим учесницима у поступку састављања тестаamenta. Најједноставнији начин за правазилажење овог проблема јесте да се јавни бележници овласте за сачињавање међународног тестаamenta.

---

праву, Увод у право Немачке (ур. М. Васиљевић, В. Чоловић), Београд 2011, 427 и даље.

63 Вид. Wolfgang Baumann, у: J. B. Staudinger, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 14. Auflage, Buch 5, Abs. 3 (Testament 2), § 2332 Rn 42.

64 Вид. Bernhard Eccher, Francesco A. Schurr, Gregor Christandl, *Handbuch Italienisches Zivilrecht*, Wien 2009, 649.

*Doc. dr Dejan B. Đurđević\**

## NOTARIAL WILL IN THE EUROPEAN LAWS AND IN SERBIAN LAW

### Summary

*Once the new Act on Notary Public (2011) enters into force, it shall introduce notarial will as a new form of last will and testament in Serbian law. The main topic of this article is the procedure for execution of a notarial testament (determination of the testator's identity, his acknowledgment (Rekognition) of the will before the notary public, dealing with an illiterate testator or the one with communication challenges, the question of persons competent to be witnesses). The author examines the possibility of hiding the contents of a notarial will from the notary public and from other participants in the notarial proceedings.*

*Key words: Notary public. Notarial act (Notariatsakt). Notarial document (Notariatsurkunde). Notarial will. Last will and testament.*

---

\* Dejan B. Đurđević, PhD. Associate professor Faculty of Law University of Belgrade. This article is the result of research within the project *Perspectives of Implementation of European Standards in the Serbian Legal System* (179059), supported by the Ministry of Science of Serbia.

## DUŽNOST OBAVEŠTAVANJA U SRPSKOM POTROŠAČKOM PRAVU

### Apstrakt

Evropsko ugovorno potrošačko pravo prožeto je idejom o dužnosti trgovca da jednostavnim i razumljivim jezikom obavesti potrošača o pojedinostima koje su od značaja za donošenje razborite ekonomske odluke. U nastojanju da srpsko pravo uskladi sa evropskim standardima zaštite potrošača, domaći zakonodavac je na načelnom nivou garantovao pravo potrošača na obaveštenost. Osim te načelne garancije, novi Zakon o zaštiti potrošača (ZZP) sadrži čitav niz pravila o dužnosti obaveštavanja koja pada na trgovca. Tu treba ubrojati: opšta pravila o predugovornom obaveštavanju i isticanju cena, zatim zabranu različitih oblika obmanjujućeg poslovanja i njihovo prekršajno sankcionisanje, kao i pravila o apsolutnoj ništavosti nejasnih i nerazumljivih odredaba u potrošačkim ugovorima. Te norme važe za sve vrste potrošačkih ugovora. ZZP sadrži i posebna pravila o dužnosti obaveštavanja, koja se odnose na: ugovore na daljinu, a posebno na elektronsku trgovinu i pružanje finansijskih usluga na daljinu, zatim na ugovore zaključene izvan poslovnih prostorija trgovca, ugovore o pružanju usluga i, posebno, ugovore o pružanju usluga od opšteg ekonomskog interesa, potom na ugovor o turističkom putovanju i druge imenovane potrošačke ugovore u turizmu. Posebnim pravilima uređena je i dužnost obaveštavanja potrošača o pravu na odustanak od ugovora, to jest o zakonom garantovanom pravu potrošača da, u kratkom roku nakon zaključenja ugovora određene vrste, jednostrano raskine taj ugovor, i to besplatno i bez obaveze da navede razloge iz kojih to čini. Pored svega navedenog, ZZP sankcioniše zloupotrebu reči garancija kod ugovora o prodaji robe. U ovom radu razmotreno je nekoliko pitanja u vezi sa dužnosti trgovca da informiše potrošače na propisani način. Prvo, tu je pitanje sadržine obaveštenja koja je trgovac dužan da pruži potrošaču, a onda i pitanje vremena, odnosno kada nastaje obaveza trgovca da potrošaču pruži određena obaveštenja. To može da bude pre zaključenja ugovora, to jest u predugovornoj fazi, prilikom zaključenja ugovora ili za vreme trajanja ugovornog odnosa. Osim toga, postavlja se pitanje forme u kojoj propisana obaveštenja treba da budu stavljena potrošaču na raspolaganje. Na kraju, otvara se pitanje sankcija koje slede za povredu dužnosti obaveštavanja, a koje mogu da budu privatnopravnog ili javnopravnog karaktera.

Ključne reči: Dužnost obaveštavanja potrošača. Predugovorno obaveštavanje. Ugovorno obaveštavanje. Forma obaveštavanja. Sankcije za povredu dužnosti obaveštavanja.

---

\* 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 nauke Republike Srbije.

## 1. Uvod

Sredinom oktobra 2010. godine Narodna skupština Republike Srbije usvojila je Zakon o zaštiti potrošača (ZZP).<sup>1</sup> Dva su osnovna cilja ove zakonodavne aktivnosti. Prvi je poštovanje Ustavom propisane obaveze države da pravno uredi oblast zaštite potrošača,<sup>2</sup> a drugi usaglašavanje srpskog potrošačkog prava sa pravom Evropske unije.<sup>3</sup> Ovaj potonji cilj podrazumeva, između ostalog, profilisanje srpskog *ugovornog* potrošačkog prava koje bi bilo u skladu sa potrošačkim *acquis communautaire*, odnosno sa dosadašnjom tekovinom komunitarnog prava u oblasti potrošačkih ugovora.

Oblast zaštite potrošača obuhvata javnopravne i privatnopravne elemente.<sup>4</sup> Pravilima ugovornog potrošačkog prava stvara se poseban, obavezujući pravni režim,<sup>5</sup> koji važi za ugovorne odnose između trgovaca i potrošača. Štaviše, novim pravilima srpskog potrošačkog prava sankcionisano je izigravanje zakona, pa se ZZP primenjuje i na one ugovore koji za cilj ili posledicu imaju izbegavanje primene njegovih odredaba (čl. 3. st. 5 ZZP).

Ugovorno potrošačko pravo obuhvata imperativna pravila o zaključanju, dejstvima, promeni i prestanku onih ugovora koji se kvalifikuju kao potrošački. Ako ne postoje specijalna, imperativna pravila potrošačkog prava o određenom aspektu ugovornog odnosa između trgovca i potrošača, na taj aspekt njihovog odnosa primeniće se opšta pravila ugovornog prava.

Među pravilima ugovornog potrošačkog prava značajno mesto zauzimaju imperativna pravila o obavezama obaveštavanja, koje terete trgovca u predugovornom i ugovornom odnosu sa potrošačem. Ta pravila biće predmet ovoga rada.

Zakon o zaštiti potrošača sadrži značajan broj odredaba o dužnosti obaveštavanja. U drugoj glavi zakona, pod naslovom *Obaveštavanje potrošača*, nalaze se odredbe o: 1. isticanju cena, 2. izdavanju računa, 3. dužnosti obaveštavanja pre i za vreme zaključenja ugovora i 4. dužnosti obaveštavanja o načinu plaćanja (čl. 6–18. ZZP). Pravila koja se odnose na obavezu isticanja cena na određeni način, odnosno na obaveštavanje potrošača pre i za vreme zaključenja ugovora, predstavljaju pokušaj srpskog zakonodavca da doma-

1 Zakon o zaštiti potrošača – ZZP, „Službeni glasnik RS”, br. 73/10. ZZP je počeo da se primenjuje 1. januara 2011. godine i od tada su prestali da važe prethodni Zakon o zaštiti potrošača, „Službeni glasnik RS”, br. 79/05, i Zakon o odgovornosti proizvođača stvari sa nedostatkom, „Službeni glasnik RS”, br. 101/05.

2 Ustavom je propisano da Republika Srbija štiti potrošače. Osim toga, Ustav zabranjuje nečasno postupanje na tržištu i radnje usmerene protiv zdravlja, bezbednosti i privatnosti potrošača. Vid. čl. 90, Ustav Republike Srbije, „Službeni glasnik RS”, br. 83/06.

3 Vid. 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.

4 Vid. više Hans-W. Micklitz, Norbert Reich, Peter Rott, *Understanding EU Consumer Law*, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland 2009, Hans W. Micklitz, Jules Stuyck, Evelyne Terryn (eds.), *Consumer Law (Ius Commune Casebooks for a Common Law of Europe)*, Hart Publishing, Oxford 2010.

5 Vid. čl. 3. st. 1 i 2. ZZP.



će pravo usaglasiti sa odgovarajućim potrošačkim direktivama Evropske unije.<sup>6</sup> Osim toga, prilikom pisanja novog zakona u obzir uzet je tada aktuelan Predlog direktive o pravima potrošača,<sup>7</sup> koji je docnije usvojen u značajno izmenjenom obliku.<sup>8</sup> Preostala pravila, ona koja se tiču izdavanja računa i obaveštavanja o načinu plaćanja, rezultat su nastojanja srpskog zakonodavca da zaštiti određene interese potrošača koji su se pokazali kao osetljivi u lokalnom potrošačkom kontekstu.

Na načelnom nivou, pravo na obaveštenost spada u osnovna prava koja su potrošačima garantovana zakonom.<sup>9</sup> U srpskom pravu ono je bliže određeno kao pravo na raspolaganje tačnim podacima koji su neophodni da bi se napravio razuman izbor među ponuđenom robom odnosno uslugama (vid. član 2. ZZP). Načelnu odredbu kojom zakonodavac jamči pravo potrošača na ovaj oblik informisanosti treba razumeti kao interpretativno sredstvo, odnosno kao alat za tumačenje onih odredaba ZZP koje imaju neposrednu primenu. Razuman izbor robe odnosno usluga predstavlja pravni standard o čijoj sadržini će odlučivati domaći sudovi.

Po ugledu na standarde zaštite potrošača koje su na snazi u EU, domaći zakonodavac je, s jedne strane, zaštitio pravo potrošača na obaveštenost, a s druge strane, sankcionisao je postupanje trgovaca koje remeti, ili preti da

- 6 Directive 97/7/EC on the protection of consumers in respect of distance contracts (*Distance Selling Directive*), *OJ L* 144, 4.6.1997, 19–27, Directive 90/314/EEC on package travel, package holidays and package tours (*Package Travel Directive*), *OJ L* 158, 23.6.1990, 59–64, Directive 85/577/EEC to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises (*Doorstep Selling Directive*), *OJ L* 372, 31.12.1985, 31–33, Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts (*Unfair Terms Directive*), *OJ L* 095, 21.4.1993, 29–34, Directive 1999/44/EC on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees (*Consumer Sales Directive*), *OJ L* 171, 7.7.1999, 12–16, Directive 2008/48/EC on credit agreements for consumers and repealing Directive 87/102/EEC (*Consumer Credit Directive*), *OJ L* 133, 22.5.2008, 66–92, Directive 2002/65/EC concerning the distance marketing of consumer financial services and amending Directives 90/619/EEC, 97/7/EC and 98/27/EC (*Directive on Distance Marketing of Financial Services*), *OJ L* 271, 9.10.2002, 16–24.
- 7 Proposal of 08.10.2008 for a Directive of the European Parliament and of the Council on consumer rights, COM (2008) 614/3.
- 8 Directive 2011/83/EU on consumer rights, amending Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC and repealing Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC (*Directive on Consumer Rights*), *OJ L* 304, 22.11.2011, 64–88.
- 9 Osim prava na obaveštenost, među osnovna prava potrošača zakonodavac ubraja prava na: zadovoljavanje osnovnih potreba, bezbednost, izbor, učešće, pravnu zaštitu, obrazovanje i zdravu i održivu životnu sredinu. Vid. čl. 2. ZZP. Ovaj katalog osnovnih prava potrošača sastavljen je prema jednoj odluci Generalne skupštine UN. Vid. United Nations Guidelines for Consumer Protection (as expanded in 1999), General Assembly Decision No. 54/449. Preciznije, domaći zakonodavac je imao u vidu jednu od interpretacija ove odluke, iza koje stoji asocijacija *Consumers International*. Ta asocijacija objedinjuje preko 220 organizacija za zaštitu potrošača u preko 115 zemalja sveta. Vid. <http://www.consumersinternational.org>. Takođe, osnovna prava potrošača iz novog ZZP u skladu su sa pravima koja su u Evropskoj zajednici garantovana potrošačima još 1975. godine, prvim evropskim programom zaštite potrošača. Vid. Council Resolution of 14 April 1975 on a preliminary program of the EEC for a consumer protection and information policy, *OJ C* 92/1, 25. 4. 1975, 2–16.

poremeti, sposobnost potrošača da razborito odlučuje, što dovodi do ekonomske odluke potrošača koju on inače ne bi doneo (čl. 19–25 ZZZP). Ekonomskom odlukom potrošača smatra se odluka o stupanju u ugovorni odnos, načinu i uslovima pod kojima se zaključuje ugovor, načinu i dinamici plaćanja, zatim odluka potrošača da vrati pribavljeno ili da koristi neko drugo pravo koje ima po osnovu ugovora, odnosno da nešto učini ili da se uzdrži od kakvog činjenja u vezi sa ugovorom.<sup>10</sup> Drugim rečima, pravila koja štite pravo potrošača na obaveštenost funkcionalno su kompatibilna sa pravilima koja zabranjuju odnosno kažnjavaju različite oblike nepoštenog, a posebno obmanjujućeg poslovanja – a to je poslovanje upravljeno na ometanje prosečnog potrošača u donošenju razborite ekonomske odluke.<sup>11</sup>

Pitanja koja se otvaraju u vezi sa obavezom trgovca da obaveštava potrošače u skladu sa zakonom u najmanju ruku su raznovrsna.<sup>12</sup> 1. Prvo, otvara se pitanje sadržine tih obaveštenja koja je trgovac dužan da pruži potrošaču. 2. Potom, tu je pitanje kada dospeva obaveza trgovca da potrošača obavesti o određenim okolnostima. To može da bude a) u predugovornoj fazi, b) prilikom zaključenja ugovora ili c) za vreme trajanja ugovornog odnosa.<sup>13</sup> 3. Osim toga, postavlja se pitanje forme u kojoj obaveštenja treba da budu stavljena potrošaču na raspolaganje. 4. Na kraju, treba razmotriti pitanje sankcija koje slede za povredu dužnosti obaveštavanja, a koje mogu da budu privatnopravnog ili javnopravnog karaktera.

## 2. Ukratko o dužnosti obaveštavanja u evropskom potrošačkom pravu

Evropsko ugovorno potrošačko pravo obeleženo je idejom o dužnosti trgovca da obavesti potrošača o onim aspektima njihovog odnosa koji su od značaja za potrošačevo razborito odlučivanje. Ta ideja ugrađena je u veći broj potrošačkih direktiva. Uz osnovni zahtev da potrošaču pru-

10 Vid. čl. 19–27 (a naročito čl. 20) ZZZP. Vid. takođe: Directive 2005/29/EC concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market (*Unfair Commercial Practices Directive*), OJ L 149, 11. 6. 2005, 22–39. U pokušaju da srpsko pravo uskladi sa zahtevima ove direktive, domaći zakonodavac opredelio se za izraz „nepošteno poslovanje”, umesto da ovaj kažnjivi oblik postupanja trgovaca sa engleskog doslovno prevede kao „nepoštene trgovačke prakse”. Druge države u regionu po pravilu su ostale pri doslovnom prevodu.

11 Evropski sud pravde primenjuje jedinstveni, opšti standard osnovanih očekivanja prema prosečnom potrošaču koji je razumno dobro informisan i razumno pažljiv i oprezan u svome postupanju. Vid. ECJ Case C-210/96 Gut Springenheide and Tusky (1998) ECR I-4657.

12 Vid. više: Marija Karanikić Mirić, Hans-Wolfgang Micklitz, Norbert Reich (eds.), under collaboration with Ruth Anna Büttner, Drago Trbojević and Mateja Đurović, *Modernising Consumer Law – the experience of the Western Balkan*, Nomos Verlag, 2012, u pripremi.

13 Obaveza obaveštavanja može da bude postavljena i alternativno. Trgovac može da se oslobodi takve obaveze tako što će potrošača obavestiti o dugovanim podacima pre ili nakon zaključenja ugovora. Takav je slučaj sa već pomenutom Direktivom 97/7/EC o prodaji na daljinu (*Distance Selling Directive*), koja trgovcu nalaže da potrošaču pruži čitav niz informacija pre zaključenja ugovora o prodaji, a ako to nije učinio, onda u pismenoj formi pre isporuke prodate stvari.

ži obaveštenja o određenim okolnostima, pred trgovca se postavlja i zahtev transparentnosti.<sup>14</sup> kada obaveštava potrošača, trgovac je dužan da to učini jednostavnim i razumljivim jezikom, odnosno na jasan i nedvosmislen način.

Zahtevi postavljeni pojedinim direktivama ponekad se preklapaju, pa jedan ugovorni odnos može da bude uređen odredbama više direktiva, od kojih svaka propisuje dužnost trgovca da potrošača blagovremeno obavesti o određenim okolnostima. Primera radi, do takvog preklapanja dolazi kada se neki od imenovanih potrošačkih ugovora u oblasti turizma zaključuje na daljinu. Direktiva 97/7/EC o prodaji na daljinu važi za sve vrste potrošačkih ugovora sklopljenih pretežnom upotrebom jednog ili više sredstava komunikacije na daljinu, dok se Direktiva 90/314/EEC o paket aranžmanu<sup>15</sup> odnosi na pojedine potrošačke ugovore u oblasti turizma. Obe propisuju čitav niz informacija koje je trgovac dužan da predoči potrošaču u predugovornoj fazi i prilikom zaključenja ugovora.

Potrošačke direktive se razlikuju i u pogledu zahteva forme koji postavljaju pred trgovca. Dok neke nalažu da obaveštenja koja trgovac pruža potrošaču budu u pisanoj formi,<sup>16</sup> druge se zadržavaju na pisanoj ili „drugoj prikladnoj formi”.<sup>17</sup> Pojedine direktive pojašnjavaju prikladnu formu, uvodeći pojam trajnog nosača zapisa.<sup>18</sup> Reč je o sredstvu koje omogućava da trgovac odnosno potrošač sačuvaju elektronske podatke, da im pristupe i da ih reprodukuju u neizmenjenom obliku, i to onoliko dugo koliko to odgovara svrsi čuvanja podataka.

Pojedine direktive propisuju da potrošač ima pravo na jednostrani raskid, to jest na odustanak od ugovora, u kratkom roku nakon zaključenja, bez mogućnosti da mu se zbog toga na teret stave bilo kakvi troškovi i bez potrebe da navede razlog iz kojeg od ugovora odustaje.<sup>19</sup> Te direktive ujedno propisuju obavezu trgovca da potrošača obavesti o postojanju prava na jednostrani raskid. Prema shvatanju Evropskog suda pravde, ako trgovac propusti da obavesti potrošača o tom njegovom pravu, rok u kojem potrošač može jednostrano da raskine ugovor ne počinje da teče sve dok ga trgovac propisno ne obavesti o pravu na odustanak.<sup>20</sup> Potrošačke direktive po pravilu prepuštaju državama članicama EU da same propišu pravne posledice povrede dužnosti trgovca da na adekvatan način i blagovremeno obavesti potrošača o određenim okolnostima koje su od značaja za njihov budući ili već postojeći

14 Srpski zakonodavac to naziva zahtevom javnosti i propisuje da ugovorna odredba obavezuje potrošača ako je izražena jednostavnim, jasnim i razumljivim jezikom i ako je takva da bi je shvatio razuman čovek potrošačevog znanja i iskustva. Vid. čl. 44. st. 1 ZZP.

15 Package Travel Directive.

16 Doorstep Selling Directive, Unfair Terms Directive.

17 Package Travel Directive.

18 Distance Selling Directive, Consumer Sales Directive.

19 Na primer: Doorstep Selling Directive, Distance Selling Directive, Consumer Credit Directive, Directive on Distance Marketing of Financial Services.

20 ECJ Case C-481/99, Georg Heining and Helga Heining v. Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG, ECR (2001) I-09945; ECJ Case C-412/06, Hamilton v. Volksbank Filder eG, ECR (2008) I-02383.

ugovorni odnos. Drugim rečima, *acquis communautaire*, odnosno dosadašnja tekovina komunitarnog prava u oblasti potrošačkih ugovora, ne obuhvata pravila o sankcijama za ogлуšenje trgovca o obavezu obaveštavanja.<sup>21</sup>

Izuzetno, Direktiva o zabranama sa ciljem zaštite potrošačkih interesa<sup>22</sup> uređuje postupak za zabranu nepoštenog poslovanja, odnosno poništaj nepravilnih odredaba u potrošačkim ugovorima. To je od značaja kod povrede dužnosti obaveštavanja: 1. ako se ta povreda kvalifikuje kao vid obmanjujućeg poslovanja, što je jedan od oblika zabranjenog nepoštenog poslovanja (Direktiva 2005/29/EC o nepoštenom poslovanju), odnosno 2. ako se određena odredba potrošačkog ugovora kvalifikuje kao nepravilna, upravo zbog toga što je protivna zahtevu transparentnosti (Direktiva 93/13/EEC o nepravilnim uslovima u potrošačkim ugovorima). Naime, zahtev transparentnosti ima značaj formalnog kriterijuma pravičnosti,<sup>23</sup> pa se svaka odredba potrošačkog ugovora koja nije izražena jednostavnim, jasnim i razumljivim jezikom kvalifikuje kao nepravilna i posledično ništava. Na ova dva slučaja odnose se procesne odredbe pomenute Direktive o zabranama.

### 3. Dužnost obaveštavanja u srpskom potrošačkom pravu

Novi ZZP na načelnom nivou garantuje potrošaču pravo na obaveštenost (čl. 2. st. 1. tač. 3). Osim toga, ZZP sadrži posebno poglavlje o obaveštavanju potrošača (Glava druga, čl. 6–18), koje obuhvata pravila o isticanju cena, izdavanju računa, dužnosti obaveštavanja pre i za vreme zaključenja ugovora i dužnosti obaveštavanja o načinu plaćanja. Zatim, ZZP sankcioniše pojedine oblike nepoštenog poslovanja, koji se kvalifikuju kao obmanjujuće poslovanje (uključujući omisiju). Obmanjivanje potrošača (u smislu čl. 21–23) može se razumeti kao povreda dužnosti obaveštavanja potrošača o okolnostima koje su od značaja za donošenje razborite ekonomske odluke. Dalje, domaći zakonodavac je razumeo povredu zahteva transparentnosti kao formalnu nepravilnost ugovorne odredbe, pa ZZP propisuje sankciju apsolutne ništavosti za netransparentnu odredbu, to jest propisuje da potrošača ne obavezuje ugovorna odredba koja nije izražena jednostavnim, jasnim i razumljivim jezikom, i to tako da bi je shvatio razuman čovek potrošačevog znanja i iskustva (čl. 44. st. 1). Ova pravila važe za sve vrste potrošačkih ugovora.

Osim opštih normi o obaveštavanju potrošača, ZZP sadrži posebna pravila o dužnosti obaveštavanja potrošača u slučaju ugovora na daljinu i ugovora koji se zaključuju izvan poslovnih prostorija (čl. 28, 32–33), uključujući

21 U praksi Evropskog suda pravde, efikasnost, proporcionalnost i kapacitet neke mere da odvrati adresata od određenog postupanja predstavljaju opšte kriterijume prilikom procene da li je država članica ispunila obavezu iz čl. 10 Ugovora o osnivanju EZ. Vid. Norbert Reich, „Legal protection of individual and collective consumer interests”, u: H.-W. Micklitz, N. Reich, P. Rott, *Understanding EU Consumer Law*, 320–325.

22 Directive 98/27/EC on injunctions for the protection of consumers' interests (*Injunctions Directive*), *OJ L* 166, 11.6.1998, 51–55.

23 Hans-W. Micklitz, „Unfair Terms in Consumer Contracts”, u: H.-W. Micklitz, N. Reich, P. Rott, *Understanding EU Consumer Law*, 135.

dužnost obaveštavanje o pravu na odustanak, to jest jednostrani raskid (čl. 31), kao i još posebija (*lex specialissima*) pravila o obaveštavanju potrošača u slučaju elektronske trgovine (čl. 29–30) i pružanja finansijskih usluga na daljinu (čl. 28). Takođe, ZZP propisuje posebna pravila o dužnosti obaveštavanja potrošača kod ugovora o pružanju usluga (čl. 73), a specijalno kod ugovora o pružanju usluga od opšteg ekonomskog interesa (čl. 87–88), zatim kod ugovora o turističkom putovanju (čl. 93–96), ugovora o vremenski podeljenom korišćenju nepokretnosti i drugih ugovora u oblasti turizma<sup>24</sup> (čl. 111–113). Osim svega navedenog, ZZP sankcioniše zloupotrebu reči garancija u ugovorima o prodaji robe (čl. 57).

### 3.1. Sadržina obaveštenja

#### A) OPŠTA OBAVEZA OBAVEŠTAVANJA

Bez obzira na tip potrošačkog ugovora koji se sklapa, ZZP propisuje opštu obavezu svih trgovaca da u periodu koji prethodi zaključenju ugovora, obaveste potrošača o zakonom pobrojanim okolnostima koje su od značaja za donošenje razumne ekonomske odluke u pogledu stupanja u ugovorni odnos (čl. 16–17. ZZP).

Način na koji je formulisana odredba čl. 16. st. 1. ZZP ostavlja prostor za uže tumačenje, odnosno za tvrdnju da predugovorna obaveza obaveštavanja postoji samo kod potrošačkih ugovora o prodaji i delu, a ne kod svih potrošačkih ugovora. Naime, tom odredbom je propisano da je trgovac dužan da potrošača obavesti o određenim, zakonom pobrojanim, pojedinostima „pre zaključenja ugovora o prodaji robe ili pružanju usluga”. S druge strane, zakonodavac je definisao potrošački ugovor kao svaki ugovor zaključen između trgovca i potrošača (čl. 5. st. 1. tač. 3. ZZP). Iz toga proizlazi da se pojam potrošačkog ugovora ne iscrpljuje ugovorima o prodaji i delu, to jest pružanju usluga. Stoga se otvara pitanje da li je intencija zakonodavca bila da iz opšte obaveze obaveštavanja izuzme one potrošačke ugovore koji se ne kvalifikuju ni kao prodaja ni kao delo. To je pitanje na koje će, ako se za tim pokaže potreba u praksi, odgovor morati da daju domaći sudovi.

Opšta obaveza predugovornog obaveštavanja potrošača odnosi se na minimum informacija koje mu se uvek moraju staviti na raspolaganje, odnosno na pojedinosti koje su od značaja za potrošača bez obzira na kvalifikaciju ugovornog odnosa u koji stupa. Ta obaveza trgovca zakonom je proširena kod pojedinih vrsta potrošačkih ugovora, kao što su ugovori zaključeni na daljinu i van poslovnih prostorija, ugovori o pružanju usluga od opšteg ekonomskog interesa, ugovori o turističkom putovanju i vremenski podeljenom korišćenju nepokretnosti.

24 Pod drugim potrošačkim ugovorima u oblasti turizma misli se na ugovor o vremenski podeljenom korišćenju nepokretnosti (*tajm-šering*), ugovor o trajnim olakšicama za odmor, ugovor o pomoći prilikom preprodaje i ugovor o omogućavanju razmene. Vid. čl. 5. st. 1. tač. 30–32 ZZP. Kod poslednja dva navedena ugovora, kao predmet preprodaje odnosno razmene figurira upravo *vremenski podeljeno korišćenje nepokretnosti*.

Krug informacija koje trgovac u svakom slučaju mora da pruži potrošaču obuhvata: 1. osnovna obeležja robe odnosno usluga koje su predmet obaveze trgovca, 2. adresu i druge podatke od značaja za utvrđivanje identiteta trgovca, a kod javne aukcije, adresu i druge podatke koji su od značaja za utvrđivanje identiteta aukcionara, 3. cenu, odnosno način na koji se ona obračunava, 4. način plaćanja, način i rok isporuke, način izvršavanja drugih ugovornih obaveza, dodatne troškove transporta i isporuke, 5. način na koji se postupi po pritužbama potrošača, 6. postojanje prava na jednostrani raskid to jest odustanak – ako potrošač ima to pravo po odredbama ZZP, 7. podršku koju trgovac pruža potrošaču posle prodaje, 8. uslove pod kojima trgovac daje ugovornu garanciju – ako je daje, 9. vreme na koje je ugovor zaključen – ako je zaključen na određeno vreme, 10. uslove pod kojima se ugovor može raskinuti – ako je zaključen na neodređeno vreme, 11. minimalno trajanje ugovorne obaveze potrošača – ako treba odrediti njeno trajanje, 12. uslove pod kojima je potrošač dužan da na zahtev trgovca pruži bilo koji oblik obezbeđenja – ako takva obaveza potrošača postoji. Pored svega navedenog, trgovac je dužan da potrošaču na jasan i nedvosmislen način stavi do znanja da mu predmetna obaveštenja pruža u komercijalne svrhe, odnosno da mu ih daje u nameri da sa njim stupi u ugovorni odnos. Ako potrošački ugovor na kraju bude zaključen, sve ovde navedene informacije koje je trgovac dao potrošaču pre zaključenja ugovora postaju njegov sastavni deo (čl. 16. st. 4. ZZP). To, između ostalog, znači da ih trgovac ne može jednostrano menjati.

Trgovac nije dužan da potrošaču pruži neku od pobrojanih informacija samo ako ona očigledno proizlazi iz okolnosti zaključenja ugovora (čl. 16. st. 2. ZZP). U protivnom, sve navedene informacije trgovac je dužan da potrošaču saopšti pre zaključenja ugovora, na jasan i razumljiv način. Nejasno i nerazumljivo saopštavanje ne oslobađa trgovca predugovorne obaveze obaveštavanja, pa on snosi sve pravne posledice koje bi snosio da potrošača nije ni pokušao da obavesti o svemu što je potrebno. Drugim rečima, sankcije za povredu obaveze obaveštavanja su iste, bez obzira na to da li se povreda sastoji u neodgovarajućem (nejasnom, nerazumljivom) obaveštavanju ili u propuštanju da se potrošač uopšte o bilo čemu informiše.

Zakonodavac ne propisuje na kom jeziku je trgovac dužan da u predugovornoj fazi obavesti potrošača o pobrojanim pojedinostima. Sve dok je obaveštenje koje je potrošaču dato u skladu sa zahtevom transparentnosti, odnosno sve dok je potrošač informisan na jasan i razumljiv način, pitanje jezika na kojem učesnici u pravnom prometu pregovaraju i zaključuju ugovore ostaje izvan potrošačkog prava. Načelno, to pitanje ne bi ni trebalo da interesuje zakonodavca. Jezik poslovanja treba da ostane u sferi privatne autonomije ugovornih strana.

S druge strane, u fazi koja prethodi zaključenju ugovora, trgovac ima obavezu da obaveštenja koja pruža potrošaču budu jasna i razumljiva. Ako potrošač pripada posebnoj, zakonom definisanoj grupi, kao što su, primera radi, ugroženi potrošači (vid. čl. 84. ZZP), trgovac je dužan da mu dugovana obaveštavanja pruži na način koji bi bio jasan i razumljiv prosečnom pripad-

niku te grupe. U svakom slučaju, pitanje da li su konkretnom potrošaču sve informacije date na jasan i razumljiv način treba prepustiti sudovima. Standard koji primenjuje Evropski sud pravde, a to je prosečan potrošač koji je razumno dobro informisan, pažljiv i oprezan u svome postupanju,<sup>25</sup> podrazumeva i da potrošač saopšti trgovcu da ne razume informacije koje su mu stavljene na raspolaganje, odnosno da se pri takvom stanju stvari uzdrži od stupanja u ugovorni odnos.

Na trgovca pada teret dokazivanja da je izvršio zakonom propisanu obavezu predugovornog obaveštavanja potrošača (čl. 16. st. 5. ZZP). Zakonodavac nije propisao formu u kojoj je trgovac dužan da potrošaču saopšti sve navedene podatke. Međutim, kako je teret dokazivanja s tim u vezi na trgovcu, u njegovom će interesu biti da se obaveze obaveštavanja oslobodi u pisanoj formi ili na trajnom nosaču zapisa, odnosno tako da se pruženim informacijama može ponovo pristupiti.

## B) POSEBNE OBAVEZE OBAVEŠTAVANJA

1) Za ugovore na daljinu i ugovore koji se zaključuju van poslovnih prostorija trgovca zakonodavac je, po ugledu na direktive 97/7/EC o prodaji na daljinu i 85/577/EEC o prodaji van poslovnih prostorija, posebno propisao dužnost trgovca da na jasan i razumljiv način obavesti potrošača o: uslovima za jednostrani raskid ugovora i postupku za njegovo ostvarivanje, adresi poslovanja – ako trgovac ne posluje na adresi svoga sedišta odnosno prebivališta, adresi drugog trgovca u čije ime postupa a na koju se mogu uputi pritužbe, postojanju kodeksa ponašanja koji obavezuje trgovca i načinu na koji se može izvršiti uvid u taj kodeks, ceni upotrebe sredstava komunikacije na daljinu ukoliko se ta cena ne obračunava po osnovnoj tarifi, činjenici da potrošač stupa u ugovorni odnos sa trgovcem i da uživa zaštitu u skladu sa ZZP, činjenici da kod ugovora na daljinu potrošač gubi pravo na jednostrani raskid ako trgovac, uz izričitu saglasnost potrošača, započne pružanje usluge pre isteka vremena u kome je dozvoljen jednostrani raskid, kao i o mogućnosti vansudskog rešavanja sporova (čl. 28. ZZP). Ako ugovor na kraju bude bio zaključen, sve ovde pomenute informacije koje je trgovac dao potrošaču pre zaključenja postaju njegov sastavni deo (čl. 28. st. 3. ZZP).

U svrhu obaveštavanja potrošača o pravu na jednostrani raskid ugovora na daljinu, odnosno ugovora koji se zaključuje van poslovnih prostorija trgovca, i potrošačevog eventualnog korišćenja tim pravom, trgovac je dužan da mu preda obrazac za jednostrani raskid ugovora, čija je sadržina propisana zakonom (čl. 31. ZZP). Ministar nadležan za poslove zaštite potrošača dužan je da bliže uredi sadržinu tog obrasca.<sup>26</sup>

2) Ako se na daljinu zaključuje ugovor o pružanju finansijskih usluga, trgovac ima posebnu zakonsku obavezu (vid. čl. 28. st. 2) da u predugovornoj fazi, na jasan i razumljiv način, obavesti potrošača o osnovnim obeležjima

25 Vid. ECJ Case C-210/96 Gut Springenheide and Tusky (1998) ECR I-4657.

26 Vid. Pravilnik o sadržini obrasca za jednostrani raskid ugovora na daljinu i ugovora koji se zaključuju izvan poslovnih prostorija, „Službeni glasnik RS”, br. 50/2011.

finansijske usluge, ukupnoj ceni finansijske usluge uključujući poreze, takse, troškove i naknade, odnosno o načinu obračunavanja cene ako se ukupna cena finansijske usluge još uvek ne može iskazati, zatim o posebnim rizicima koji se odnose na određeni finansijski instrument, periodu za koji važe data obaveštenja i načinu plaćanja.<sup>27</sup>

3) Pravila o obaveštavanju potrošača u vezi sa ugovorom na daljinu dalje su dopunjena u slučaju elektronske trgovine (čl. 29–30. ZZP), a po ugledu na Direktivu 2000/31/EC o elektronskoj trgovini.<sup>28</sup> Tako je trgovac dužan da potrošaču omogućiti da, pre zaključenja ugovora, na jednostavan način prepozna, uskladišti i reprodukuje konačan tekst budućeg ugovora, da uoči i ispravi greške u unosu podataka pre nego što pošalje porudžbenicu i da elektronski pristupi kodeksu ponašanja koji obavezuje trgovca. Pre nego što potrošač pošalje porudžbenicu, trgovac je dužan da mu na jasan i razumljiv način stavi na raspolaganje uputstvo za zaključenje ugovora, da ga obavesti o jezicima na kojima se ugovor može zaključiti, zatim o tome da će zaključeni ugovor biti uskladišten, kako mu se može pristupiti i kako se mogu ispraviti greške u unosu podataka. Pored svega navedenog, trgovac je dužan da nadležnim organima i potrošačima omogućiti lak, stalan i neposredan uvid u podatke o svome imenu, adresi i adresi elektronske pošte, javnom registru u koji je upisan i broju pod kojim je izvršen upis, odnosno drugom načinu na koji se može izvršiti njegova identifikacija u registru, nadležnom nadzornom organu – ako je za obavljanje njegove delatnosti potrebna saglasnost nadležnog organa, nazivu i adresi komore ili udruženja u koje je učlanjen, stručnom zvanju i državi u kojoj je to zvanje stečeno, (kodifikovanim) pravilima struke koja ga obavezuju i načinu na koji se može pristupiti tim pravilima, kao i o iznosu i načinu plaćanja poreza na dodatu vrednost.

4) Posebna pravila o dužnosti obaveštavanja potrošača propisana su i kod ugovora o pružanju usluga (čl. 73. ZZP). Trgovac je dužan da bez odlaganja obavesti potrošača o tome da određena usluga očigledno ne odgovara njegovim potrebama ili da je njena cena značajno viša od iznosa koji je potrošač mogao razumno da očekuje, ako mu to postane jasno prilikom ili nakon zaključenja ugovora. Štaviše, trgovac je dužan da obustavi vršenje usluge, ako nije u mogućnosti da potrošača blagovremeno obavesti o navedenim okolnostima, odnosno ako mu potrošač ne da odgovarajuća uputstva u vezi sa onim o čemu je obavešten. Izuzetno, trgovac može da nastavi s pružanjem usluge, ako je očigledno da je to u skladu s namerama potrošača.

5) Obaveza predugovornog obaveštavanja potrošača proširena je i kod usluga od opšteg ekonomskog interesa (čl. 87–88. ZZP). To su usluge čiji kvalitet, uslove pružanja ili cenu uređuje ili kontroliše državni organ ili drugi nosilac javnog ovlašćenja, po pravilu zbog velike vrednosti početnih ulaganja, ograničenosti neophodnih resursa, održivog razvoja, društvene solidarnosti

27 Ova pravila slede odredbe Direktive 2002/65/EC o prodaji finansijskih usluga na daljinu.

28 Directive 2000/31/EC on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (*Directive on electronic commerce*), OJ L 178, 17. 7. 2000, 1–16.



ili potrebe za ujednačenim regionalnim razvojem, a radi zadovoljavanja opšteg društvenog interesa. Reč je, primera radi, o elektronskim komunikacijama, snabdevanju električnom energijom i gasom i komunalnim delatnostima. Osim opšte obaveze obaveštavanja, trgovac koji pruža ovu vrstu usluga dužan je da, pre stupanja u ugovorni odnos, obavesti potrošača o: njegovom pravu da mu usluge određenog kvaliteta budu pružene po pristupačnoj ceni, tarifi koja obuhvata i naknadu za priključenje na mrežu, naknadama za korišćenje i održavanje mreže, roku za priključenje na mrežu, načinu na koji se može steći uvid u važeće tarife i cene održavanja, pravu potrošača da promeni pružaoca usluge od opšteg ekonomskog interesa bez naknade, načinu ostvarivanja prava na naknadu odnosno povraćaj uplaćenog iznosa ako pružena usluga ne odgovara ugovorenom kvalitetu. Osim toga, trgovac je dužan da potrošača obavesti o promeni cena najkasnije mesec dana pre nego što počne da zaračunava nove cene, te da javno i blagovremeno informiše potrošače o planiranoj izmeni tarifnog sistema i opštih uslova ugovora.

6) Obaveza predugovornog obaveštavanja proširena je i kod ugovora o turističkom putovanju (čl. 93–95. ZZP).<sup>29</sup> Trgovac je dužan da sva dopunska obaveštenja potrošaču pruži besplatno, i to u pisanoj formi ili na trajnom nosaču zapisa koji je lako dostupan potrošaču. Ta obaveštenja moraju biti napisana slovima iste veličine kao ostatak ugovora.

Trgovac je u obavezi da, u primerenom roku pre zaključenja ugovora o turističkom putovanju, potrošača obavesti o:<sup>30</sup> ukupnoj ceni turističkog putovanja, uključujući poreze i dodatne troškove, ukupnom iznosu sredstava koja je potrošač dužan da plati pre polaska na turističko putovanje i rasporedu dospeća i iznosu obročnih otplata, odredištu, sredstvima, karakteristikama i kategorijama prevoza, datumima, vremenu i mestu polaska i povratka, vremenu i mestu privremenog zaustavljanja, vrsti prevoza, svojstvima, opremljenosti i stepenu udobnosti prevoznog sredstva, uslugama koje se nude u prevoznom sredstvu, smeštajnom objektu i smeštajnoj jedinici, broju, rasporedu, vrsti, karakteristikama i načinu usluživanja obroka, posetama, izletima i drugim uslugama koje su uključene u ukupnu cenu turističkog putovanja, mogućnosti osiguranja koje pokriva troškove otkaza turističkog putovanja od

29 U istom duhu proširena je opšta obaveza predugovornog obaveštavanja kod ugovora o vremenski podeljenom korišćenju nepokretnosti, trajnim olakšicama za odmor, pomoći prilikom preprodaje i omogućavanju razmene. Čl. 5, st. 1. tač. 30-33; čl. 111–113. i čl. 115. ZZP. Viđ. takođe: Uredba o sadržini standardnog informativnog obrasca za ugovore o vremenski podeljenom korišćenju nepokretnosti, o trajnim olakšicama za odmor, o pomoći prilikom preprodaje i o omogućavanju razmene, „Službeni glasnik RS”, br. 55/2011, Uredba o sadržini obrasca za jednostrani raskid ugovora o vremenski podeljenom korišćenju nepokretnosti, o trajnim olakšicama za odmor, o pomoći prilikom preprodaje i o omogućavanju razmene, „Službeni glasnik RS”, br. 55/2011.

30 Kada oglašava turističko putovanje, trgovac je dužan da potrošača informiše o njegovom pravu da bude obavešten o svemu ovome i o načinu na koji ta obaveštenja može da dobije. Osim toga, trgovac je dužan da potrošača obavesti o komercijalnoj prirodni promotivnog odnosno prodajnog događaja na kojem nudi zaključenje ugovora o turističkom putovanju, te da tokom tog promotivnog odnosno prodajnog događaja omogući potrošaču pristup svim ovim podacima.

strane potrošača u slučaju nesreće ili bolesti ili troškove pomoći i povratka sa turističkog putovanja, dokumentima i rokovima neophodnim za izdavanje viza, carinskim, graničnim i administrativnim formalnostima, zdravstvenim uslovima putovanja uz detaljne zdravstvene preporuke, uslovljavanju realizacije turističkog putovanja brojem prijavljenih putnika i roku za obaveštavanje potrošača o raskidu ugovora o turističkom putovanju u slučaju nedovoljnog broja prijavljenih putnika, kao i o nazivu, poslovnom imenu i sedištu trgovca radi dostavljanja pismena u sudskom postupku.<sup>31</sup> U slučaju rezervacije turističkog putovanja putem sredstava komunikacije na daljinu, sve navedene informacije moraju biti dostupne potrošaču za vreme trajanja rezervacije. Ako ugovor o turističkom putovanju na kraju bude bio zaključen, sve ovde navedene informacije koje je trgovac dao potrošaču pre zaključenja ugovora postaju njegov sastavni deo (vid. čl. 96. ZZP). Teret dokazivanja da je potrošač obavešten u skladu sa zakonom leži na trgovcu.

Najopštija odredba o teretu dokazivanja koji pada na trgovca, a tiče se činjenice da je potrošač o svemu obavešten u skladu sa zakonom, propisana je u vezi sa opštom obavezom predugovornog obaveštavanja potrošača (čl. 16. ZZP). Osim toga, među odredbama koje se tiču zabrane nepoštenog poslovanja stoji da trgovac snosi teret dokazivanja tačnosti svih podataka u vezi sa proizvodom, koje je dao pre, za vreme i nakon zaključenja ugovora (čl. 19. ZZP). Zatim, prema pravilima o ništavosti nepravičnih odredaba u potrošačkim ugovorima, neoborivo se pretpostavlja da je nepravična (i posledično apsolutno ništava) ona ugovorna odredba kojom se na potrošača prebacuje teret dokazivanja koji je po zakonu na trgovcu (čl. 47. ZZP). Kada se sve to ima u vidu, otvara se pitanje da li je bilo potrebno da zakonodavac kod ugovora o turističkom putovanju posebno propiše da je na trgovcu teret dokazivanja da je izvršio dopunsku obavezu obaveštavanja potrošača (čl. 94. ZZP). Ovakva posebna odredba o teretu dokazivanja postoji i kada trgovac organizuje boravak učenika ili studenta na školovanju ili studijama u inostranstvu (čl. 101. ZZP). U ostalim slučajevima u kojima je opšta obaveza obaveštavanja potrošača posebno proširena, zakonodavac je propustio da naglasi da teret dokazivanja obaveštenosti potrošača o tim dodatnim, posebnim okolnostima pada na trgovca. Na taj način stvorena je neizvesnost u pogledu važenja pravila o teretu dokazivanja u svim onim slučajevima kada je opšta obaveza predugovornog obaveštavanja iz čl. 16. ZZP proširena u skladu sa specifičnostima određene, posebne vrste imenovanih potrošačkih ugovora, a nije posebno naglašeno da se pravilo o teretu dokazivanja odnosi i na to proširenje.

31 Osim toga, prilikom zaključenja ugovora o turističkom putovanju, a najkasnije pre polaska na putovanje, trgovac je dužan da potrošača obavesti o lokalnom predstavniku odnosno lokalnoj agenciji trgovca od kojih može da zatraži pomoć, broju telefona za hitne slučajeve i načinu na koji može da stupi u neposredan kontakt sa trgovcem. Takođe, pre zaključenja ugovora o turističkom putovanju maloletnika u inostranstvo bez roditelja ili staratelja, a najkasnije 14 dana pre polaska, trgovac je dužan da svome saugovorniku da podatke koji će mu omogućiti neposredan kontakt sa maloletnikom, kao i ime, adresu i broj telefona lica ugovornog za maloletnika u mestu boravka u inostranstvu. Vid. čl. 93. ZZP.

7) Prilikom oglašavanja povodom prodaje i zaključenja ugovora o prodaji, trgovac ima i jednu zakonom propisanu negativnu obligaciju, a to je da se uzdrži od upotrebe reči garancija i izraza sa istim značenjem, ako potrošač iz datog ugovora o prodaji ne stiče više prava nego što mu je već garantovano odredbama ZZP.<sup>32</sup> U protivnom, ponašanje trgovca predstavlja zloupotrebu reči garancija, kvalifikuje se kao obmanjujuće poslovanje bez obzira na okolnosti pojedinačnog slučaja, i kao takvo, prekršajno je sankcionisano (vid. čl. 151. st. 1. tač. 28. ZZP).

### C) ISTICANJE CENA

Među opštim pravilima o obaveštavanju potrošača nalaze se ona o dužnosti trgovca da na propisani način istakne cene (čl. 6–14. ZZP). Tim pravilima uređen je način na koji trgovac mora da označi cenu robe odnosno usluga koje nudi, sa ciljem blagovremenog i potpunog informisanja svakog potrošača o predmetu obaveze koja bi za njega nastala ako se odluči za stupanje u ugovorni odnos povodom te robe odnosno usluga. Treba naglasiti da pravila o isticanju cena ni na koji način ne utiču na formiranje i eventualnu kontrolu cena.

Zakonom su definisane prodajna (ukupna) cena, jedinična cena robe, jedinična cena usluge i cena po času ili drugoj jedinici vremena (čl. 5. st. 1. tač. 19–22. ZZP), a potom i mesto odnosno način na koji se one moraju označiti. Namera zakonodavca bila je da usvajanjem ovih pravila uskladi domaće pravo sa zahtevima Direktive 98/6/EC o isticanju cena.<sup>33</sup> Ipak, zakonodavac je ponegde odstupao od rešenja predviđenih Direktivom, na prvom mestu tako što je propisao dužnost odgovarajućeg isticanja cena usluga. Naime, Direktiva 98/6/EC sadrži samo pravila o isticanju cena robe. Takođe, ZZP sadrži posebna pravila o isticanju cena struje, gasa, centralnog grejanja, vode, kao i specijalne obaveze koje u pogledu odgovarajućeg obaveštavanja potrošača o cenama nastaju za benzinske stanice, parkirališta i ugostiteljske objekte, budući da su to situacije u kojima je praksa pokazala naročito lošu informisanost potrošača o iznosu koji su se obavezali da plate. Zakon sadrži detaljna pravila o isticanju cena robe ili usluga koje se nude po umanjenoj ceni, zatim cena umetničkih dela i antikviteta, kao i prethodno upakovane robe. Osim toga, zakon propisuje uslove pod kojima je dužnost isticanja cena ograničena. U svakom slučaju, i ovde važi zahtev transparentnosti, pa cena mora da bude istaknuta na nedvosmislen, čitak i lako uočljiv način.

Za razliku od Direktive, srpski ZZP posebno propisuje da cena mora da se istakne u valuti koja je zakonito sredstvo plaćanja u Republici Srbiji. Može se pretpostaviti da bi isticanje cena u nekoj opskurnoj valuti predstavljalo povredu zahteva transparentnosti, odnosno da se ne bi kvalifikovalo kao jasno i razumljivo obaveštavanje potrošača o ceni predmetne robe odnosno usluge. Međutim, samo pitanje valute u kojoj se trguje u načelu izlazi izvan okvira potrošačkog prava, odnosno ne kvalifikuje se kao potrošačko pitanje.

32 Tako i Consumer Sales Directive.

33 Directive 98/6/EC on consumer protection in the indication of the prices of products offered to consumers (*Price Indication Directive*), OJ L 80, 18. 3. 1998, 27–31.

## D) OBAVEŠTAVANJE O NAČINU PLAĆANJA I IZDAVANJE RAČUNA

Među opštim pravilima o dužnosti obaveštavanja potrošača nalaze se i neke odredbe koje nisu nastale po ugledu na evropske propise. One nisu usvojene u pokušaju da se srpsko potrošačko pravo uskladi sa pravom EU, već predstavljaju autentičan odgovor domaćeg zakonodavca na lokalne potrošačke probleme.

Prva takva odredba tiče se obaveze izdavanja računa. Trgovac je dužan da za prodatu robu odnosno pruženu uslugu potrošaču izda račun, koji mora da sadrži: naziv, adresu i ostale podatke od značaja za utvrđivanje identiteta trgovca, identifikaciju prodate robe odnosno pružene usluge, datum izdavanja računa i konačnu prodajnu cenu (čl. 15. ZZP). Smisao ove odredbe može biti sporan, utoliko što je u zakonskom katalogu definicija određeno značenje izraza prodajna cena, jedinična cena robe, jedinična cena usluge i cena po času ili drugoj jedinici vremena, ali ne i značenje izraza konačna prodajna cena (vid. čl. 5. ZZP). Osim toga, obaveza izdavanja računa već je drugim zakonima propisana na različite načine, što ukazuje na prenormiranost i potrebu da ministarstva kao predlagači zakona sarađuju, prate postojeće propise i sa njima usaglašavaju svoje predloge.<sup>34</sup>

Osim toga, ZZP sadrži pravilo čiji je cilj da se rizik neuspelog plaćanja posredstvom banke ili pošte prebaci sa potrošača-dužnika na trgovca-poverioca, i to u času kada potrošač izda nalog za plaćanje odnosno uplati dugovani iznos banci ili pošti. Prema odredbi čl. 18. ZZP, ako trgovac obavesti potrošača da se plaćanje može izvršiti posredstvom banke odnosno pošte, smatra se da je potrošač izvršio svoju obavezu plaćanja u času kada banka, odnosno pošta primi njegov nalog za plaćanje, odnosno uplatu dugovanog iznosa, odnosno nalog trećeg lica koje vrši plaćanje u ime ili za račun potrošača.<sup>35</sup> Ta odredba predstavlja *lex specialis* u odnosu na čl. 318. ZOO. Ona nema nikakvog uticaja na pravni odnos između trgovca i njegove banke, odnosno pošte.

34 Na primer, obaveza izdavanja fiskalnog računa propisana je Zakonom o fiskalnim kasama, „Službeni glasnik RS”, br. 135/2004 (čl. 12). Tu obavezu ima i poreski obveznik po Zakonu o porezu na dodatu vrednost, „Službeni glasnik RS”, br. 84/2004, 86/2004 – ispr., 61/2005 i 61/2007 (čl. 42), auto-taksi prevoznik prema Zakonu o prevozu u drumskom saobraćaju, „Službeni glasnik RS”, br. 46/95, 66/2001, 61/2005, 91/2005, 62/2006 i 31/2011 (čl. 35), privatna praksa prema Zakonu o zdravstvenoj zaštiti, „Službeni glasnik RS”, br. 107/2005, 72/2009 – dr. zakon, 88/2010, 99/2010 i 57/2011 (čl. 62), operator prema Zakonu o elektronskim komunikacijama, „Službeni glasnik RS”, br. 44/2010 (čl. 112), snabdevač prema Zakonu o energetici, „Službeni glasnik RS”, br. 57/2011 i 80/2011 – ispr. (čl. 143) itd.

35 Smisao takvog pravila o raspodeli rizika implicitno je potvrdio Evropski sud pravde. Vid. ECJ Case C-306/06, 01051 Telecom GmbH v Deutsche Telekom AG. Sud je rešavao pitanje kada se može smatrati da se dužnik oslobodio obaveze plaćanja, ako se plaćanje vrši preko banke, nakon čega dužnik više ne duguje zateznu kamatu po Direktivi 2000/35/EC o sprečavanju docnje u poslovnim transakcijama. Vid. Article 3(1)(c)(ii), Directive 2000/35/EC on combating late payment in commercial transactions, *OJ L* 200, 8. 8. 2000, 35–38. Sud je smatrao da dužnik ne može biti odgovoran za docnju, ako ona nije posledica njegovog ponašanja, a ona to nije ako je dužnik savesno uzeo u obzir vreme koje je normalno potrebno za plaćanje posredstvom banke.

### 3.2. Vreme i forma obaveštavanja

Zakonodavac poznaje predugovornu i ugovornu obavezu obaveštavanja, prema tome kada nastaje obaveza trgovca da potrošača obavesti o zakonom propisanim pojedinostima. Podela na predugovorno i ugovorno obaveštavanje ne govori ništa o izvoru dužnosti obaveštavanja. Ta je dužnost svakako zakonska, trgovcu je neposredno nametnuta zakonskom normom.

Predugovorno i ugovorno obaveštavanje treba shvatiti kao tehničke termine, koji označavaju dva vida zakonom propisane obaveze obaveštavanja potrošača. Ta obaveza za trgovca može da nastane a) u periodu koji prethodi zaključenju ugovora (predugovorna faza, to jest faza pregovaranja) ili b) prilikom zaključenja ugovora odnosno tokom trajanja ugovornog odnosa (ugovorna faza). Osim toga, u slučaju elektronske trgovine, trgovac je dužan da određene informacije učini trajno dostupnim potrošačima i nadležnim organima.

#### A) PREDUGOVORNO OBAVEŠTAVANJE

Obaveza predugovornog obaveštavanja je zakonom propisana obaveza trgovca da u vremenu koje prethodi zaključenju ugovora obavesti potrošača o pojedinostima koje su zakonom pobrojane i da to učini na zakonom propisani način.

1) Zakonodavac nije propisao formu *opšteg* predugovornog obaveštavanja iz čl. 16. ZZP. Međutim, propisao je da trgovac snosi teret dokazivanja da je u fazi koja prethodi zaključenju ugovora informisao potrošača na zakonom propisan način (čl. 16. st. 5. ZZP). To znači da je u najboljem interesu trgovca da se postara da potrošača obavesti o propisanim pojedinostima bilo u pisanoj formi, bilo na trajnom nosaču zapisa. Pod trajnim nosačem zapisa zakonodavac podrazumeva sredstvo koje omogućava čuvanje elektronskih podataka, ponovno pristupanje tim podacima i njihovo reprodukovanje u neizmenjenom obliku, i to za vreme koje odgovara svrsi čuvanja podataka.

2) Kod pojedinih oblika *posebnog* predugovornog obaveštavanja, zakonodavac je takođe propustio da propiše formu u kojoj je trgovac dužan da informiše potrošača. Tu se misli, pre svega, na obavezu obaveštavanja kod ugovora na daljinu, ugovora zaključenih van poslovnih prostorija trgovca, ugovora o pružanju usluga od opšteg ekonomskog interesa. Kod ovih ugovora zakonom je proširen krug obaveštenja koja je trgovac dužan da da potrošaču pre zaključenja ugovora, ali nije postavljen zahtev forme.

3) Kod nekih drugih oblika *posebnog* predugovornog obaveštavanja, dužnost obaveštavanja mora se izvršiti u zakonom propisanoj formi. Tako je, primera radi, trgovac dužan da pre zaključenja ugovora o turističkom putovanju informiše potrošača o zakonom pobrojanim pojedinostima u pisanoj formi ili na trajnom nosaču zapisa koji je lako dostupan potrošaču (čl. 94. ZZP).<sup>36</sup> To što nosač zapisa treba da bude lako dostupan potrošaču znači da trgovac

36 Isto važi za ostale potrošačke ugovore u oblasti turizma (ugovor o vremenski podeljenom korišćenju nepokretnosti, ugovor o trajnim olakšicama za odmor, ugovor o pomoći prilikom preprodaje i ugovor o omogućavanju razmene). Vid. čl. 111. ZZP.

može da se oslobodi svoje obaveze samo na trajnom medijumu u nekom od standardnih formata, a ne na nekakvom raritetnom nosaču zapisa kojim se po pravilu ne služe obični korisnici. Štaviše, zakonom je propisano da obaveštenja koja je trgovac dužan da pruži potrošaču moraju biti ispisana slovima jednake veličine kao ostatak ugovora (čl. 94. ZZP).

4) Kod ugovora koji se zaključuju elektronskim putem, trgovac je dužan da nadležnim organima i potrošačima omogući lak, stalno dostupan i neposredan pristup podacima koji su pobrojani zakonom. Ta formulacija znači da je trgovac zapravo dužan da podatke iz čl. 30. ZZP istakne na svojoj internet stranici. Takođe, budući da se njegova predugovorna komunikacija sa potrošačem odvija elektronskim putem, može se uzeti da je on dužan da predugovorno obaveštavanje potrošača iz čl. 29. ZZP obavi na isti način. Osim toga, ako je potrošač putem sredstava komunikacije na daljinu rezervisao turističko putovanje, trgovac je dužan da mu predugovorna obaveštenja iz čl. 93. ZZP učini dostupnim za sve vreme dok traje ta rezervacija. Treba uzeti da se i ove obaveze trgovac može osloboditi putem sredstava komunikacije na daljinu.

5) Predugovorno obaveštavanje obuhvata i obaveštavanje potrošača o pravu na odustanak od ugovora, ako mu je to pravo zakonom garantovano. Reč je o pravu potrošača da u kratkom roku nakon sklapanja ugovora sa trgovcem, jednostranom izjavom volje raskine taj ugovor, i to besplatno, bez obaveze da navede razloge iz kojih to čini. Na taj način potrošač se oslobađa svih ugovornih obaveza, a na teret mu se mogu staviti samo troškovi vraćanja robe koju je po osnovu ugovora u međuvremenu primio. Takvo pravo garantovano je potrošačima za ugovore na daljinu, ugovore zaključene van poslovnih prostorija trgovca i za pojedine potrošačke ugovore u turizmu.<sup>37</sup>

Osim predugovornog obaveštavanja o pravu na jednostrani raskid, u času zaključenja svakog od navedenih ugovora trgovac je dužan da potrošaču preda odgovarajući obrazac za jednostrani raskid. Sadržina tih obrazaca propisana je zakonom (vid. čl. 31. i 111. ZZP). Obrazac za jednostrani raskid ugovora služi za to da potrošaču olakša korišćenje ovim pravom, ali se ne može poreći ni njegova informativna funkcija. Drugim rečima, u fazi koja prethodi zaključenju ugovora trgovac može i usmeno da obavesti potrošača o pravu na jednostrani raskid, ali je prilikom zaključenja ugovora dužan da mu u pismenoj formi ili na trajnom nosaču zapisa preda obrazac za jednostrani raskid. Tom prilikom potrošač biva pismeno obavešten o svome pravu na odustanak od ugovora. Kod elektronske trgovine, potrošaču mora biti omogućeno da obrazac za jednostrani raskid popuni i pošalje elektronskim putem (čl. 31. ZZP).

6) Kada je reč o obavezi isticanja cena, to po prirodi stvari mora biti u pisanoj formi, uz mogućnost da, ako to okolnosti dopuštaju, cena bude označena na ekranu. Prodajna cena robe ističe se na robu odnosno ambalaži ili na mestu prodaje, u cenovniku i na robu koja se nalazi u izlogu. Prodajna cena usluga navodi se u cenovniku ili tarifniku, koji se potrošaču stavljaju na uvid

37 Ugovor o vremenski podeljenom korišćenju nepokretnosti, trajnim olakšicama za odmor, pomoći prilikom preprodaje i omogućavanju razmene. Vid. čl. 114. ZZP

u izlogu, poslovnim prostorijama ili na drugom mestu gde trgovac nudi pružanje usluga (vid. više čl. 7–9. ZZP).

## B) UGOVORNO OBAVEŠTAVANJE

Obaveza ugovornog obaveštavanja je zakonom propisana obaveza trgovca da prilikom zaključenja ugovora ili tokom trajanja ugovornog odnosa obavesti potrošača o zakonom pobrojanim pojedinostima i da to učini na zakonom propisani način. Taj zahtev zakonodavac po pravilu postavlja kroz formalne uslove za zaključenje određenih potrošačkih ugovora. Drugačije rečeno, trgovac je po zakonu dužan da u samom ugovoru, koji se inače mora zaključiti u pisanom obliku, navede sve pojedinosti koje su po sudu zakonodavca bitne za potrošača prilikom donošenja odluke o stupanju u ugovorni odnos.

Potrošački ugovori su po pravilu adhezioni, to jest ugovori po pristupu. Njihova sadržina obično je u potpunoj vlasti trgovca, dok se potrošačeva sloboda ugovaranja često svodi na pristajanje, odnosno nepristajanje na uslove koje diktira trgovac. Relativno su retke odredbe potrošačkih ugovora o kojima su trgovac i potrošač individualno pregovarali. Pojedine vrste potrošačkih ugovora redovno se sklapaju na standardizovanim obrascima. Tu je domaći zakonodavac, po ugledu na odgovarajuće propise EU u oblasti zaštite potrošača, prepoznao priliku da trgovca obaveže da, sastavljajući budući potrošački ugovor, u njega unese podatke koje bi potrošač morao da zna.

Tako, zakonodavac propisuje formalne uslove za zaključenje ugovora na daljinu i ugovora koji se sklapaju izvan poslovnih prostorija trgovca (vid. čl. 32–33. ZZP), zatim formalne uslove za zaključenje ugovora o turističkom putovanju (vid. čl. 96. ZZP), kao i formalne uslove za zaključenje ostalih potrošačkih ugovora u turizmu, gde spadaju ugovor o vremenski podeljenom korišćenju nepokretnosti, ugovor o trajnim olakšicama za odmor, ugovor o pomoći prilikom preprodaje i ugovor o omogućavanju razmene (vid. čl. 113. ZZP).

Zakonodavac nalaže da određeni podaci budu sastavni deo ugovora koji se ima zaključiti u pisanoj formi, odnosno da trgovac, prilikom zaključenja ugovora, potrošaču stavi na raspolaganje određene informacije upravo na taj način što će ih navesti u samom ugovoru. Tu, na prvom mestu, spadaju one informacije koje je trgovac već morao da pruži potrošaču u predugovornoj fazi. Zatim, tu je obaveštenje o pravu potrošača na jednostrani raskid ugovora, to jest odustanak od ugovora, uključujući standardni obrazac za jednostrani raskid – tamo gde je sadržina takvog obrasca posebno uređena zakonom. Na kraju, tu dolaze i neke dopunske informacije, koje u predugovornoj fazi trgovac nije bio dužan da saopšti potrošaču. Primera radi, kod ugovora o turističkom putovanju, osim informacija koje su potrošaču već predočene pre zaključenja ugovora, u ugovoru se moraju navesti posebni zahtevi potrošača sa kojima se trgovac saglasio, adresa, postupak i rok za ulaganje pritužbi potrošača, kao i rok za rešavanje po pritužbama, naziv i adresa trgovca, potrošača, osiguravača, zastupnika i posrednika i tako dalje (vid. čl. 96. ZZP).

U pojedinim slučajevima, trgovac je dužan da potrošaču pruži određena obaveštenja tokom trajanja ugovornog odnosa. To je, po prirodi stvari, mogu-

će samo kod ugovora sa trajnim izvršenjem prestacija. Na primer, ako trgovac uoči da ugovorena usluga očigledno ne odgovara potrebama potrošača, dužan je da ga o tome bez odlaganja obavesti (vid. čl. 73. ZZP). Isto tako, ako pre ugovorenog datuma polaska na turističko putovanje trgovac shvati da je prinuđen da izmeni cenu, destinaciju, prevozno sredstvo, karakteristike ili kategoriju prevoza, datum polaska, vrstu, lokaciju, kategoriju ili nivo udobnosti smeštaja, dužan je da o tim izmenama bez odlaganja obavesti potrošača, i to u pismenoj formi ili na trajnom nosaču zapisa. Zakon dalje posebno uređuje pravna sredstva koja potrošaču stoje na raspolaganju u takvom slučaju (vid. čl. 98).

### 3.3. Sankcije za povredu dužnosti obaveštavanja

Zakon o zaštiti potrošača poznaje dve vrste sankcija za povredu dužnosti obaveštavanja potrošača – privatnopravne i javnopravne. U sankcije privatnog prava spadaju, primera radi, mogućnost da potrošač zahteva poništaj ugovora, nenastajanje nekih obaveza za potrošača koji nije propisno obavešten, zatim to što određeni rokovi ne počinju da teku sve dok potrošač ne bude propisno obavešten i tome slično. S druge strane, pojedine povrede pravila o obaveštavanju potrošača prekršajno su sankcionisane. Za njih je zaprećena novčana kazna (pravnom licu, odgovornom licu u pravnom licu, fizičkom licu i preduzetniku). Osim toga, pravnom licu mogu da budu izrečene zaštitne mere privremene zabrane obavljanja određene delatnosti, odnosno javnog objavljivanja rešenja, a preduzetniku i odgovornom licu u pravnom licu zaštitna mera privremene zabrane vršenja određenih poslova.

#### A) PRIVATNOPRAVNE SANKCIJE

Povreda opšte obaveze predugovornog obaveštavanja potrošača ima za posledicu rušljivost potrošačkog ugovora. Ako prilikom zaključenja bilo kojeg potrošačkog ugovora trgovac povredi obevezu obaveštavanja iz čl. 16. ZZP, potrošač može da zahteva poništaj tog ugovora. Ovo njegovo pravo prestaje istekom jedne godine od dana zaključenja ugovora. Potrošač, kao lice u čijem interesu je konstituisana rušljivost, ima pravo da zahteva poništaj ugovora u propisanom roku bez obzira na to da li je trgovac imao nameru da ga propuštanjem zakonom propisanog obaveštavanja navede na zaključenje ugovora. Drugim rečima, postupanje trgovca ne mora da se kvalifikuje kao prevara iz čl. 65. ZOO, da bi potrošački ugovor bio rušljiv po tom osnovu. Pravne posledice rušljivosti propisane su opštim pravilima ugovornog prava. Zakon o zaštiti potrošača propisuje poseban osnov rušljivosti ugovora u potrošačkom kontekstu, ali uređenje pravnih posledica te rušljivosti prepušta odredbama ZOO.

Povreda opšte obaveze predugovornog obaveštavanja potrošača iz čl. 16. ZZP može se sastojati u propuštanju trgovca da pre zaključenja ugovora obavesti potrošača o svim dodatnim („skrivenim”) poštanskim troškovima i troškovima transporta i isporuke, koji bi mu se mogli staviti na teret. Takva povreda posebno je sankcionisana na taj način što za potrošača ne nastaje obaveza da snosi bilo kakve dodatne troškove o kojima nije bio blagovremeno i na adekvatan način obavešten (vid. čl. 17. ZZP).



Zakonodavac je propustio da propiše rušljivost ugovora kao pravnu posledicu povrede posebnih obaveza predugovornog obaveštavanja potrošača. Naime, već je rečeno da je opšta obaveza predugovornog obaveštavanja zakonom proširena za pojedine tipove potrošačkih ugovora, a pre svega za: 1. ugovore koji se zaključuju na daljinu i van poslovnih prostorija trgovca (uključujući pružanje finansijskih usluga na daljinu i elektronsku trgovinu), 2. ugovore o pružanju usluga i, posebno, usluga od opšteg ekonomskog interesa, 3. ugovore o turističkom putovanju i drugih potrošačkih ugovora u oblasti turizma. U svim navedenim slučajevima ne postoji zakonska norma kojom bi bila propisana rušljivost ugovora zbog toga što je trgovac propustio da pre zaključenja ugovora potrošača obavesti o dodatnim pojedinostima, to jest da mu pruži ona obaveštenja koja se posebno zahtevaju pre zaključenja ugovora konkretne vrste. Ako sudovi ostanu pri uskom tumačenju pravila da razlozi rušljivosti moraju biti propisani zakonom (vid. čl. 111. ZOO), navedene posebne obaveze predugovornog obaveštavanja potrošača svode se na *lex imperfecta*.

Privatnopravna sankcija za povredu dužnosti obaveštavanja ponekad se sastoji u tome što određeni rokovi ne počinju da teku sve dok potrošač ne bude informisan u skladu sa zakonom. Primera radi, u roku od 14 dana od dana zaključenja ugovora sklopljenog na daljinu ili izvan poslovnih prostorija trgovca, potrošač može da raskine takav ugovor bez navođenja razloga iz kojih to čini i da se na taj način oslobodi svih ugovornih obaveza, osim neposrednih troškova vraćanja robe trgovcu (vid. čl. 35). Međutim, ovaj rok za raskid ne počinje da teče sve dok potrošač ne primi obaveštenje, i to u pisanoj formi ili na trajnom nosaču zapisa (ako se s tim izričito saglasio), o svome pravu da ugovor raskine.<sup>38</sup> Preciznije, potrošač ima pravo da raskine ugovor jednostranom izjavom volje u svako doba, za sve vreme od zaključenja ugovora pa dok ga trgovac propisno ne obavesti o pravu na jednostrani raskid, kao i tokom narednih 14 dana od prijema propisnog obaveštenja.<sup>39</sup>

Za ugovore o pružanju usluga zakonodavac je propisao posebnu privatnopravnu posledicu jedne specifične povrede dužnosti obaveštavanja. Naime, ako trgovac prilikom ili nakon zaključenja ugovora utvrdi da ugovorena usluga očigledno ne odgovara potrebama potrošača, odnosno da je njena cena značajno viša od iznosa koji je potrošač mogao razumno da očekuje, pa propusti da bez odlaganja obavesti potrošača o tome, smatraće se da postoje materijalni nedostaci ispunjenja, to jest da pružena usluga nije u skladu sa ugovorom.<sup>40</sup> Ista pravna posledica propisana je za slučaj da trgovac ne obustavi pružanje sporne usluge, ako nije u mogućnosti da obavesti potrošača o navedenim okolnostima ili ga obavesti pa ovaj čuti (vid. čl. 73. ZOO).

38 U istom duhu, propuštanje trgovca da potrošaču blagovremeno dostavi obrazac za jednostrani raskid ugovora, i to u pisanoj formi ili na trajnom nosaču zapisa, ima za posledicu produženje roka za jednostrani raskid predugovora odnosno ugovora o vremenski podeljenom korišćenju nepokretnosti, trajnim olakšicama za odmor, pomoći prilikom preprodaje i omogućavanju razmene (vid. čl. 115. ZZP).

39 Pravne posledice jednostranog raskida ugovora na daljinu, odnosno ugovora zaključenog van poslovnih prostorija, uključujući posledice po povezane ugovore, posebno su uređene odredbama čl. 37–38. ZZP.

40 Pravne posledice nesaobraznosti pružene usluge onome što je ugovoreno posebno su uređene odredbama čl. 81. ZZP.

## B) JAVNOPRAVNE SANKCIJE

Povreda zakonske obaveze obaveštavanja potrošača uglavnom je praćena posledicama privatnopravnog karaktera. Svrha pravila kojima se uređuje dužnost obaveštavanja sastoji se u očuvanju sposobnosti potrošača da razborito odlučuje i da to čini slobodno. Ta pravila treba da umanje šansu da potrošač sklopi ugovor sa trgovcem pod uticajem neke od mana volje, odnosno usled manjka informacija o pravima i obavezama koje za njega odatle nastaju. Ova pitanja tradicionalno spadaju u domen ugovornog prava, pa je i ogлуšenje trgovca o obavezu obaveštavanja po pravilu praćeno nekom iz kataloga privatnopravnih sankcija.

Kao ekonomski slabija i lošije obaveštena strana u ugovornom odnosu sa trgovcem, potrošač se neretko suoćava sa teškoćama u ostvarivanju svojih prava iz tog odnosa. Uklanjanje prepreka te vrste podrazumeva uvođenje procesnopravnih mehanizama za zaštitu individualnih i kolektivnih interesa potrošaća, odnosno pravila postupka koja će učiniti da potrošaću bude lakše da ostvari ona prava koja već ima.<sup>41</sup> Na terenu zakonske obaveze obaveštavanja potrošaća, adekvatna sankcija za povredu dužnosti informisanja sastoji se u potiranju privatnopravnih posledica takvog ponašanja trgovca (rušljivost tako zakljućenog ugovora, nenastajanje određenih obaveza za potrošaća, činjenica da određeni rokovi ne poćinju da teku i tome slično).

Samo izuzetno, u slučajevima najtežih povreda pravila potrošaćkog prava, zakonodavac propisuje javnopravne posledice takvih povreda, odnosno prekršajno sankcioniše određena ponašanja trgovca, uz mogućnost da mu se, uz novćanu kaznu, izrekne i zaštitna mera privremene zabrane obavljanja određene delatnosti odnosno vršenja određenih poslova, kao i zaštitna mera javnog objavljivanja rešenja (ćl. 151–152).

Prekršaji u vezi sa povredom dužnosti obaveštavanja nisu brojni. Tako je propisana novćana kazna za zloupotrebu reći garancija u ugovorima o prodaji robe, to jest za upotrebu te reći i izraza sa istim znaćenjem kada po osnovu ugovora o prodaji potrošać ne stiće više prava nego što mu je već garantovano zakonom (vid. ćl. 57. ćl. 23. st. 1. tać. 23. i ćl. 151. st 1. tać. 28. ZZP). Prekršajno je odgovoran i trgovac koji opiše robu ili uslugu rećima *gratis*, *besplatno*, *bez naknade* ili drugim izrazima sličnog znaćenja, ako je potrošać dužan da snosi bilo koji trošak, izuzev neizbežnog javljanja na oglas i preuzimanja odnosno isporuke proizvoda (vid. ćl. 23. st. 1. tać. 19. i ćl. 151. st 1. tać. 24. ZZP). Kao prekršaj su kaćnjivi i drugi zakonom zabranjeni oblici obmanjućeg poslovanja (vid. ćl. 23. i ćl. 151. st. 1. tać. 5–28. ZZP), zatim propuštanje trgovca da na jasan i nedvosmislen naćin potrošaću saopšti da mu predmetna obaveštenja daje u komercijalne svrhe (vid. ćl. 16. i ćl. 151. st. 1. tać. 4), kao i propuštanje trgovca da istakne cene robe odnosno usluga u skladu sa zakonom (vid. ćl. 151. st. 1. tać. 1–2). Trgovac je prekršajno odgovoran i ako

41 Vid. Glava XII (*Vansudsko rešavanje potrošaćkih sporova*) i Glava XIII (*Postupak zabrane nepravićnih ugovornih odredaba i nepoštenog poslovanja*), ZZP, Glava XXXV (*Postupak u potrošaćkim sporovima*), Zakon o parničnom postupku, „Službeni glasnik RS”, br. 72/2011.

potrošaču ne izda račun, odnosno ako ne izvrši specifikaciju računa za usluge od opšteg ekonomskog interesa (čl. 15, čl. 91 i čl. 151. st. 1. tač. 3. ZZP).

Zakonodavac je kao prekršaj sankcionisao i pojedina ponašanja trgovaca koja je bez sumnje trebalo ostaviti u privatnopravnoj sferi. Tako je, primera radi, trgovac odgovaran za prekršaj ako u određenim potrošačkim ugovorima u oblasti turizma ne stoji poseban potpis potrošača pored ugovornih odredaba o postojanju i trajanju prava na jednostrani raskid i zabrani plaćanja unapred dok traje to pravo (vid. čl. 151. st. 1. tač. 49. i čl. 113. st. 6. ZZP). Intencija zakonodavca je bila da trgovca privoli da potrošača posebno obavesti o ovim okolnostima, tako što će od njega zahtevati da predmetne ugovorne odredbe pročita i to svojim potpisom potvrdi. Međutim, daleko je prikladnije bilo da se za nedostatak traženog potpisa propišu privatnopravne posledice – recimo, da rok za jednostrani raskid ne teče ako nema potpisa potrošača kojim potvrđuje da je o tom svom pravu obavešten.

#### 4. Umesto zaključka

Jedna od osnovnih ideja potrošačkog prava je ona o dužnosti trgovca da obavesti potrošača o pojedinostima za koje mora znati da bi mogao razborito da odluči o o stupanju u ugovorni odnos ili korišćenju nekim svojim pravom. Osim osnovnog zahteva da informiše potrošača, pred trgovca se postavlja zahtev transparentnosti: kada obaveštava potrošača, trgovac je dužan da to učini jednostavnim i razumljivim jezikom, na jasan i nedvosmislen način.

Srpski zakonodavac na načelnom nivou garantuje pravo potrošača na obaveštenost. Osim toga, ZZP sadrži neka pravila o dužnosti obaveštavanja, koja važe bez obzira na vrstu potrošačkog ugovora. Na prvom mestu, tu spadaju opšta pravila o predugovornom obaveštavanju i isticanju cena, zatim zabrana različitih oblika obmanjujućeg poslovanja i njihovo prekršajno sankcionisanje, kao i pravilo da su nejasne i nerazumljive odredbe potrošačkih ugovora apsolutno ništave.

Osim opštih normi o obaveštavanju potrošača, ZZP sadrži posebna pravila o dužnosti obaveštavanja. Ta pravila odnose se na ugovore na daljinu, a posebno na elektronsku trgovinu i pružanje finansijskih usluga na daljinu, zatim na ugovore zaključene izvan poslovnih prostorija trgovca, ugovore o pružanju usluga i, posebno, ugovore o pružanju usluga od opšteg ekonomskog interesa, potom na ugovor o turističkom putovanju i druge imenovane potrošačke ugovore u turizmu. Posebnim pravilima uređena je dužnost obaveštavanja potrošača o pravu na odustanak od ugovora, to jest o zakonom garantovanom pravu potrošača da u kratkom roku nakon zaključenja ugovora određene vrste jednostrano raskine taj ugovor, i to besplatno i bez obaveze da navede razlog iz kojeg to čini. Uz sve navedeno, ZZP sankcioniše zloupotrebu reči garancija u ugovorima o prodaji robe.

Obaveštenja koja trgovac duguje potrošaču mogu se u pogledu sadržine razvrstati na opšta i posebna. Kada je reč o vremenu u koje je trgovac dužan da informiše potrošača, može se govoriti o predugovornoj i ugovornoj oba-

vezi obaveštavanja. Prva nastaje u predugovornoj fazi, to jest pre zaključenja ugovora, a druga prilikom zaključenja ugovora i za vreme trajanja ugovornog odnosa. Zakonodavac ne postavlja zahtev forme za predugovorno obaveštavanje, ali propisuje da na trgovca pada teret dokazivanja da je obaveza obaveštavanja izvršena u skladu sa zakonom. Na taj način se trgovac motiviše da potrebna obaveštenja pruži u formi u kojoj se mogu sačuvati i docnije reprodukovati. S druge strane, kod nekih oblika ugovornog obaveštavanja zakonodavac postavlja zahtev da informacije potrošaču budu date u pisanoj formi ili na trajnom nosaču zapisa.

Na kraju, zakonodavac propisuje dve vrste sankcija za povredu dužnosti obaveštavanja potrošača. To su, na prvom mestu, sankcije privatnog prava, koje se sastoje u mogućnosti da potrošač zahteva poništaj ugovora, nenastajanjju nekih obaveza za neobaveštenog potrošača, činjenici što određeni rokovi ne teku sve dok potrošač ne bude propisno obavešten, i tome slično. S druge strane, za određene povrede pravila o dužnosti obaveštavanja potrošača može se izreći novčana kazna, kao i zaštitne mere privremene zabrane obavljanja određene delatnosti, privremene zabrane vršenja određenih poslova i javnog objavljivanja rešenja.

*Doc. dr Marija Karanikić Mirić\**

## INFORMATION DUTIES IN SERBIAN CONSUMER LAW

### Summary

*The idea of the trader having a special duty to inform the consumer on a number of matters before, during and after contract formation is well-established in the Consumer acquis. The function of the information rules, which may be found in a number of directives, is to give power to the average consumer to make an informed economic decision, relating to, for instance, whether to enter into a contractual relationship or not, whether to make payment in whole or partially, whether to exercise a contractual right or not, etc.*

*In October 2010, the National Assembly of the Republic of Serbia passed the new Act on Consumer Protection (ACP). The ACP aims to fully transpose into Serbian law a number of EU directives, regulations and recommendations, or at least their provisions relevant to the issues of consumer protection. This includes the abovementioned information rules. This paper covers a number of issues relating to information duties of the trader under the ACP. Firstly, there is the question of the appropriate timeframe, within which the trader has to*

\* Marija Karanikić Mirić, LL.M, PhD. Assistant professor Faculty of Law University of Belgrade. This article is the result of research within the project *Perspectives of Implementation of European Standards in the Serbian Legal System* (179059), supported by the Ministry of Science of Serbia.

*provide the consumer with certain information. The information duties may belong to the pre-contractual or contractual stage of the trader-consumer relationship. Secondly, there is the question of content, i.e. of the specific data that must be provided to the consumer in a timely fashion. In addition, there are some formal requirements relating to the manner in which the information has to be provided. Finally, there is the concern relating to sanctions for breach of information duties.*

*Key words: Information duties of the trader. Pre-contractual information duties. Contractual information duties. Formal requirements. Sanctions for breach of information duties.*

## PROTIVREČNA SUDSKA PRAKSA PARNIČNIH SUDOVA – POVREDA ČLANA 6 (1) EVROPSKE KONVENCIJE O LJUDSKIM PRAVIMA

### Apstrakt

*Protivrečne sudske odluke u identičnim činjeničnim i pravnim situacijama učestale su u proteklih nekoliko godina. Često su te odluke nastajale u okvirima različitih veća jednog istog suda. To se smatralo dozvoljenim u zemlji koja ne baštini tradiciju precedentnog prava sve dok Evropski sud za ljudska prava (ESLJP), a potom i Ustavni sud Srbije (USS) nisu utvrdili da protivrečno presuđivanje identičnih činjeničnih i pravnih situacija predstavlja povredu prava na pravično suđenje. Evropski sud za ljudska prava je istakao da se ti konflikti moraju rešavati institucionalnim putem. To je prevashodno zadatak Vrhovnog kasacionog suda (VKS), čija je uloga da obezbedi jedinstvenu sudsku praksu utvrđenu Zakonom o uređenju sudova. U tom smislu mora se obezbediti i pristup VKS. Odluka ESLJP kojom je utvrđena povreda prava u postupku može poslužiti kao osnov za ponavljanje postupka, pod određenim uslovima. Isto važi i za odluku USS. Ustavni sud Srbije ide korak dalje. Odluke kojima se utvrđuju povrede Ustavom garantovanih prava često se izvode iz drugačijeg tumačenja materijalnog prava od redovnih sudova. Imajući u vidu da su odluke USS opšteobavezne, njihovo dejstvo se približava precedentu.*

*Ključne reči: Protivrečna sudska praksa. Pravo na pravično suđenje. Vrhovni kasacioni sud. Ustavni sud Srbije. Evropski sud za ljudska prava.*

### I. Protivrečne sudske odluke – sloboda sudijskog uverenja ili pravna nesigurnost?

U proteklih osam godina, koliko se Evropska konvencija o ljudskim pravima (EKLJP) primenjuje u odnosu na Srbiju, obraćanje Evropskom sudu za ljudska prava je sve učestalije. Nezadovoljstvo postupanjem nacionalnih sudova uslovalo je da građani i pravna lica sve češće po pravdu odlaze u Strazbur. Kod nas se nezadovoljstvo radom parničnih sudova često poistovećuje sa povredom prava na suđenje u razumnom roku. Govori se o nerazumno dugom trajanju sudskih postupaka – *justice delayed is justice denied*. Međutim, kada se analizira struktura presuda ESLJP, odnosno utvrđene povrede EKLJP, vidi

\* 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 nauke Republike Srbije.

se da u utvrđenim povredama, osim povrede prava na suđenje u razumnom roku, gotovo ravnopravno učestvuje povreda prava na pravično suđenje.

Osim situacija u kojima nacionalni sudovi odbacuju tužbu ili pravni lek a trebalo je da donesu meritornu odluku, kao poseban vid povrede javlja se protivrečno postupanje i odlučivanje u predmetima koji imaju ista činjenična i pravna obeležja. Postupa se različito u identičnim činjeničnim i pravnim situacijama. Takav vid postupanja se sve donedavno smatrao poželjnim i imanentnim sudske funkciji. Sudske odluke se zasnivaju na Ustavu, zakonu, potvrđenom međunarodnom ugovoru i propisu donetom na osnovu zakona (član 145. stav 2. Ustava Srbije). Sudske odluke su obavezne za sve i ne mogu biti predmet vansudske kontrole (član 145. stav 3. Ustava Srbije). Sudsku odluku može preispitivati samo nadležni sud, u zakonom propisanom postupku (član 145. stav 4. Ustava Srbije). Sudija je nezavisan u postupanju i donošenju odluke (član 1. stav 1. Zakona o sudijama). Sudija sudi i presuđuje na osnovu Ustava, zakona i drugih opštih akata, potvrđenih međunarodnih ugovora, opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava (član 1. stav 2. Zakona o sudijama). Sudija je dužan da nepristrasno vodi postupak po svojoj savesti, u skladu sa vlastitom procenom činjenica i tumačenjem prava, uz obezbeđenje pravičnog suđenja i poštovanje procesnih prava stranaka garantovanih Ustavom, zakonom i međunarodnim aktima (član 3. stav 2. Zakona o sudijama). Naročito se insistira na sledećim odredbama. Sudija je slobodan u zastupanju svog shvatanja, utvrđivanju činjenica i primeni prava, u svemu o čemu odlučuje (član 23. stav 1. Zakona o sudijama). Sudija nije dužan da ikome, pa ni drugim sudijama i predsedniku suda, objašnjava svoja pravna shvatanja i utvrđeno činjenično stanje, izuzev u obrazloženju odluke ili kad to zakon posebno nalaže (član 23. stav 2. Zakona o sudijama).

S pozivom na navedene zakonske odredbe branila se sloboda sudijskog uverenja. **Zato se i često dešavalo neograničeno ukidanje prvostepenih odluka od strane sudova pravnog leka.** Jer kada sud pravnog leka (žalbeni ili revizijski sud) ukine napadnutu odluku, prvostepeni sud je u zakonskoj obavezi samo da izvede parnične radnje i raspravi sporna pitanja na koja mu je ukazano u ukidajućem rešenju. Dalje od toga – usvajanje pravnog stava suda pravnog leka – nije obaveza prvostepenog suda i on može da istrajava u svom pravnom shvatanju. Da bi zakonodavac tome stao na put, uvedena je zabrana dvostrukog ukidanja prvostepene odluke. To je imalo za posledicu da se žalbeni sudovi postepeno pretvaraju u prvostepene sudove, a da prvostepeni sudovi polako skidaju sa sebe odgovornost za donošenje zakonite i pravilne odluke.

U poslednjih nekoliko godina bili su sve češći slučajevi u kojima se više lica iz istovrsnih činjeničnih i pravnih situacija obraćalo sudovima, odnosno istom sudu, tražeći pravnu zaštitu. Takvi predmeti su odlazili različitim veći- ma istog suda, a ta veća su donosila međusobno suprotstavljene odluke, što se nije postavljalo kao problem jer je sudija slobodan u utvrđivanju činjenica i primeni prava. Ukoliko je po reviziji pravna stvar mogla da bude iznesena pred najvišu sudsku instancu, dešavalo se da se protivrečno postupanje

nastavi i na najvišem nivou sudskog odlučivanja. Opisano postupanje je dovelo do toga da se stranke, koje su očekivale da će u njihovim predmetima biti presuđeno na isti način kao u onima u kojima su odluke već bile donete, nezadovoljne ishodom postupka, obraćaju ESLJP, a potom i USS, jer su podnosioci predstavki tvrdili da je time narušena pravna sigurnost, kao jedan od elemenata prava na pravično suđenje iz člana 6(1) EKLJP.

Nekoliko puta je ESLJP u presudama protiv Srbije ukazao na to da je protivrečna sudska praksa u predmetima zajedničkih činjeničnih i pravnih karakteristika (koja je dolazila iz Okružnog suda u Beogradu, ali i iz nekadašnjeg Vrhovnog suda Srbije – VSS) povreda pravne sigurnosti, a time i prava na pravično suđenje iz člana 6. EKLJP. To ukazuje na nužnost ovog instrumenta, pod uslovom da se pravilno koristi. Određene razlike u tumačenju pravnih normi mogu biti prihvatljive i svojstvene sudskom sistemu kakav postoji u Srbiji, a koji podrazumeva postojanje mreže prvostepenih i drugostepenih sudova koji postupaju na određenim područjima. Međutim, problematično je to što suprotstavljene odluke u predmetima istovrsnih činjeničnih i pravnih obeležja dolaze iz istog suda, a svode se na različito presuđivanje prema pojedincima koji se nalaze u identičnim situacijama. To je stvorilo stanje nesigurnosti i narušilo poverenje javnosti u sudski sistem, a ono je neophodno za ostvarivanje vladavine prava (*All this created a state of continued uncertainty, which in turn must have reduced the public's confidence in the judiciary, such confidence, clearly, being one of the essential components of a State based on the rule of law.*). Takođe, primećuje se da tadašnji VSS nije iskoristio svoja ovlašćenja i stvorio konzistentnu sudsku praksu, odnosno ujednačio sudsku praksu nakon određenog trenutka, ali na način predviđen u članu 40. tada važećeg Zakona o uređenju sudova. Ne može se tvrditi da je, nezavisno od toga što slučajeve pojedinih podnosilaca predstavke nije razmatrao VSS u trećem stepenu, o njihovim tužbenim zahtevima rešeno u skladu sa sudskom praksom formiranom u tom sudu. Zato ESLJP zaključuje kako je nedoslednost sudske prakse, čemu je doprineo i VSS, lišila podnosiocima predstavki prava na fer i pravičan postupak pred tadašnjim Okružnim sudom u Beogradu.<sup>1</sup> Sud najvišeg stepena je nadležan da konflikte u sudskoj praksi rešava na institucionalan način.<sup>2</sup> Sličnu argumentaciju je u u svojim odlukama iznosio USS, koji je usvajao ustavne žalbe zbog povrede prava na pravično suđenje. Imajući to u vidu, Ustavni sud je utvrdio da je Okružni sud u Beogradu u identičnoj činjeničnoj i pravnoj situaciji doneo različite odluke o osnovanosti tužbenih zahteva i da je na taj način podnosioca ustavne žalbe, odbijajući njegov tužbeni zahtev, doveo u bitno različit položaj od onoga u kome su bili tužioci čiji je istovetni tužbeni zahtev usvojen. Kako je Okružni sud u Beogradu, kao sud najviše instance u konkretnom slučaju, u periodu od dve godine i pet meseci doneo različite

1 Rakić protiv Srbije, presuda ESLJP od 5. oktobra 2010. godine.

2 Vinčić protiv Srbije, presuda ESLJP od 1. decembra 2009. godine.



presude, koje su za posledicu imale to da je tužbeni zahtev tužilaca za isplatu razlike zarade u dva slučaja pravnosnažno usvojen, dok je u trećem slučaju istovetan tužbeni zahtev podnosioca ustavne žalbe, postavljen prema istom tuženom, pravnosnažno odbijen kao neosnovan, **USS** je zauzeo stanovište da je takva praksa navedenog drugostepenog suda u pogledu zaštite prava na uvećanu zaradu suprotna principu pravne sigurnosti (o povredi prava na pravnu sigurnost videti presude ESLJP *Santos Pinto* protiv Portugalije, od 20. maja 2008. godine, i *Beian* protiv Rumunije, od 6. decembra 2007. godine). Stoga je **USS** ocenio da je različitim pravnim stanovištem Okružnog suda u Beogradu iznetim povodom iste činjenične i pravne situacije, povređeno pravo podnosioca ustavne žalbe na pravnu sigurnost, kao sastavni deo prava na pravično suđenje. Treba napomenuti da je takva ocena **USS** u skladu sa ocenom Evropskog suda u predmetu Rakić i drugi protiv Srbije i da je u Odluci Ustavnog suda UŽ-322/2008 već zauzet stav da, različitim odlučivanjem suda najviše pravne instance u više predmeta sa istim činjeničnim i pravnim stanjem, dolazi do povrede prava na pravnu sigurnost kao elementa prava na pravično suđenje zajemčenog članom 32. stav 1. Ustava. Iz iznetih razloga, **USS** je ocenio da je „osporenom drugostepenom presudom povređeno pravo podnosioca ustavne žalbe na pravično suđenje, pa je ustavnu žalbu u ovom delu usvojio, saglasno odredbi člana 89. stav 1. Zakona o Ustavnom sudu, i odlučio kao u prvom delu tačke 1. izreke.”<sup>3</sup>

Utvrdivanje povrede prava na pravično suđenje u predmetima u kojima je uprkos postojanju identičnih činjeničnih i pravnih obeležja presuđivano na različite načine stavilo je pred zakonodavca i sudstvo u zadatak da predvidi mehanizme za njihovo otklanjanje. Većina ih je postojala i ranije, ali nisu dovoljno korišćeni zbog nepostojanja svesti o ujednačenom postupanju u identičnim činjeničnim i pravnim situacijama.

## II. Sredstva ujednačavanja sudske prakse

### A. Sudski poslovnik

U sudovima sa većim brojem veća i sudija pojedinaca koji postupaju u istoj pravnoj oblasti obrazuju se krivično i građansko odeljenje, a mogu se obrazovati i odeljenja za radne, porodične i statusne sporove, kao i vanparnično, ostavinsko, izvršno i odeljenje sudske prakse, a po potrebi se mogu obrazovati i druga odeljenja (član 15. stav 1. Sudskog poslovnika). Na sednici sudskog odeljenja razmatraju se rad odeljenja, pravna pitanja, način poboljšanja rada i stručnosti sudija, sudijskih pomoćnika i sudijskih pripravnika i druga pitanja od značaja za rad odeljenja (član 17. stav 1. Sudskog poslovnika). Odeljenja Privrednog apelacionog suda, Višeg prekršajnog suda i apelacionog suda razmatraju i pitanja važna za rad sa svog područja (član 17. stav 2. Sudskog poslovnika). Aktom o sazivanju sednice predlaže se

3 Odluka USS od 9. februara 2012. UŽ-1888/2009.

dnevni red, a prilažu se i materijali o kojima će se raspravljati i dostavljaju se Predsedniku ako on nije sazvaio sednicu, svakom sudiji i sudijskom pomoćniku u sastavu odeljenja. Predsednik koji saziva sednicu predlaže izvestioca i stara se o formulisanju pravnih shvatanja i zaključaka donetih na sednici. Svi pozvani dužni su da prisustvuju sednici, a o opravdanosti odsustvovanja vodi se evidencija u knjizi zapisnika (član 19. Sudskog poslovnika). Za punovažan rad na sednici odeljenja potrebno je prisustvo većine sudija koji su u sastavu odeljenja (član 20. stav 1. Sudskog poslovnika). Odluka je doneta kada za nju glasa većina prisutnih sudija (član 20. stav 2. Sudskog poslovnika). Ako dođe do podele glasova na jednake delove, sporno pitanje se iznosi na sednicu svih sudija (član 21. stav 1. Sudskog poslovnika). Na isti način postupiće se i u slučaju ako veće pri ponovnom odlučivanju ne postupi u skladu sa pravnim shvatanjem odeljenja (član 21. stav 2. Sudskog poslovnika). Nacrt pravnog shvatanja usvojenog na sednici sudskog odeljenja izrađuje izvestilac. Ukoliko njegov predlog nije prihvaćen, nacrt izrađuje sudija koga odredi sudsko odeljenje (član 23. stav 1. Sudskog poslovnika). Nacrt se dostavlja svim članovima odeljenja na mišljenje (član 23. stav 2. Sudskog poslovnika). Konačni tekst pravnog shvatanja potpisuju svi članovi odeljenja. Sudija koji se ne slaže sa usvojenim pravnim shvatanjem, bilo sa izrekom ili obrazloženjem, neće potpisati pravno shvatanje, već će svoje mišljenje odvojeno izložiti i priložiti uz izvornik usvojenog pravnog shvatanja (član 23. stav 3. Sudskog poslovnika). Na sednici svih sudija razmatraju se izveštaji o radu suda i sudija, odlučuje se o pokretanju postupaka za ocenu ustavnosti i zakonitosti propisa i drugih opštih akata, razmatra se primena propisa kojima se uređuju pitanja iz delokruga sudova, daje mišljenje o kandidatima za sudije i sudije porotnike i odlučuje o svim drugim pitanjima od značaja za ceo sud (član 25. stav 1. Sudskog poslovnika). Sednica svih sudija Upravnog suda, Privrednog apelacionog suda i Višeg prekršajnog suda utvrđuje i pravne stavove radi jedinstvene primene zakona iz nadležnosti tih sudova (član 25. stav 2. Sudskog poslovnika). Odeljenje sudske prakse prati i proučava praksu sudova i međunarodnih sudskih organa i obaveštava sudije, sudijske pomoćnike i sudijske pripravnike o pravnim shvatanjima sudova. (član 27. stav 2. Sudskog poslovnika). U sudu se vodi opšti registar pravnih shvatanja u koji se u sažetom obliku unose pravna shvatanja izražena u odlukama suda u pojedinim predmetima ili primljena od višeg suda, a koja su značajna za sudsku praksu (član 28. stav 1. Sudskog poslovnika). Osim opšteg, sud vodi i poseban registar u koji se unose pravna shvatanja usvojena na sednici svih sudija, sednicama odeljenja, savetovanjima i radnim sastancima sudija (član 28. stav 2. Sudskog poslovnika). Radi jedinstvene sudske primene prava, razmatranja primene zakona i drugih propisa, odeljenja sudske prakse sudova opšte i posebne nadležnosti mogu organizovati zajednička savetovanja i konsultativne sastanke, samostalno ili u saradnji sa Vrhovnim kasacionim sudom (član 29. stav 1. Sudskog poslovnika). Sporna pravna pitanja razmatraju se na osnovu referata sudije izvestioca, a usvojeni zaključci mogu se objaviti u posebnoj zbirci ili na veb-stranici suda (član 29. stav 2. Sudskog poslovnika).

## B. Postupak za rešavanje spornog pravnog pitanja

Ovaj postupak je uveden **Zakonom o parničnom postupku (ZPP)** od 2004. godine, po uzoru na sličan postupak pred Evropskim sudom pravde (*preliminary ruling procedure*).<sup>4</sup> Sam postupak i dejstvo odluka koje VKS donosi mogu se problematizovati.<sup>5</sup> Međutim, on ima svoje opravdanje pre svega zbog toga što VKS dobija mogućnost da zauzima stavove o spornim pravnim pitanjima. Međutim, sporno pravno pitanje ne može da bude bilo koje pravno pitanje (na primer, prvostepeni sud zahteva od VKS da mu protumači rok zastarelosti u konkretnom slučaju. Postupak za rešavanje spornog pravnog pitanje se ne koristi toliko često. Razlozi su različiti. S jedne strane, sami prvostepeni sudovi ne formulišu na odgovarajući način ovaj zahtev. Zato je sada propisana obaveza prvostepenog suda da iznese prikaz stanja stvari, navode stranaka, ali i sopstveno tumačenje spornog pravnog pitanja. Nedopustivo je da prvostepeni sudovi primenjuju ovaj postupak kako bi od VKS tražili da im

4 Evropski sud pravde nadležan je da daje preliminarna mišljenja koja se odnose na interpretaciju ugovora Evropske unije (EU), validnost i tumačenje akata institucija EU i tumačenje statuta tela koja osniva Savet EU. Kada se jedno takvo pitanje postavi pred sudom ili tribunalom države članice, on ako smatra da odluka o tom pitanju utiče na donošenje presude, može tražiti od Evropskog suda pravde da zauzme stav o tome. Ako se takvo pitanje pojavi u postupku koji je u toku pred sudom ili tribunalom države članice, a njegova odluka u tom postupku ne podleže sudskoj kontroli po nacionalnom pravu, on je obavezan da se obrati Evropskom sudu pravde.

5 Na ovom mestu želimo da ukažemo i na odluku Ustavnog suda Srbije, objavljenu u „Službeni glasnik RS”, br. 106/2006 od 24. novembra 2006. godine, kojom je odbijen predlog i nisu prihvaćene inicijative za utvrđivanje neustavnosti odredaba člana 176. do člana 180. ZPP. Po oceni Ustavnog suda, rešavajući sporno pravno pitanje, Vrhovni sud Srbije ne odlučuje o predmetu spora, već se odredbama o rešavanju spornog pravnog pitanja daje mogućnost Vrhovnom sudu da zauzme pravni stav po pravnom pitanju koje se pojavi kao sporno u postupku pred prvostepenim sudom, i to pod uslovom da se pojavi u većem broju predmeta i da je to od prejudicijelnog značaja za odlučivanje o predmetu postupka pred prvostepenim sudovima. Prvostepeni sud u zahtevu za rešavanje spornog pravnog pitanja može da iznese i tumačenje spornog stava, što znači da nije reč o uspostavljanju precedenta. Budući da u pravnom shvatanju koje zauzima stav VSS nema karakter odluke o konkretnoj pravnoj stvari, na koju se može uložiti pravni lek, već se kao depersonalizovano pravno shvatanje objavljuje u *Biltenu Vrhovnog suda Srbije*. Ustavni sud je ocenio da osporeni pravni institut predstavlja mehanizam, kojim se, time što VSS zauzima pravno shvatanje, obezbeđuje pravna sigurnost i jednakost u postupcima pred nižim sudovima, kao i pravo na suđenje u razumnom roku. Imajući u vidu da se osporenim institutom rešavanja spornog pravnog pitanja od strane VSS ne isključuje mogućnost ulaganja pravnih lekova na pojedinačne odluke prvostepenih sudova, to znači da se osporenim odredbama ne narušava načelo nezavisnosti suda i dvostepenog odlučivanja niti se uvodi suđenje na osnovu pravnih shvatanja VSS. Prema našem mišljenju, upravo se iz ove argumentacije USS vide i specifičnosti postupka za rešavanje spornog pravnog pitanja. Sud govori o odluci koja ima karakter blizak opštoj normi, mada se ne usuđuje da upotrebi tu formulaciju. Ne može se odluka VSS doneta u postupku za rešavanje spornog pravnog pitanja poistovetiti sa običnim pravnim shvatanjem VSS. Ovde se ima u vidu postupak koji je pokrenuo prvostepeni sud, a odluka koju VSS donese obavezuvaće ga u nastavku postupka. Osnov te obaveznosti je imperativna zakonska norma, dok je pravna snaga pravnog shvatanja VSS uslovljena njegovim autoritetom, ali sve češće i oportunistom nižestepenih sudova.

pronađe ili protumači normu materijalnog prava koja se primenjuje u konkretnom postupku. S druge strane, VKS se usteže da koristi svoje ovlašćenje iz ove glave ili odbija ove predloge s obrazloženjem da je u određenim postupcima već doneta odluka.

### C. Revizija

Revizija je po ZPP od 1956. godine bila redovan pravni lek, da bi u svim kasnijim zakonima (1976, 2004) postala vanredan pravni lek, pri čemu se imovinski cenzus za njegovo izjavljivanje s godinama povećavao. Član 394. ZPP od 2004. godine, koji se odnosi na izjavljivanje revizije, izmenjen je 2009. godine, pa tako revizija nije dozvoljena o imovinskopravnim sporovima kada se tužbeni zahtev odnosi na utvrđenje prava svojine na nepokretnostima, potraživanje u novcu, predaju stvari ili izvršenje neke druge činidbe, ako vrednost predmeta spora pobijanog dela ne prelazi dinarsku protivrednost 100.000 evra prema srednjem kursu NBS na dan podnošenja tužbe. Revizija se uvek izjavljuje protiv pravnosnažne presude donete u drugom stepenu, a protivvrednost imovinskog cenzusa izraženog u evrima procenjuje se na dan podnošenja tužbe. Ovo rešenje je pravično ako se ima u vidu trend u odnosu dinara i evra, ali ne odgovara činjenici da se pravo na izjavljivanje revizije ne stiče u trenutku podnošenja tužbe, već u trenutku donošenja prvosnažne drugostepene presude. Zakon o izmenama i dopunama ZPP od 2009. godine (ZID ZPP od 2009) propisao je u članu 55. stav 2. da će o revizijama izjavljenim pre stupanja na snagu ovog zakona odlučivati VKS u veću sastavljenom od troje sudija, po pravilima parničnog postupka koja su važila do stupanja na snagu ovog zakona. Time se neopravdano pravi razlika između onih postupaka u kojima su pravnosnažna drugostepena doneta i revizija izjavljene pre stupanja na snagu ZID ZPP od 2009. i onih postupaka u kojima je pravnosnažna presuda doneta pre stupanja na snagu tog zakona, ali je revizija izjavljena nakon njegovog stupanja na snagu (recimo, usled toga što je samo dostavljanje pravnosnažne drugostepene presude duže trajalo, pa ju je stranka primila tek po stupanju na snagu ZID ZPP 2009). Time je neopravdano napravljena razlika između lica koja se nalaze u istoj pravnoj situaciji – u odnosu sve pravnosnažna drugostepena presuda je doneta pre stupanja na snagu ZID ZPP od 2009. – a pravi se razlika prema tome da li je revizija izjavljena pre stupanja na snagu ZID ZPP od 2009. ili ne. Bolje bi bilo da je rečeno da će se o dopuštenosti i osnovanosti revizije odlučivati po pravilima koja su važila u vreme donošenja drugostepene presude. U protivnom, usled činjenice da je presuda postala pravnosnažna 20. decembra 2009. (pre stupanja na snagu ZID ZPP), a stranka putem advokata podnese reviziju protiv presude nakon stupanja na snagu ZID ZPP, pri čemu je vrednost pobijanog dela presude negde u rasponu između 500.000 dinara (ranija pravila o cenzusu za reviziju) i 100.000 evra (ZID ZPP), prvostepeni sud koji ceni dozvoljenost revizije, nakon što je ZID ZPP od 2009. stupio na snagu, biće dužan da je odbaci kao nedozvoljenu, što vodi u pravnu nesigurnost. Bilo je pravičnije

vezati primenu ranijih pravila uvek kada je drugostepena presuda doneta (a tada se stiže pravo na reviziju) pre stupanja na snagu izmena i dopuna.

Umesto da revizija postane redovan pravni lek, koji bi pod restriktivnim uslovima vodio u trećestepeno odlučivanje (ZPP od 1956), to je po odredbama ZID ZPP od 2009. gotovo nedostupan vanredni pravni lek. Ako je bila namera da se rastereti VKS, u tome se uspelo, ali je način na koji je to izvedeno sasvim neprimeren. Prvobitno je u Nacrtu Ministarstva pravde bilo predviđeno da revizija bude redovan pravni lek koji bi značio postojanje trostepenog postupka. Očigledno je da u atmosferi napada na pravosuđe zbog sporosti u radu za tako nešto nije bilo smelosti. Samo uvođenje redovnog pravnog leka usmerenog na sud trećeg stepena bilo je poželjno i uzimajući u obzir standarde Saveta Evrope.<sup>6</sup>

Uz ovako postavljenu reviziju, direktna revizija (inače institut osuđen na propast danom donošenja ZPP) delovala je još besmislenije. Ona bi imala smisla samo kada bi revizija bila redovan pravni lek. Inače će se teško ostvarljivi uslovi za dopuštenost revizije odraziti i na nemogućnost korišćenja direktne revizije. Ako se imaju u vidu ranije određena ograničenja, podizanje imovinskog cenzusa za reviziju je i postojanje direktne revizije učinilo suvišnim.

Prilikom izbora odgovarajućeg koncepta moralo se poći od nekoliko činjenica. Vrednost predmeta spora potrebna za izjavljivanje revizije podignuta je na 100.000 evra i primenjuje se već dve godine. Smanjivanje vrednosti predmeta spora otvorilo bi pitanje onih stranaka koje to pravo nisu imale u periodu važenja ZID ZPP od 2009. Vrhovni kasacioni sud je najviši sud u Republici Srbiji (član 143. stav 4. Ustava Srbije). Taj sud odlučuje o vanrednim pravnim sredstvima izjavljenim na odluke sudova Republike Srbije i drugim stvarima određenim zakonom (član 30. stav 1. Zakona o uređenju sudova). Vrhovni kasacioni sud odlučuje o sukobu nadležnosti između sudova, ako za odlučivanje nije nadležan neki drugi sud, kao i o prenošenju nadležnosti suda radi lakšeg vođenja postupka ili drugih važnih razloga (član 30. stav 2. Zakona o uređenju sudova). Vrhovni kasacioni sud utvrđuje načelne pravne stavove radi jedinstvene sudske primene prava; razmatra primenu zakona i

6 Preporuka br. R (95) 5 Komiteta ministara SE zemljama članicama o uvođenju i una-pređivanju žalbenih postupaka u građanskim i privrednim predmetima. Glava IV nosi naslov „Uloga i delovanje suda trećeg stepena”. U članu 7. se govori o potrebi da se odgovarajuće odredbe ove preporuke primene i na „trećestepeni sud”, tamo gde postoji takav sud, nadležan za kontrolu drugostepenog suda. Pod sudom trećeg stepena ne podrazumeva se Ustavni sud ili njemu slični sud. Žalba trećoj sudskoj instanci treba da se koristi u slučajevima koji posebno zaslužuju i treće sudske preispitivanje, na primer, predmeti u kojima bi se postiglo novo tumačenje prava ili koji doprinose ujednačenom tumačenju prava, ili razmatranju pravnih pitanja od opšteg interesa. Žalilac treba da bude obavezan da predstavi svoje razloge u prilog tome. Države koje ne poznaju sistem odobrenja žalbe trećestepenom sudu ili koje ne omogućavaju trećestepenom sudu da delimično odbije žalbu, treba da razmotre usvajanje takvih sistema na ograničen broj predmeta, koji zaslužuju ispitivanje tri sudske instance. Zakonom se mogu propisati posebni osnovi sa ciljem da se delatnost trećestepenog suda ograniči samo na određene aspekte predmeta. Jasno je da bi revizija kao redovan pravni lek koja bi se pod opisanim uslovima mogla izjavljivati udovoljila zahtevima iz ove preporuke.

drugih propisa i rad sudova; imenuje sudije USS, daje mišljenje o kandidatu za predsjednika VKS i vrši druge nadležnosti određene zakonom. Postoji pravo stranke na pristup sudu, ali ne i pravo stranke na pristup VKS. Ne zaslužuje svaki predmet da dođe pred VKS, već samo predmet u kojem je to neophodno radi zauzimanja načelnog pravnog stava sa ciljem jedinstvene sudske primene prava, davanja novog tumačenja prava i sl. To znači da se pravi smisao revizije ostvaruje samo u ovim predmetima, a to je takozvana posebna revizija, odnosno revizija po dopuštenju. Zato se zakonodavac nije bavio cenzusima jer i da je cenzus određen na 5.000 evra (imajući u vidu da, na primer, vrednost jednosobnog stana u Boru ili Majdanpeku ne prelazi taj iznos), našle bi se stranke koje bi tvrdile da su diskriminirane jer ne mogu da dođu do VKS, zaboravljajući na to da im se takvo pravo uopšte i ne garantuje. Nadležnost VKS za odlučivanje po reviziji treba da se zasniva samo kada je to potrebno da se razmotre pravna pitanja od opšteg interesa ili pravna pitanja u interesu ravnopravnosti građana radi ujednačavanja sudske prakse, kao i ako je potrebno novo tumačenje prava (član 404. stav 1. ZPP).

O ovim pitanjima se izjašnjavao i ESLJP. Član 6 (1) EKLJP ne primorava državu članicu da uspostavi apelacione ili kasacione sudove. Ako ih ipak uspostavi, onda se moraju poštovati garantije iz člana 6 (1) EKLJP, odnosno tom sudu se mora omogućiti da može da odluči o sporu koji se tiče utvrđivanja subjektivnih građanskih prava i dužnosti.<sup>7</sup> Uslovi za obraćanje sudu najvišeg stepena, tj. za podnošenje revizije (*appeal on the point of law*) moraju biti stroži od onih koji se traže za podnošenje žalbe.<sup>8</sup> Ako bi ESLJP smatrao da revizija treba da bude dostupna pod istim uslovima kao i žalba, on bi je time pretvorio u redovni pravni lek, a time bi već ušao u suverene nadležnosti zakonodavne vlasti. Odbacivanjem izjavljene revizije zbog toga što nije ispunjen imovinski cenzus pobijanog dela drugostepene presude, VSS je ograničio pravo na pristup sudu u skladu sa legitimnim ciljem i merom koja je proporcionalna za ostvarenje tog cilja.<sup>9</sup>

Ustav Srbije garantuje pravo na žalbu ili drugo pravno sredstvo protiv odluke kojom se odlučuje o nečijem pravu, obavezi ili na zakonom zanovanim interesu (član 36. stav 2). Pravo na pristup sudu najvišeg stepena može biti samo u skladu sa njegovim nadležnostima, a to omogućuje takozvana posebna revizija. To treba da ima na umu i zakonodavac, međutim u ovoj fazi takav korak nije preduzet, već je uređenje revizije uglavnom ostalo isto kao po ZID ZPP od 2009.

Novi ZPP se opredelio za zadržavanje visokog cenzusa. Revizija nije dozvoljena u imovinskopravnim sporovima kad se tužbeni zahtev odnosi na utvrđenje prava svojine na nepokretnostima ili potraživanje u novcu, na predaju stvari ili izvršenje neke druge činidbe, ako vrednost predmeta spora pobijenog dela ne prelazi dinarsku protivvrednost 100.000 evra prema srednjem kursu Narodne banke Srbije na dan podnošenja tužbe (član 403. stav 3).

7 Dobrić protiv Srbije, presuda ESLJP od 21. juna 2011.godine

8 EM Linija DOO protiv Hrvatske, presuda ESLJP od 22. novembra 2007.godine

9 Dobrić protiv Srbije, presuda ESLJP od 21. juna 2011.godine

Najvažnija je tzv. posebna revizija, odnosno revizija po dopuštenju. Ovde je bilo moguće usvojiti nekoliko modela. Prvi bi podrazumevao da o dozvoljenosti ove revizije odlučuje VKS. To bi povlačilo formiranje posebnog veća u VKS koje bi se bavilo ispitivanjem preduslova za odlučivanje po ovom pravnom leku. Prema drugom modelu, nadležnost za ispitivanje dozvoljenosti ove revizije imali bi apelacioni sudovi. Izabran je taj model. Njegov nedostatak može da bude to što postoji opasnost od neujednačenog postupanja četiri apelaciona suda.

Revizija je izuzetno dozvoljena zbog pogrešne primene materijalnog prava i protiv drugostepene presude koja ne bi mogla da se pobija revizijom, ako je po oceni apelacionog suda, odnosno VKS potrebno da se razmotre pravna pitanja od opšteg interesa ili pravna pitanja u interesu ravnopravnosti građana, radi ujednačavanja sudske prakse, kao i ako je potrebno novo tumačenje prava (posebna revizija). O dozvoljenosti revizije iz stava 1. ovog člana rešenjem odlučuje apelacioni sud u veću od troje sudija koji nisu učestvovali u donošenju drugostepene presude. Ovo je dobro rešenje jer bi bila mala verovatnoća da ono veće apelacionog suda koje je izreklo drugostepenu presudu dozvoli reviziju protiv sopstvene presude (hrvatski model). To znači da se mora formirati posebno veće u apelacionim sudovima koje će imati zadatak da proverava dozvoljenost posebne revizije. Rešenje apelacionog suda kojim se utvrđuje da ne postoje uslovi za odlučivanje po dozvoljenoj reviziji može se osporavati žalbom. Protiv rešenja iz stava 2. ovog člana kojim se ne dozvoljava revizija, dozvoljena je žalba VKS (član 404. stav 3). Moguće su dve situacije. Prva podrazumeva da je veće apelacionog suda odbilo da dozvoli posebnu reviziju. Tada se može izjaviti žalba VKS. Žalbom se može osporavati samo rešenje apelacionog suda kojim se ne dozvoljava izjavljivanje revizije. Ne postoji pravo žalbe protiv rešenja kojim se usvaja zahtev za dozvolu posebne revizije.

Iz stilizacije člana 404. stav 1. ZPP vidi se da je reč o „oceni apelacionog suda, odnosno Vrhovnog kasacionog suda”. Bez obzira na to što se žalba VKS može podneti samo protiv rešenja kojim se ne dozvoljava izjavljivanje revizije, čak i kada je veće apelacionog suda dozvolilo izjavljivanje revizije, VKS ne bi smeo da bude vezan tim rešenjem. Apelacioni sud ne može svojim rešenjem da vezuje VKS. VKS je taj koji ceni u poslednjoj instanci da li treba razmotriti pitanja od opšteg interesa ili pravna pitanja u interesu ravnopravnosti građana, ujednačiti sudska praksa, odnosno dati novo tumačenje prava. VKS je neposredno viši sud, između ostalih, i za apelacioni sud. To znači da poslednju reč o dozvoljenosti posebne revizije ima VKS, nezavisno od toga da li je veće apelacionog suda dozvolilo izjavljivanje revizije ili ne. Osim toga, razlozi zbog kojih se izjavljuje posebna revizija su takve prirode da njih u skladu sa odredbama ZUrS može da ceni jedino VKS. Vrhovni kasacioni sud utvrđuje načelne pravne stavove radi jedinstvene sudske primene prava; razmatra primenu zakona i drugih propisa i rad sudova; imenuje sudije Ustavnog suda, daje mišljenje o kandidatu za predsednika VKS i vrši druge nadležnosti određene zakonom (član 31. ZUrS)

#### *D. Ponavljanje postupka zbog presude Evropskog suda za ljudska prava i odluke Ustavnog suda Srbije*

Pravnosnažno okončan parnični postupak može se, između ostalog, ponoviti ako stranka stekne mogućnost da upotrebi odluku kojom je utvrđena povreda ljudskog prava, a to je moglo da bude od uticaja na donošenje povoljnije odluke; (ovaj razlog je sužen jer u sud sudi na osnovu Ustava, zakona, međunarodnih ugovora i drugih opštih akata. Kada je ovaj razlog za ponavljanje postupka uveden ZPP-om od 2004. godine, formulacija je bila nešto drugačija. Tada se tražilo da je, po pravnosnažno okončanom postupku pred domaćim sudom, ESLJP doneo odluku o istom ili sličnom pravnom odnosu. Očigledno se htelo reći da ako postoji više sporova zajedničkih činjeničnih i pravnih obeležja u kojima je počinjena ista povreda EKLJP, nije neophodno da svaka od tih stranaka ishoduje povoljnu presudu ESLJP, već je dovoljno da jedna uspe, pa da se stranke iz odnosa koji ima istovrsna činjenična i pravna obeležja na tu presudu mogu pozvati. Neke zemlje su otišle čak korak dalje i propisale da je u ponovljenom postupku parnični sud dužan da se drži pravnih shvatanja ESLJP. Ovde je trebalo pronaći pravu meru koja neće dovesti u pitanje sudsku funkciju kako je Ustavom definisana, jer široke formulacije vode u primenu precedentnog prava. Zato povreda prava utvrđena pred ESLJP može biti razlog ponavljanja, ali samo ako je u uzročnoj vezi sa donošenjem nezakonite i nepravilne odluke.

Ponavljanje postupka se može zahtevati i ako je USS, u postupku po ustavnoj žalbi, utvrdio povredu ili uskraćivanje ljudskog ili manjinskog prava i slobode zajemčene Ustavom u parničnom postupku, a to je moglo da utiče na donošenje povoljnije odluke (član 426. stav 1). Do sada smo imali takvu praksu da je ovaj razlog za ponavljanje postupka bio nepotreban. Kada utvrdi povredu prava, USS je poništavao sudske odluke, pozivajući se na član 89. Zakona o Ustavnom sudu. Kad USS utvrdi da je osporenim pojedinačnim aktom, odnosno radnjom, povređeno ili uskraćeno ljudsko ili manjinsko pravo i sloboda zajemčena Ustavom, poništiće pojedinačni akt, odnosno zabraniće dalje vršenje ili narediti vršenje određene radnje i odrediti da se uklone štetne posledice u određenom roku. Sudska presuda je pojedinačan pravni akt, pa je USS poništavao i sudske presude. To je, s jedne strane, izazivalo negodovanja sudova, dok su, s druge strane, iz pojedinih sudova izlazile sudske odluke koje se nisu mogle održati. Tako je USS vršio funkciju suda četvrtog stepena. Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o Ustavnom sudu, koji je usvojen krajem 2011. godine, ovaj član je izmenjen. „Kada Ustavni sud utvrdi da je osporenim pojedinačnim aktom ili radnjom povređeno ili uskraćeno ljudsko ili manjinsko pravo i sloboda zajemčena Ustavom, može poništiti pojedinačni akt *osim sudske odluke*, zabraniti dalje vršenje radnje ili odrediti preduzimanje druge mere ili radnje kojom se otklanjaju štetne posledice utvrđene povrede ili uskraćivanja zajemčenih prava i sloboda i odrediti način pravičnog zadovoljenja podnosioca (član 89. stav 2). Odlukom kojom se usvaja ustavna žalba USS će odlučiti i o zahtevu podnosioca ustavne žalbe za naknadu materijalne, odnosno nematerijalne štete, kada je takav zahtev postavljen (član



89. stav 3). Sudska presuda se sada ne može poništiti, ali USS može naložiti mere za otklanjanje štetnih posledica (jedna od njih može biti i ponavljanje postupka), a odluke USS su obavezujuće. Svako je dužan da poštuje i izvršava odluku Ustavnog suda (član 171. stav 1. Ustava Srbije). Ustavni sud svojom odlukom uređuje način njenog izvršenja, kada je to potrebno (član 171. stav 2. Ustava Srbije). Izvršenje odluka Ustavnog suda uređuje se zakonom (član 172. stav 3. Ustava Srbije). Državni i drugi organi, organizacije kojima su poverena javna ovlašćenja, političke stranke, sindikalne organizacije, udruženja građana ili verske zajednice dužni su da, u okviru svojih prava i dužnosti, izvršavaju odluke i rešenja Ustavnog suda (član 104. stav 1. Zakona o Ustavnom sudu). U slučaju potrebe, izvršenje odluke rešenja Ustavnog suda obezbediće Vlada, na način koji je utvrđen rešenjem Ustavnog suda (član 104. stav 2. Zakona o Ustavnom sudu).

Ono što smo rekli za razlog ponavljanja koji se odnosi na odluku ESLJP, važi i [ovde](#). Ako se više lica nalazi u istoj pravnoj situaciji, dovoljno je da jedno od njih uspe u postupku pred USS, da bi ostali mogli odluku Ustavnog suda da iskoriste kao razlog za ponavljanje postupka, pod uslovom da je u pitanju ista povreda koju je utvrdio USS. Ako je pojedinačnim aktom ili radnjom povređeno ili uskraćeno Ustavom zajemčeno ljudsko ili manjinsko pravo ili sloboda više lica, a samo neki od njih su podneli ustavnu žalbu, odluka USS odnosi se i na lica koja nisu podnela ustavnu žalbu, ako se nalaze u istoj pravnoj situaciji (član 87. Zakona o Ustavnom sudu).

### III. Pravo na pristup Vrhovnom kasacionom sudu

Ustav Srbije gotovo da ne sadrži odredbe o VKS. Vrhovni kasacioni sud je najviši sud u Republici Srbiji (član 143. stav 4). Sedište Vrhovnog kasacionog suda je u Beogradu (član 143. stav 5). Umesto toga, govori se o predsedniku VKS, koga, na predlog Visokog saveta sudstva, po pribavljenom mišljenju opšte sednice Vrhovnog kasacionog suda i nadležnog odbora Narodne skupštine, bira Narodna skupština (član 144. stav 1). Predsednik Vrhovnog kasacionog suda bira se na period od pet godina i ne može biti ponovo biran (član 144. stav 2). Predsedniku Vrhovnog kasacionog suda prestaje funkcija pre isteka vremena na koje je izabran na njegov zahtev, nastupanjem zakonom propisanih uslova za prestanak sudijske funkcije ili razrešenjem iz zakonom propisanih razloga za razrešenje predsednika suda (član 144. stav 3). Odluku o prestanku funkcije predsednika Vrhovnog kasacionog suda donosi Narodna skupština, u skladu sa zakonom, pri čemu odluku o razrešenju donosi na predlog Visokog saveta sudstva (član 144. stav 4).

Ustav Srbije u članu 36. stav 2. propisuje da svako ima pravo na žalbu ili drugo pravno sredstvo protiv odluke kojom se odlučuje o njegovom pravu, obavezi ili na zakonu zasnovanom interesu. Dakle, Ustav Srbije propisuje obavezno odlučivanje u dva stepena. Dvostепенost u odlučivanju je standard koji nameće Ustav Srbije. Iz Ustava Srbije proizilazi da je zakonodavac dužan da propiše dvostепенost u odlučivanju, ali ne i trostepeni postupak. Ne po-

stoji Ustavom Srbije definisana uloga VKS o ujednačavanju sudske prakse. Takve odredbe sadrži Zakon o uređenju sudova i to u članu 31. koji nosi naslov „Nadležnost izvan suđenja”.

Mehanizmi koji mogu da se koriste u parničnom postupku kako bi se dala prilika VKS da ujednači sudsku praksu jesu postupak za rešavanje spornog pravnog pitanja i revizija. Sam postupak za rešavanje spornog pravnog pitanja pokreće se na zahtev prvostepenog suda. Stranke mogu samo da iniciraju pokretanje postupka, ali ne i da neposredno traže rešavanje spornog pravnog pitanja. Usled toga je pristup VKS putem ovog instrumenta za stranke ograničen. Iz istog razloga se ni zahtev za vanredno preispitivanje pravno-snažne presude ne može ozbiljnije uzeti u razmatranje, budući da je njegovo podizanje u ekskluzivnoj nadležnosti [Republičkog javnog tužilaštva](#) (RJT).

Na poslednjem mestu, ali ne i po važnosti, ostaje revizija. ZPP razlikuje dve vrste revizije: reviziju koja se zasniva na vrednosti predmeta spora pobjanog dela drugostepene presude i reviziju po dopuštenju ili posebnu reviziju. Pravo na izjavljivanje revizije postoji uvek u određenim postupcima uređenim posebnim zakonima (Zakon o zabrani diskriminacije, Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu, u parnicama o sporovima o zasnivanju, postojanju i prestanku radnog odnosa – član 441. ZPP). Kada je reč o prvoj, već smo govorili o posledicama povećavanja vrednosti predmeta spora kao kriterijuma za izjavljivanje revizije. Očigledno je da je namera bila da se VKS rasteleti prevelikog broja predmeta, pri čemu se sam cenzus može sagledavati i u kontekstu ekonomskih prilika u zemlji. Činjenica je, međutim, da VKS nije prvostepeni sud (mada se imajući u vidu broj radnih sporova polako pretvara u sud udruženog rada), te da pristup VKS ne može biti isti kao i pristup žalbenom sudu, odnosno da uslovi za izjavljivanje revizije moraju biti strože postavljeni od uslova za izjavljivanje žalbe, što je istakao i ESLJP u citiranim presudama protiv Srbije. Postoje posebni kriterijumi koji moraju biti definisani da bi se pravno sredstvo smatralo delotvornim u smislu člana 13. EKLJP. Delotvorno pravno sredstvo je ono pravno sredstvo koje je po svojim osobinama i postupku koji se povodom njega vodi takvo da omogućuje utvrđivanje povrede prava, obustavljanje daljih radnji koje predstavljaju povredu, ali i otklanjanje daljih posledica ove povrede. To ne mora da bude sud, ali mora da ima prethodno navedena ovlašćenja. Delotvorno pravno sredstvo mora da pruži i mogućnosti za obeštećenje u slučaju utvrđene povrede. Može da bude predviđen jedan pravni lek ili sistem pravnih lekova, ali to ne znači da pojedinac ima mogućnost da *in abstracto* proverava podudarnost nacionalnog prava i EKLJP.<sup>10</sup> Delotvornim pravnim lekovima moraju da se kontrolišu odluke zakonodavne, upravne i sudske vlasti. Tužba za naknadu štete protiv pravnog lica zbog nezakonitog i nepravilnog rada njegovih organa (član 172. ZOO), tužba za naknadu nematerijalne štete (član 200. ZOO), zahtev za naknadu štete zbog zloupotrebe procesnih ovlašćenja (član 182. ZPP) ne smatraju se delotvornim pravnim sredstvima u smislu člana 13. EKLJP, pošto Vlada Srbije nije uspela da obezbedi relevantnu praksu kojom se to doka-

10 A. Jakšić, Komentar EKLJP, Beograd 2006, str. 335.

zuje. Isto je važno i za ustavnu žalbu jer je tek 24. novembra 2007. izabrano deset od petnaest sudija USS.<sup>11</sup> Delotvorno pravno sredstvo mora biti deo normalnog postupka, a ne rezultat korišćenja diskrecionih ovlašćenja (*The Court reiterates that an effective domestic remedy must form part of the normal process of redress and cannot be of a discretionary character.*)<sup>12</sup> To znači da podnosilac predstavke mora imati ovlašćenje da sam pokrene postupak, a ne da u tom smislu zavisi od dobre volje državnog službenika (*The applicant must therefore be able to initiate proceedings directly, without having to rely on the benevolence of a public official.*)<sup>13</sup>

Pristup VKS mora biti u skladu sa njegovim zakonom definisanim nadležnostima. Institut koji ide tome u susret jeste revizija po dopuštenju. Naveli smo da se najpre o dozvoljenosti revizije izjašnjava apelacioni sud, a da konačan sud o tome daje VKS, koji nije vezan stavom apelacionog suda. Na odluku apelacionog suda (pri čemu nju donosi drugo veće, a ne ono koje je po žalbi odlučivalo) može se izjaviti žalba veću VKS, tako da je njegov zaključak presudan. Ipak čini se da se ovaj institut ne koristi dovoljno, a tome svakako doprinosi neujednačeno postupanje apelacionih sudova.

#### IV. Korak ka precedentnom pravu

Prvenstvenu ulogu u ujednačavanju sudske prakse u parničnom postupku trebalo bi da ima VKS. Na posredan način na otklanjanje protivrečnosti utiču i ESLJP i USS. Doduše, to nije prevashodni zadatak ovih sudova.

ESLJP ima nadležnost koja se tiče interpretacije i primene članova EKLJP i dodatnih protokola (član 32. Izuzimajući sporove gde se kao stranke javljaju kao države kada prijavljuju jedna drugu za kršenje EKLJP (član 33), ESLJP prima predstavke od pojedinaca, grupe pojedinaca i nevladinih organizacija koje tvrde da su žrtve kršenja EKLJP od strane pojedine strane ugovornice (član 34). U slučaju da su ispunjene petpostavke za odlučivanje (član 35), a ne postigne se prijateljsko rešenje (*friendly settlement*) u duhu primene EKLJP i ljudskih prava koje ona garantuje, ESLJP donosi presudu, koja mora biti obrazložena (član 45). U članu 46. govori se o obavezujućem dejstvu presude (*binding force of judgments*). Svaka država potpisnica dužna je da postupi po presudi ako je bila stranka u postupku. Presuda se dostavlja Savetu ministara koji nadzire njeno izvršenje. Ukoliko Savet ministara smatra **da je nadzor nad izvršenjem presude problemima u tumačenju presude**, može se obratiti Velikom veću koje odlučuje o interpretaciji. Osim presuda, ESLJP daje i savetodavna mišljenja. Na zahtev Saveta ministara, ESLJP daje mišljenje o tumačenju EKLJP i dodatnih protokola.

Nadležnost ESLJP se tiče primene garantija sadržanih u EKLJP i dodatnim protokolima. Ona nikako ne obuhvata presuđivanje u pojedinačnim

11 V.A.M. protiv Srbije, presuda ESLJP, od 13. marta 2007. godine

12 Bodrožić protiv Srbije, presuda ESLJP od 23. juna 2009. godine

13 Lepojić protiv Srbije, presuda ESLJP od 6. novembra 200. godine

slučajevima. Više se može govoriti o načelima postupka koja se oblikuju odredbama EKLJP i još više praksom ESLJP. Postavlja se pitanje koliko nacionalno zakonodavstvo i praksa obezbeđuju ovakav tretman presudama ESLJP. Odredbama ZPP od 2004. godine bilo je propisano da se ponavljanje pravno-snažno okončanog parničnog postupka može ishodovati ako je po pravno-snažno okončanom postupku pred domaćim sudom, ESLJP doneo odluku o istom ili sličnom pravnom odnosu protiv Srbije (član 422. tačka 10. ZPP od 2004). U vreme kada je ovakva odredba uneta u ZPP nije postojala gotovo nijedna presuda ESLJP. U poslednjih osam godina njihov broj nije zanemarljiv. Ne uzimajući u obzir povredu prava na suđenje u razumnom roku koja ne može dovesti do ponavljanja postupka, kao najrelevantnija povreda se nameće povreda prava na pravično suđenje. Misli se na povredu proceduralnih garantija koje proističu iz člana 6 (1) EKLJP. U tom smislu je posredi bitna povreda postupka, koja nije bila sankcionisana od domaćih sudova u postupku po pravnim lekovima. Doduše formulacija „o istom ili sličnom pravnom odnosu” otvarala je prostora za različita tumačenja.

Zakon o parničnom postupku od 2011. godine ovoj stvari pristupa na drugačiji način. Postupak koji je odlukom suda pravno-snažno okončan može na predlog stranke da se ponovi ako stranka stekne mogućnost da upotrebi odluku ESLJP kojom je utvrđena povreda ljudskog prava, a to je moglo da utiče na donošenje povoljnije odluke (član 426. tačka 11). Presuda ESLJP ne dovodi automatski do ponavljanja parničnog postupka. Tom presudom je utvrđena povreda EKLJP, ali to nije dovoljan uslov da bi se parnični postupak ponovio. Položaj predlagača je teži nego po prethodnom ZPP-u. On mora da dokaže postojanje uzročne veze između učinjene povrede i donete odluke. Na taj način se postojanje presude ESLJP upodobljava relativno bitnoj povredi postupka. Od automatskog ponavljanja postupka zbog postojanja presude ESLJP u istom ili sličnom odnosu stiglo se do toga da sud koji odlučuje o predlogu treba da, ceneći okolnosti slučaja, utvrđuje da li je reč o takvoj povredi koja zavređuje ponavljanje postupka. Sama po sebi takva situacija može dovesti do toga sudovi zauzimaju protivrečna shvatanja u pogledu toga koja se povreda smatra toliko bitnom da bi se zbog nje dozvolilo ponavljanje postupka.

Ustavni sud Srbije je samostalan i nezavisan državni organ koji štiti ustavnost i zakonitost i ljudska i manjinska prava i slobode (član 166. stav 1. Ustava Srbije). Odluke USS su konačne, izvršne i opšteobavezujuće (član 166. stav 2. Ustava Srbije). Ustavna žalba se može izjaviti protiv pojedinačnih akata ili radnji državnih organa ili organizacija kojima su poverena javna ovlašćenja, a kojima se povređuju ljudska ili manjinska prava i slobode zajemčene Ustavom, ako su iscrpljena ili nisu predviđena druga pravna sredstva za njihovu zaštitu (član 170. Ustava Srbije).

Ustavnu žalbu može izjaviti svako lice koje smatra da mu je pojedinačnim aktom ili radnjom državnog organa ili organizacije kojoj je povereno javno ovlašćenje povređeno ili uskraćeno ljudsko ili manjinsko pravo i sloboda zajemčena Ustavom (član 83. stav 1. Zakona o Ustavnom sudu). Ako je pojedinačnim aktom ili radnjom povređeno ili uskraćeno Ustavom zajemčeno

ljudsko ili manjinsko pravo i sloboda više lica, a samo neki od njih su podneli ustavnu žalbu, odluka USS odnosi se i na lica koja nisu podnela ustavnu žalbu, ako se nalaze u istoj pravnoj situaciji (član 87. Zakona o Ustavnom sudu).

Kada USS utvrdi da je osporenim pojedinačnim aktom ili radnjom povređeno ili uskraćeno ljudsko ili manjinsko pravo i sloboda zajemčena Ustavom, može poništiti pojedinačni akt osim sudske odluke, zabraniti dalje vršenje radnje ili odrediti preduzimanje druge mere ili radnje kojom se otklanjaju štetne posledice utvrđene povrede ili uskraćivanja zajemčenih prava i sloboda i odrediti način pravičnog zadovoljenja podnosioca (član 89. stav 2. Zakona o Ustavnom sudu). Odlukom kojom se usvaja ustavna žalba USS će odlučiti i o zahtevu podnosioca ustavne žalbe za naknadu materijalne, odnosno nematerijalne štete, kada je takav zahtev postavljen (član 89. stav 3. Zakona o Ustavnom sudu).

Iz navedenog sledi da bi nadležnost USS u postupku po ustavnoj žalbi trebalo da bude analogna onoj koju ima ESLJP u postupku po individualnim predstavkama. U praksi to nije slučaj. Ukazali smo na trend poništavanja sudskih odluka od strane USS, što je možda moglo imati smisla u situaciji u kojoj odluka USS kojom je po ustavnoj žalbi utvrđena povreda ljudskog ili manjinskog prava nije bila osnov za ponavljanje pravnosnažno okončanog parničnog postupka. Od donošenja ZID ZPP od 2009. ona to jeste. Tako se pravnosnažno okončan parnični postupak mogao ponoviti ako je, u postupku po ustavnoj žalbi, USS utvrdio povredu ili uskraćivanje ljudskog ili manjinskog prava i slobode zajemčene Ustavom u parničnom postupku. U Zakonu o parničnom postupku od 2011. godine ta formulacija je izmenjena. Postupak koji je odlukom suda pravnosnažno okončan može na predlog stranke da se ponovi ako je USS, u postupku po ustavnoj žalbi, utvrdio povredu ili uskraćivanje ljudskog ili manjinskog prava i slobode zajemčene Ustavom u parničnom postupku, a to je moglo da utiče na donošenje povoljnije odluke (član 426. tačka 12). Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o ustavnom sudu iz 2011. godine ukinuto je ovlašćenje USS da poništava sudske odluke (član. 89. stav 2. Zakona o Ustavnom sudu). Zbog toga bi trebalo zaključiti da je sada nadležnost USS upodobljena nadležnosti EKLJP. Naravno, USS može naložiti parničnom sudu da kao meru za otklanjanje štetnih posledica u određenom roku ponovi postupak, čime faktički obesnažuje sudske odluke. Ponavljanje postupka se može ishodovati i po odredbama ZPP koje smo citirali, ali tada povreda koju je utvrdio USS mora da bude takva da je odlučujućeg značaja za donošenje sudske odluke odgovarajućeg sadržaja, odnosno da je povreda ljudskog ili manjinskog prava mogla da utiče na donošenje povoljnije odluke. Bez obzira na navedene razlike, zadatak USS bi, kao i ESLJP, bio da svojim odlukama doprinosi uobličavanju osnovnih načela parničnog postupka, a ne ujednačavanju primene prava u pojedinačnim slučajevima.

U praksi je nešto drugačije. Nisu sporni slučajevi u kojima zbog protivrećne sudske prakse u identičnim činjeničnim i pravnim situacijama USS nalazi da je učinjena povreda prava na pravično suđenje. Ukoliko VKS nije povodom toga intervenisao i protivrećnosti otklonio na institucionalan na-

čin, onda USS nema drugog izbora nego da utvrdi povredu prava na pravično suđenje, jer je tada ugrožena pravna sigurnost kao jedan od elemenata države zasnovane na vladavini prava. Korišćenjem svojih ovlašćenja, USS zapravo na posredan način doprinosi i ujednačavanju sudske prakse i jednoobraznoj primeni prava.

Načelno, USS nije nadležan da kontroliše primenu materijalnog prava niti da utvrđuje činjenično stanje u redovnim sudovima. utvrđivanje činjeničnog stanja od strane redovnih sudova. Međutim, u praksi se USS osvrće na primenu materijalnog prava i na primenu procesnog prava ne bi li ustanovio da li je njihova primena bila proizvoljna ili diskriminaciona, čime bi se utvrdila očigledna arbitrarnost ili nepravličnost; drugim rečima, i pogrešna primena materijalnog prava po nalaženju USS može dovesti do povrede prava na pravično suđenje.

„Ustavni sud je i u ovom ustavnosudskom postupku konstatovao da u principu nije nadležan da preispituje zaključke i ocene redovnih sudova u pogledu utvrđenog činjeničnog stanja i način na koji su redovni sudovi primenili pravo u postupku koji je vođen radi odlučivanja o pravima i obavezama podnosioca ustavne žalbe. Samim tim ocenjujući postojanje povrede prava na pravično suđenje, zadatak Ustavnog suda je da ispita da li je u tom postupku, od strane redovnih sudova, eventualno, došlo do povrede ili uskraćivanja Ustavom zajemčenih prava i da li je primena procesnog i/ili materijalnog prava bila proizvoljna ili diskriminaciona, čime bi ukazala na očiglednu arbitrarnost i nepravličnost u postupanju redovnih sudova, a na štetu podnosioca ustavne žalbe. Dakle, ocena pravilnosti primenjenog materijalnog prava je, pre svega, u nadležnosti redovnih sudova više instance, koji tu kontrolu vrše u zakonom propisanom postupku. Međutim, kako i pogrešna primena materijalnog prava na štetu podnosioca ustavne žalbe može dovesti do povrede prava na pravično suđenje, to je u određenim situacijama, koje prvenstveno zavise od ustavnopravnih razloga navedenih u ustavnoj žalbi, Ustavni sud vlastan da u postupku po ustavnoj žalbi ceni i da li je sa stanovišta primene materijalnog prava povređeno pravo na pravično suđenje.”<sup>14</sup> Nadalje, USS u postupku po navedenoj ustavnoj žalbi ulazi u tumačenje odredaba **Zakona o obligacionim odnosima** (ZOO) kojima se uređuje sticanje bez osnova i zatarelost potraživanja....” Međutim, VSS u revizijskoj odluci samo jednom rečenicom navodi „da se rešenje saveznog ministarstva za odbranu od 22. oktobra 1997. godine u vezi postupanja sa uplaćenim sredstvima za otkup stana iz vojnog stambenog fonda ne može smatrati priznanjem duga u smislu odredbe člana 387. stav 2. Zakona o obligacionim odnosima, kako to pravilno zaključuje drugostepeni sud”. A Okružni sud, kao drugostepeni, smatra da se navedeno rešenje Saveznog ministarstva za odbranu ne može smatrati priznanjem duga jer se ono može učiniti izjavom poveriocu, i to na jasan i nedvosmislen način, kao i na posredan način – davanjem otplate, plaćanjem kamate, davanjem obezbeđenja duga u smislu odredbe člana 387. stav 2. ZOO, a ne donošenjem rešenja saveznog ministra za odbranu. Iz toga proizlazi da se

14 Odluka USS od 9. decembra 2010. godine, Už-790/2008.

ni Okružni sud u Beogradu, a ni VSS, kao revizioni sud, nisu jasno i decidno izjasnili o tome da li se priznanje duga može učiniti samo na način koji je opisan u članu 387. stav 2. ZOO ili i na neki drugi način. Nakon toga, USS daje svoju ocenu činjeničnog stanja u datom predmetu, pa iz svog tumačenja materijalnog prava i činjeničnog stanja koje smatra utvrđenim izvodi zaključak: „Ustavni sud nalazi da se revizionu presuda ne zasniva na ustavnopravno prihvatljivom tumačenju merodavnog materijalnog prava”, iz čega izvodi zaključak o povredi prava na pravično suđenje iz člana 32. stav 1. Ustava Srbije.

Slično je i u drugim odlukama USS, u kojima se neprihvatanje primene materijalnog prava i činjeničnog stanja koje su utvrdili prvostepeni sudovi podvodi pod „arbitrarnost u postupanju”. „Imajući u vidu da je pravni prethodnik podnosilaca ustavne žalbe naselio zemljište koje mu je dodeljeno kao nosiocu kolonizacije i da Zakon o agrarnoj reformi i kolonizaciji nije predvideo mogućnost gubitka prava svojine na nepokretnosti zbog njenog nekorisćenja, te da sudovi u predmetnom parničnom postupku nisu nesumnjivo utvrdili da li su tužiocima stekli pravo svojine na navedenoj nepokretnosti po nekom valjanom pravnom osnovu, u smislu odredaba čl. 20. i 21. Zakona o osnovama svojinsko-pravnih odnosa, Ustavni sud je našao da su postupajući sudovi izveli ustavnopravno neprihvatljiv zaključak kada su ocenili da je pravni prethodnik podnosilaca izgubio pravo svojine na spornom zemljištu. S obzirom na to da se odredbom člana 32. stav 1. Ustava, pored ostalog, garantuje i zaštita stranaka u parničnom postupku od arbitrarne primene prava od strane sudova, Ustavni sud je ocenio da je osporenim presudom Opštinskog suda u Temerinu P. 159/05 od 4. maja 2006. godine i osporenim presudom Okružnog suda u Novom Sadu Gž. 929/07 od 28. maja 2009. godine povredeno pravo podnosilaca ustavne žalbe na pravično suđenje.”<sup>15</sup>

U nekim odlukama USS poučava redovne sudove u pogledu načina na koji se obračunava kamata. „Polazeći od navedenog, Ustavni sud je ocenio da su u presudama prvostepeni i drugostepeni sudovi odlučivali i o delu tužbenog zahteva podnosilaca ustavne žalbe koji se odnosi na ukupan iznos zakonske zatezne kamate obračunate na zbirni iznos glavnog duga, za period od 1. avgusta 2004. godine do 1. januara 2008. godine, te da je Okružni sud u Beogradu u preinačujućem delu prvostepene presude potpuno arbitrarno i nepravično primenio odredbe čl. 277. i 278. Zakona o obligacionim odnosima, a na štetu podnosilaca ustavne žalbe. Naime, Ustavni sud konstatuje da je, u konkretnom slučaju, podnosiocima ustavne žalbe kroz jasno obrazloženu prvostepenu presudu dosuđen ukupan iznos zakonske zatezne kamate na iznos glavnog duga, obračunate za dotadašnji period docnije, počev od dospelosti svake rate – razlike penzije pa do 1. januara 2008. godine, a da im je dalja zakonska zatezna kamata dosuđena samo na zbirni iznos glavnog duga, počev od 2. januara 2008. godine (kao prvog dana nakon sravnjenja duga od strane veštaka) pa do isplate. Dakle, u prvostepenoj presudi podnosiocima ustavne žalbe nije dosuđena ‘kamata na kamatu’, već samo do tada dospela zatezna kamata na iznos glavnog duga, na koju tužilac po zakonu ima pravo. Dakle,

15 Odluka USS od 15. decembra 2011. godine, UŽ-1301/2009.

u konkretnom slučaju se radi o zasebno traženoj, a ne pripisanoj kamati, pa je zatezna kamata dosuđena isključivo na neplaćeni iznos glavnog duga zbog docnje dužnika sa njegovom isplatom. Zbog toga je pravno stanovište izraženo u preinačujućem delu osporene drugostepene presude, po oceni Ustavnog suda, očigledno arbitrerno sa aspekta primene merodavnog materijalnog prava i, kao takvo, ustavnopravno neprihvatljivo.”<sup>16</sup> Pri svemu tome, štetne posledice se mogu otkloniti samo poništajem osporenog dela drugostepene presude.

Jasno je da se takvim odlučivanjem, kvalifikacijom načina na koji su redovni sudovi primenjivali materijalno pravo, odnosno utvrđivali činjenično stanje, USS zapravo nameće kao sud koji stvara precedent jer drugi sudovi koji ne prihvate tumačenja sadržana u odlukama USS rizikuju da im presude zbog „arbitrerne primene materijalnog prava”, te „ustavno neprihvatljivog obrazloženja sudske odluke”, budu poništene, ako ne formalno, onda faktički obesnažene pod vidom otklanjanja štetnih posledica. Podsećamo da su odluke USS konačne, izvršne i opšteobavezujuće.

*Doc. dr Nikola Bodiroga\**

## INCONSISTENT ADJUDICATION – VIOLATION OF ARTICLE 6 ECHR

### SUMMARY

*Inconsistent adjudication of identical situations represents violation of right to fair trial–guaranteed under Article 6 ECHR and Article 32 of Serbian Constitution. ECHR allows only certain divergences in interpretation, but different decisions within same jurisdiction upon claims based on same facts and legal issues create legal uncertainty. Conflicting interpretations stemmed from the same jurisdiction deprive parties of the right to fair trial. These conflicts should be institutionally resolved. There are mechanisms within Serbian legal system, but they are not used properly. The most important role in resolving those conflicts should be played by Serbian Supreme Court of Cassation. Therefore, access to Supreme Court has to be secured. Constitutional Court of Serbia takes active part in ensuring uniform case law in litigation procedure. Furthermore, binding force of its decisions makes it close to judicial precedents.*

*Key words: Conflicting interpretations. Right to fair trial. Serbian Supreme Court of Cassation. Constitutional Court of Serbia. ECHR.*

<sup>16</sup> Odluka USS od 10. novembra 2011. godine, UŽ-816/2009.

\* Nikola Bodiroga, PhD. Assistant professor Faculty of Law University of Belgrade. This article is the result of research within the project *Perspectives of Implementation of European Standards in the Serbian Legal System* (179059), supported by the Ministry of Science of Serbia.



*Доц. др Марко Станковић\**

## ИЗМЕНЕ И ДОПУНЕ ЗАКОНА О УСТАВНОМ СУДУ – КРИТИЧКИ ПОГЛЕД

### Апстракт

*Устав Републике Србије од 2006. године у највећој мери је преузео решења свој претходника, Устава од 1990. године. Једна од области у које је унесено највише нових решења јесте област организације и надлежности Уставног суда Републике Србије. Јурисдикција Уставног суда је значајно проширена, због чега је број његових судија повећан са девет на 15. Повећање броја судија се, међушим, показало као недовољно да би Уставни суд ефикасно вршио све функције које су му поверене Уставом, због чега је законодавац крајем 2011. године посејао за новим решењем чији је циљ повећање ефикасности рада Уставног суда. Осим поступака пред Уставним судом, који су несумњиво били главна мена законодавца, изменама и допунама Закона о Уставном суду предвиђена су нова решења и у области основних одредаба о Уставном суду, његовој унутрашњој уређења, као и избора, именовања, претјанка дужности и полагаја судија Уставног суда.*

*Кључне речи: Закон о Уставном суду. Уставни суд. Контрола уставности и законности. Уставна жалба. Устав Србије од 2006.*

1. Уставносудска функција је државна функција која је настала пре нешто више од два века у Сједињеним Америчким Државама, а уставни суд је као посебан државни орган, специјализован за вршење контроле уставности и законности, први пут је установљен у Аустрији пре нешто мање од једног столећа. Своју коначну сатисфакцију у свету, институција специјализованог уставног суда стекла је тек половином прошлог века, након што је конституционализована у послератној Савезној Републици Немачкој 1949. године. Недуго после тога, 1963. године, бивша Социјалистичка Федеративна Република Југославија постала је прва социјалистичка држава у свету која је увела уставно судство. То је био још један у низу југословенских уставних експеримената јер је уставно судство требало да пронађе своје место у скупштинском систему

---

\* 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 науке Републике Србије.

власти, који је био утемељен на начелу јединства, а не поделе власти. СФР Југославија је, попут СР Немачке, уважила федерално начело у организацији уставног судства јер је, осим федералног Уставног суда, предвидела и постојање уставних судова федералних јединица, па је и Социјалистичка Република Србија, као једна од њих, добила свој уставни суд. Уставни суд Србије установљен је Уставом Социјалистичке Републике Србије од 9. априла 1963. године, као самостални орган Републике, који обезбеђује заштиту уставности и законитости на основу устава у оквиру својих уставом утврђених права и дужности. Законом о Уставном суду Србије, који је проглашен 25. децембра 1963. године, ближе су одређени надлежност и поступак пред Уставним судом Србије и правно дејство његових одлука. Од тада па до данас, Уставни суд Србије непрекидно постоји безмало пола века, али су његов положај, надлежности и организациона начела више пута мењани јер је у међувремену Србија имала четири устава (од 1963, 1974, 1990. и 2006. године).

2. Устав Републике Србије од 2006. године уредио је већину института на истоветан или веома сличан начин као Устав од 1990. године, уневши врло мало потпуно нових, оригиналних уставних решења.<sup>18</sup> Једна од области *materiae constitutionis* које су највише иновирание јесте положај Уставног суда, његов састав и надлежности. Број судија Уставног суда Србије повећан је са девет на 15, а оправдање за то може се пронаћи у једној његовој новој уставној надлежности – да одлучује о уставним жалбама. На потпуно нов начин у односу на Устав од 1990. године уређено је и питање избора односно именовања судија, при чему је као узор послужило италијанско решење, које у основи има трипартитну поделу власти (на законодавну, извршну и судску): по пет судија бирају односно именују носиоци сваке од три гране државне власти<sup>19</sup> – Народна скупштина, председник Републике и општа седница Врховног касационог суда.<sup>20</sup> Устав је дефинисао и услове које мора испуњавати кандидат за функцију судије Уставног суда: он се бира односно именује

18 „Устав Србије од 2006. године задржао је схему државних органа из Устава Србије од 1990, проширујући је новим државним органима, чему је разлог промењен државни статус Србије (Војска Србије), јачање институционалне мреже заштите људских и мањинских права у њој (Заштитник грађана), снажнија гаранција судијске и тужилачке независности (Високи савет судства и Државно веће тужилаца) и успостављање државне контроле над потрошњом буџетских средстава (Државна ревизорска институција).” (Ратко Марковић, „Уставни суд у Уставу Републике Србије од 2006. године”, *Анали Правној факултету у Београду*, година LV, 2/2007, 21).

19 „Уставни суд се састоји од петнаест судија у чијем избору три власти учествују равноправно.” (Оливера Вучић, „Пет година после – примена устава, поштовање устава – », *Зборник радова Правној факултету у Нишу и Правној факултету у Крагујевцу*, тематски број *Устав Републике Србије – њен једина година после (2006–2011)*, Ниш 2011, 50.

20 „Устав је изукрштао улоге органа који предлаже кандидате за избор и органа који их бира (именује), кад је реч о легислативном и егзекутивном органу, пошто се у вишестраначком систему легислатива (парламент) и егзекутива (шеф државе) конституишу на основу мерила страначке припадности.” (Р. Марковић, 2007, 25)

из реда из реда истакнутих правника, с најмање 40 година живота и 15 година искуства у правној струци. Према Уставу од 1990. године функција судије Уставног суда је била стална, док је Уставом од 2006. године предвиђен временски ограничен мандат у трајању од девет година, при чему судија може вршити ту функцију у највише два мандата.

Надлежности Уставног суда су, с друге стране, значајно проширене у односу на оне које је имао према Уставу од 1990. године. У домену опште нормативне контроле новину представља институт претходне (превентивне) контроле уставности закона, пре његовог ступања на снагу, за шта је као узор вероватно послужио поступак пред француским Уставним саветом. Друга значајна новина у вези са надлежностима Уставног суда, вероватно и најзначајнију, јесте институт уставне жалбе, који није био предвиђен Уставом Србије од 1990. године (али јесте Уставом СР Југославије од 1992. године). Ова надлежност је, показало се у пракси, у највећој мери довела до оптерећености Уставног суда. Осим уставне жалбе, постоје и посебне жалбе предвиђене Уставом, чија је употреба дозвољена у пет конкретних ситуација које Устав предвиђа. Треће проширење надлежности Уставног суда је непосредна последица промењене концепције одговорности председника Републике, кога Народна скупштина може да разреши због повреде Устава (док га је према Уставу од 1990. године могло опозвати бирачко тело). Да би двотрећинска већина у Народној скупштини могла да разреши шефа државе Уставни суд претходно треба да утврди да је овај повредио Устав. Остале надлежности Уставног суда Србије (решавање сукоба надлежности између државних, покрајинских и локалних органа, изборни спорови, као и забрана рада политичких странака, синдикалних организација, удружења грађана и верских заједница) у начелу су истоветно уређене као што су биле и за време важења Устава од 1990. године.

3. Закон о Уставном суду („Службени гласник РС”, бр. 109/07) донет је 2007. године. Овај закон је, у складу са уставним овлашћењем (члан 175. став 3. Устава), регулисао унутрашње уређење Уставног суда, поступке пред Уставним судом и правно дејство његових одлука. Према да су приликом редиговања овог закона били ангажовани и еминентни стручњаци, поједина његова решења су од почетка била критикована.<sup>21</sup> Законодавац је, притом, на неким местима прекорачио своје надлежности. Добар пример таквог прекорачења је одредба члана 82. Закона којим се уређују услови за подношење уставне жалбе, а који предвиђа да се уставна жалба може изјавити и ако нису исцрпљена сва друга правна средства, у случају када је подносиоцу жалбе повређено право на суђење у разумном року.<sup>22</sup> Но, „дописивање” устава у области уставног судства је, иако штетна, уобичајена пракса и у упоредним уставним системима,

21 Р. Марковић, 2007, 44.

22 „(...) Конституисањем могућности за изјављивање уставне жалбе због повреде овог људског права (права на суђење у разумном року, *џрим. М. С.*) ‘преко реда’, значајна је законска модификација уставне жалбе, која је уставни институт, па се тиме

а вероватно као најбоља илустрација за то може послужити немачки законодавац, који је свесно усвојио решење које је било у супротности са намерама уставотворца управо у вези са уставном жалбом. Наиме, немачки уставописци су првобитно одлучно одбацили предлог да се грађанима омогући право да се директно обрате Уставном суду ради заштите уставом гарантованих права, што је било у складу са праксом Вајмарске Немачке и предратне Аустрије. Међутим, Закон о Савезном уставном суду од 1951. године је упркос томе предвидео институт уставне жалбе, да би он био конституционализован тек 1969. године.<sup>23</sup>

У току примене Закона о Уставном суду појавили су се очигледни проблеми у раду тог суда, који се превасходно односе на преоптерећеност Уставног суда, пре свега због великог броја поднетих уставних жалби, али и због „наслеђених” предмета бившег Суда Србије и Црне Горе. Изворна верзија Закона о Уставном суду није омогућавала Уставном суду да одређене процесне ствари решава на други начин осим на седници свих судија, што је, уз његов широко постављен делокруг, довело до ситуације да Уставни суд није био у могућности да на ефикасан начин поступа у предметима опште нормативне контроле, али ни у поступцима по уставним жалбама.

Из наведених разлога, предложене су измене и допуне Закона о Уставном суду, које се односе на организацију Уставног суда, на поједине процесне одредбе и начин одлучивања Уставног суда. Према речима предлагача измена и допуна закона, предложеним изменама и допунама требало би да се створе законске претпоставке за ефикаснији рад Уставног суда и да се ојача његова самосталност и независност, „а све у циљу извршавања Уставом утврђених надлежности Уставног суда, које се пре свега односе на заштиту уставности и законитости и заштиту људских или мањинских права и слобода зајемчених Уставом”. Закон о изменама и допунама Закона о Уставном суду ступио је на снагу почетком 2012. године. Питање је, међутим, да ли ће тако модификован Закон о Уставном суду побољшати његов рад у довољној мери. Све учињене измене и допуне могу се углавном разврстати у следећих пет група: 1) положај судија Уставног суда; 2) унутрашња организација Суда; 3) финансијске одредбе; 4) поступци пред Уставним судом и 5) одлуке Уставног суда.

4. Прва група измена и допуна Закона тиче се избора, именовања, престанка дужности и положаја судија Уставног суда. Закон је допуњен два новим одредбама којима се ближе регулише престанак судијске функције услед испуњења услова за старосну пензију (чл. 14). Првом се констатује оно што се раније подразумевало – да судији Уставног суда престаје дужност испуњењем општих услова за старосну пензију. Другом одредбом је, међутим, уведена једна значајна и, на први поглед, ко-

отвара питање уставности ове законске одредбе.” (Ратко Марковић, *Уставно право*, Београд 2012, 550)

23 Опширније: Марко Станковић, *Уставно судство у савременим федерацијама* (докторска дисертација), Правни факултет Универзитета у Београду, 2010, 159.

рисна могућност продужетка судијске функције упркос испуњењу тих услова. Уставни суд, наиме, може, због рада на започетим предметима, судији продужити радни век до окончања предмета на којима је био ангажован, а најдуже до истека времена на које је изабран, односно именован, уз његову сагласност (чл. 14. ст. 2). У вези с овом одредбом се, међутим, постављају два битна питања. Пре свега, према новом решењу Уставни суд има дискреционо право да одлучује хоће ли неке од судија продужити радни век, што је, када се узме у обзир начин избора односно именовања судија Уставног суда, донекле спорно. Исправније би можда било да радни век судије, на предлог Уставног суда и уз сагласност судије који је испунио услове за старосну пензију, то ипак учини орган који је изабрао или именован тог судију (Народна скупштина, председник Републике или Врховни касациони суд). Осим тога, јавља се дилема да ли судија којем је продужен радни век може радити искључиво на започетим предметима или може бити ангажован и на новим предметима. Уколико се прихвати прво тумачење, што може да произађе из дикције наведене законске одредбе, питање је колико би рад Уставног суда био мање ефикасан уколико би он у свом саставу у једном моменту имао више судија којима је продужен радни век и који због тога не могу радити на новим предметима. У том случају фактички окрњеног састава, остале судије би неминовно морале да се ангажују више него што би то био случај у „нормалним” околностима, што је дијаметрално супротно намери законодавца приликом усвајања најновијих измена и допуна закона јер су оне највише правдане потребом да се рад Уставног суда учини ефикаснијим.<sup>24</sup> Стога ће будућа пракса Уставног суда у вези са продужењем радног века судија показати колико је нова законска могућност заиста целисходна.

Осим тога, интервенцијом законодавца је омогућено судијама Уставног суда да се, после престанка дужности судије Уставног суда, врате на радно место или другу функцију коју су обављали пре ступања на

24 Предложена верзија Закона о изменама и допунама Закона о Уставном суду садржала је још једну допуну члана 14. Закона, која је требало да пропише шта чини основ за обрачун висине старосне пензије судије Уставног суда. Предложени став 6. овог члана је гласио: „Пензијски основ за обрачун висине старосне пензије судије Уставног суда чини месечни износ плате без пореза и доприноса, који судији припада за пуно радно време у месецу у којем му престаје дужност.” Овај предлог, међутим, није усвојен, али изазвао је и бурне реакције у јавности (погледати, на пример, текст у „Блицу” под насловом „Судије шокиране предлогом закона о Уставном суду”, <http://www.blic.rs/Vesti/Tema-Dana/297596/Sudije-sokirane-predlogom-zakona-o-Ustavnom-sudu>, 23. децембар 2011). Скупштински одбор за правосуђе и управу предложио је амандман на овај предлог, којим је брисана могућност да за судије Уставног суда пензијски основ за обрачун висине пензије буде износ плате без пореза и доприноса коју су имали у месецу у коме им је престала дужност. У образложењу одбора наведено је да решење предложено у закону није у складу са законом којим се уређује пензијско и инвалидско осигурање. То је, иначе, био један од ретких амандмана са којим су се сложили и посланици владајуће већине и опозициони посланици (опширније о томе видети: <http://www.rts.rs/page/stories/sr/story/9/Politika/1014020/Poslanici+o+Ustavnom+sudu.html>, 23. новембар 2011).

дужност судије, чиме се учвршћује самосталност и независност судије Уставног суда (чл. 21). Ово решење је непосредна последица временски ограниченог мандата судије Уставног суда и правила о неспојивости те функције са другим функцијама и професионалним делатностима, осим „професуре” на правном факултету, па је добро што је добила снагу изричите законске одредбе.

5. Правила о унутрашњој организацији Уставног суда су унеколико допуњена у односу на изворну верзију Закона о Уставном суду. Сфере унутрашње организације Суда које су иновирани веома су разнородне – начин доношења пословника о раду, јавност рада, одржавање различитих облика рада ван седишта Суда и радни односи запослених у Суду.

Оригинални текст Закона предвиђао је да Уставни суд „има” пословник о раду, којим се ближе прописују организација, начин и јавност рада и поступак пред Уставним судом, као и да се тај пословник објављује у „Службеном гласнику Републике Србије”. Нова одредба Закона каже да „Уставни суд, већином гласова свих судија, доноси Пословник о раду, којим се ближе уређују организација, начин рада и поступања Уставног суда” (чл. 10). У важећем решењу, дакле, прецизира се да Уставни суд сам доноси пословник о свом раду, што је додуше и раније у пракси био случај, и одређује којом већином то чини, док је одредба о објављивању тог пословника у „Службеном гласнику” изостављена. Остаје нејасно због чега је у образложењу овлашћеног предлагача Закона наведено да се овом изменом уводи „значајна новина у рад Уставног суда”, с обзиром на то да се у вези са доношењем пословника практично ништа не мења, премда је ново решење за нијансу боље формулисано од претходног.

Треба поменути и да се, према новом законском решењу (чл. 3. ст. 2), јавност рада Уставног суда обезбеђује објављивањем одлука Уставног суда, објављивањем саопштења са седница на интернет страници Уставног суда, одржавањем јавне расправе и расправе у поступку пред Уставним судом, давањем саопштења средствима јавног информисања, одржавањем конференција за медије и на други начин. Новине у односу на првобитно решење представља објављивање саопштења са седница на интернет страници Уставног суда и одржавање конференција за медије, што се и према ранијој верзији ове законске одредбе могло подвести под правни стандард „и на други начин”. У овом случају се, дакле, ради о минималном прецизирању постојеће законске одредбе, које и није било нужно, али је корисно и оправдано када се имају у виду технолошке иновације савременог доба (а пре свега широка употреба интернета).

У измењеној и допуњеној верзији Закона изричито је предвиђена и могућност да се јавне расправе, седнице и други облици рада Уставног суда могу, по одлуци Уставног суда, одржати и изван његовог седишта у Београду (чл. 22), што може бити корисно, али у веома ретким случајевима.

Конaчно, према новој верзији Закона омогућено је да се Законом о Уставном суду могу и другачије уредити радни односи запослених у Уставном суду у односу на опште прописе који уређују радне односе државних службеника и намештеника, а имајући у виду специфичности Уставног суда у односу на друге државне органе (чл. 27). Стога је Закон о Уставном суду допуњен и новим одредбама (чл. 27а–27ђ), којима су на посебан начин уређена нека питања везана за радне односе запослених у стручној служби суда, при чему се водило рачуна о „специфичности и сложености послова који се обављају у тој служби”. Тим одредбама је установљена могућност одређивања положаја у стручној служби, прописани посебни услови за напредовање државних службеника запослених у стручној служби, као и могућност увећања коефицијената за обрачун њихових плата и додатно образовање о трошку Уставног суда. Поставља се, међутим, питање да ли је положај службеника и намештеника у Уставном суду у толикој мери особен у односу на „обичне” државне службенике и намештенике да је било неопходно њихово регулисање на посебан начин.<sup>25</sup>

6. Велика пажња законодавца била је усмерена на финансијску независност Уставног суда, и то како Уставног суда као институције, с једне стране, тако и судија Уставног суда, с друге стране. Пре свега, ради очувања самосталности и независности Уставног суда као институције, прописано је да Влада не може без сагласности председника Уставног суда обуставити, одложити или ограничити извршење буџетских средстава опредељених за рад Уставног суда (чл. 28), чиме је значајно смањен утицај извршне власти на буџет суда. Даље, Закон о Уставном суду је допуњен новим одредбама (чл. 28а и 28б), којима се утврђује поступак за припрему предлога буџета суда и начин вршења контроле трошења буџетских средстава одређених за његов рад. Нова решења усвојена су са циљем да повећају самосталност Уставног суда у поступку предлагања потребних буџетских средстава за рад Суда, као и да додатно ограниче утицај егзекутиве у вези са обимом буџетских средстава потребних за рад Суда.

С друге стране, Закон је допуњен и новим одредбама које ближе уређују висину зараде судија Уставног суда (чл. 20а). Предвиђено је да „плата судије Уставног суда одговара положају и надлежностима Уставног суда и одговорности судије за обављање дужности и представља једну од гаранција његове независности у заштити уставности и законитости и људских и мањинских права и слобода”. Изричито је прописано да се основица за обрачун и исплату плата председника и судија Уставног суда утврђује Законом о буџету Републике Србије (чл. 20а. ст. 4). На овај начин се, према речима овлашћеног предлагача измена и допуна, постиже већа самосталност судија Уставног суда будући да су елементи за обрачун и исплату плата судија Уставног суда одређени искључиво законом, и то Законом о Уставном суду и Законом о буџету

25 На то питање би одговор требало да дају стручњаци за радно и социјално право.

Републике Србије. Предложеним решењем се онемогућава одлучивање Владе о платама судија Уставног суда, будући да је према ранијим законским решењима Влада закључком утврђивала основицу за исплату судијских плата. Осим тога, предвиђено је увећање плате судија Уставног суда за 10% за свако упражњено судијско место, што одговара повећаном оптерећењу судија Уставног суда у случају да нису попуњена сва судијска места, а утврђен је и начин остваривања накнаде судије Уставног суда који је истовремено и професор правног факултета, што су све корисне законске новине.

7. Поступци пред Уставним судом су без икакве сумње били главна мета законодавца приликом усвајања нових измена и допуна. Измењене су и допуњене одредбе Закона које регулишу претходни поступак, уведени су нови облици рада Уставног суда (велика и мала већа), прецизиран је садржај појединих поднесака, а уведене су новине и у поступке по уставним жалбама и тзв. посебним жалбама (судија, јавних тужилаца и њихових заменика, као и кандидата за народне посланике чији мандат није верификован).

Извесне новине уведене су у претходни поступак пред Уставним судом. Раније је било предвиђено да се у поступку пред Уставним судом одређује судија известилац, у складу са пословником (чл. 35). Након најновијих измена и допуна Закона предвиђена је и могућност, додуше изузетна, да председник Уставног суда одреди једног или више судија Уставног суда који ће заједно са судијом известиоцем спровести претходни поступак и припремити заједнички предлог акта о коме одлучује Уставни суд, када је то неопходно због сложености уставноправних питања која су предмет поступка пред Уставним судом. Текст Закона је допуњен и новом одредбом којом се прецизирају овлашћења судије известиоца и стручне службе Уставног суда у претходном поступку (чл. 35а).

Листа случајева у којима Уставни суд одбацује поднесак којим се иницира или покреће поступак пред Уставним судом допуњена је са три нова случаја када се поднесак одбацује. То су случајеви када је поднесак анониман, када Уставни суд утврди да је поднесак очигледно неоснован и ако утврди да се поднеском злоупотребљава право (чл. 36). Последње две могућности су, правно посматрано, спорне. Одбацивање поднеска би требало, наиме, да буде правна последица када надлежни орган, у овом случају Уставни суд, утврди да поднесак има неки формални недостатак – неблагоприятност, неуредност или непостојање активне страначке легитимације. У таквим случајевима Уставни суд не улази у меритум, не бави се суштинским, већ формалним питањима. Очигледна неоснованост и злоупотреба права су случајеви одбацивања поднеска у којима Уставни суд мора да се упусти у испитивање садржине. Према да је *ratio* таквог решења вероватно била ефикасност и економичност поступка, делује да је допуна овог члана корак уназад у односу на претходно решење, јер начела ефикасности и економичности поступка не смеју да имају првенство над начелима заштите права грађана и материјалне истине.



Нови облици рада Уставног суда представљају вероватно најзначајнију новину у његовом уређењу и главни разлог због којег је Закон о Уставном суду мењан и допуњаван. Новим законским решењем је предвиђено да Уставни суд одлучује на седници Уставног суда, седници великог већа и седници малог већа (чл. 42). Подела Уставног суда на већа је чест случај у упоредном праву, а добре примере за такав вид организације представљају немачки Савезни уставни суд и Уставни суд Руске Федерације, који имају по два већа. У наведеним државама, међутим, таква организација уставног судства је изричито предвиђена уставом, има статус уставне материје. Поделу нашег Уставног суда на велика и мала већа Устав не познаје већ је уводи законодавац, који је у овом случају узео за себе велику слободу да из темеља промени унутрашњу организацију Уставног суда. Нови облици рада суда засновани су на уставној одредби према којој се уређење Уставног суда, поступак пред Уставним судом и правно дејство његових одлука уређују законом (чл. 175. ст. 3. Устава). Увођење нових облика рада Уставног суда требало би да допринесе ефикаснијем одлучивању Уставног суда, нарочито када је у питању доношење одлука процесне природе и одлучивање у поступку по уставним жалбама.

Ради прецизирања надлежности, састава и начина рада и одлучивања на седници Уставног суда и седницама великог и малог већа, Закон о Уставном суду је допуњен мноштвом нових одредаба (чл. 42а–42г). Предвиђено је да се на седници Уставног суда, коју чине све судије Уставног суда, доносе најважније одлуке из надлежности Уставног суда, као што су мериторне одлуке у поступку оцене уставности и законитости, одлуке у поступку забране политичке странке, синдикалне организације, удружења грађана или верске заједнице и одлуке у поступку поводом **постојања** повреде Устава од председника Републике (чл. 42а). Затим су прописани случајеви када одлучује велико веће, а то је одлучивање у оним поступцима у којима није надлежна седница Уставног суда, као и доношење решења процесног карактера (чл. 42б).<sup>26</sup> Овла-

26 Уставни суд на седници великог већа одлуком: 1) одређује начин отклањања последица које су настале услед примене општег акта који није у сагласности с Уставом или законом; 2) одлучује о изборним споровима за које законом није одређена надлежност судова; 3) одлучује о уставној жалби; 4) одлучује о жалби органа аутономне покрајине, односно јединице локалне самоуправе у поступку ако се појединачним актом или радњом државног органа или органа јединице локалне самоуправе онемогућава вршење надлежности аутономне покрајине, односно јединице локалне самоуправе; 5) одлучује у поступку по жалби судија на одлуку о престанку функције и друге одлуке Високог савета судства; 6) одлучује у поступку по жалби јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца на одлуку о престанку функције. Осим тога, Уставни суд на седници великог већа решењем: 1) покреће поступак за утврђивање неуставности, незаконитости или несагласности са општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговором; 2) решава о сукобу надлежности између државних и других органа, у складу са Уставом; 3) обуставља извршење појединачног акта, односно радње и укида меру обуставе или одбацује захтев за обуставу извршења појединачног акта или радње; 4) одлаже ступање на снагу одлуке органа аутономне покрајине;

шћења великог већа су, као што се може видети, веома бројна и значајна, што би требало да допринесе повећању ефикасности рада Уставног суда. На седници великог већа одлуке, односно решења доносе се једногласно, а ако се не постигне сагласност, о предмету одлучује седница Уставног суда. Уставни суд има два велика већа, а председник Уставног суда одређује састав великог већа годишњим распоредом послова Уставног суда. Велика већа чине председник Уставног суда и седам судија. С обзиром на то да велика већа броје по осам чланова, што је више од половине укупног броја судија Уставног суда, као и да одлуке доносе једногласно, ипак се мора казати да одредба Устава према којој Уставни суд одлучује већином гласова свих својих чланова таквим решењем формално није прекршена, али је јасно и да оне судије које нису чланови већа које одлучује немају могућност да искажу свој став о предмету уставног спора који решава велико веће, што вероватно није била намера уставотворца када је прописивао организацију Уставног суда. На крају, прописано је да мало веће решава питања процесне природе – доноси решење којим одбацује уставну жалбу ако нису испуњене процесне претпоставке и закључке процесног карактера (чл. 42в).<sup>27</sup> Као и код великог већа, и на седници малог већа закључци се доносе једногласно, а ако се не постигне сагласност, о предмету из надлежности тог већа одлучује велико веће. Мала већа се састоје од троје судија Уставног суда од којих је један председник већа. Број малих већа одређује се одлуком Уставног суда, а председник Уставног суда одређује председника и чланове малог већа годишњим распоредом послова Уставног суда.<sup>28</sup>

Према речима овлашћеног предлагача измена и допуна, „на овај начин је омогућено ефикасније поступање Уставног суда са једне стране, а са друге стране су испоштоване одредбе члана 175. Устава које утврђују начин одлучивања Уставног суда”. Одредбе наведеног члана Устава, нажалост, нису у потпуности „испоштоване” приликом усвајања нових решења. Најочигледнији случај неуставности представља одредба члана 42а, чијим се ставом 1. тачка 3. прописује да Уставни суд на седници Уставног суда, коју чине све судије Уставног суда, „покреће поступак за

5) одбацује иницијативу за покретање поступка за оцену уставности или законитости у случају кад Уставни суд нађе да је иницијатива неприхватљива, јер изнетим разлозима оспоравања није поткрепљена тврдња да има основа за покретање поступка за оцену уставности или законитости, иницијативу ће решењем одбаци-ти; 6) одређује начин извршења одлуке или решења Уставног суда; 7) обуставља поступак у одређеним случајевима (случајеви из чл. 57, 88. и 97. Закона); 8) одбацује захтев за оцењивање уставности или законитости општег акта о коме је већ одлучивао, а из нових навода, разлога и поднетих доказа не произилази да има основа за поновно одлучивање. Коначно, Уставни суд на седници великог већа одлучује ако није постигнута једногласност у одлучивању малог већа.

27 Уставни суд на седници малог већа решењем одбацује уставну жалбу ако нису испуњене процесне претпоставке и доноси закључке у 11 случајева који су предвиђени чланом 47. Закона.

28 Измењена Закона је предвиђено и да Уставни суд, као стална радна тела, осим комисија, може образовати и одборе (члан 43).

утврђивање неуставности или незаконитости општег акта, по сопственој иницијативи”, док се у ставу 2. истог члана каже да се „на седници Уставног суда одлуке (се) доносе већином гласова свих судија Уставног суда”. Ове одредбе су без икакве сумње неуставне јер Устав у члану 175. став 2. прописује да „одлуку да самостално покрене поступак за оцену уставности или законитости Уставни суд доноси двотрећинском већином гласова свих судија”.

Новим решењима је прецизније прописан и садржај предлога за утврђивање неуставности или незаконитости, односно иницијатива за покретање поступка за оцену уставности или законитости (чл. 51. ст. 1). Наведена измена је учињена из разлога што је досадашњој пракси велики број поднесака, нарочито када је реч о иницијативама, био непотпун, што је доводило до одуговлачења поступака. Сада је, осим елемената који су се и раније захтевали (назив општег акта, назив и број службеног гласила у коме је објављен, ознака одредбе или одредаба општег акта чија се уставност или законитост оспорава, разлози оспоравања и други подаци од значаја за оцењивање уставности или законитости, предлог односно захтев како да се одлучи), предвиђено да поднесак мора да садржи и одредбе Устава, односно закона у односу на које се оспорава уставност или законитост општег акта, као и податке о подносиоцу и његов потпис.<sup>29</sup>

Одређене измене извршене су и у уређењу института уставне жалбе. Прописано је да уставна жалба, осим елемената који су се раније захтевали (име и презиме, јединствени матични број грађана, пребивалиште или боравиште, односно назив и седиште подносиоца уставне жалбе, име и презиме његовог пуномоћника, број и датум акта против кога је жалба изјављена и назив органа који га је донео, назнака људског или мањинског права или слободе зајемчене Уставом за које се тврди да је повређено са ознаком одредбе Устава којом се то право, односно слобода јемчи, разлози жалбе и наводи у чему се састоји повреда или ускраћивање и потпис подносиоца уставне жалбе, односно лица коме је издато специјално пуномоћје за подношење уставне жалбе) обавезно мора садржати и „опредељени” захтев о коме Уставни суд треба да одлучи, као и захтев за тражену материјалну, односно нематеријалну штету, како би Уставни суд уз одлуку о уставној жалби истовремено одлучио и о захтеву за штету (члан 85). У складу са тим, прецизирана је и одредба којом се уређују овлашћења Уставног суда у случају усвајања уставне жалбе, па је предвиђено да он може одредити начин правичног задовољења подносиоца жалбе. Осим тога, новина је и норма према којој се одлуком којом се усваја уставна жалба одлучује и о захтеву подносиоца уставне жалбе за накнаду материјалне, односно нематеријалне штете, када је такав захтев постављен (члан 89). Због тога је брисана је одредба Закона (ранији члан 90) која је предвиђала Комисију за накнаду штете поводом одлуке Уставног суда о уставној жалби. Такво решење је веро-

29 Из истог разлога исправљен је члан 52. Закона о Уставном суду.

ватно инспирисано праксом Европског суда за људска права у Стразбуру, који приликом утврђивања повреде права истовремено утврђује и висину претрпљене штете.

Законодавац је отклонио још један пропуст који је постојао у изворној верзији Закона. У оригиналној верзији, наиме, није био прописан рок у којем се може изјавити посебна жалба у поступку за потврђивање мандата народних посланика (члан 79. став 1), а сада је предвиђено да жалбу на одлуку донету у вези са потврђивањем мандата народних посланика може поднети кандидат за народног посланика и подносилац предлога кандидата, у року од 48 часова од доношења одлуке. Делује да је прописани рок правилно одмерен, јер сви правни поступци који служе заштити бирачког права, без обзира на то пред којим се органом воде, треба да буду кратки и ефикасни како би се онемогућила евентуална опструкција рада Народне скупштине.

Конечно, последња група измена и допуна Закона тиче се поступака по жалби судија, јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца на одлуку о престанку функције. Стога је извршена интервенција правно-техничке природе којом је израз „разрешење” замењен изразом „престанак функције” (чл. 99–101). Осим тога, додата је и нова одредба (члан 102а) којом је прописано да се у поступку по жалби судије, јавног тужиоца и заменика јавног тужиоца сходно примењују одредбе Закона којима се уређује поступак по уставној жалби. На тај начин су додатно уређена правила поступка у поступку по жалби судије, јавног тужиоца и заменика јавног тужиоца, с обзиром на то да ово питање није било прецизно уређено.

У вези са поступцима по уставним жалбама и посебним жалбама судија, јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца, у Закону о изменама и допунама Закона о Уставном суду предвиђен је изузетак од правила да свако лице може захтевати да му се омогући увид у списе предмета и да му се дозволи препис списка, у складу са законом који уређује слободан приступ информацијама од јавног значаја (члан 4. став 1). У поступку по уставним жалбама и жалбама судија, јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца, Уставни суд може одлучити да право увида у списе предмета имају само учесници у поступку. Могућност ограничавања права на увид у списе предмета који се односе на уставне жалбе и жалбе судија, јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца уведена је, према речима предлагача закона, због „специфичности” ових поступака. Питање је, ипак, да ли је увођење овог изузетка било неопходно с обзиром на то да је у последњем ставу овог члана Закона и раније била предвиђена могућност искључења јавности ако постоје оправдани разлози за то.

8. Значајна пажња законодавца посвећена је и одлукама Уставног суда. Прво, прописан је још један случај када Уставни суд доноси одлуку, а то је када „одбија захтев за утврђивање неуставности или незаконитости општег акта из иницијативе поводом које је донето решење о покретању

поступка”, чиме се попуњава правна празнина која је постојала у изворном тексту Закона о Уставном суду (члан 45. тачка 15). Затим, предвиђен је још један случај када Уставни суд одлучује решењем – Уставни суд решењем одлаже објављивање своје одлуке у „Службеном гласнику Републике Србије” (члан 46. тачка 10). Даље, одређени су случајеви када Уставни суд одлучује закључком (укупно 11 случајева), што до сада није било детаљније уређено (члан 47). Дефинисани су и обавезни елементи одлука, решења и закључака Уставног суда – увод, изрека и образложење (члан 48), при чему је Уставном суду дато овлашћење да пословником може ближе уредити садржину тих обавезних елемената, с тим што образложење решења о одбацивању уставне жалбе, односно закључка може садржати само правни основ за доношење (члан 48. став 2).

Прецизирани су и случајеви када Уставни суд доноси решење о одбацивању иницијативе, односно одлуку о одбијању захтева за утврђивање неуставности или незаконитости акта (члан 53). Раније је било предвиђено да када Уставни суд „нађе да нема основа за покретање поступка поводом иницијативе, иницијативу неће прихватити”, при чему није било одређено у којој форми треба да буде изражено то „неприхватање”. Сада се предвиђају два случаја – кад Уставни суд нађе да је иницијатива неприхватљива јер изнетим разлозима оспоравања није поткрепљена тврдња да има основа за покретање поступка за оцену уставности или законитости, иницијативу ће решењем одбацити (члан 53. став 2), а кад Уставни суд након спроведеног поступка оцени да захтев за утврђивање неуставности или незаконитости из иницијативе поводом које је покренут поступак није основан, донеће одлуку о његовом одбијању (члан 53. став 4). Новим решењем је, дакле, прецизирано да се иницијатива одбацује решењем, а одбија одлуком.

Предвиђена је и могућност да Уставни суд посебним решењем одложи објављивање своје одлуке о неуставности или незаконитости одређеног нормативног акта у „Службеном гласнику Републике Србије” за највише шест месеци како би се дала могућност доносиоцу акта који је оглашен неуставним или незаконитим да у том периоду изврши одговарајуће измене оспореног акта, чиме се спречава евентуално настајање правне празнине и штетних последица, које би могле да настану од дана објављивања одлуке Уставног суда (члан 58. ст. 4. и 5). Ово овлашћење Уставног суда је новина у Закону, премда доста подсећа на поступак укидања неуставних аката који је био предвиђен уставима од 1963. и 1974. године.<sup>30</sup> Суд би свакако требало да води рачуна о томе да мо-

30 У случајевима када би Уставни суд утврдио да одређени закон није у складу са Уставом, он је своју одлуку (тзв. „прву одлуку”) најпре морао да достави Скупштини, која је била дужна да у року од шест месеци усагласи закон са највишим општим правним актом (члан 410. Устава СР Србије од 1963). Тај рок је Уставни суд, на захтев Скупштине, могао да продужи за још најдуже шест месеци, да би, након истека остављеног рока, Уставни суд својом одлуком (тзв. „другом одлуком”) укинуо неуставни закон (у Уставу је коришћен израз „престанак важења”). Слична процедура била је предвиђена и Уставом СР Србије од 1974.

гућност да одложи објављивање своје одлуке, а самим тим и њено ступање на снагу, представља изузетак од правила да се одлуке објављују одмах по њиховом доношењу. Лоше би, наиме, било када би Уставни суд, честим посезањем за овом могућношћу, установио праксу одлагања ступања на снагу својих одлука, чиме би могао да подстакне доносиоце нормативних аката на неуставно деловање, стављајући им у изглед да ће њихови неуставни или незаконити акти остати на снази и по неколико месеци након утврђивања те неуставности или незаконитости. На крају, мора се нагласити да уставност ове законске одредбе није сасвим неспорна, јер сâм Устав не наговештава могућност одлагања одлуке Уставног суда и указивања законодавцу на који начин би требало да измени закон. Таква могућност утицаја на законодавну политику веома је блиска доношењу такозваних интерпретативних одлука, односно деловању Уставног суда не само као „негативног”, већ и као „позитивног” или „активног” законодавца, што је у начелу противно природи уставносудске функције.<sup>31</sup> Осим тога, „настајање штетних последица”, као разлог одлагања објављивања одлуке, није сасвим јасно јер је остављање неуставног прописа на снази по себи штетна последица.

Закон о Уставном суду допуњен је и новом одредбом којом је предвиђено одлучивање Уставног суда у поступку за забрану тајног или паравојног удружења (члан 81а). Када је предлогом тражена забрана тајног или паравојног удружења, Уставни суд својом одлуком може утврдити да је деловање таквог удружења забрањено Уставом, а затим може одредити предузимање мера које су неопходне да се спречи деловање тајног или паравојног удружења. Овај члан је заснован на уставној одредби која забрањује тајна и паравојна удружења (члан 55. став 3. Устава). Нова надлежност Уставног суда је стога потпуно непотребна јер он сада има могућност да забрањује рад удружења која су ионако већ забрањена Уставом. „Овом одредбом понижен је Устав. Испада да уставна забрана тајног или паравојног удружења није довољна, него Уставни суд утврђује да је ‘деловање таквог удружења забрањено Уставом.’”<sup>32</sup> Поставља се питање да ли таква одлука има икакво правно дејство. А када је реч о одређивању мера које су неопходне да се спречи деловање тајног или паравојног удружења, „понижени су државни органи који су по закону надлежни да предузимају мере против појединаца – чланова тајних или паравојних удружења. Испада да они не врше свој посао, те Уставни суд мора да одреди мере усмерене на спречавање деловања тајног или паравојног удружења.”<sup>33</sup> Све у свему, иако је нови члан Закона плод уставносудске праксе (то јест искустава у случају одлучивања о забрани „Националног строја”), он са уставноправног аспекта представља

31 Опширније о томе: Марко Станковић, „Уставни суд као активни нормотворац – О интерпретативним одлукама уставних судова”, *Правни животи*, 12/2011, том IV, стр. 889–900.

32 Владан Петров, „Неуставни закон о Уставном суду”, <http://www.politika.rs/rubrike/ostali-komentari/Neustavni-zakon-o-Ustavnom-sudu.sr.html>, 15. фебруар 2012.

33 *Исто*.

потпуни промашај јер је непотребна (Уставни суд забрањује оно што је већ забрањено) и неуставна (надлежности Уставног суда су уставна материја, а ову нову надлежност осмислио је законодавац).

9. Међу новим законодавним решењима у вези са Уставним судом свакако има неких које заслужују похвалу, али и неких која завређују критику – било због нецелисходности, било због неуставности. Другим речима, нове измене и допуне Закона о Уставном суду садрже неколико добрих решења, али и нека решења која нису потпуно у сагласности са Уставом, као и нека која, иако су уставна, нису опортуна.

Измене и допуне Закона о Уставном суду које представљају напредак јесу претежно оне којима су извршена неопходна прецизирања законских одредаба и попуњене правне празнине које су уочене. Такве измене и допуне учињене су у вези са престанком функције судија Уставног суда, начином доношења његовог пословника, објављивањем његових одлука, радним односима запослених у Суду (иако је питање да ли њихов положај изискује посебан правни третман у односу на остале државне службенике и намештенике), одредбама о предлогу и иницијативи за оцену уставности, одредбама о уставној жалби и посебним жалбама, као и у вези са још неким, мање битним случајевима. Посебну похвалу заслужују одредбе којима је обезбеђена већа финансијска самосталност суда и судија у односу на органе егzekутиве. Новине у вези са одлукама Уставног суда једним делом су промена на боље, јер је та материја сада потпуније уређена него раније, али има и неких правно проблематичних решења.

Нови облици рада Суда – велика и мала већа – имају и својих добрих, али и лоших страна. Нова организација ће вероватно повећати ефикасност рада овог органа, што је преко потребно у ситуацији када је он „затрпан” великим бројем предмета. Али, поставља се питање да ли је расподела функција између седнице Уставног суда, великих и малих већа добро одмерена. На то питање свакако најбољи одговор даће пракса, али на први поглед делује да су велика већа добила сувише широке надлежности. Осим тога, правно посматрано, нека од нових решења (на пример, покретање поступка *ex officio* обичном већином гласова свих судија, уместо двотрећинском коју прописује Устав) очигледно су неуставна, о чему је већ било речи на одговарајућим местима. Ипак, питање је какав ће став сâм Уставни суд заузети према закону који регулише његов положај и унутрашње уређење, односно да ли ће смоћи снаге да *ex officio* испита његову уставност (и то баш уставност одредбе која уређује начин покретања поступка по службеној дужности) јер би на тај начин „секао грану на којој седи”.

На крају, посебно треба скренути пажњу на четири законске новине које се не могу оценити као позитивне. Прва је начин продужења радног века судије након што испуни услове за старосну пензију, јер је нелогично да такво продужење чини сâм Суд, без икакве улоге (макар и необавезујућег мишљења) државног органа који је изабрао или

именовао дотичног судију (Народна скупштина, председник Републике, Врховни касациони суд). Споран је, дакле, начин продужења радног века судије, док сама могућност продужења радног века има и својих предности и мана, па се може аргументовати и за и против ње. Осим тога, из нове законске одредбе је нејасно да ли судија којем је продужен радни век може радити искључиво на започетим предметима или може бити ангажован и на новим предметима, што би свакако требало прецизирати. Друга новина у Закону која не заслужује прелазну оцену јесу нови случајеви када се поднесак у претходном поступку одбацује – када је поднесак анониман, када је поднесак очигледно неоснован и ако се поднеском злоупотребљава право – јер очигледна неуставност и злоупотреба права нису формална већ суштинска питања, а поднесци би требало да се одбацују искључиво из процесних разлога. Трећа и четврта новина тичу се одлука Уставног суда. Једна је везана за могућност одлагања објављивања његове одлуке о неуставности или незаконитости одређеног нормативног акта у „Службеном гласнику Републике Србије” како би се дала могућност доносиоцу акта да у том периоду изврши одговарајуће измене оспореног акта (јер потенцијално може да доведе до деловања Уставног суда као „активног” законодавца), а друга за забрану тајног или паравојног удружења (јер та надлежност Уставног суда није предвиђена Уставом, већ су Уставом таква удружења ионако већ забрањена).

*Doc. dr Marko Stanković\**

## AMENDMENTS TO THE LAW ON THE CONSTITUTIONAL COURT – A CRITICAL VIEW

### SUMMARY

*The Constitution of the Republic of Serbia of 2006 had largely taken the regulations of its predecessor, the Constitution of 1990. One of areas with most innovations is the organization and powers of the Constitutional Court. The jurisdiction of the Constitutional Court had been significantly broadened, and, as a consequence, number of its judges had increased from nine to 15. Increasing number of judges, however, proved to be insufficient for the Constitutional Court to exercise effectively all the functions assigned to it by the Constitution. That is why the Serbian legislature in late 2011 had adopted amendments to the Law on the Constitutional Court, designed to improve its efficiency. Procedure*

\* Marko Stanković, PhD. Assistant professor Faculty of Law University of Belgrade. This article is the result of research within the project *Perspectives of Implementation of European Standards in the Serbian Legal System* (179059), supported by the Ministry of Science of Serbia.



*before the Constitutional Court undoubtedly was the main target of the new legislation. Amendments to the Law on the Constitutional Court, however, provided some new solutions in the fundamental provisions on the Constitutional Court, its internal organization, as well as the selection, appointment and termination of office of its judges, and position of the Constitutional Court in the constitutional system in general.*

**Keywords:** *The Law on the Constitutional Court. Constitutional Court. Constitutionality and legality. A constitutional appeal. The Constitution of Serbia of 2006.*

## IMPLEMENTACIJA PRAVNIH STANDARDA EVROPSKE UNIJE U PRAVNI SISTEM SRBIJE U OBLASTI NUKLEARNE SIGURNOSTI

### Apstrakt

Osnovni cilj formulisanja i primene mera nuklearne sigurnosti i bezbednosti jeste zaštita ljudi i životne sredine od štetnog dejstva jonizujućeg zračenja. Da bi se obezbedili uslovi za kvalitetno i efikasno sprovođenje mera nuklearne sigurnosti, neophodno je uspostaviti sistem ekoloških dozvola. U radu se ukazuje na sistem izdavanja ekoloških dozvola u Srbiji, uz uporedni prikaz rešenja u zakonodavstvu Francuske i Nemačke. Na važnost pravilno uređene i ekološki zdrave upotrebe nuklearne energije ukazano je u IAEA Konvenciji o nuklearnoj sigurnosti. U radu se ukazuje na mogućnost implementacije Konvencije o nuklearnoj sigurnosti u pravni sistem Srbije, naročito sa aspekta novina koje sadrži Predlog zakona o izmenama zakona o zaštiti od jonizujućih zračenja i o nuklearnoj sigurnosti.

Ključne reči: *Ekološke dozvole. Pravo upotrebe nuklearne energije. Konvencija IAEA o nuklearnoj sigurnosti. Agencija za zaštitu od jonizujućih zračenja i nuklearnu sigurnost.*

### 1. Uvod

Na začetke razvoja prava upotrebe nuklearne energije nailazimo pedesetih godina XX veka. Reč je o grani prava koja se razvijala uporedo sa pronalazanjem različitih oblika primene nuklearne energije i jonizujućih zračenja.<sup>1</sup> U početku se smatralo da je pravo upotrebe nuklearne energije posebna grana prava. Međutim, razvojem grana prava koje uređuju različite aspekte industrijske aktivnosti, pravo upotrebe nuklearne energije je počelo da se smatra pravom koje ima naglašene veze sa ekološkim pravom, pravom zaštite na radu i pravnom zaštite javnog zdravlja.<sup>2</sup> Osnovu prava upotrebe nuklearne energije čine pravna pravila kojima se uređuje upotreba nuklearne energije

---

\* Dr Mirjana Drenovak Ivanović, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije* (179059), koji podržava Ministarstvo nauke Republike Srbije.

1 R. Lyster, A. Brandbrook, *Energy Law and the Environment*, Cambridge University Press, 2006, str. 34–36.

2 F. Nocera, *The Legal Regime of Nuclear Energy: A Comprehensive Guide to International and European Union Law*, Intersentia, 2005, str. 1.

je u industriji, istraživanju, medicini, pravna pravila kojima se omogućava primena nuklearne energije u mirnodopske svrhe i pravna pravila kojima se uređuje način odlaganja i transporta nuklearnog otpada.<sup>3</sup> Na međunarodnom nivou Međunarodna agencija za atomsku energiju (*International Atomic Energy Agency – IAEA*) sa sedištem u Beču, Agencija za nuklearnu energiju (*Nuclear Energy Agency – NEA*) sa sedištem u Parizu i Evropska zajednica za atomsku energiju (*European Atomic Energy Community – EAEC, Euroatom*) sa sedištem u Briselu, imaju značajnu ulogu u formiranju pravnog okvira zaštite od jonizujućeg zračenja i postizanja nuklearne sigurnosti.<sup>4</sup> Pod okriljem IAEA, 1994. godine, doneta je Konvencija o nuklearnoj bezbednosti kao prvi akt u kome su stipulasane osnovne obaveze ugovornih strana i ciljevi koje treba postići u oblasti nuklearne sigurnosti. Rezultat zajedničkog rada IAEA i NEA je veliki broj preporuka čiji je cilj uspostavljanje osnovnih standarda zaštite od jonizujućih zračenja i sigurno upravljanje nuklearnim objektima.

Osnovni cilj formulisanja i primene mera nuklearne sigurnosti i bezbednosti jeste zaštita ljudi i životne sredine od štetnog dejstva jonizujućeg zračenja. Prvi korak u ostvarenju ovog cilja jeste određenje pojma nuklearne bezbednosti i nuklearne sigurnosti i uspostavljanje konzistentnog pravnog okvira koji je usklađen sa preuzetim međunarodnim obavezama i principima međunarodnih organizacija. Analizom postojećeg pravnog okvira kojim je kod nas uređena oblast nuklearne sigurnosti i bezbednosti možemo da zaključimo da je donošenjem Zakona o zaštiti od jonizujućih zračenja i o nuklearnoj sigurnosti<sup>5</sup> učinjen značajan korak ka usklađivanju našeg zakonodavstva sa pravnim tekovinama Evropske unije. Na osnovu zakona formirana nadležnost obezbeđivanja uslova za kvalitetno i efikasno sprovođenje mera za zaštitu od jonizujućih zračenja i mera nuklearne sigurnosti povereno je samostalnoj regulatornoj organizaciji. Reč je o Agenciji za zaštitu od jonizujućih zračenja i nuklearnu sigurnost Srbije. Jedno od posebnih ovlašćenja Agencije odnosi se i na izdavanje, produžavanje i oduzimanje licence za obavljanje nuklearne delatnosti, kao i izdavanje i oduzimanje dozvole za promet radioaktivnih i nuklearnih materijala. U radu se ukazuje na sistem izdavanja ekoloških dozvola u Srbiji, uz uporedni prikaz rešenja u zakonodavstvu Francuske i Nemačke.

Na važnost ekološki prihvatljive upotrebe nuklearne energije i međunarodne saradnje sa ciljem sigurnijeg zbrinjavanja radioaktivnog otpada ukazano je u Konvenciji IAEA o nuklearnoj sigurnosti. Naša zemlja nije ratifikovala ovu konvencije. U radu se ukazuje na mogućnost implementacije Konvencije o nuklearnoj sigurnosti u pravni sistem Srbije, naročito sa aspekta novina koje sadrži Predlog zakona o izmenama zakona o zaštiti od jonizujućih zračenja i o nuklearnoj sigurnosti.

3 *Ibid.*

4 S. Ferrey, *Environmental Law: Examples and Explanations*, Wolters Kluwer, 2010, str. 637–638.

5 Zakon o zaštiti od jonizujućih zračenja i o nuklearnoj sigurnosti, „Službeni glasnik RS”, br. 36/09.

## 2. Izdavanje licence za obavljanje nuklearne delatnosti

Radi obezbeđivanja uslova za kvalitetno i efikasno sprovođenje mera nuklearne sigurnosti neophodno je uspostaviti sistem ekoloških dozvola. U uporednom pravu nailazimo na različite oblike ekoloških dozvola i različite postupke za njihovo izdavanje. Specifičnosti aktivnosti za koje se izdaju ekološke dozvole imaju uticaj i na obaveze organa uprave, mogućnost javnosti da učestvuje u njihovom donošenju i pravo na pravnu zaštitu. Imajući u vidu vrstu ekološke dozvole koja se donosi u konkretnom slučaju, pravo Nemačke poznaje tri postupka za njihovo donošenje: skraćeni postupak donošenja ekološke dozvole bez učešća javnosti, postupak donošenja ekološke dozvole sa učešćem javnosti i postupak donošenja ekološke dozvole koji zahteva sprovođenje procene uticaja na životnu sredinu.<sup>6</sup> U pravu Francuske zaštita osnovnih ekoloških vrednosti postiže se aktivnošću organa uprave u postupku notifikacije i postupku izdavanja dozvola.<sup>7</sup> Priroda aktivnosti i potencijalni uticaj na životnu sredinu imaju ključnu ulogu u donošenju odluke o tome koji postupak u konkretnom slučaju treba pokrenuti. Konvencijom o nuklearnoj sigurnosti utvrđeni su osnovni standardi za izdavanje licence za obavljanje nuklearne aktivnosti i za obavljanje inspeksijskog nadzora. U redovima koji slede, biće analiziran sistem izdavanja ekoloških dozvola u Srbiji, a zatim će biti ukazano na njegovu usklađenost sa opštim standardima Konvencije o nuklearnoj sigurnosti.

### 2.1. Izdavanje ekoloških dozvola i nuklearna sigurnost u Srbiji

U daljoj analizi, treba ukazati na razliku između pojmova nuklearna sigurnost i nuklearna bezbednost. Nuklearna sigurnost se odnosi na uspostavljanje i održavanje nuklearnog objekta kako bi se sprečili eventualni nuklearni akcidenti, odnosno ublažile posledice takvog akcidenta. Taj pojam obuhvata skup mera kojima se obezbeđuju uslovi za rad nuklearnog objekta i mere kojima se postiže održavanje radijacionog rizika u propisanim granicama.<sup>8</sup> Pojam nuklearna bezbednost označava mere i postupke kojima se postiže zaštita od neovlašćenog pristupa nuklearnim objektima i sadržaju koji se u njima nalazi. Neovlašćena upotreba nuklearnog materijala u nezakonite svrhe i potencijalna opasnost od bioterorizma zahtevaju složen mehanizam mera kojima se postiže otkrivanje krađe, sabotaze, neovlašćenog pristupa ili nelegalnog transfera ovih materija.<sup>9</sup> Kako je predmet ovog rada sistem ekoloških dozvola i rad organa uprave u uspostavljanju i održavanju nuklearnih objekata, dalje će biti reči samo o nuklearnoj sigurnosti.

6 H. Schlemminger, C. Martens, *German Environmental Law for Practitioners*, Kluwer Law International, 2005, str. 40–43.

7 J. Auby, *Public Environmental Law in France*, R. Seerden *et al.* (eds.), „Public Environmental Law in the European Union and the United States”, Kluwer Law International, 2002, str. 188–189.

8 International Atomic Energy Agency, *Nuclear law*, Vienna 2003, str. 6.

9 Vid. David P. Filder, „Public Health and National Security in the Global Age: Infectious Disasses, Bioterrorism and Realpolitik”, *Geo. Wash. Int. L. Rev.*, 2003, str. 787.

U pravu Srbije identifikujemo dve osnovne dozvole koje se odnose na aktivnosti u vezi sa nuklearnim objektima. Prvo, reč je o dozvolama koje obuhvataju lociranje i izgradnju nuklearnog objekta. Drugo, reč je o dozvolama koje se odnose na obavljanje nuklearne aktivnosti. Postupak u kome će biti doneta dozvola zavisi od toga da li je reč o lociranju, projektovanju, izgradnji, probnom radu, puštanju u rad, korišćenju, trajnom prestanku rada, obavljanju određene nuklearne aktivnosti ili njenoj izmeni ili modifikaciji.

Izdavanje dozvole za lociranje i izgradnju nuklearnog objekta obuhvata nekoliko postupaka. Obavljanje nuklearne aktivnosti mora biti usklađeno sa državnim politikom radijacione i nuklearne sigurnosti. Sa tim ciljem, Agencija za zaštitu od jonizujućih zračenja i nuklearnu sigurnost predlaže Vladi Program radijacione sigurnosti i bezbednosti, Program nuklearne sigurnosti i bezbednosti i Program upravljanja radioaktivnim otpadom.<sup>10</sup> Ti programi se donose u procesu strateške procene uticaja na životnu sredinu. Vlada može doneti odluku o Programu nuklearne sigurnosti i bezbednosti samo nakon sprovođenja strateške procene uticaja na životnu sredinu. Nakon toga, Narodna skupština je ovlašćena da, na predlog Vlade, razmotri opravdanost izgradnje nuklearnog objekta. Kada Narodna skupština obavesti Vladu o pozitivnom stavu, može se preći u sledeću fazu postupka koja se odnosi na odabir lokacije za izgradnju nuklearnog objekta. Nadležni organ uprave može da donese rešenje o izgradnji nuklearnog objekta samo na onoj lokaciji koja je predviđena u prostornom i urbanističkom planu. To znači da se ova odluka može doneti tek nakon sprovođenja postupka procene uticaja na životnu sredinu.

Dalje se otvara pitanje u kom trenutku nosilac nuklearne aktivnosti treba da pribavi licencu za obavljanje nuklearne aktivnosti. U Zakonu o zaštiti od jonizujućih zračenja i o nuklearnoj sigurnosti normirano je da se nuklearni objekat može locirati, projektovati, izgraditi, pustiti u probni rad, pustiti u rad, koristiti i trajno prestati sa radom samo uz prethodno pribavljenu licencu za obavljanje nuklearne aktivnosti koju izdaje Agencija.<sup>11</sup> Agencija za zaštitu od jonizujućih zračenja i nuklearnu sigurnost jeste regulatorno telo koje treba da: a) uspostavi sistem izdavanja dozvola u vezi sa nuklearnim objektima koji će onemogućiti obavljanje nuklearne delatnosti bez dozvole; b) uspostavi sistem inspekcije i procene sigurnosti nuklearnih objekata; c) obezbedi primenu regulative koja se odnosi na sprovođenje nuklearne aktivnosti i uslove za izdavanje, modifikaciju i oduzimanje dozvola.<sup>12</sup> Podnosilac zahteva za dobijanje licence za obavljanje nuklearne aktivnosti ima obavezu da uz zahtev priloži i mišljenje organa nadležnog za zaštitu životne sredine o analizi uticaja nuklearnog objekta na životnu sredinu. Ako se ima u vidu da nadležni organ uprave može doneti rešenje o izgradnji nuklearnog objekta samo na onoj lokaciji koja je predviđena u prostornom i urbanističkom planu, uz prethodno

10 Iako je *Zakon o zaštiti od jonizujućih zračenja i o nuklearnoj sigurnosti*, koji normira obavezu donošenja pomenutih programa, donet 2009. godine, još uvek nije definisan Program nuklearne sigurnosti i bezbednosti.

11 *Zakon o zaštiti od jonizujućih zračenja i o nuklearnoj sigurnosti*, član 49 stav 1.

12 International Atomic Energy Agency, *Nuclear Law*, Vienna 2003, str. 33.

sprovođenje postupka procene uticaja na životnu sredinu, zaključujemo da u ovoj fazi postupka organ koji je nadležan za zaštitu životne sredine formira mišljenje o tome kakav uticaj izgradnja nuklearnog objekta može imati na životnu sredinu. To dalje znači da licencu Agencije treba pribaviti nakon završenog postupka procene uticaja na životnu sredinu, ali pre započinjanja realizacije projekta koji je bio predmet procene uticaja. Međutim, kako je u postupku procene uticaja na životnu sredinu operator u obavezi da dostavi i opis projekta sa predloženom lokacijom<sup>13</sup> zaključujemo da se licenca može pribaviti tek nakon lociranja i projektovanja objekta, a pre započinjanja njegove izgradnje. Agencija može doneti ispravnu odluku o dodeljivanju licence samo ako je upoznata sa ishodom postupka procene uticaja na životnu sredinu, ali i sa svim značajnim faktorima u vezi sa lociranjem koji bi mogli da utiču na sigurnost nuklearnog objekta tokom njegovog radnog veka.

## 2.2. Konvencija IAEA o nuklearnoj sigurnosti (1994)

Međunarodna agencija za atomsku energiju (IAEA) organizovala je, u periodu od 1992. do 1994. godine, više sastanaka u kojima su učestvovali predstavnici Vlada, nacionalnih tela koja se bave nuklearnom sigurnošću i predstavnici agencije. Kao rezultat ovih aktivnosti, u junu 1994. godine doneta je Konvencija o nuklearnoj sigurnosti koja se stupila na snagu u oktobru 1996. godine.<sup>14</sup> Naša zemlja nije ratifikovala Konvenciju. Kako je reč o Konvenciji kojom su definisani osnovni standardi za izdavanje dozvola za rad nuklearnih postojenja i uspostavljanje sistema inspekcije i procene da li stanje nuklearnog objekta odgovara zakonom utvrđenim standardima i uslovima pod kojima je licenca izdata, u redovima koji slede analiziraćemo stepen usaglašenosti našeg Zakona o zaštiti od jonizujućih zračenja i o nuklearnoj sigurnosti sa Konvencijom o nuklearnoj sigurnosti.

Nuklearni objekt se u Konvenciji određuje kao bilo koja nuklearna elektrana na području ugovorne strane, uključujući kapacitete za skladištenje, rukovanje i zbrinjavanje radioaktivnih materijala koji se nalaze na istom zemljištu i koji su povezani sa radom nuklearne elektrane.<sup>15</sup> Takvo određenje poznaje i naš Zakon o zaštiti od jonizujućih zračenja i o nuklearnoj sigurnosti.<sup>16</sup> Međutim, za razliku od našeg Zakona, Konvencija stipuliše i dodatno određenje, prema kojem se navedeni objekti smatraju nuklearnim objektima sve do trajnog uklanjanja svih nuklearnih elemenata iz jezgra reaktora i njihovog sigurnog odlaganja u skladu sa planom koji je odobrio organ nadležan za izdavanje licence za obavljanje nuklearne delatnosti.<sup>17</sup>

13 *Zakon o proceni uticaja na životnu sredinu*, „Službeni glasnik RS”, br. 135/2004 i 36/09, čl. 12. i 17.

14 *Convention on Nuclear Safety*, International Atomic Energy Agency, INFCIRC/449, od 5. jula 1994. godine. Dostupno na: <http://www.iaea.org/Publications/Documents/Infcircs/Others/inf449.shtml>, pristupljeno 12. avgusta 2012. godine.

15 *Convention on Nuclear Safety*, član 2 stav 1.

16 *Zakon o zaštiti od jonizujućih zračenja i o nuklearnoj sigurnosti*, član 3. stav 1. tačka 26.

17 *Convention on Nuclear Safety*, član 2. stav 1.

Naročita pažnja posvećena je pitanju procene i potvrde sigurnosti. Prema Konvenciji, ugovorne strane su obavezne da pre izgradnje i puštanja u rad nuklearnog objekta, kao i tokom njegovog radnog veka, obezbede sveobuhvatne i sistemske sigurnosne procene.<sup>18</sup> Ranije uočenu dilemu o tome u kom trenutku nosilac nuklearne aktivnosti treba da pribavi licencu za obavljanje nuklearne aktivnosti, koja proizilazi iz našeg Zakona, moguće je rešiti analizom Konvencije. Svaka strana Konvencije ima obavezu da normira i primeni postupak za procenu svih značajnih faktora u vezi sa lociranjem koji mogu da utiču na sigurnost rada nuklearnog objekta, kao i obavezu da uspostavi postupak za procenu uticaja koji rad predloženog nuklearnog objekta može da ima na život i zdravlje ljudi i stanje životne sredine.<sup>19</sup> Iako je našim Zakonom normirano da se nuklearni objekat može locirati, projektovati, izgraditi, pustiti u probni rad, pustiti u rad, koristiti i trajno prestati sa radom samo uz prethodno pribavljenu licencu za obavljanje nuklearne aktivnosti,<sup>20</sup> izvedena analiza i pravila Konvencije ukazuju na to da nadležan organ ne može odlučiti o izdavanju licence za obavljanje nuklearne aktivnosti pre lociranja i projektovanja nuklearnog objekta. O važnosti prethodne analize uticaja svih značajnih faktora u vezi sa lociranjem i radom nuklearnog objekta i potrebi postizanja što većeg stepena sigurnosti rada nuklearnog objekta govori i to da je Konvencijom normirana i mogućnost ponavljanja postupaka procene uticaja.<sup>21</sup>

### 3. Pravni standardi Evropske unije u oblasti nuklearne sigurnosti

Osnova regulative EU u oblasti nuklearne sigurnosti jeste Ugovor o osnivanju Evropske zajednice za atomsku energiju iz 1957. godine (Ugovor EURATOM). Ugovorom je stipulisana obaveza uspostavljanja i obezbeđenja jedinstvenih sigurnosnih standarda da bi se obezbedilo redovno snabdevanje rudom, nuklearnim gorivom i nuklearnim materijama koje se koriste samo u svrhu realizacije unapred definisanih ciljeva.<sup>22</sup> Na osnovu Ugovora EURATOM donet je veliki broj uredbi i direktiva kojima se preciziraju odredbe Ugovora. Reč je o: Direktivi o proceni javnih i privatnih projekata na životnu sredinu, uključujući i one koji se bave dugotrajnim skladištenjem radioaktivnog otpada (Direktiva 85/337/EEZ, Direktiva 97/11/EZ); Direktivi o informisanju javnosti o merama zdravstvene zaštite koje treba preduzimati i delovanju u slučaju radiološke opasnosti (Direktiva 89/618/EURATOM); Direktivi o operativnoj zaštiti radnika tokom njihovih aktivnosti u kontrolisanim područjima gde postoji opasnost od jonizujućeg zračenja (Direkti-

18 *Convention on Nuclear Safety*, član 14. stav 1.

19 *Convention on Nuclear Safety*, član 17. stav 1. i stav 2.

20 *Zakon o zaštiti od jonizujućih zračenja i o nuklearnoj sigurnosti*, član 49. stav 1.

21 *Convention on Nuclear Safety*, član 17. stav 3.

22 J. H. Jans, H. B. Vedder, *European Environmental Law after Lisbon*, 4<sup>th</sup> edition, Europa Law Publishing 2012, str. 502–503.

va 90/641/EURATOM); Direktivi o nadzoru i kontroli pošiljaka radioaktivnog otpada i istrošenog goriva (Direktiva 2006/117/EURATOM); Direktivi o osnovnim sigurnosnim standardima za zaštitu radnika i javnosti od opasnosti koje proizilaze iz jonizujućeg zračenja (Direktiva 96/29/EURATOM); Direktivi o zdravstvenoj zaštiti pojedinaca od opasnosti jonizujućeg zračenja zbog medicinskog zračenja kojom je ukinuta Direktiva 84/466/EURATOM (Direktiva 97/43/EURATOM); Direktivi o kontroli visokoaktivnih zatvorenih radioaktivnih izvora i izvora kojima se ne zna poreklo (Direktiva 2003/122/EURATOM); Direktivi o uspostavljanju Zajednice za nuklearnu sigurnost nuklearnih postrojenja (Direktiva 2009/71/EURATOM) i Regulativi Saveta (EURATOM) br. 1493/93 od 8. juna 1993. godine o pošiljkama radioaktivnih susptanci među državama članicama.<sup>23</sup>

U septembru 2011. godine usvojena je nova Direktiva o osnovnim sigurnosnim standardima koja sublimira zahteve uspostavljene ranijim direktivama (96/29/EURATOM, 97/43/EURATOM, 84/466/EURATOM, 89/618/EURATOM, 90/641/EURATOM i 3003/122/EURATOM.<sup>24</sup> Donošenjem te direktive u pravni poredak EU uvedene su najnovije preporuke Međunarodne komisije za zaštitu od radijacije (*International Commission on Radiological Protection*) i uspostavljeni standardi na osnovu aktuelnih naučnih istraživanja.<sup>25</sup>

Nedavno je usvojena i Direktiva o upravljanju radioaktivnim otpadom i istrošenim gorivom kojom su uspostavljeni obavezujući standardi za upravljanje radioaktivnim otpadom, što uključuje i konačna odlagališta nuklearnog otpada.<sup>26</sup> Direktivom je stipulisana obaveza svake države članice da do 2015. godine napiše nacionalni program koji sadrži opis aktivnosti za zbrinjavanje radioaktivnog otpada, troškove i program finansiranja njihovog sprovođenja, kao i raspored izgradnje objekata za odlaganje otpada. Izvoz radioaktivnog otpada u zemlje izvan EU dopušten je pod veoma restriktivnim uslovima. Naime, da bi se radioaktivni otpad izvezao u treće zemlje, neophodno je da one, u trenutku dostavljanja otpada, imaju izgrađeno odlagalište. Imajući u vidu činjenicu da je za izgradnju i razvoj odlagališta visokoradioaktivnog otpada potrebno više decenija, smatramo da je time onemogućen izvoz ovakvog otpada sve dok u trećim zemljama ne postoji želja, strategija i dugoročni plan izgradnje odlagališta.

23 C. Tofan, *International nuclear energy law: basic documents*, International Courts Association, 2009, str. 28 i dalje.

24 *Council Directive laying down basic safety standards for protection against the dangers arising from exposure to ionising radiation*, COM (2011) 593 final, Brisel 29. septembar 2011. Dostupno na: [http://ec.europa.eu/energy/nuclear/radiation\\_protection/doc/com\\_2011\\_0593.pdf](http://ec.europa.eu/energy/nuclear/radiation_protection/doc/com_2011_0593.pdf), pristupljeno 8. avgusta 2012. godine.

25 S. Mundigl, *Revision of the Euratom Basic Safety Standards Directive – current status, Radiation Protection Dosimetry*, br. 1–4, str. 12–16.

26 *Council Directive establishing a Community framework for the responsible and safe management of spent fuel and radioactive waste*, 2011/70/EURATOM od 19. jula 2011. Dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:199:0048:0056:EN:PDF>, pristupljeno 8. avgusta 2012. godine.



#### 4. Novine u Predlogu zakona o izmenama Zakona o zaštiti od jonizujućih zračenja i o nuklearnoj sigurnosti

U septembru 2012. godine, Vlada Republike Srbije donela je Predlog zakona o izmenama Zakona o zaštiti od jonizujućih zračenja i o nuklearnoj sigurnosti. Najznačajnija izmena odnosi se na predlog o stavljanju van snage Odluke o osnivanju Agencije za zaštitu od jonizujućih zračenja i nuklearnu sigurnost.<sup>27</sup> U Predlogu se navodi da bi poslove zaštite od jonizujućih zračenja i nuklearnu sigurnost, umesto te Agencije, trebalo da vrši ministarstvo nadležno za zaštitu od jonizujućih zračenja, a poslove upravljanja nuklearnim objektima Zavod za nuklearnu sigurnost i bezbednost kao posebna organizacija. Tim povodom, u stručnoj javnosti otvoreno je pitanje o usklađenosti predloženih zakonskih rešenja sa standardima Međunarodne agencije za atomsku energiju i standardima utvrđenim pravnim pravilima EU.

##### 4.1. Predlog zakona o izmenama Zakona o zaštiti od jonizujućih zračenja i o nuklearnoj sigurnosti i Konvencija IAEA o nuklearnoj sigurnosti

Konvencija IAEA o nuklearnoj sigurnosti posebnu pažnju posvećuje organizacionom uređenju tela koje je ovlašćeno da izdaje licence za obavljanje nuklearne delatnosti i koje je nadležno za pitanje lociranja, projektovanja, izgradnje, stavljanja u pogon i demontaže nuklearnog objekta.<sup>28</sup> Svaka strana Konvencije ima obavezu da osnuje ili imenuje telo koje će imati odgovarajuća ovlašćenja, nadležnosti, finansijska sredstva i obučene kadrove za utvrđivanje merodavnih nacionalnih sigurnosnih propisa, izdavanje licenci za rad nuklearnih objekata i određivanje uslova za izdavanje licenci, onemogućavanje rada nuklearnih objekata bez licence i sprovođenje inspekcijskog nadzora.<sup>29</sup> Pri tome, treba osigurati funkcionalnu samostalnost tela koje će obavljati te aktivnosti i bilo kog drugog tela ili organizacije koje se bavi razvojem ili upotrebom nuklearne energije.<sup>30</sup> U Hrvatskoj je, tako, Zakonom o radiološkoj i nuklearnoj sigurnosti, osnovan Državni zavod za radiološku i nuklearnu sigurnost koji je, kao „telo državne uprave nadležan za poslove zaštite od jonizujućeg zračenja i nuklearnu sigurnost”.<sup>31</sup> Radi uspostavljanja funkcionalne nezavisnosti Državnog zavoda za radiološku i nuklearnu sigurnost Hrvatske, osnovano je Veće za radiološku i nuklearnu sigurnost, kao savetodavno telo Hrvatskog sabora, koje daje mišljenje na predloge zakona i podzakonskih akata kojima se uređuju radiološka i nuklearna sigurnost, kao i predloge i mi-

27 Odluka o osnivanju Agencije za zaštitu od jonizujućih zračenja i nuklearnu sigurnost, „Službeni glasnik RS”, br. 76/09.

28 L. Kurukulasuruya, N. A. Robinskon, *Training Manual on International Environmental Law*, ENEP/Earthprint, 2006, str. 358.

29 *Convention on Nuclear Safety*, član 8 stav 1.

30 *Convention on Nuclear Safety*, član 8 stav 2.

31 *Zakon o radiološkoj i nuklearnoj sigurnosti*, „Narodne novine”, br. 28/10, član 6. stav 1

šljenja o stanju nuklearne i radiološke sigurnosti i strategiji razvoja nuklearne sigurnosti.<sup>32</sup> Predlog zakona o izmenama Zakona o zaštiti od jonizujućih zračenja i o nuklearnoj sigurnosti sadrži slično rešenje. Prema Predlogu zakona, Zavod za nuklearnu sigurnost i bezbednost će, kao posebna organizacija, biti nadležno za upravljanje nuklearnim objektima, dok će svi ostali poslovi koje je ranije obavljala Agencija za zaštitu od jonizujućih zračenja i nuklearnu sigurnost biti u nadležnosti Ministarstva energetike, razvoja i zaštite životne sredine.<sup>33</sup> Ukoliko u analizu uvedemo i nadležnost ovog Ministarstva, prema Zakonu o ministarstvima,<sup>34</sup> zaključujemo da će Ministarstvo biti nadležno za određivanje uslova za izdavanje licenci i odlučivanje o izdavanju licenci za obavljanje nuklearnih aktivnosti, ali i za strategiju i politiku energetske bezbednosti i nuklearna energetska postrojenja čija je namena proizvodnja električne i toplotne energije, što je pitanje razvoja i upotrebe nuklearne energije. U tom smislu, Predlog zakona nije usklađen sa Konvencijom IAEA o nuklearnoj sigurnosti (član 8. stav 2).

#### 4.2. Predlog zakona o izmenama Zakona o zaštiti od jonizujućih zračenja i o nuklearnoj sigurnosti i inspeksijski nadzor

Dalje se otvara pitanje da li predložena rešenja vode ka uspostavljanju efikasnog sistema inspeksijskog nadzora. Zakonom o zaštiti od jonizujućih zračenja i o nuklearnoj sigurnosti stipulisano je da inspeksijski nadzor nad sprovođenjem mera nuklearne sigurnosti vrši ministarstvo nadležno za poslove nuklearne sigurnosti i upravljanje radioaktivnim otpadom posredstvom inspektora za nuklearnu sigurnost i upravljanje radioaktivnim otpadom. U Mišljenju Komisije o zahtevu Srbije za članstvo u Evropskoj uniji, između ostalog, se navodi: „Agencija za zaštitu od jonizirajućih zračenja i nuklearnu sigurnost Srbije osnovana je kao posebno telo 2009. godine, a počela je da funkcioniše sredinom 2010. godine. (...) Prenos funkcija inspekcije sa raznih ministarstava na Agenciju još nije ostvaren u skladu sa najboljim regulativnim praksama. Efikasna nezavisnost i zadovoljavajući nivoi osoblja i finansija biće od suštinskog značaja za obezbeđenje propisnog funkcionisanja Agencije, posebno za dozvole za nuklearna postrojenja.”<sup>35</sup> U Predlogu zakona o izmenama Zakona o zaštiti od jonizujućih zračenja i o nuklearnoj sigurnosti stipulisano je da Agencija za zaštitu od jonizujućih zračenja i nuklearnu sigurnost prestaje sa radom, pri čemu Ministarstvo energetike, razvoja i zaštite životne sredine preuzima prava, obaveze, zaposlene, predmete i opremu Agencije.<sup>36</sup>

32 *Zakon o radiološkoj i nuklearnoj sigurnosti*, „Narodne novine”, br. 28/10, član 4.

33 *Predlog zakona o izmenama zakona o zaštiti od jonizujućih zračenja i nuklearnoj sigurnosti*, član 9. Predlog zakona je dostupan na: <http://www.parlament.gov.rs/акти/закони-у-процедури/закони-у-процедури.46.html>, pristupljeno 18. septembra 2012. godine.

34 *Zakon o ministarstvima*, „Službeni glasnik RS”, br. 72/12, član 14. stav 1.

35 *Saopštenje Komisije upućeno Evropskom parlamentu i Savetu, Mišljenje Komisije o zahtevu Srbije za članstvo u Evropskoj uniji*, COM(2011) 668, str. 107.

36 *Predlog zakona o izmenama zakona o zaštiti od jonizujućih zračenja i o nuklearnoj sigurnosti*, čl. 15. i 17.

Na osnovu toga zaključujemo da Ministarstvo nastavlja da obavlja poslove koje je ranije obavljala Agencija sa istim nadležnostima i službenicima, te da će efikasnost sistema inspeksijskog nadzora zavisiti od toga u kojoj meri će biti izvršeni prenos i usklađenost funkcija inspekcije između ministarstava.

#### 4.3. Predlog zakona o izmenama Zakona o zaštiti od jonizujućih zračenja i o nuklearnoj sigurnosti i učešće javnosti

Uočljiv nedostatak Predloga zakona o izmenama Zakona o zaštiti od jonizujućih zračenja i o nuklearnoj sigurnosti jeste odsustvo učešća zainteresovanih strana i javnosti tokom njegove pripreme. Osnov ideje o učešću javnosti tokom pripreme izvršnih propisa i drugih opšteprimjenjivih pravno-obavezujućih pravila koja bi mogla da imaju značajan uticaj na životnu sredinu nalazimo u Zakonu o državnoj upravi.<sup>37</sup> Poslovnik Vlade stipuliše obavezu predlagača da u pripremi zakona kojim se bitno menja uređenje nekog pitanja, uređuje pitanje od posebnog interesa za javnost ili utvrđuje strategija razvoja sprovede javnu raspravu.<sup>38</sup> Poslovníkom Vlade nisu utvrđeni bliži kriterijumi na osnovu kojih se može utvrditi kada se nekim zakonom „bitno menja” uređenje nekog pitanja ili koja pitanja „posebno zanimaju javnost”. Imajući u vidu uočenu nedorečenost, mogućnost učešća javnosti u pripremi propisa eksplicite je navedena u pojedinim propisima o zaštiti životne sredine. Tako, Zakon o bezbednosti hrane utvrđuje obavezu obavljanja javne rasprave prilikom pripreme, ocene i izmene propisa o hrani, pri čemu je neophodno omogućiti neposredno ili posredno učešće svih zainteresovanih strana. Učešće javnosti može izostati samo u hitnim slučajevima, i to samo onda kada nije moguće obezbediti neposredno ili posredno učešće javnosti u pripremi, oceni i izmeni propisa o hrani.<sup>39</sup>

U *Zelenoj knjizi o evropskoj strategiji za energetska sigurnost* posebna pažnja je posvećena pitanju uključivanja javnosti u postupak donošenja odluka i pitanju transparentnog donošenja propisa uz obavezno sprovođenje javne rasprave u oblasti nuklearne sigurnosti.<sup>40</sup> U uporednoj literaturi nailazimo na mišljenje da osetljivost razvoja i upotrebe nuklearne energije čini učešće javnosti u donošenju propisa o bilo kom pitanju u vezi sa nuklearnom tehnologijom neizostavnim elementom.<sup>41</sup> Smatramo da Zakon o zaštiti od jonizujućih zračenja i o nuklearnoj sigurnosti jeste zakon od posebnog interesa za javnost, te da zainteresovane strane moraju imati priliku da o njemu iznesu svoje stavove. Zakon kojim se uređuje pitanje zaštite životne sredine, zašti-

37 Zakon o državnoj upravi, „Službeni glasnik RS”, br. 79/05, član 77.

38 Poslovník Vlade, „Službeni glasnik RS”, br. 88/09, 33/10, 69/10, 20/11 i 37/11, član 41. stav 1.

39 Zakon o bezbednosti hrane, „Službeni glasnik RS”, br. 41/09, član 10.

40 European Commission, *Green Paper Towards a European strategy for the security of energy supply*, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2001, str. 32–33. Dostupno na: [http://ec.europa.eu/energy/green-paper-energy-supply/doc/green\\_paper\\_energy\\_supply\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/energy/green-paper-energy-supply/doc/green_paper_energy_supply_en.pdf)

41 N, Negm, *Transfer of Nuclear Technology Under International Law: Case Study of Iraq, Iran and Israel*, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, str. 38–39.

te od jonizujućih zračenja i na drugačiji način uređuje institucionalni okvir nuklearne sigurnosti ne bi trebalo da bude usvojen po hitnom postupku, bez posebnog programa javne rasprave.

## 5. Zaključak

Osnovni cilj formulisanja i primene mera nuklearne sigurnosti i bezbednosti jeste zaštita ljudi i životne sredine od štetnog dejstva jonizujućih zračenja. Izdavanjem ekoloških dozvola za izgradnju nuklearnih objekata i vršenje nuklearne aktivnosti uvodi se sistem kontrole faktora koji utiču ili mogu biti od uticaja na sigurnu upotrebu nuklearne energije. U uporednom pravu nailazimo na različite vrste ekoloških dozvola. Pravo Nemačke poznaje a) skraćeni postupak donošenja ekoloških dozvola bez učešća javnosti, b) postupak donošenja ekoloških dozvola sa učešćem javnosti i c) postupak donošenja ekoloških dozvola koji zahteva sprovođenje procene uticaja na životnu sredinu. Kada se izdaje dozvola za izgradnju nuklearnih objekata ili obavljanje nuklearne aktivnosti, uvek se sprovodi postupak procene uticaja na životnu sredinu, čiji je sastavni deo učešće javnosti. U pravu Francuske zaštita osnovnih ekoloških vrednosti postiže se a) aktivnošću organa uprave u postupku notifikacije i b) u postupku izdavanja dozvola. Kada je reč o izgradnji nuklearnih objekata ili obavljanju nuklearne aktivnosti, organ uprave ne može da postupa kao kod notifikacije, već ima obavezu da sprovede postupak procene uticaja na životnu sredinu, sa učešćem javnosti, nakon čega donosi odluku o tome da li će dozvoliti obavljanje predviđene aktivnosti. U pravu Srbije identifikujemo dve osnovne dozvole koje se odnose na aktivnosti u vezi sa nuklearnim objektima: prvo, dozvole koje obuhvataju lociranje i izgradnju nuklearnog objekta, drugo, dozvole koje se odnose na obavljanje nuklearne aktivnosti.

Imajući u vidu da nadležni organ uprave može da donese rešenje o izgradnji nuklearnog objekta nakon sprovođenja postupka procene uticaja na životnu sredinu, kao i to da Zakon o zaštiti od jonizujućih zračenja i o nuklearnoj sigurnosti normira da se nuklearni objekat može locirati, projektovati, izgraditi, pustiti u probni rad, pustiti u rad, koristiti i trajno prestati sa radom samo uz prethodno pribavljenu licencu za obavljanje nuklearne aktivnosti, otvara se pitanje u kom trenutku nosilac nuklearne aktivnosti treba da pribavi licencu za obavljanje nuklearne aktivnosti. Nadležni organ uprave može doneti rešenje o izgradnji nuklearnog objekta samo na onoj lokaciji koja je predviđena u prostornom i urbanističkom planu, uz prethodno sprovođenje postupka procene uticaja na životnu sredinu. Reč je o fazi postupka u kojoj organ uprave formira mišljenje o uticaju nuklearnog objekta na životnu sredinu. To bi značilo da licencu treba pribaviti nakon završenog postupka procene uticaja na životnu sredinu, ali pre započinjanja realizacije projekta koji je bio predmet procene uticaja. Međutim, kako u postupku procene uticaja na životnu sredinu operator ima obavezu da dostavi i opis projekta sa predloženom lokacijom, zaključujemo da se licenca može pribaviti tek nakon lociranja i projektovanja objekta, a pre započinjanja njegove izgradnje.

U septembru 2012. godine, Vlada Republike Srbije donela je Predlog zakona o izmenama zakona o zaštiti od jonizujućih zračenja i o nuklearnoj sigurnosti. Ranija analiza pokazuje da rešenja izneta u Predlogu zakona nisu u skladu sa osnovnim standardima Konvencije IAEA o nuklearnoj sigurnosti i da predložene izmene nužno ne vode uspostavljanju efikasnog sistema inspekcijskog nadzora. Zainteresovane strane nisu imale priliku da iznesu stavove o Nacrtu zakona. Kako je reč o zakonu kojim se bitno menja institucionalni okvir sprovođenja mera nuklearne sigurnosti i uređuje pitanje od posebnog interesa za javnost, smatramo da zainteresovane strane moraju imati priliku da o njemu iznesu svoje stavove.

*Doc. dr. Mirjana Drenovak Ivanović\**

## IMPLEMENTATION OF EU NUCLEAR SAFETY STANDARDS IN SERBIAN LEGAL SYSTEM

### SUMMARY

*The main objective of nuclear safety and security law formulation and implementation is the protection of people and environment from harmful effects of ionizing radiation. A system of environmental permits should be established to provide conditions for efficient and effective implementation of nuclear safety law. The paper points out the environmental permitting system in Serbia and a comparative review of the solutions in French and German Environmental law. The IAEA Convention on Nuclear Safety contains the world's first binding international standards on the siting, design, construction and operation of land-based nuclear power plants. The Convention also includes an international review system to supervise the implementation of these provision. The paper analyze the possibility of its implementation in the Serbian legal system, particularly from the point of the Draft Law on Ionizing Radiation Protection and Nuclear Safety.*

Key words: Environmental Permits System. Nuclear Safety Law. The IAEA Convention on Nuclear Safety. Agency of Ionizing Radiation Protection and Nuclear Safety.

---

\* Mirjana Drenovak Ivanović, PhD. Assistant professor Faculty of Law University of Belgrade. This article is the result of research within the project *Perspectives of Implementation of European Standards in the Serbian Legal System* (179059), supported by the Ministry of Science of Serbia.

Асї. др Бојана Чучковић\*

## ПРИНЦИП „ЗАГАЂИВАЧ ПЛАЋА” И ОДГОВОРНОСТ ЗА ЕКОЛОШКУ ШТЕТУ – МЕЂУНАРОДНИ И ЕВРОПСКИ СТАНДАРДИ

### Апстракт

Принцип загађивач плаћа лежи у основи како међународној, тако и права Европске уније. Ипак, његово место, јавна природа, али и значај нису исти. Разлике нарочито долазе до изражаја када се принцип „загађивач плаћа” сагледа у контексту правила о одговорности за еколошку штету. Овај однос аутор анализира на два нивоа. На нивоу општеј међународној права посматра утицај принципа „загађивач плаћа” као саставног дела правила о одговорности за ризик, на правила о одговорности државе за противјавни акт. Утицај се огледа у стварању хибридног режима одговорности државе за еколошку штету који се препознаје чак и у пракси Међународној суду правде. На нивоу права Европске уније, принцип „загађивач плаћа” послужио је као идеја водилца приликом доношења Директиве 2004/35/ЕЗ о одговорности за еколошку штету. Практика Европског суда правде је показала да је реч о принципу са конкретном садржином који је могуће непосредно применити у сврху установљења довољне везе између штете и субјекта који предузима активност за коју постоје индикације да је довела до штетних последица.

Кључне речи: Принцип загађивач плаћа. Еколошка штета. Одговорност државе за противјавни акт. Одговорност за ризик. Директива 2004/35/ЕЗ о одговорности за еколошку штету. Европски суд правде. Међународни суд правде.

Принцип „загађивач плаћа”, уз принцип одрживог развоја, принцип предострожности и принцип заједничке али диференциране одговорности, представља руководни принцип права заштите животне средине, како на међународноправном, тако и на нивоу права Европске уније. Док три наведена принципа указују на специфичности међународног еколошког права у општем контексту, то јест не само у сфери одговорности за учињену штету, принцип загађивач плаћа од значаја је управо

\* Др Бојана Чучковић, асистент Правног факултета Универзитета у Београду. Рад је резултат истраживања у оквиру пројекта *Перспективе имплементације европских стандарда у јавни систем Србије* (179059), који подржава Министарство науке Републике Србије.

када се ради о последицама причињене еколошке штете. Може се схватити и као одговор међународног еколошког права на недостатке општих правила о одговорности државе за противправни акт, то јест начин на који се ригидан механизам установљења међународне одговорности државе као предуслова за надокнаду штете може заобићи стога што се на прво место поставља потреба санирања штетних последица извесног акта по животну средину.

Утицај руководних принципа међународног еколошког права своди се, заправо, на стварање стандарда који се постављају пред државе и у том смислу не могу бити игнорисани када се ради о примени правила о одговорности државе. Међутим, тренутни статус и чињеница да им се оспорава својство правила међународног права, свакако ограничавају не само поље њихове примене, већ и општи значај који им се додељује на актуелном степену развоја еколошког права. Да су то примарне норме међународног права, правила о одговорности државе могла би се применити на њих као на свако друго правило примарног карактера, водећи рачуна о свим околностима конкретног случаја. Међутим, оспоравање њиховог својства правила међународног права довело је до тога да се квалификују као „принципи” или пак „правила у фази настајања”. У том случају се њихов утицај своди на утицај који може имати просечан инструмент „меког” права – у постављању стандарда поступања. Кроз те стандарде ови принципи врше посредан утицај на правила о одговорности државе јер се схватају као опште место, односно одлика готово сваког примарног правила међународног права заштите животне околине.

Управо наведени начин гледања на принципе међународног еколошког права указује на другу страну медаље. Постављени махом као принципи процедуралног карактера, поједини међу њима заправо пружају елегантну замену за стандарде које наводно постављају. То чини оправданим питање да ли принципи својствени међународном еколошком праву оснажују позицију правила о одговорности државе за еколошку штету или пак, сасвим супротно, што би представљало својеврстан апсурд, пружају значајан простор за избегавање њихове примене у специфичним ситуацијама штете причињене животnoj околини. Другим речима, да ли је могуће да је међународно еколошко право изнедрило правила која не одговарају његовом крајњем циљу?

За разлику од принципа одрживог развоја и принципа заједничке али диференциране одговорности, принцип „загађивач плаћа”, уз принцип предострожности, улази у ред оперативних принципа међународног права заштите животне околине. Самим тим, од њега се може очекивати и конкретнији утицај на правила о одговорности државе.

Принцип загађивач плаћа представља рационалнији и у пракси прихватљивији вид принципа заједничке али диференциране одговорности.<sup>1</sup> Констатација се односи на модерну верзију принципа заједнич-

1 Мацуи заступа обрнуто становиште, то јест у принципу заједничке али диференциране одговорности види еманаацију принципа загађивач плаћа. Према његовом

ке али диференциране одговорности у којој елемент поделе на развијене државе и државе у развоју није релевантан већ се наглашава допринос сваке поједине државе загађењу животне околине. Држава дакле сноси одговорност за еколошку штету сразмерно сопственом доприносу за њен настанак.

Принцип број 16 Декларације о животној средини и развоју из Рио де Жанеира (Рио декларација) садржи најпознатије и најчешће коришћено одређење принципа „загађивач плаћа”. Њиме је предвиђено да „национални органи треба да промовишу интернализацију трошкова у вези са заштитом околине и употребу економских инструмената, водећи рачуна о приступу да би загађивач требало, у начелу, да сноси трошкове загађења”.<sup>2</sup>

Изненађује начин на који је принцип формулисан. Иако је то можда најоперативнији међу принципима међународног еколошког права, употреба потенцијала у његовој формулацији чини га, бар на папиру, неодређенијим чак и у односу на поједине суштински апстрактније принципе. Његов смисао није у томе да представља руководни принцип приликом формулисања правила међународног еколошког права нити је његова улога интерпретативна. Он „директно захтева да у сваком случају када се причини штета околини или пак постоји ризик да се она причини, одговорна особа сноси трошкове загађења или мера које су предузете да се загађење спречи”.<sup>3</sup>

Принцип „загађивач плаћа” јединствен је међу принципима међународног права заштите околине по својој непосредној вези са правилима о одговорности. Представља „општи правни принцип у материји одговорности конкретизован на заштиту животне средине”.<sup>4</sup>

Та конкретизација тиче се оријентисаности принципа на трошкове последица загађивања, тачније пружа одговор на питање ко ће сносити, у финансијском смислу, последице загађења. Произлази да принцип „загађивач плаћа” може имати двоструку функцију. С једне стране, он се може поистоветити са принципом накнаде штете као једном од последица установљене одговорности државе за противправни акт. У том случају би принцип загађивач плаћа представљао саставни део правила о одговорности а његов значај би се огледао у указивању на специфичности које прате накнаду штете по животну околину. С друге стране, принцип загађивач плаћа може се посматрати и потпуно независно од

---

схватању, „одговорност развијених држава се може окарактерисати као вид примене принципа загађивач плаћа”. Matsui, Y., „The Principle of Common but Differentiated Responsibilities”, in Schrijver, N., Weiss, F., (eds), *International Law and Sustainable Development: Principles and Practice*, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, стр. 79.

2 Принцип број 16 Декларације о животној средини и развоју из Рио де Жанеира.

3 Beyerlin, U., „Different Types of Norms in International Environmental Law: Policies, Principles and Rules”, in Bodansky, D., Brunnée, J., Hey, E. (eds), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford University Press, 2007, стр. 441.

4 Крећа, М., *Међународно јавно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2010, стр. 644.



правила међународног права о одговорности државе за противправни акт. Он би у том контексту заправо представљао алтернативу за правила о одговорности у ситуацијама у којима нема противправног акта или га није могуће установити. Принцип „загађивач плаћа” тако постаје идеја водиља код правила о одговорности за акте који су у складу са међународним правом.<sup>5</sup> На њему почивају сви уговорни режими који регулишу питање одговорности *sine delicto*, то јест режими који успостављају механизме за накнаду штете која настаје услед извесних дозвољених али високоризичних активности.<sup>6</sup>

Када се принцип загађивач плаћа посматра у контексту правила о одговорности за противправни акт, он се практично своди на принцип накнаде штете као једну од последица установљења одговорности државе. Логика је иста. Држава којој се може приписати акт којим је прекршена одређена међународна обавеза, а услед чега је причињена штета другој држави, имаће обавезу да ту штету надокнади. Ово правило је дубоко укорењено у опште међународно право. Његову потврду представља став још Сталног суда међународне правде заузет у пресуди *Chorzow Factory*. Суд је истакао да „суштински принцип садржан у самом појму противправног акта – принцип који је успостављен у међународној пракси и нарочито пресудама арбитражних трибунала – тиче се репарације која мора, што је више могуће, избрисати све последице противправног акта и поново успоставити ситуацију која би, највероватније, постојала да акт није извршен”.<sup>7</sup> Накнада штете не представља једину последицу установљене одговорности државе. Остале последице јесу повраћај у пређашње стање, престанак вршења противправног акта и забрана његовог понављања. Када се оне ставе у контекст заштите животне околине, постаје очигледно да је за ту, по много чему специфичну област, међу потенцијалним последицама установљења одговорности државе изабрана последица која најмање одговара њеним потребама. Наиме, свака од преостале три последице установљене одговорности подобнија је за постизање крајњег циља сваке преузете обавезе у овој сфери – заштиту животне околине. Повраћај у пређашње стање подразумева брисање свих штетних последица. Престанак вршења активности која је изазвала настанак штете практично значи отклањање сваке могућности да се иста ситуација понови у будућности. Исто важи и за забрану понављања противправног акта. Парадоксално је да опште

5 Boyle, A., Harrison, J., „Environmental Accidents”, in R. Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, online edition, [www.mpepil.com], сајт посећен 17. октобра 2009. године, стр. 4.

6 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. 145–147.

7 Пресуда у случају фабрике Хорзов од 13. септембра 1928. године. *Factory of Chorzów Case*, *PCIJ*, Series A, No. 17, стр. 47.

међународно право поседује већ готова правила која су са аспекта заштите околине подобнија од принципа загађивач плаћа које је пак изнедрило само међународно еколошко право.<sup>8</sup>

Доминација принципа накнаде штете у случајевима када се штета састоји у загађењу околине оправдава се разлозима практичне природе, на првом месту специфичностима еколошке штете. Повраћај у пређашње стање често није реална последица чак и уколико се превазиђу остале препреке у вези са установљењем одговорности државе за штету изазвану противправним актом. Ово не само из разлога што је често немогуће сагледати све ефекте акта штетног по животну околину већ и због тога што је еколошка штета често ненадокнадива.<sup>9</sup> Престанак вршења штетног акта и забрана његовог понављања имају ограничену примену и долазе у обзир само ако је штетни акт истовремено и противправни. Ако је, међутим, реч о активности која је дозвољена међународним правом, примена поменутих последица била би могућа само у варијанти да су актом прекорачени извесни међународни стандарди који важе у датој области, иако је сама активност са становишта међународног права дозвољена.

Што се тиче одговорности *sine delicto*, у стручној литератури су изражена мишљења да је принцип „загађивач плаћа” у ову област увела арбитражна пресуда у случају *Trail Smelter*.<sup>10</sup> Став се образлаже чињеницом да је Трибунал одредио износ накнаде коју је Канада требало да исплати Сједињеним Америчким Државама, а да притом претходно није утврдио да ли би се рад топионице могао сматрати међународним противправним актом приписивим Канади. Ипак, закључак је потпуно погрешан као и објашњење на коме почива. Наиме, случај *Trail Smelter* представља редак пример у међународној пракси да се судски орган експлицитно изјаснио о одговорности државе за загађење. Трибунал је истакао да је „Канада одговорна по међународном праву за поступање топионице *Trail*”.<sup>11</sup> Противправност је нађена у кршењу обавезе државе да се стара да активностима које се предузимају на њеној територији не буде причињена штета територијама других држава. Као доказ да се Трибунал кретао у координатама правила о одговорности државе за противправни акт може да послужи и чињеница да се међу последицама установљене одговорности нашла и обавеза која је наметнута топионици да се уздржи од узроковања будуће штете на територији државе Вашингтон.<sup>12</sup>

8 Brunnée, J., „The Responsibility of State for Environmental Harm in Multinational Context – Problems and Trends”, *Les Cahiers de Droit*, брјој 34, 1993, стр. 842.

9 Hanqin, X., *Transboundary Damage in International Law*, Cambridge University Press, 2009, стр. 182–184; Birnie, P.W., Boyle, A., *International Law and the Environment*, Oxford University Press, 2002, стр. 192–193.

10 Miller, R., „Trail Smelter Arbitration”, in R. Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, online edition, [www.mpepil.com], сајт посећен 17. октобра 2009. године, стр. 2.

11 Арбитражна пресуда у случају топионице у месту Трејл од 11. марта 1941. године, *Trail Smelter Case*, *IELR*, vol. 1, стр. 310.

12 *Eod. loc.*

Накнада штете у режиму одговорности *sine delicto*, мада почива на истој премиси да штету не треба у потпуности пребацити на оштећеног, не производи исте консеквенце као у режиму одговорности за противправни акт. Обим накнаде штете под овим режимом познаје извесна ограничења, тако да се накнада штете своди на „правичну накнаду” коју захтева потреба да се пронађе баланс између супротстављених интереса држава, а не на „брисање свих последица”,<sup>13</sup> што представља правило у режиму одговорности за противправни акт.<sup>14</sup> На овом месту, међутим, треба скренути пажњу на повратни утицај режима одговорности *sine delicto* који доминира у сфери заштите животне околине у ситуацијама када се на еколошку штету примењују правила о одговорности за противправни акт.<sup>15</sup> Накнада штете представља дакле елемент који повезује два режима одговорности. Скорија пракса Међународног суда правде указује на сједињавање та два режима и стварање мешовитог режима одговорности, нарочито у погледу правила о накнади штете. Међународни суд правде је у случајевима еколошке штете као последице противправног акта примењивао логику одговорности *sine delicto* у материји накнаде штете. Одступање од правила о одговорности за противправни акт види се како у упућивању страна у спору на преговоре ради постизања компромисног решења о износу накнаде, тако и у неспремности Суда да одреди друге последице установљене одговорности, на првом месту престанак вршења противправног акта.

Први пример утицаја одговорности *sine delicto* на правила о одговорности за противправни акт у пракси Међународног суда правде јесте спор у вези са изградњом система брана на Дунаву између Мађарске и Словачке. Мађарска је тврдила да је Словачка одговорна међународном праву према за противправне акте који јој се могу приписати, те да је у обавези да Мађарској надокнади штету насталу стављањем у погон такозване варијанте Ц. Позивала се на повраћај у пређашње стање и захтевала поновно успостављање како заједничке контроле над инсталацијама, тако и нивоа воде који је постојао пре радова. Осим тога, Мађарска је захтевала накнаду штете узроковане биолошкој разноврсности, природној околини и становништву. Коначно, тражила је и престанак противправних аката, као и гаранције да се они више неће поновити. На

13 *Factory of Chorzów Case, PCIJ, Series A, No. 17, стр. 47.*

14 Boyle, A.E., „Globalising Environmental Liability: the Interplay of National and International Law”, *Journal of Environmental Law*, vol 17, No 1, стр. 5.

15 Не слажемо се са Сухариткуловим ставом да се у материји накнаде штете одговорност *ex* и *sine delicto* практично изједначавају. Аутор сматра да „обавеза накнаде штете у одсуству противправног акта није у супротности са правилима о одговорности државе за противправни акт”. Штавише, тврди да непостојање противправности не искључује примену секундарних правила у извесном смислу, која намећу обавезу да се претрпљена штета или губитак надокнади. Sucharitkul, S., „State Responsibility and International Liability Under International Law”, *Loy. L.A. Int'l & Comp. L.J.*, број 18, 1995–1996, стр. 833. Обавеза накнаде штете у режиму одговорности *sine delicto* остаје, међутим, у сфери примарних норми, док је обавеза накнаде штете код одговорности за противправни акт секундарне природе.

другој страни, Словачка се такође позивала на примену правила *restitutio in integrum*, накнаду штете и обезбеђење да се противправни акти које је извршила Мађарска неће поновити у будућности. Међународни суд правде је, одговарајући на постављене захтеве држава у спору, почео цитирањем става свог претходника у вези са накнадом штете.<sup>16</sup> Ипак, резултат примене правила да накнада треба да „избрише све последице” противправног акта неочекивано се састојао у упућивању држава „на сарадњу са циљем употребе заједничке воде Дунава”.<sup>17</sup> Суд је истакао да ће се „последице противправних аката двеју држава избрисати што је више могуће уколико оне поново успоставе сарадњу”.<sup>18</sup> У погледу конкретне штете која је причињена противправним актима, Међународни суд правде је велики значај придао чињеници да су обе државе међусобно, једна другој, проузроковале штету. Имајући то у виду, дошао је до закључка да „би питање накнаде могло бити решено на задовољавајући начин, на основу заједничког споразума, уколико би се свака од држава у спору одрекла свих новчаних захтева и противзахтева или их пак поништила”.<sup>19</sup> Произлази да се Суд определио за решење које је крајње прагматично са аспекта смиривања тензија између две државе, али и решење које на изванредан начин занемарује правила о одговорности државе за противправни акт у делу који се тиче последица установљене одговорности. Врло је реално очекивати да ће се исти тренд наставити и у будућој пракси, из разлога специфичних карактеристика саме еколошке штете, нарочито у погледу њене процене и новчаног изражавања.

Сличан је исход поступка вођеног пред Међународним судом правде у вези са загађењем реке Уругвај. Суд је нашао да „установљење противправног понашања Уругваја у вези са његовим процедуралним обавезама представља *per se* меру задовољења за Аргентину. Како су се повреде процедуралних обавеза Уругваја десиле у прошлости и у међувремену престале, нема разлога да се нареди њихов престанак.”<sup>20</sup> Аргентина је, међутим, тврдила да установљење противправности „не би било довољно као репарација”.<sup>21</sup> Она је захтевала повраћај у пређашње стање позивајући се на члан 35 Правила о одговорности државе за противправни акт и инсистирајући на примату те последице над другим последицама установљене међународне одговорности. Према њеним речима, остале последице попут накнаде штете долазе у обзир само ако је повраћај у пређашње стање у материјалном смислу немогућ или пак постоји очигледна несразмера између терета и користи који се њим постижу. Овога пута, Суд је изговор за непримењивање правила

16 *Case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project*, Hungary v. Slovakia, *ICJ Reports*, 1997, стр. 80, параграф 149.

17 *Ibidem*, стр. 80, параграф 150.

18 *Eod. loc.*

19 *Ibidem*, стр. 81, параграф 153.

20 *Case concerning Pulp Mills on the River Uruguay*, Argentina v. Uruguay, Judgment of April 20 2010, *ICJ Reports* 2010, стр. 76, параграф 269.

21 *Ibidem*, стр. 76, параграф 270.

о повраћају у пређашње стање и правила о накнади штете пронашао у посебном карактеру обавезе чију је повреду установио. Повлачење разлике између материјалних и процедуралних обавеза послужило му је као основ за одговарајуће разлике у погледу последица установљене повреде. Суд је искористио став који је изнео у случају *Avena*, у складу са којим „шта представља репарацију у одговарајућој форми очигледно зависи од конкретних околности сваког случаја и саме природе и обима штете, јер питање треба размотрити са становишта шта представља репарацију у адекватној форми која одговара повреди”.<sup>22</sup>

Потпуно неочекивано се, као крајња последица сједињавања два режима одговорности, јавља заобилажење елемента који представља њихову тачку везивања. Реч је о принципу да субјект који је штету проузроковао треба и да је надокнади. Неважно је притом како ће се принцип назвати – да ли принцип накнаде штете у правилима о одговорности за противправни акт или принцип „загађивач плаћа” код одговорности *sine delicto*. Иако је реч о последици која би требало, због својих карактеристика, да доминира у сфери еколошке штете, пракса наводи на закључак да то ипак није случај. На разлоге указује и Комисија за међународно право у свом коментару уз Нацрт принципа о подели губитака у случају прекограничне штете настале услед опасних активности. Бавећи се правилима о одговорности у случају да је прекогранична штета узрокована дозвољеним активностима, она повлачи паралелу са правилима о одговорности за противправни акт. Између осталих, Комисија наводи да надокнадива може бити само штета коју је могуће новчано изразити, као и да су одлучујуће околности конкретног случаја, нарочито „садржина повређене обавезе, процена разумности мера које су у вези са штетом државе предузеле, и коначно, разлози правичности”.<sup>23</sup> Утицај одговорности *sine delicto* огледа се, стога, у томе што се накнада штете у оба случаја одређује у зависности од низа фактора те не мора представљати еквивалент стварно претрпљеној штети.<sup>24</sup> У том смислу, одступа се од правила о одговорности за противправни акт, где накнада обухвата стварну штету и изгубљену добит и приклања се принципу „загађивач плаћа” који се у међународној пракси не схвата апсолутно већ као принцип за који важе бројна ограничења.<sup>25</sup> Осим

22 *Avena and Other Mexican Nationals, Mexico v. United States of America, Judgment, ICJ Reports 2004*, стр. 59, параграф 119. *Case concerning Pulp Mills on the River Uruguay, Argentina v. Uruguay, Judgment of April 20 2010, ICJ Reports 2010*, стр. 78, параграф 274.

23 *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. 149-150.

24 Barboza, J., „Liability: Can We Put Humpty-Dumpty Together Again?”, *Chinese Journal of International Law*, број 1, 2002, стр. 508.

25 За конкретна ограничења принципа „загађивач плаћа” која су дошла до изражаја у уговорним режимима који установљавају одговорност за штету насталу вршењем опасних активности видети: *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,

тога, одступање се огледа и у самом *ratio*-у примене правила о одговорности. Код одговорности за противправни акт, основни циљ се састоји у установљењу постојања противправног акта и брисању његових последица. У случају одговорности без противправног акта тежи се поновном успостављању равнотеже интереса датих држава која је нарушена узрокованом штетом. Ако је судити по напред изнетој пракси Међународног суда правде у еколошким споровима, брише се разлика у погледу циљева који се желе постићи те примена правила о одговорности за противправни акт у сфери заштите околине више нема за сврху да отклони последице противправног акта већ да пронађе решење које би задовољило обе стране. Произлази да међународно еколошко право сопственим принципом „загађивач плаћа” није успело да ублажи недостатке општих правила о одговорности државе у делу који се тиче накнаде штете. Оно је, напротив, попут осталих принципа међународног еколошког права, само „разводнило” иначе потпуно адекватна правила међународног права о одговорности државе за противправни акт.

Након ових разматрања начелног карактера о месту и утицају који принцип „загађивач плаћа” има на нивоу општег међународног права у контексту одговорности државе, треба указати и на његове далеко конкретније манифестације у виду појединих мултилатералних уговора који регулишу одговорност субјеката приватног права за поједине облике загађења, али и одлучујући утицај који је тај принцип имао приликом усвајања Директиве 2004/35/ЕЗ Европског парламента и Савета од 21. априла 2004. године о одговорности за еколошку штету.<sup>26</sup>

Свесне да ригидан механизам правила међународног права о одговорности за противправни акт често за последицу има да се штета по животну средину оставља без последица на плану права, државе су као алтернативу изградиле правила о одговорности *sine delicto*. Било да су та правила садржана у конкретном уговорном аранжману који се искључиво бави одговорношћу за случај да се причини штета одређеном врстом активности, или се пак ради о мултилатералном уговору који се само једним својим делом дотиче питања одговорности, заједничка карактеристика тих инструмената огледа се у томе што је принцип загађивач плаћа уграђен у саме њихове темеље. Поједини међу њима и изричито помињу принцип „загађивач плаћа”,<sup>27</sup> док је у другима овај принцип оличен у конкретним одредбама. Најчешће је то одредба да се одговорност, а тиме и обавеза накнаде штете, то јест санирања штет-

and submitted to the General Assembly (A/61/10), *Yearbook of the International Law Commission*, 2006, vol. II, Part Two, стр. 145–147.

26 Directive 2004/35/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on environmental liability with regard to the prevention and remedying of environmental damage, *Official Journal of the European Union*, L 143, 30. 04. 2004, стр. 56.

27 Конвенција о прекограничним ефектима индустријских инцидентата усвојена у Хелсинкију 17. марта 1992. године (*Convention on the Transboundary Effects of Industrial Accidents*), *ILM*, vol. 31, стр. 1330; Стокхолмска конвенција о истрајним органским загађивачима усвојена 22. маја 2001. године (*Stockholm Convention on Persistent Organic Pollutants*), *ILM*, vol. 40, стр. 532.

них последица активности у питању, каналише на субјекта који се да- том активношћу бави – на такозваног оператора.<sup>28</sup> Ова, али и читав низ других одредаба представљају опште место у уговорима о одговорности за високоризичне активности, што упућује на закључак да се питање одговорности у међународним уговорима овог типа регулише готово шематски.

На први поглед, принцип „загађивач плаћа” „само указује на очигледно”, односно захтева од „надлежних државних органа на националном нивоу да се старају да, у сваком случају када је дошло или постоји ризик да дође до загађења животне околине, одговорно физичко или правно лице сноси трошкове који произлазе из загађења или мера које су предузете у сврху његовог спречавања”.<sup>29</sup> Бејерлин (*Beyerlin*) и Мар-аун (*Marauhn*) износе став да је значај принципа „загађивач плаћа” ограничен на национални и европски ниво док на нивоу општег међународног права није у стању да руководи уређењем односа од глобалног еколошког значаја.<sup>30</sup> Мишљење је подложно критици. Наиме, могло би се бранити само у контексту одређених изузетно компликованих облика загађења, попут климатских промена или штете нанете озонском омотачу. Разлог лежи у немогућности да се установи веза између конкретне радње и штете. Међутим, наведени примери мултилатералних међународних уговора у еколошкој сфери говоре у прилог тези да је принцип „загађивач плаћа” ипак нашао своје место и на међународном, а не само националном нивоу или нивоу појединих међународних организација као што је Европска унија.

Разлика између међународних и европских стандарда у примени принципа „загађивач плаћа” постоји, али је њена природа другачија и огледа се у конкретизацији овог принципа на европском нивоу, што се може објаснити инхерентним карактеристикама права Европске уније које је по начину на који функционише ближе унутрашњим правним системима него општем међународном праву.

Иако се принцип загађивач плаћа помиње и у ранијим актима Уније,<sup>31</sup> најновији међу њима је и најзначајнији када се ради о вези између овог принципа и одговорности за еколошку штету. Реч је о већ поменутој Директиви 2004/35/ЕЗ Европског парламента и Савета од 21. априла 2004. године о одговорности за еколошку штету. Наиме, у

28 Међународна конвенција о грађанској одговорности за штету насталу загађењем нафтом усвојена у Бриселу 29. новембра 1969. године (*International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage*), *UNTS*, vol. 973, стр. 3; Конвенција о грађанској одговорности за штету насталу загађењем нафтом услед истраживања и искоришћавања минералних богатстава морског дна усвојена у Лондону 1. маја 1977. године (*Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage Resulting from Exploration for and Exploitation of Sea Bed Mineral Resources*), *ILM*, vol. 16, стр. 1450.

29 Beyerlin, U., Marauhn, T., *International Environmental Law*, Hart Publishing, 2011, str. 58.

30 *Eod. loc.*

31 EC Council Recommendation 75/436/EUROATOM, ECSC, EEC OF 3 March 1975 regarding Cost of Allocation and Action by Public Authorities on Environmental Matters.

тзв. *White Paper on Environmental Liability*, који је 9. фебруара 2000. године усвојила Европска комисија, разматрани су различити начини на које би европски режим одговорности за еколошку штету могао да буде изграђен. Трагало се за најефикаснијом применом принципа загађивач плаћа у материји одговорности, а да то истовремено буде у складу са еколошком политиком Европске уније. Међу три предложене опције, изабрана је она која се састојала у усвајању посебне директиве којом би било регулисано питање одговорности за штету причињену животној околини.<sup>32</sup>

Иако је то акт који успоставља оквир за регулисање питања одговорности за еколошку штету, његов значај је вишеструк,<sup>33</sup> између осталог и са становишта примене принципа „загађивач плаћа”. Директива уводи његову непосредну примену, што је омогућило и разјашњење одређених спорних момената у вези са овим принципом у скоријој пракси Европског суда правде.

Суштина принципа „загађивач плаћа” огледа се у томе што субјект који је проузроковао штету има обавезу и да је надокнади, односно да предузме мере како би штетне последице биле саниране. Ипак, и у томе лежи срж проблема, принцип не говори ништа о томе како установити нужну везу између конкретног субјекта и штете, што се постаје још компликованије у ситуацијама у којима постоји низ ланчано повезаних радњи које су могле изазвати штету. Другим речима, да ли ће трошкове отклањања последица које су по животну околину настале загађењем нафтом сносити онај ко управља транспортним средством којим се товар превози или власник терета?

На нивоу позитивног међународног права израженог у уговорним режимима који усвајају одговорност за ризик, решење за овај проблем пронађено је у већ помињаном каналисању одговорности на субјекта за кога се сматра да је у најтешњој вези са штетом. Тиме је принцип „загађивач плаћа” добио своју конкретизацију. Директива 2004/35/ЕЗ о одговорности за еколошку штету се по усвојеном решењу битно не разликује од мултилатералних међународних уговора који успостављају режим одговорности *sine delicto*. Она такође каналише одговорност на такозваног оператора, то јест субјекта који предузима активност у питању. Међутим, Директива је специфична по томе што њен предмет

32 Преостала два решења огледала су се у установљењу режима који би се ограничио само на прекограничну штету, односно приступању Лугано конвенцији о грађанској одговорности за штету насталу активностима које су опасне по животну средину од 1993. године, као већ расположивом решењу, али решењу које није уливало наду да ће икада заживети у пракси

33 Директива садржи дефиницију еколошке штете, повлачи разлику између два режима одговорности зависно од врсте активности која је изазвала штету, као и разлику између ситуација у којима постоји ризик да штета настане од ситуација у којима је штета већ наступила. О томе више: Lee, M., *EU Environmental Law – Challenges, Change and Decision-Making*, Oxford and Portland, Oregon 2005, стр. 206–207; Radojević, D., „Nova Direktiva Evropske unije o odgovornosti u oblasti zaštite životne sredine”, *Međunarodni problemi*, vol. LVII, br. 1–2, str. 177–198.



регулисања није ограничен на одређену високоризичну активност, као што је случај са мултилатералним еколошким споразумима, већ покрива различите врсте активности којима је својствен извештајни степен ризика. Тиме се она заправо приближава решењу усвојеном Лугано конвенцијом о грађанској одговорности за штету насталу активностима које су опасне по животну средину од 1993. године, која је представљала неуспео покушај да такво решење продре на међународни ниво, и доказује да је на нивоу европског права општи режим одговорности за еколошку штету однео превагу над секторским приступом, који подразумева кројење режима одговорности према потребама дате високоризичне активности.<sup>34</sup>

У самој Директиви не разрађује се детаљније даља примена принципа „загађивач плаћа” у смислу да садржи конкретна правила о томе како ће се установити неопходна веза између штете и такозваног оператора, односно субјекта који ју је проузроковао. Захваљујући особинама права Европске уније, решење за овај проблем било је далеко једноставније наћи него што је то случај на нивоу општег међународног права. Тумачење принципа дао је Европски суд правде у првом случају који се пред њим водио у вези са применом Директиве о одговорности за еколошку штету – случају *Raffinerie Mediterranée (ERG) SpA v. Ministero dello Sviluppo economico*.<sup>35</sup>

Случај се тичао дела Сицилије у коме је од шездесетих година прошлог века пословао низ петрохемијских компанија. То је изазвало озбиљно загађење земље, подземних вода и оближњег мора. Надлежни италијански органи су то подручје прогласили „местом од националног интереса за потребе деконтаминације” и покренули су поступке како би навели петрохемијску индустрију да очисти дато подручје од загађења. Наметнуте мере обухватале су и уклањање талоба из залива Аугуста до дубине од два метра. Неке од компанија којима су мере наложене сматрале су, међутим, да не постоји обавеза да наложене мере предузму јер се не може доказати да је њихов рад непосредан узрок загађења.

34 Након готово двадесет година од усвајања ове Конвенције није је ратификовала ниједна држава.

35 Court of Justice of the European Union, Luxembourg, 9 March 2010, Judgments in Case C-378/08 and Joined Cases C-379/08 and C-380/08 *Raffinerie Mediterranée (ERG) SpA, Polimeri Europea SpA and Syndial SpA v Ministero dello Sviluppo economico and Others and ENI SpA v Ministero Ambiente e Tutela del Territorio e del Mare and Others*. Reports of cases 2010 I – 01919. Пракса Европског суда правде која се тичала принципа „загађивач плаћа” до доношења пресуде у поменутих случајевима, сводила се на тумачење појединих аката на основу овог принципа. Примера ради, у случају *Standley*, Суд се показао спремним да законитост одређених мера процењује према принципу „загађивач плаћа”. Тужиоци су у наведеном случају тврдили да је Директива 91/676/ЕЕЗ ништава зато што предвиђа несразмеран обим одговорности за загађење нитратима на фармере тиме што занемарује остале изворе загађења. Case C-293/97, *Standley*, 1999, ECR I-2603, paras. 51-52. В. више: Wennerås, P., *The Enforcement of EC Environmental Law*, Oxford University Press, 2007, стр. 199.

Након више поступака и пресуда које су донели италијански судски органи, Регионални административни трибунал Сицилије (*Tribunale amministrativo regionale della Sicilia*) одлучио је да упути неколико спорних питања Европском суду правде. У својој пресуди, Европски суд правде је закључио да држава чланица може установити обориву претпоставку да постоји узрочна веза између загађења које треба санирати и активности једног или више оператора који се налазе у близини загађеног подручја. Да би надлежни државни органи применили ову претпоставку, они морају да истраже порекло загађења и да имају довољно доказа да узрочна веза постоји. Доказ може обухватати чињеницу да се локација операторовог постројења налази у близини места загађења, као и везу између супстанци које оператор користи и оних које су пронађене у загађеном подручју.<sup>36</sup> Пошто је та претпоставка оборива, оператор може да докаже да његове активности нису узрок загађења. Таквим тумачењем принципа „загађивач плаћа”, Европски суд правде испунио је једно руководно начело еколошког права конкретном садржином и учинио га непосредно примењивим у ситуацијама у којима се установљава одговорност за еколошку штету, то јест обавеза санирања штетних последица по животну околину.

Директива 2004/35/ЕЗ је дала још један значајан допринос самом појму еколошке штете. Поједини аутори чак истичу да је то „оригинално решење”<sup>37</sup> које не постоји у мултилатералним међународним уговорима у сфери заштите животне околине. Директивом је предвиђено да је, у случајевима у којима је санирање штете нанете природној средини немогуће због њене дуготрајне изложености загађењу, оператор у обавези да пружи такозвану *compensatory remediation* која се састоји у додатном унапређењу заштићених природних станишта и врста у другом подручју, то јест подручју које није било погођено загађењем, са циљем да се омогући да оштећени природни ресурси поново остварују своје еколошке функције.<sup>38</sup> Иако има мишљења да би ово еколошки свесно решење могло да постане и стандард у међународном, а не само праву Европске уније,<sup>39</sup> чини се да то ипак није реално очекивати на актуелном нивоу међународног права заштите животне околине. Наиме, као што је већ поменуто, мултилатералне међународне уговоре који регулишу одговорност за еколошку штету одликује готово шематско регулисање одређених питања, међу којима је и оно које се тиче самог

36 Court of Justice of the European Union, Luxembourg, 9 March 2010, Judgment in Case C-378/08, para. 57.

37 Kerbrat, Y., „International Law Facing the Challenge of Compensation for Environmental Damages”, in Kerbrat, Y., Maljean-Dubois, S., *The Transformation of International Environmental Law*, A. Pedone and Hart, 2011, стр. 230.

38 Annex II of Directive 2004/35/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on environmental liability with regard to the prevention and remedying of environmental damage, *Official Journal of the European Union*, L 143, 30. април 2004, стр. 67.

39 Kerbrat, Y., *op. cit.*, стр. 231.

појма еколошке штете, то јест штете која је обухваћена обавезом накнаде. Реч је, у најбољем случају, о износу који представља еквивалент трошковима предузетих мера за успостављање нарушене животне средине (*costs of measures of reinstatement of the environment*). На који начин се ова формулација тумачи у пракси, показује *Claims Manual*, који је издао Међународни фонд за накнаду у случајевима загађења нафтом. У Упутству се наводи да „у светлости чињенице да је практично немогуће оштећено подручје довести у идентично еколошко стање које би постојало да се испуштање нафте није десило, сврха свих разумних мера за успостављање нарушене животне околине требало би да се састоји у поновном успостављању биолошке заједнице у којој су присутни организми својствени тој заједници и у којој они нормално функционишу. Мере које се предузимају на извесној удаљености, али и даље у близини оштећеног подручја, могу бити прихватљиве само уколико се докаже да ће допринети опоравку оштећених елемената животне околине.”<sup>40</sup>

Анализа принципа „загађивач плаћа” указује на извесне закључке. Као прво, далеко је виши степен његове применљивости у праву Европске уније него у међународном праву заштите животне околине. Док се на актуелном нивоу развоја међународног права значење принципа „загађивач плаћа” још увек своди на начело којим се државе руководе приликом вршења њихове нормативне активности у овој сфери, право Европске уније је успело да испуни овај принцип конкретном садржином, довољно да се он подигне на ниво правног правила. Из наведеног произлази и други закључак. Када се принцип „загађивач плаћа” стави у контекст правила о одговорности, постаје јасно да се његов утицај на нивоу општег међународног права значајно разликује у односу на утицај који остварује на нивоу права Европске уније. Принцип „загађивач плаћа”, као принцип својствен правилима о одговорности за штетне последице аката који су дозвољени међународним правом, извршио је повратан утицај на правила о одговорности државе за противправни акт, што је за резултат имало стварање једног хибридног режима одговорности у материји еколошке штете који комбинује елементе одговорности *ex* и *sine delicto*. Уместо да принцип својствен еколошком праву учврсти позицију правила о одговорности у овој сфери, намеће се закључак да је он допринео њиховом „разводњавању”, а тиме и удаљавању од функције која би требало да им буде примарна. За разлику од тога, најпре Директива 2004/35/ЕЗ о одговорности за еколошку штету а затим и пракса Европског суда правде с њом у вези, учинили су да принцип „загађивач плаћа” стекне веома конкретне обресе и чак реши један од најзначајнијих проблема еколошког права – како установити везу између настале штете и субјекта који треба да сноси одговарајуће последице.

40 *Claims Manual*, International Oil Pollution Compensation Fund, 1992, стр. 35, параграф 3.6.4. [http://www.iopcfund.org/npdf/2008%20claims%20manual\\_e.pdf](http://www.iopcfund.org/npdf/2008%20claims%20manual_e.pdf), сајт посећен 5. септембра 2012. године.

Asst. Bojana Čučković\*

## POLLUTER PAYS PRINCIPLE AND ENVIRONMENTAL LIABILITY – INTERNATIONAL AND EUROPEAN STANDARDS

### Summary

*Polluter pays principle is a guiding principle of both international law and European Union law. However, its status, legal nature and relevance differ significantly. Distinction is particularly evident when the polluter pays principle is observed in the context of the rules on environmental liability. The author analyzes this relationship at two levels. At the level of general international law, the focus is on the influence of the principle, as an integral part of the rules on liability, on the rules of State responsibility for internationally wrongful act. The influence leads to a creation of a hybrid regime of State responsibility for environmental harm which is recognizable even in the practice of the International Court of Justice. At the level of European Union law, the polluter pays principle has served as a guiding principle when adopting Directive 2004/35/EC on environmental liability. Recent practice of the European Court of Justice has shown that the polluter pays principle is a principle with a specific content that can be directly applied for the purpose of establishing a sufficient connection between the damage and the operator of the activity in question.*

*Key words: Polluter pays principle. Environmental harm. State responsibility for internationally wrongful act. International liability. Directive 2004/35/EC on environmental liability. European Court of Justice. International Court of Justice.*

---

\* \* Bojana Čučković, PhD. Assistant, Faculty of Law University of Belgrade. This article is the result of research within the project *Perspectives of Implementation of European Standards in the Serbian Legal System* (179059), supported by the Ministry of Science of Serbia.

## LIŠENJE POSLOVNE SPOSOBNOSTI U PRAKSI EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

### Apstrakt

*Pitanje lišenja poslovne sposobnosti ima veliki značaj za ostvarivanje osnovnih prava pojedinaca. Značaj poštovanja pravila postupka, saslušanja i prisustvovanja osobe koja se lišava poslovne sposobnosti ročištu ogleda se u tome što se u tom postupku osobe mogu, potpuno ili delimično, lišiti osnovnih prava, kao što su, zaključenje braka, usvajanje dece, zasnivanje radnog odnosa, sastavljanje testamenta, glasanje na izborima. Razlikujemo proceduru i materijalnopravne odredbe o lišenju poslovne sposobnosti. Presude koje je razmatrao Evropski sud za ljudska prava odnosile su se na propuste domaćih vlasti u pogledu neučestvovanja stranke o čijoj se poslovnoj sposobnosti odlučuje na ročištu, nesaslušanje stranke od strane sudije, nemogućnost pokretanja postupka za vraćanje poslovne sposobnosti, nepropisivanje periodičnog preispitivanja odluke o lišenju poslovne sposobnosti, nemogućnost javnog tužioca da pokrene postupak za lišenje poslovne sposobnosti, nepropisivanje delimičnog lišenja poslovne sposobnosti u zakonu. Predmet određenih presuda bilo je onemogućavanje porodičnih i drugih prava – nemogućnost učestvovanja osobe lišene poslovne sposobnosti u postupku usvajanja deteta, neučestvovanje stranke u brakorazvodnoj parnici, glasanju na izborima.*

*Ključne reči: Evropski sud za ljudska prava. Poslovna sposobnost. Lišenje poslovne sposobnosti. Proceduralni propusti. Nesaslušanje stranke u postupku. Neučestvovanje stranke u postupku.*

### Uvod

Izrazit značaj za pitanje lišenja poslovne sposobnosti, osim međunarodnih i domaćih pravnih dokumenata ima praksa Evropskog suda za ljudska prava<sup>1</sup> (ESLJP). Broj presuda ESLJP u toj oblasti u poslednjih deset godina postepeno se povećava. Presude Evropskog suda za ljudska prava obavezuju države potpisnice Evropske konvencije o ljudskim pravima (EKLJP), te nameću državama obavezu da u budućim (istim) slučajevima isprave propuste, bilo izmenom zakonodavstva, bilo promenom postupanja državnih organa u

\* 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 nauke Republike Srbije.

1 M. Draškić, *Porodično pravo i prava deteta*, Beograd 2010, str. 50, o organizaciji Evropskog suda za ljudska prava.

predmetnim postupcima. Značaj ove oblasti za naš pravni sistem ogleda se u tome što je doneta presuda protiv Republike Srbije u kojoj je ukazano kako na proceduralne propuste, tako i na neophodne ispravke nedostataka u zakonu.

Slučajevi povodom poslovne sposobnosti, koje je do sada ESLJP razmatrao, odnose se na sledeća područja regulisana EKLJP: oduzimanje slobode, odnosno prisilni psihijatrijski tretman prema članu 5. EKLJP; pravo na pristup sudu i pravičnost postupaka za ograničenje ili oduzimanje poslovne sposobnosti, uključujući pitanja dužine postupka i pravnog zastupanja, prema članu 6. EKLJP; mešanje u privatan i porodični život, uključujući pitanja psihijatrijskog tretmana, oduzimanja dece, pristupa uslugama socijalne zaštite, prema članu 8. EKLJP.

Slučajevi koje je Sud razmatrao povodom prava osoba kojima je ograničena ili oduzeta poslovna sposobnost odnosili su se na sledeća pitanja:

- nepravičnost postupka potpunog odnosno delimičnog lišenja poslovne sposobnosti;
- nemogućnost osobe koja je lišena poslovne sposobnosti da promeni staratelja;
- nemogućnost osobe koja je lišena poslovne sposobnosti da sama pokrene postupak za vraćanje poslovne sposobnosti;<sup>2</sup>
- dužina postupka lišenja, odnosno vraćanja poslovne sposobnosti;
- oduzimanje prava raspolaganja imovinom usled lišenja poslovne sposobnosti;
- disproportionalnost odluke o oduzimanju poslovne sposobnosti;
- gubljenje prava učestvovanja u postupku usvojenja deteta činjenicom lišenja poslovne sposobnosti;
- oduzimanje biračkog prava na osnovu lišenja poslovne sposobnosti i stavljanja pod starateljstvo.

Osim analiziranih presuda u ovom radu, Evropski sud za ljudska prava doneo je još nekoliko presuda povodom lišenja poslovne sposobnosti koje neće biti predmet naše analize.<sup>3</sup>

### *Bock protiv Nemačke*<sup>4</sup>

U slučaju *Bock protiv Nemačke* pitanje poslovne sposobnosti, odnosno sposobnosti podnosioca zahteva da vodi sudski postupak, pojavilo se u kon-

2 U velikom broju evropskih država omogućen je pristup sudovima za sve osobe delimično lišene poslovne sposobnosti koje žele da se taj status preispita. U 17 zemalja takav je pristup čak otvoren i za osobe koje su potpuno lišene poslovne sposobnosti. Postoji zajednička namera evropskih zakonodavstava da se osobama koje su lišene poslovne sposobnosti omogući da samostalno traže od sudova vraćanje (potpune) poslovne sposobnosti.

3 *Winterwerp protiv Holandije* br. 6301/73, presuda od 24. oktobra 1979. godine, *Vaudelle protiv Francuske* br. 35683/97, presuda od 30. januara 2001. godine, i *Egger protiv Austrije* 15780/89, presuda od 11. oktobra 1993. godine.

4 Presuda Evropskog suda za ljudska prava br. 1118/84, od 29. marta 1989. godine.

tekstu brakorazvodne parnice. Naime, supruga podnosioca predstavke postavila je pitanje njegovog duševnog zdravlja,<sup>5</sup> odnosno njegove parnične sposobnosti, s čim u vezi je pokrenula i postupak lišenja poslovne sposobnosti i stavljanja podnosioca pod starateljstvo.

Evropski sud za ljudska prava analizirao je dužinu celog brakorazvodnog postupka, imajući u vidu razne faze. U vezi sa odlučivanjem o parničnoj sposobnosti podnosioca, Sud je naglasio da nacionalni sudovi treba da polaze od presumpcije sposobnosti, a da u slučajevima sumnje, odluke moraju doneti brzo budući da se radi o važnim stvarima. Sud je naglasio da je u ovom slučaju nadležan domaći sud imao sumnje koje nije uspeo rešiti pravovremeno, iako je, suprotno tome, veštačenje još pre pokretanja brakorazvodne parnice pokazalo psihičku stabilnost podnosioca zahteva. Svi zahtevi za njegovim lišenjem poslovne sposobnosti i stavljanjem pod starateljstvo bili su odbijeni, a pet nalaza veštaka utvrdilo je da je podnosilac bio zdrav, dok je samo jedan tvrdio suprotno. Konačno, Sud je naglasio da je podnosilac devet godina patio zbog sumnje u njegovu duševno zdravlje, što predstavlja ozbiljno kršenje ljudskog dostojanstva.

### *Mater protiv Slovačke*<sup>6</sup>

U slučaju *Mater protiv Slovačke*, podnosilac predstavke<sup>7</sup>, slovački državljanin, žalio se na kršenje člana 6. stava 1. o suđenju u razumnom roku i na kršenje člana 8. stava 1. EKLJP, vezano za povredu prava na poštovanje privatnog života.

Podnosiocu predstavke oduzeta je poslovna sposobnost zbog duševne bolesti. U februaru 1987. godine podnosilac je tražio da mu se vrati poslovna sposobnost, a taj postupak je 1999. godine još uvek trajao.

Najpre je zahtev podnosioca za vraćanje poslovne sposobnosti odbačen od Okružnog suda 1989. godine, zato što je podnosilac odbio da ga pregleda veštak. Ipak, tu odluku Okružnog suda ukinuo je Vrhovni sud u maju 1990. godine. Nakon ukidanja odluke, Okružni sud je odredio veštaka za procenu bolesti, a nakon što je podnosilac nastavio da se protivi pregledu, naredio je podnosiocu da bude pregledan od određenog veštaka. Odluka koja je sadržala naredbu pregledanja kod veštaka takođe je poništena, ovog puta od Regionalnog suda u julu 1992. godine, zato što Okružni sud podnosiocu nije posta-

5 Od dokumenata na međunarodnom nivou koji se odnose na poslovnu sposobnost i regulišu položaj osoba sa mentalnim smetnjama napominjemo: Rezoluciju UN 46/119 o zaštiti osoba sa mentalnim smetnjama i poboljšanju mentalnog zdravlja, usvojenu na Generalnoj skupštini Ujedinjenih nacija 17. decembra 1991. godine, Preporuku Komiteta ministara Saveta Evrope br. R (99)4 o punoletnim osobama i poslovnoj sposobnosti i Preporuku Saveta Evrope br. R (2004) 10 o zaštiti ljudskih prava i dostojanstva osoba sa mentalnim smetnjama, usvojenu 22. septembra 2004. godine.

6 Presuda Evropskog suda za ljudska prava br. 31534/96, od 5. jula 1999. godine.

7 O vrstama predstavlki, načinu podnošenja predstavke Evropskom sudu za ljudska prava, videti R. Žarevac, *Vodič kroz postupak pred Evropskim sudom za ljudska prava*, Beograd 2003, str. 28.

vio staratelja. Posle te odluke Regionalnog suda, Okružni sud je podnosiocu postavio staratelja. Nakon što se staratelj saglasio, Okružni sud je u avgustu 1993. godine naredio policiji da odvede podnosioca u bolnicu da bude pregledan. Meru Okružnog suda o prinudnom odvođenju podnosioca potvrdio je Regionalni sud.

Podnosilac je u bolnici boravio dva meseca. Veštak je u stručnom mišljenju procenio da podnosiocu treba postepeno vraćati poslovnu sposobnost, što je Okružni sud naveo u odluci iz novembra 1993. godine, uz zadržana ograničenja u pogledu prethodne saglasnosti staratelja za poslove koje preduzima, ugovore koje zaključuje, kao i za zasnivanje radnog odnosa ukoliko želi da se zaposli. Podnosilac se žalio Regionalnom sudu na ovu odluku Okružnog suda. Regionalni sud je u oktobru 1995. godine ukinuo odluku Okružnog suda od novembra 1993. godine, pozivanjem na razlog nepotpunosti izveštaja veštaka. Regionalni sud je zatražio novo veštačenje, na osnovu zahteva podnosioca. Okružni sud je u oktobru 1996. godine zatražio od Ministarstva zdravlja da odredi drugog veštaka, što je Ministarstvo učinilo u novembru 1996. godine. U oktobru 1997. godine, Okružni sud je podnosiocu naredio da se podvrgne veštačenju kod veštaka kojeg je odredilo Ministarstvo zdravlja, što je podnosilac ponovo odbio. U novembru 1996. godine, staratelj je tražio da bude razrešen dužnosti i da se postavi drugi staratelj. Drugi staratelj je postavljen u oktobru 1997. godine. U oktobru 1998. godine, postupak je još uvek bio u fazi mirovanja, jer se čekalo da podnosioca pregleda veštak. U aprilu 1999. godine, podnosiocu je postavljen novi staratelj.

Sud je istakao da su postupci koji se tiču poslovne sposobnosti regulisani članom 6. EKLJP.<sup>8</sup> Evropski sud za ljudska prava utvrdio je da ovakva hronologija događaja otvara pitanje kršenja člana 6. stava 1. EKLJP, koji kaže da suđenje treba da se sprovede u razumnom roku. Uvrđivanje razumnog roka zavisi od okolnosti slučaja, složenosti konkretnih činjenica i ponašanja strana u postupku. Posebna pažnja o razumnom roku poklanja se u bitnim slučajevima, među koje spada i pitanje poslovne sposobnosti. Činjenica da Okružni sud na početku nije postavio staratelja, da kasnije nije saslušao mišljenje veštaka, kao i da nije objasnio odlaganje u postavljanju drugog veštaka, govore da domaći sud nije posvetio posebnu pažnju u ovom postupku, te da je usled povrede odredbe o suđenju u razumnom roku došlo kršenja člana 6. stava 2. EKLJP.

Što se tiče povrede člana 8. stava 1. EKLJP, Sud je konstatovao da je, iako je određivanje prinudnog pregleda predstavljalo mešanje u privatni život podnosioca, takva mera bila u skladu sa članom 8. stavom 2. i odredbama domaćeg prava, radi zaštite prava podnosioca, te nije bila nesrazmerna cilju koji se hteo postići, a to je utvrđivanje stepena poslovne sposobnosti podnosioca. Po tom pitanju ostavljeno je polje slobodne procene državama da utvrde potrebu određivanja obaveznog veštačenja u postupcima lišenja poslovne sposobnosti. Prinudno medicinsko veštačenje, koje predstavlja mešanje u porodični život, u skladu sa članom 8. stavom 1. EKLJP, može biti proporcio-

8 M. Draškić, „Novi standardi za postupak lišenja poslovne sposobnosti: aktuelna praksa Evropskog suda za ljudska prava”, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 2/2010, str. 355.



nalna i opravdana mera radi zaštite prava osobe kojoj se procenjuje poslovna sposobnost.

Sud je zaključio da će se, pri proceni da li su postupci okončani u razumnom vremenu, uzeti u obzir složenost postavljanja dijagnoze od strane veštaka i ponašanje pacijenta kome se vrši procena poslovne sposobnosti. Posebna pažnja se obraća na odnos suda u samom postupku.

### *Shtukaturov protiv Rusije*<sup>9</sup>

Podnosilac predstavke Pavel Vladimirovič Štukaturov, ruski je državljanin rođen 1982. godine i živi u Sankt Peterburgu. Podnosilac je bolovao od psihijatrijskih oboljenja i 2003. godine zvanično je proglašen invalidom. U avgustu 2004. godine, majka podnosioca podnela je zahtev da sina liši poslovne sposobnosti, uz tvrdnju da on nije sposoban da živi samostalno i da mu je potreban staratelj.<sup>10</sup> Podnosilac nije zvanično obavешten o tom postupku.

Okružni sud je 28. decembra 2004. godine održao ročište. Podnosilac predstavke, koji o tome nije bio obavешten, nije prisustvovao ročištu. Predmet je razmatran u prisustvu okružnog tužioca i zastupnika psihijatrijske bolnice u koju je podnosilac predstavke bio smešten u julu 2004. godine. Posle desetominutnog razmatranja, sud je podnosioca predstavke proglasio licem koje je zvanično lišeno poslovne sposobnosti. Sud se u odluci pozvao na psihijatrijski izveštaj od 12. novembra 2004. godine, u kome je ustanovljeno da je reč o licu koje boluje od šizofrenije i koje nije sposobno da shvati svoje postupke, niti da ih kontroliše. Majka podnosioca je određena za staraoca, čime je stekla zakonsko ovlašćenje da u svim stvarima postupa u ime podnosioca predstavke. Nakon odluke suda o lišenju poslovne sposobnosti, kada je u majčinom stanu našao sudsko rešenje iz decembra 2004. godine, podnosilac se obratio advokatu iz Centra za zaštitu prava psihijatrijskih bolesnika. Podnosilac se sastao sa advokatom 2. novembra 2005. godine kako bi oni razmotrili predmet i uložili žalbu. Advokat je zaključio da je podnosilac predstavke potpuno sposoban da shvati složena pravna pitanja.

Podnosioca predstavke majka je 4. novembra 2005. godine smestila u psihijatrijsku bolnicu. Podnosilac predstavke i njegov advokat tražili su dozvolu da se sastanu, ali je taj njihov zahtev odbijen. Od decembra 2005. godine, podnosiocu predstavke bio je onemogućen svaki kontakt sa spoljnim svetom. On je protiv svoje volje dobijao veoma jake lekove. U više navrata, u periodu od decembra 2005. do kraja januara 2006. godine, podnosilac je tražio od staratelja, Uprave bolnice, Ministarstva zdravlja, tužioca i načelnika psihijatrijske bolnice da ga puste iz bolnice, ali su zahtevi odbijeni. Advokat podnosioca predstavke je, takođe, bezuspešno podnosio molbe te sadržine i uložio je žalbu na rešenje iz decembra 2004. godine. Ta žalba je odbačena bez razmatra-

9 Presuda Evropskog suda za ljudska prava br. 44009/05, od 27. marta 2008. godine.

10 M. Welstead, S. Edwards, *Family Law*, Oxford 2010, str. 401, o vrstama staratelja u engleskom pravu.

nja, uz obrazloženje da je podnosilac predstavke poslovno nesposoban, tako da žalbu u njegovo ime može da uloži samo njegova majka, kao staralac, a ona je bila protiv njegovog puštanja iz bolnice i protiv revizije rešenja iz decembra 2004. godine.

Evropski sud je, 6. marta 2006. godine, doneo privremenu meru u skladu sa pravilom 39. Poslovnika ESLJP. U toj odluci ruskoj vladi je ukazano na to da podnosiocu predstavke i njegovom advokatu treba obezbediti neophodno vreme i mesto za sastanak i pripremu slučaja za Sud. Vlasti su, međutim, odbile da ispune tah zahtev, budući da rusko zakonodavstvo ne smatra privremene mere ESLJP obavezujućim. Vlasti Rusije su saopštile da podnosilac ne može da preduzima ništa bez saglasnosti majke, te da se njegov advokat stoga ne može smatrati njegovim zakonskim zastupnikom. Podnosilac je, konačno, pušten iz bolnice 16. maja 2006. godine, ali ga je majka ponovo smestila u bolnicu 2007. godine. Kao poslovno nesposobno punoletno lice, podnosilac predstavke nema pravo da radi, da stupi u brak, da postane član nekog udruženja, da putuje, da prodaje ili kupuje imovinu.

Podnosilac je u svojoj predstavi naveo da je bez svog znanja proglašen poslovno nesposobnim. On je, osim toga, naveo da je bio nezakonito smešten u psihijatrijsku bolnicu, gde nije mogao da se izbori za reviziju svog statusa niti da se sastane sa svojim advokatom, kao i da je protiv svoje volje dobijao lekove. Podnosilac je tvrdio da je mešanje države bilo nezakonito, s obzirom na to da zakonski osnov na osnovu koga mu je oduzeta poslovna sposobnost nije bio dovoljno precizan. Takođe, podnosilac je tvrdio da nije postojao legitiman cilj jer on nije bio opasan po okolinu, te da mešanje nije bilo nužno u demokratskom društvu, budući da domaći sud nije izneo nikakve relevantne razloge za svoju odluku, kao i da ruski zakon nije predviđao mogućnost delimičnog oduzimanja poslovne sposobnosti. Mogućnost delimičnog lišenja poslovne sposobnosti postojala je samo u slučajevima zavisnosti od alkohola i droga.

Evropski sud za ljudska prava je ponovio da u slučajevima koji se odnose na prinudno (zakonito) lišenje slobode, lice koje je psihijatrijski obolelo treba ili da bude lično saslušano ili, ako je to neophodno, u nekom vidu zastupništva. S obzirom na posledice takvih postupaka na ličnu samostalnost i, u ovom slučaju, na slobodu podnosioca predstavke, njegovo prisustvo na ročištu bilo je neophodno, ne samo da bi se podnosiocu pružila prilika da iznese svoj slučaj, već i zato da bi se sudiji omogućilo da izgradi mišljenje o mentalnim sposobnostima podnosioca. Osim toga, podnosilac nije mogao ni da ospori rešenje iz decembra 2004. godine, zato što je njegova žalba odbačena bez razmatranja. Iz tih razloga, ESLJP je zaključio da postupak pred sudom koji je vođen po predmetu podnosioca predstavke nije bio pravičan, čime je prekršen član 6. stav 1. EKLJP. Sud je istakao da je mešanje u privatni život podnosioca predstavke bilo veoma ozbiljno – mešanje je imalo za posledicu to da je podnosilac postao potpuno zavisn od svog zvaničnog staratelja, majke, u gotovo svim oblastima života na neodređeno vreme. Sud je podsetio na to da je bilo procesnih manjkavosti u postupku za lišenje poslovne sposobnosti,

budući da se domaći sud pozvao isključivo na izveštaj lekara – psihijatra od 12. novembra 2004. godine. Osim toga, rusko zakonodavstvo ne predviđa nikakav vid graničnog slučaja, stoga što predviđa samo punu poslovnu sposobnost i potpuno lišenje poslovne sposobnosti. Evropski sud za ljudska prava je zaključio da je mešanje u privatni život podnosioca predstavke bilo nesrazmerno zakonitom cilju zaštite interesa i zdravlja drugih kome je ruska vlada težila, čime je prekršen član 8. EKLJP. Sud smatra da nije pouzdano dokazano da je duševno stanje podnosioca predstavke bilo takvo da je nalogalo da on bude smešten u instituciju. Sud zaključuje da hospitalizacija podnosioca nije bila zakonita, čime je prekršen član 5 stav 1 tačka (e).

Sud je istakao da je Ruska Federacija, time što je dugo onemogućavala podnosiocu predstavke da se sastane sa svojim advokatom i da komunicira sa njim, kao i time što nije izvršila privremenu meru, sprečila podnosioca predstavke da se obrati ESLJP, čime je propustila da izvrši obavezu shodno članu 34. da ni na koji način ne ometa vršenje prava na podnošenje pojedinačne predstavke.

Sud je prihvatio mišljenje ruskih vlasti da je mera donesena u skladu sa zakonom, radi ostvarenja legitimnog cilja, te se nakon toga usredsredio na test proporcionalnosti. Sud je prvo naglasio da je mešanje u život podnosioca bilo ozbiljno, uzimajući u obzir posledice, te da je samo staratelj bio ovlašćen za pokretanje postupka za vraćanje poslovne sposobnosti.<sup>11</sup> Sud je ponovio svoj nalaz u vezi s proceduralnim problemima koje je analizirao pod članom 6. Konvencije, naglašavajući posebno kako je rasprava u postupku trajala samo deset minuta.

Sud je, dalje, analizirao razloge na temelju kojih je odluka donesena. Naveo je kako je medicinsko veštačenje na osnovu kojeg je sud doneo odluku nejasno u pogledu posledica podnosiočeve bolesti na njegovu mogućnost razumevanja i kontrolisanja sopstvenih postupaka, odnosno na njegov društveni i lični život, te je naglasio da postojanje duševne bolesti, pa i teške, ne može biti jedini razlog oduzimanja poslovne sposobnosti. S tim u vezi, Sud je smatrao da ruski zakon, koji ne predviđa mogućnost delimičnog lišenja poslovne sposobnosti u slučajevima duševnih bolesti, nije u skladu sa zahtevima Preporuke (99) 4 Komiteta ministara Saveta Evrope. Sud je zaključio da je mešanje u privatni život podnosioca zahteva bilo nerazumno te da je došlo do kršenja člana 8. Konvencije – prava na poštovanje privatnog i porodičnog života.

## X. protiv Hrvatske<sup>12</sup>

Podnosilac predstavke X., državljanka Hrvatske, rođena je 1972. godine i živi u Zagrebu. Podnosilac boluje od paranoidne šizofrenije i protiv nje je, nakon što je pokušala samoubistvo, pokrenut postupak za lišenje poslovne sposobnosti u decembru 1998. godine, na predlog Centra za socijalni rad.

11 O širokim ovlašćenjima i višestrukoj ulozi organa starateljstva kao staratelja u našem pravu, videti: M. Janjić-Komar, R. Korać, Z. Ponjavić, *Porodično pravo*, Beograd 1999, str. 261.

12 Presuda Evropskog suda za ljudska prava br. 11223/04, od 17. jula 2008. godine.

Podnosiocu je za staratelja postavljena njena majka. Podnosilac je rodila ćerku A., u decembru 1999. godine, koja je kasnije data je na usvajanje bez njenog znanja i pristanka. Nakon uvida suda u novo veštačenje, podnosilac je u maju 2001. godine potpuno lišena poslovne sposobnosti. Za staratelja je, umesto njene majke, postavljena osoba iz Centra za socijalni rad. U februaru 2004. godine podnosilac je tražila da joj se vrati poslovna sposobnost. Nakon dva veštačenja, domaći sud je 10. marta 2005. godine, pozivajući se na psihijatrijsku ocenu u kojoj je navedeno da je bolest podnosioca uznapredovala i da ona i dalje nije kadra da se stara o svojim interesima, odbio njen zahtev da joj se vrati poslovna sposobnost. Ćerka podnosioca je u julu 2000. godine data na hraniteljstvo kod babe, majke podnosioca. U to vreme je i podnosilac predstavke bila u kontaktu sa detetom jer je živela u istom domaćinstvu sa svojom majkom, koja se starala o detetu. Pošto je X. živela u istom domu sa detetom, 22. novembra 2001. godine, njena ćerka je prebačena na staranje u ustanovu socijalne zaštite<sup>13</sup> (Dečje selo), uz obrazloženje da se podnosilac predstavke meša u vaspitanje deteta. Nakon smeštanja u socijalnu ustanovu pokrenut je postupak za usvajanje deteta i ono je u septembru 2003. godine usvojeno.

Podnosilac je smatrao da joj je time što je lišena poslovne sposobnosti uskraćeno pravo da učestvuje u postupku usvojenja svoje kćeri i time povređeno pravo na porodični život.

Sud je utvrdio da je u vreme dok je ćerka bila pod starateljstvom svoje babe (majke podnosioca) postojala veza između podnosioca i njene ćerke koja je predstavljala porodični život. Nije bilo sumnje u to da je usvajanje potpuno raskinulo odnos podnosioca predstavke sa njenom ćerkom i da je to predstavljalo veoma ozbiljno mešanje u pravo na poštovanje porodičnog života. Hrvatske vlasti su navele da je mešanje imalo osnov u nacionalnom zakonodavstvu – u Zakonima o porodici iz 1998. i 2003. godine, i da se njime težilo legitimnom cilju zaštite najboljih interesa deteta. Sud je istakao da ni u jednom trenutku u postupku vođenom pred domaćim sudovima, koji je prethodio usvajanju devojčice, nije bio ocenjen odnos podnosioca i njene ćerke, uprkos činjenici da je, prema unutrašnjem pravu, jedna od posledica odluke kojom je podnosilac bila lišena poslovne sposobnosti bilo njeno potpuno isključenje iz postupka usvajanja. Isto tako, nije bila doneta nikakva posebna odluka o roditeljskim pravima podnosioca predstavke. Bez obzira na sve to, devojčica je data na usvajanje, a majci nije bilo dozvoljeno da ni u kom vidu učestvuje u postupku usvajanja, osim što je, navodno, obavestena o tome telefonom. Sud je zaključio da teško može da prihvati da neko kome je oduzeta poslovna sposobnost treba automatski da bude isključen iz postupka usvajanja koji se odnosi na njegovo dete. Sud je takođe zaključio da je, umesto što je ukratko bila obavestena o odluci koja se ticala njene ćerke, podnosiocu trebalo pružiti mogućnost da iznese svoje mišljenje o potencijalnom usvajanju koje je bilo u toku. Sud je istakao da podnosilac nije bila u dovoljnoj meri uključena u proces odlučivanja, posebno s obzirom na presudan uticaj

13 Videti, V. Jovanović, „Starateljstvo nad detetom na smeštaju u ustanovi socijalne zaštite”, zbornik radova *Novo porodično zakonodavstvo*, Kragujevac 2005, str. 375.

koji je odluka o smeštaju deteta u socijalnu ustanovu imala na njen odnos sa ćerkom. Iz tih razloga, Sud je zaključio da je, u datim okolnostima, isključivši podnosioca predstavke iz postupka koji je za krajnji ishod imao usvajanje njene ćerke, Hrvatska prekršila obavezu osiguranja prava podnosioca predstavke na poštovanje privatnog i porodičnog života, što je predstavljalo povredu člana 8. EKLJP.

Sud je naglasio da ni u jednom od postupaka koji su prethodili usvojenju nijedan sud ni drugi državni organ nije razmatrao odnos podnosioca i njene ćerke. Osim toga, nije doneta ni odluka o lišenju roditeljskog prava, već je neko vreme podnosilac čak i učestvovala u vaspitanju deteta. Uprkos tome, dete je usvojeno bez pristanka podnosioca i njenog učestvovanja u postupku usvojenja.

Sud je, dalje, smatrao da su takvim automatskim isključivanjem osobe bez poslovne sposobnosti iz postupka usvojenja sopstvenog deteta prekršene odredbe člana 8. EKLJP. Podnosiocu je trebalo pružiti priliku da bude saslušana u tom postupku, a time i mogućnost da izrazi svoje stavove o mogućem usvojenju svoje ćerke. Naime, odluka o usvojenju bila je presudna za budućnost odnosa između podnosioca i njenog deteta. Stoga, Sud ističe na kraju da je to nedvosmisleno bila odluka u čije je donošenje bilo potrebno uključiti podnosioca predstavke, što nije učinjeno jer je bila lišena poslovne sposobnosti.

### *Salontaji-Drobnjak protiv Srbije*<sup>14</sup>

Do sada je pred Evropskim sudom za ljudska prava doneta jedna presuda protiv države Srbije u materiji lišenja poslovne sposobnosti.<sup>15</sup> To je presuda iz 2009. godine u slučaju *Salontaji-Drobnjak protiv Srbije*.

Odredbe o lišenju poslovne sposobnosti u našem zakonodavstvu sadržane su u Porodičnom zakonu<sup>16</sup> i Zakonu o vanparničnom postupku.<sup>17</sup>

Podnosilac predstavke je Slavko Salontaji-Drobnjak, srpski državljanin rođen 1949. godine, sa prebivalištem u Vrbasu u Srbiji. Podnosilac je od 1973. godine pred domaćim sudovima pokrenuo više od 200 sporova protiv preduzeća u kome je radio i njegovog rukovodstva, kao i tužbi protiv raznih fizičkih lica i državnih funkcionera, navodeći kao razlog nepoštovanje zakona, maltretiranje i zloupotrebu službenog položaja. On je po istom osnovu podneo i čitav niz krivičnih prijava.

Protiv podnosioca je 1996. godine pokrenut krivični postupak zbog upućivanja pretnji direktoru preduzeća u kome je bio zaposlen. Sud je kasnije utvrdio da podnosilac ne može biti pozvan na krivičnu odgovornost pošto nije u stanju da kontroliše svoje postupke i razume prirodu optužbi koje mu se

14 Presuda Evropskog suda za ljudska prava br. 36500/05, od 13. oktobra 2009 godine.

15 Videti M. Draškić, *Porodično pravo i prava deteta*, Beograd 2010, str. 355, povodom lišenja poslovne sposobnosti u našem pravu.

16 „Službeni glasnik RS”, br. 18/05.

17 „Službeni glasnik RS”, br. 25/82 i 48/88.

stavljaju na teret, te je izdao nalog da se podnosilac predstavke uputi na psihijatrijsko lečenje u ustanovu otvorenog tipa. Podnosilac se redovno javljao lekaru u periodu koji je naznačio sud, odnosno do novembra 1998. godine.

U martu 2002. godine, nadležni sud je izdao nalog za psihijatrijsko veštačenje podnosioca predstavke na zahtev Centra za socijalni rad. U nalazu veštaka iz decembra 2004. godine navodi se da podnosilac predstavke pati od paranoje, koja se ogleda u njegovoj stalnoj potrebi da se tuži, uz preporuku da mu se delimično oduzime poslovna sposobnost. U februaru 2005. godine, održano je ročište na kome podnosilac predstavke nije prisustvovao, na kome ga je zastupao advokat po službenoj dužnosti, koga on ranije nikada nije sreo. Na ročištu je odlučeno da se podnosilac delimično liši poslovne sposobnosti. Krajem februara 2005. godine, podnosilac je uhapšen pod optužbom da je upućivao pretnje sudiji. Tokom boravka u pritvoru, iz koga je pušten u maju 2005. godine, urađeno je novo psihijatrijsko veštačenje, kojim je utvrđeno da podnosilac pati od određenog poremećaja ličnosti, ali da se to ne može okvalifikovati kao mentalno oboljenje, uz zaključak da se ne može sa izvesnošću tvrditi da on nije u stanju da krivično odgovara za svoje postupke. Podnosilac predstavke 2005. godine upućuje zahtev za vraćanje poslovne sposobnosti, što sud odbija uz obrazloženje da on nije u stanju da sam sebe zastupa ako nema staratelja. Centar za socijalni rad imenuje njegovog sina za staratelja. Kada je sin podnosioca predstavke podneo zahtev sudu da se njegovom ocu vrati poslovna sposobnost, zahtev je odbijen uz obrazloženje da staratelj nije prethodno pribavio mišljenje Centra za socijalni rad. Domaći sud je istakao da bez prethodno pribavljenog mišljenja Centra za socijalni rad staratelj ne može da pokrene postupak za vraćanje poslovne sposobnosti.

Sušтина pritužbi podnosioca na pravičnost postupka za lišenje poslovne sposobnosti svodila se na to da on nije prisustvovao ročištu kada je delimično lišen poslovne sposobnosti, da on tom prilikom nije imao zastupnika koji bi na delotvoran način štitiо njegove interese, kao i da odluka domaćeg suda da se on delimično liši poslovne sposobnosti nije bila na dovoljan način obrazložena.

Evropski sud za ljudska prava utvrdio je dve povrede člana 6. stav 1. EKLJP – pravičnost postupka za delimično lišenje poslovne sposobnosti i pravo na pristup sudu u vezi sa vraćanjem potpune poslovne sposobnosti, i povredu člana 8. EKLJP – pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života. Sud je, priznajući državi Srbiji izvesno polje slobodne procene u ovoj situaciji, našao:

- 1) da je podnosilac bio isključen sa ročišta na kome je lišen poslovne sposobnosti, čime je bio onemogućen da ospori nalaz veštaka kojim je preporučeno da bude delimično lišen poslovne sposobnosti;
- 2) da je u odluci Opštinskog suda, kojom je podnosilac delimično lišen poslovne sposobnosti, samo rečeno da prisustvo podnosioca ne bi bilo „svrsishodno”, bez ikakvog dodatnog obrazloženja, sa pozivom na član 36. stav 2. Zakona o vanparničnom postupku na krajnje neodređen način;

- 3) da prisustvo podnosioca na ročištu nije moglo biti isključeno na osnovu arbitrarnog predviđanja o njegovoj hipotetičkoj beskorisnosti;
- 4) da iako je podnosiocu za pomenuto ročište obezbeđena pravica imenovana od države, on nije bio u prilici da se sretne sa njom niti da joj da instrukcije kako bi trebalo da zastupa njegove interese;
- 5) da postupak, uzet u celini, nije zadovoljio zahteve pravičnosti, zbog čega je došlo do povrede člana 6. stav 1. EKLJP u vezi sa pravom na pravično suđenje.

Naime, Sud je našao izvesnu nesrazmeru između srpskog zakonodavstva i njegove primene u odnosu na ograničavanje prava podnosioca na pristup sudu, povodom vraćanja poslovne sposobnosti. Nedostatak domaćeg zakonodavstva, u vezi sa tim, predstavlja činjenica da nije predviđeno periodično sudsko razmatranje stanja podnosioca, s obzirom na to da je i principom 14. Preporuke Komiteta ministara Saveta Evrope od 23. februara 1999. godine predviđeno da bi lišenje poslovne sposobnosti trebalo da bude vremenski ograničeno, uz periodično preispitivanje.<sup>18</sup> Nasuprot takvom rešenju, zakonodavstvo Srbije u toj oblasti ključna, gotovo diskreciona ovlašćenja daje Centru za socijalni rad.

### *Kiss protiv Mađarske*<sup>19</sup>

Podnosilac predstavke, u ovom slučaju, bio je Alajos Kis, mađarski državljanin, rođen 1954. godine, osoba koja je patila od manične depresije i iz tog razloga je stavljena pod delimično starateljstvo. Podnosiocu je 1991. godine dijagnostikovana manična depresija, a 27. maja 2005. godine delimično je lišen poslovne sposobnosti i postavljen mu je staratelj. U rešenju u kome je

18 Francuska je jedna od evropskih država koja je izmenila svoje odredbe o lišenju poslovne sposobnosti odraslih lica.

Odredbe Zakona o poslovnoj sposobnosti iz 1968. godine bile su zastarele, pa se javila potreba za reformom. Donet je nov Zakon o zaštiti poslovno nesposobnih lica 5. marta 2007. godine. Taj zakon je zadržao originalne mere zaštite, uz određene izmene. Kao rezultat izmena, zakon i dalje predviđa dva oblika starateljstva – tutorstvo i kuratorstvo, ali su okviri tih pojmova redefinisani. Prvo, principi neophodnosti i proporcionalnosti ogledaju se u kontekstu nametanja zaštitnih mera i, drugo, jasna je razlika između pravne i socijalne zaštite tih lica. Glavno težiste ove reforme je da se nađe najbolji način da se zaštita prilagodi situaciji i potrebama lica koje se lišavaju poslovne sposobnosti. Eliminirani su rasipnost, neumerenost i nerad kao osnovi za izricanje zakonskih mera zaštite. Reforma uzima u obzir i želje zaštićenog lica, pre svega tako što omogućava licu da unapred izabere osobu koja će biti odgovorna za njegovu zaštitu u slučaju da se takvo lice nađe u situaciji za koju zakon predviđa izricanje ovih zaštitnih mera.

Reforma menja ulogu sudije u postupku određivanja starateljstva, tako da sudija ne može više izricati mere zaštite na sopstvenu inicijativu i dužan je da se pridržava rokova trajanja zaštitnih mera. Sudija ima obavezu da prilikom odlučivanja uzme u obzir novu društvenu realnost, kao što su Pakt o solidarnosti (PACS) ili priznavanje vanbračnog partnera, tako što će dozvoliti da oni budu zaduženi za zaštitu poslovno nesposobnih lica – njihovih partnera.

19 Presuda Evropskog suda za ljudska prava br. 38832/06, od 20. maja 2010 godine.

lišen poslovne sposobnosti naznačeno je da podnosilac može sam da se stara o sebi, ali da povremeno pokazuje znake agresije i da preterano troši novac. On se nije žalio na ovu odluku suda.

Podnosilac je 13. februara 2006. godine saznao da nije upisan u birački spisak za predstojeće izbore usled toga što je lišen poslovne sposobnosti. Parlamentarni izbori održani su 9. i 23. aprila 2006. godine, a podnosilac nije mogao da glasa na izborima jer mađarski Ustav potpuno zabranjuje pravo na glasanje osobama koje su pod starateljstvom.<sup>20</sup>

Podnosilac se žalio da je usled lišenja poslovne sposobnosti prekršeno njegovo pravo da glasa na izborima.

Evropski sud za ljudska prava jednoglasno je utvrdio da takva apsolutna zabrana prava na glasanje krši pravo na slobodne izbore predviđeno članom 3. Protokola 1 EKLJP.<sup>21</sup>

Sud je, osvrnuvši se na navode mađarskih vlasti, istakao da ne može da prihvati da apsolutna zabrana prava na glasanje osobama pod delimičnim starateljstvom, bez obzira na njihove trenutne sposobnosti, potpada pod prihvatljivo polje slobodne procene države. Iako je Sud ponovio da je polje slobodne procene države široko, ono nije i sveobuhvatno. Ako se ograničavanje fundamentalnih prava odnosi na posebno osetljive grupe u društvu koje su trpele diskriminaciju u prošlosti, kao što su osobe sa mentalnim invaliditetom, onda je polje slobodne procene jedne države značajno uže, te moraju da postoje jaki razlozi za ograničavanja koja su u pitanju. Uže polje procene države, takođe, važi i za osobe koje trpe drugačiji tretman samo na osnovu svog roda, rase ili seksualne orijentacije.<sup>22</sup> Kao razlog, ESLJP navodi da su te grupe istorijski bile predmet predrasuda sa dugoročnim posledicama koje su rezultirale njihovom društvenom isključenošću. Takve predrasude mogu da nametnu zakonodavne stereotipe koji zabranjuju individualizovanu procenu kapaciteta i potreba.

Podnosiocu tužbe je u ovom slučaju prekršeno pravo na glasanje zbog nametanja automatskog i paušalnog ograničenja građanskih prava osobama koje su pod delimičnim starateljstvom.<sup>23</sup>

20 Za reformu lišenja poslovne sposobnosti u Mađarskoj, videti [http://www.efoesz.hu/download/hungarian\\_legal\\_capacity\\_reform\\_efoesz.pdf](http://www.efoesz.hu/download/hungarian_legal_capacity_reform_efoesz.pdf).

21 O aktivnom i pasivnom biračkom pravu, videti J. Kenner, *European Union Legislation 2010–2011*, London and New York 2010, str. 195.

22 Evropski sud za ljudska prava je konstatovao da se uvođenje posebnih proceduralnih garancija može pokazati neophodnim radi zaštite interesa pojedinaca koji, usled mentalnih smetnji, nisu u potpunosti sposobni da samostalno preduzimaju radnje u svoju korist. Videti *Winterwerp v Netherlands* br. 6301/73, presuda od 24. oktobra 1979. godine (A/33) (1979-80), 2 EHRR 387, para. 60.

23 Odluka ESLJP u ovom slučaju ima posledice i na druge evropske zemlje. Postoji sličnost između ovog slučaja i slučaja *Hirst protiv Velike Britanije* iz 2005. godine, u kojem je Sud zaključio da paušalna zabrana prava na glasanje zatvorenicima predstavlja kršenje EKLJP. Princip individualne zakonske procene proširen je i na osobe sa mentalnim invaliditetom, čime se ističu važnost prava na glasanje i stroga obazrivost kada je ograničavanje prava na glasanje u pitanju. Takođe, primećeno je da se Sud prvi put poziva i na Konvenciju UN o pravima osoba sa invaliditetom iz 2006. godine.



### Stanev protiv Bugarske<sup>24</sup>

Podnosilac predstavke Rusi Kosev Stanev, bugarski je državljanin rođen 1956. godine, koji živi u Pastru u Bugarskoj. Godine 2000. i 2001. bugarski sudovi su ga delimično lišili poslovne sposobnosti zato što nije bio sposoban da na adekvatan način vodi svoje pravne poslove i da shvati posledice svojih postupaka. Sud je svoju odluku doneo na temelju dijagnoze šizofrenije, od koje je bolovao od 1975. godine. Podnosilac je 2002. godine stavljen pod delimično starateljstvo Centra za socijalni rad, s obzirom na to da niko od članova porodice nije hteo da se prihvati starateljske funkcije. Radnik Centra za socijalni rad je 10. januara 2002. godine smestio podnosioca u Dom za socijalnu zaštitu za osobe sa psihičkim poremećajima bez prethodnog obaveštenja.<sup>25</sup> Direktor pomenutog Doma postavljen je za njegovog staratelja. Predviđeno je da podnosilac može napustiti instituciju samo uz dozvolu direktora.

Odbor za prevenciju torture, nehumanog i degradirajućeg postupanja i kažnjavanja Saveta Evrope<sup>26</sup> (CPT) u svojim službenim posetama instituciji tokom 2003. i 2004. godine, utvrdio je da su uslovi u navedenom Domu nehumani i degradirajući, navodeći niz nedostataka koji se odnose na brigu, ishranu, sanitarne i higijenske uslove u kojima su štićenici boravili.

Podnosilac je pokušao da vrati poslovnu sposobnost u decembru 2004. godine. Centar za socijalni rad odbio je, 2005. godine, da pred sudom pokrene postupak za vraćanje poslovne sposobnosti, smatrajući da podnosilac ne može da živi sam i da je za njega najpogodnije mesto institucionalni smeštaj, temeljeći takav zaključak na medicinskom veštačenju iz iste godine. Podnosilac je neuspešno pokušao da vrati poslovnu sposobnost tako što je tražio od gradonačelnika grada Rile da sudu podnese zahtev za vraćanje poslovne sposobnosti. Njegovu molbu gradonačelnik je odbio uz obrazloženje da takav zahtev može podneti jedino staratelj podnosioca.<sup>27</sup> Podnosilac je, pak, neko-

24 Presuda Evropskog suda za ljudska prava br. 36760/06, od 19. januara 2012. godine

25 Evropski sud za ljudska prava ispitivao je pitanje prinudnog zadržavanja radi psihijatrijskih analiza u okviru člana 5. EKLJP i prava na slobodu. U slučaju *Nowicka protiv Poljske*, Evropski sud je smatrao da je zadržavanje pojedinca da bi se ispunila zakonska obaveza, kakva je izvršenje sudske naredbe da se obavi psihijatrijsko veštačenje, dozvoljeno. Međutim, ESLJP je, takođe, utvrdio da zadržavanje osobe pre vršenja veštačenja, kao i produžavanje prinudnog zadržavanja nakon što je takva obaveza prestala da postoji, ne ispunjava uslov proporcionalnosti između dva sukobljena interesa – onog koji ima država da proceni nečije psihičko stanje i interesa pojedinca da uživa svoje pravo na slobodu, te stoga predstavlja kršenje člana 5. EKLJP. U drugom slučaju, *Bock protiv Nemačke*, koji je prethodno prikazan, bilo je reč o dužini trajanja postupka zbog ponovljenog naloga suda da se izvrši psihijatrijsko veštačenje. Evropski sud je smatrao da prinudni psihijatrijski pregledi predstavljaju kršenje člana 6. (pravo na pravično suđenje) i člana 8. EKLJP (pravo na privatnost i porodični život). Prema tome, postojanje mogućnosti da nekoj osobi nedostaje sposobnost za normalno rasuđivanje nije sama po sebi dovoljan osnov da se ta osoba protiv njene volje zadrži u psihijatrijskoj ustanovi. Videti presude *Nowicka v. Poland* br. 30218/96, od 3. decembra 2002. godine, i *Bock v. Germany* br. 11118/84, presuda od 21. februara 1989. godine.

26 S. Lilić, *Evropsko upravno pravo*, Beograd 2011, str. 91, o institucijama Saveta evrope.

27 Odluke sudova u Srbiji o tome ko može pokrenuti postupak za lišenje poslovne sposobnosti imaju različitu s. U jednom slučaju, žalbeni sud je odlučio da psihijatrijska

liko puta usmeno tražio od svog staratelja da pokrene postupak za vraćanje poslovne sposobnosti, ali su sve njegove molbe odbijene. U novom, privatnom veštačenju iz 2006. godine, navedeno je da je podnosilac bio pogrešno dijagnostikovao kao šizofreničar, prema veštačenju iz 2005. godine. Novim veštačenjem je utvrđeno da je bio zavisao od alkohola, a simptomi takvog oblika zavisnosti mogu se pomešati sa šizofrenijom. Takođe, utvrđeno je da se njegovo duševno stanje popravilo, da nije bilo opasnosti od pogoršanja, te da je direktor Doma smatrao da se podnosilac može reintegrirati u društvo. S druge strane, njegovo zdravlje bi bilo oštećeno daljim ostankom u Domu.

Podnosilac se u predstavi žalio na uslove života u Domu, kao i na nezakonito i proizvoljno lišenje slobode protivno svojoj volji. Prema bugarskim zakonima, za njega je bilo nemoguće da traži da se takvo postupanje sudski ispita. Konačno, žalio se da je stavljanjem pod starateljstvo, uključujući i njegov smeštaj u instituciju, povređeno njegovo pravo na poštovanje privatnog života, utemeljeno na čl. 8. i 13. EKLJP.

Evropski sud za ljudska prava našao je da su, iako je podnosilac bio smešten u zgradi koju je mogao napustiti, vreme koje je provodio izvan institucije i mesta koja je, prema odluci staratelja, mogao posetiti, uvek bila ograničena kontrolom i restrikcijama. Sud je smatrao da su ograničenja izlazaka i činjenica da su zaposleni u Domu kod sebe držali lična dokumenta podnosioca značajne restrikcije na njegovu ličnu slobodu i kretanje. Bugarske vlasti nisu dokazale da je zdravstveno stanje podnosioca bilo takvo da ga stavlja u neposredan rizik ili da zahteva nametanje bilo kakvih specijalnih ograničenja namenjenih njegovoj zaštiti.<sup>28</sup> Trajanje njegovog smeštaja u Domu nije bilo vremenski određeno. U pogledu smeštaja u instituciju nije traženo mišljenje podnosioca niti je podnosilac ikada na to pristao.<sup>29</sup> Već od 2004. godine, podnosilac je eksplicitno izražavao želju da napusti instituciju, kako psihijatrija, tako i u svojim zahtevima vlastima da mu se vrati poslovna sposobnost. Sud, stoga, nije uveren da je podnosilac na bilo koji način pristao na prinudni smeštaj. Nije utvrđeno ni da je podnosilac predstavljao pretnju za sebe ili druge. Takođe, ESLJP je konstatovao i nedostatke u proceni da li je podnosilac zaista i dalje patio od poremećaja zbog kojeg je zadržan u

---

ustanova ne može da podnese predlog za lišenje poslovne sposobnosti jednog od svojih pacijenata. Stanovište suda bilo je da je lista osoba ovlašćenih za pokretanje postupka, prema Zakonu o vanparničnom postupku, iscrpna. Videti, Okružni sud u Beogradu, GŽ 10262/84. Istovremeno, u jednoj drugoj odluci drugostepeni sud je, postupajući po žalbi, smatrao da se predlog za pokretanje postupka ne može odbaciti samo zato što ga je podnelo lice koje za to nije ovlašćeno, ukoliko je postupak već otpočeo. Videti: Okružni sud u Požarevcu, GŽ 643/90. Zakon o vanparničnom postupku u članu 32. stavu 2. predviđa da „postupak za lišenje poslovne sposobnosti sud pokreće i vodi po službenoj dužnosti, kao i po predlogu organa starateljstva, bračnog druga, deteta ili roditelja lica kod koga su se stekli zakonski uslovi za lišenje, odnosno ograničenje poslovne sposobnosti”. U stavu 2. istog člana dopunjava se krug ovlašćenih subjekata tako što se „postupak pokreće i po predlogu dede, babe, brata, sestre, kao i unuka, ako sa tim licem žive u porodičnoj zajednici”.

28 Videti: „Mental Hospitalization of Children and the Limits of Parental Authority”, *The Yale Law Journal*, Vol. 88, Num. 1, November 1978, str. 188.

29 Videti slučaj *Winterwerp v. The Netherlands* br. 6301/73 od 24. oktobra 1979. godine. Više o tome: M. Janis, R. Kay, A. Bradley, *European Human Rights Law*, Oxford 2000, str. 338.

instituciji. Nijedna aktivnost nije učinjena sa ciljem da se poremećaj procesni u bugarskom zakonodavstvu. Sud je zaključio da je smeštaj podnosioca u Dom socijalne zaštite bio nezakonit i neopravdan, te da bugarske vlasti nisu imale osnova za takav smeštaj. Sud je primetio da bugarske vlasti nisu navele nijedan domaći pravni lek na temelju koga bi podnosilac imao direktnu mogućnost da ispita zakonitost njegovog smeštaja u instituciju i ospori neograničeno trajanje takve mera. Prema bugarskom zakonu, nije postojala mogućnost da podnosilac samostalno pokrene postupak za vraćanje poslovne sposobnosti. Takođe, bugarsko zakonodavstvo nije omogućavalo periodični sudski nadzor nad smeštajem u Dom za osobe s duševnim smetnjama. Kako smeštaj podnosioca u instituciju nije u bugarskom pravu prepoznat kao lišenje slobode<sup>30</sup>, nije bilo nikakvih pravnih lekova da se ispita zakonitost tog smeštaja. Podnosilac je bio izložen nečovečnim uslovima u periodu od oko sedam godina, što je konstatovano i u izveštaju CPT, nakon što je posetio Dom. Iako su bile obeveštene o izveštaju, bugarske vlasti nisu ništa učinile da u periodu od 2002. do 2009. godine zatvore ovu instituciju. Sud je smatrao da nedostatak finansijskih resursa, koji su bugarske vlasti navele, nije bio relevantan argument da opravda držanje podnosioca u opisanim uslovima. Iako nije dokazano da su bugarske vlasti namerno degradirajuće postupale prema podnosiocu, životni uslovi kojima je bio izložen u periodu od oko sedam godina predstavljaju povredu člana 3. Konvencije. Sud je konstatovao da, čak i da je podnosilac imao mogućnost da vrati svoju poslovnu sposobnost i napusti instituciju, ne bi mogao ostvariti naknadu štete za tretman kojem je bio izložen tokom boravka u instituciji. Stoga je počinjena povreda člana 13. u skladu sa povredom člana 3.

Sud je utvrdio da podnosilac nije bio u mogućnosti da zatraži vraćanje poslovne sposobnosti ni na koji način, osim putem svog staratelja ili osoba iz člana 277. Zakona o krivičnom postupku. Takođe, utvrđeno je da, u skladu sa bugarskim zakonom, nije bilo pravne razlike između osoba potpuno i delimično lišenih poslovne sposobnosti, te da nije bilo mogućnosti revizije rešenja o lišenju poslovne sposobnosti. Sud je zaključio da je, čak i kad je neka osoba samo delimično lišena poslovne sposobnosti, pravo da se traži sudsko preispitivanje rešenja o poslovnoj nesposobnosti jedno od fundamentalnih procesnih prava za zaštitu onih koji su delimično lišeni poslovne sposobnosti. Iz toga sledi da osobe lišene poslovne sposobnosti treba da imaju direktan pristup sudovima.

## Zaključak

Kada su u pitanju presude koje se tiču lišenja poslovne sposobnosti, može se zaključiti da biološka ili medicinska činjenica (duševna bolest ili smetnja) dovodi do onemogućavanja ostvarivanja određenog (porodičnog) prava. Bolest ili smetnja u razvoju uslovljavaju lišenje poslovne sposobnosti, a lišenje poslovne sposobnosti onemogućava ostvarivanje prava, odnosno

30 O pitanju poslovne sposobnosti u krivičnom postupku, videti slučaj *Vaudelle protiv Francuske* br. 35683/97, od 30. januara 2001. godine.

učestvovanje u postupku u kome se odlučuje o pravu osobe lišene poslovne sposobnosti. Žalbe osoba lišenih poslovne sposobnosti ne odnose se na biološku činjenicu koja dovodi do lišenja, već na to što pokretanje postupka pred domaćim sudovima onemogućava učestvovanje stranke u postupku lišenja poslovne sposobnosti, saslušanje stranke o čijoj poslovnoj sposobnosti se odlučuje, periodično preispitivanje odluke o lišenju, kao i mogućnost pokretanja postupka za vraćanje poslovne sposobnosti. U određenim slučajevima žalba se odnosila na zakonsko nepredviđanje delimičnog lišenja poslovne sposobnosti.

Lišenjem poslovne sposobnosti onemogućava se ostvarivanje porodičnog prava – učestvovanje u postupku usvajanja deteta, održavanje ličnih odnosa sa detetom, učestvovanje u brakorazvodnom postupku. Analizirane presude ESLJP predočavaju postojanje dve grupe slučajeva. Najpre, to su slučajevi u kojima je reč o postupku lišenja poslovne sposobnosti. U ovoj grupi izdvajamo dve podgrupe. Postupci u kojima se radi o proceduralnim nedostacima prilikom lišenja poslovne sposobnosti, kao što je neušestvovanje stranke o čijoj se poslovnoj sposobnosti odlučuje na ročištu, nesaslušanje stranke, nepreispitivanje odluke o lišenju polovne sposobnosti (*contra legem*, trajno lišenje poslovne sposobnosti). Druga podgrupa odnosi se na zakonske nedostatke u državama članicama, što se ogleda u nepredviđanju delimičnog lišenja poslovne sposobnosti, odnosno nemogućnosti vraćanja poslovne sposobnosti.

Druga grupa slučajeva, ne odnosi se direktno na pitanje lišenja poslovne sposobnosti, već na određena porodična prava koja su uslovljena postojanjem poslovne sposobnosti. Tako, osobe lišene poslovne sposobnosti nemaju pravo da učestvuju u postupku usvojenja sopstvenog deteta, da učestvuju u brakorazvodnom postupku, da vrše roditeljsko pravo nad detetom u slučaju razvoda.

Uroš Novaković, MA\*

## DEPRIVATION OF LEGAL CAPACITY IN THE DECISIONS OF THE EUROPEAN COURT FOR HUMAN RIGHTS

### Summary

*Significant importance of the question of deprivation of legal capacity, beside international and national legal documents has the European Court of Human Rights. Judgments of the ECHR obliges states parties of the European Convention on Human Rights, and impose obligations on states that in the future in*

\* Uroš Novaković, MA. Teaching assistant, Faculty of Law University of Belgrade and PhD candidate. This article is the result of research within the project *Perspectives of Implementation of European Standards in the Serbian Legal System* (179059), supported by the Ministry of Science of Serbia.

*the same cases rectify omissions, either by changes in legislation, or by actions of state bodies in the relevant conduct.*

*What can be concluded as the correctness when it comes to judgment concerning the deprivation of legal capacity is reflected in the fact that the biological or medical facts (mental disease or defect) leads to disabling of some family right. Illness or disabilities cause deprivation of legal capacity and attainment of capacity prevents the exercise of rights and participation in the process of deciding on the rights of persons deprived of their legal capacity.*

*Analyzed ECHR judgments shows us that there are two groups of cases. In first group, there are the cases involving deprivation of legal capacity. Another group of cases are not directly related to the question of deprivation of legal capacity, but at a certain family rights that are conditioned by the existence of legal capacity. In that cases deprivation of legal capacity disables deprived person in enjoying family right, such as adoption, parental responsibility, divorce proceeding.*

*Key words: European Court for Human Rights. Legal capacity. Deprivation of legal capacity. Procedural failures. Right to the hearing. Right to the due process.*

## ПРАВНО НЕОСНОВАНО ОБОГАЂЕЊЕ У СРПСКОМ ПРАВУ

### Апстракт

Рад је усмерен на утврђивање правне природе правно неоснованог обогађења у српском праву. Најпре се разматра назив ове институције, поштом историјски развој његова два основна елемента – кондикције и тужбе *de in rem verso*. На крају се анализирају важеће норме правно неоснованог обогађења у српском праву и закључује да је њима реулисана овиша тужба из неоснованог обогађења, одређене врсте кондикција, као и тужба *de in rem verso*.

Кључне речи: Правно неосновано обогађење. *Condictio*. *Actio de in rem verso*.

„По природи, правично је да се нико не обогати на штету другог.”<sup>1</sup> То начело налазимо у Јустинијановим Дигестама, а приписује се Помпонију. Међутим, у наведеном облику никада није стекло непосредну правну примену. Да би било правнорелевантно, треба га конкретизовати. Ово стога што је друштвено-историјска реалност заснована на многим случајевима богађења на штету другог а да оно, пак, није правом санкционисано. Такође, одређени друштвени односи правно су регулисани тако да једно лице постаје богатије на штету другог (на пример, одржај код кога једно лице стиче право на штету другог лица које га је изгубило, затим, стицање својине од невласника код кога стицалац стиче право својине на штету дотадашњег власника, потом, у процесу производње као и многих трговинских трансакција остварује се добит на штету других учесника трговинског ланца и др.). Из наведеног је јасно да сама чињеница обогађења на штету другог није довољна да би осиромашено лице имало право на тужбу из неоснованог обогађења. Када ће она постојати и какав је њен облик може се утврдити увидом у важеће прописе о овом институту.

Правно неосновано обогађење обично се везује за две тужбе: кондикцију (*condictio*) и тужбу *de in rem verso* (*actio de in rem verso*). Као посебно регулисан институт, правно неосновано обогађење јавља се под

\* Мр Валентина Цветковић Ђорђевић, 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 науке Републике ж Србије.

1 *Natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletioem* – D. 12. 6. 14

утицајем пандектне науке која је створила појам *Bereicherungsrecht* – право обогаћења, који је управо обухватио кондикције и тужбу *de in rem verso*.

Правно неосновано обогаћење није никакав, суштински гледано, нов институт, већ би се пре могло рећи да представља сублимацију резултата вишевековног развоја кондикција и тужбе *de in rem verso*. Циљ који се овом установом жели постићи јесте спречавање обогаћења једне стране на рачун друге у ситуацијама када је правно неоправдано. Национални законодавац одређује када се обогаћење има сматрати правно неоправданим и којим средствима се најефикасније може постићи његово спречавање. Осим кондикција и тужбе *de in rem verso*, у обзир долази и општа тужба из обогаћења. Да ли се правно неосновано обогаћење може целисходно регулисати једном општом тужбом, да ли та тужба треба да следи логику кондикције или тужбе *de in rem verso*, долази ли у обзир комбинован систем који ће садржати и кондикције и тужбу *de in rem verso* и како он треба да изгледа, питања су која заокупљају теорију правно неоснованог обогаћења.

И кондикције и верзиона тужба настале су у римском праву, регулишући битно друкчије ситуације. Њихов развој није био равномеран. Структура кондикција коју налазимо у Јустинијановим Дигестама остала је готово неизмењена у савременом праву. За разлику од њих, тужба *de in rem verso* током столећа развоја претрпела је значајне промене у односу на свој изворни римскоправни облик.

## Кондикције

Порекло кондикције остало је недовољно расветљено. За старији период римске правне историје изворни подаци о пореклу ове установе веома су оскудни. Многобројни текстови из каснијих периода садрже многа противуречна и често недовољно јасна решења која потичу не само због различитих ставова класичних правника већ и због бројних интерполација.<sup>2</sup> Па ипак, приликом рецепције римског права од значаја су кондикције у облику у коме су присутне у Јустинијановој кодификацији: *condictio indebiti*, *condictio ob causam datorum* (*condictio causa data causa non secuta*), *condictio ob causam finitam*, *condictio ob turpem vel ob iniustam causam*, *condictio furtiva*, *condictio sine causa* у ужем смислу.

1. *Condictio indebiti* – исплата недугованог, обухватала је неколико случајева. Најпре, исплату непостојећег дуга при чему је лице које је

2 Постојале су две врсте интерполација: једну врсту представљају промене које су настале током преписивања класичних дела у време пре Јустинијанове кодификације, док другу врсту представљају „интерполације у ужем смислу” које је извршила Јустинијанова комисија приликом израде Кодификације. Штавише, „вероватно није било области приватног права у којој су се компилатори осећали толико слободни као приликом рада на текстовима који су се тицали неоправданог обогаћења, укључујући кондикције.” – John P. Dawson, *Unjust Enrichment*, Little, Brown and Company, Boston 1951, стр. 52, 53.

платило било у заблуди да дуг постоји.<sup>3</sup> Уколико је оно знало да дуг не постоји и извршило плаћање, није имало право на повраћај исплаћеног. Из наведеног се види да је заблуда о постојању дуга код лица које је извршило плаћање била неопходан услов за додељивање кондикције. Плаћање овде треба схватити у ширем смислу, те се под њега подводе и чинидбе које за предмет имају преношење других ствари (на пример, робова)<sup>4</sup>, па чак и права (плодоуживања)<sup>5</sup>. Посебно је интересантна њена примена у случају када је преносилац био у заблуди да на одређеној земљи нема службеност пута те ју је неоптерећену службеношћу пренео стицаоцу, па је кондикција служила да натера стицаоца да преносиоцу установи поменућу службеност.<sup>6</sup> *Condictio indebiti* нашла је примену и у ситуацији када је плаћено више од оног што се дугује,<sup>7</sup> затим када дуг постоји али који повериоцу није платио дужник већ лице које је у заблуди да дугује,<sup>8</sup> као и када је исплату извршио прави дужник али не правом повериоцу већ лицу за које у заблуди мисли да је његов поверилац<sup>9</sup> Уколико је прималац знао да дуг не постоји и примио исплату, сматрало се да постоји крађа (*furtum*).<sup>10</sup>

2. *Condictio ob causam datorum (condictio causa data causa non secuta)* служила је за повраћај онога што је једно лице другом дало, очекујући да ће наступити одређени резултат, а он је изостао.<sup>11</sup> У класичном праву овде су спадали и случајеви када једно лице другоме нешто даје у очекивању да ће прималац испунити уговорену противчинидбу (*do ut des, do ut facias*), а она изостане. На пример, повраћај мираза уколико не дође до склапања брака.

3. *Condictio ob causam finitam* служила је за повраћај ствари која је дата на основу ваљаног правног основа, али је он накнадно отпао.<sup>12</sup> На пример, повраћај поклона након што је он опозван, повраћај капаре пошто је купопродаја раскинута и сл.

4. *Condictio ob turpem vel ob iniustam causam* служила је за повраћај ствари примљене са циљем извршења чинидбе која је у супротности с моралом односно добрим обичајима (*turpis causa* постоји уколико је, на пример, плаћено да прималац не изврши неки злочин) или правном

3 Д. 12. 6. 1.

4 Д. 12. 6. 19. 3.; Д. 12. 6. 32. 3

5 Д. 12. 6. 12. У овом случају предмет плодуживања је земља, па се кондикцијом врши њен повраћај. Ово је изузетак од правила да се кондицирају ствари које су прешле у својину туженог; Д. 12. 6. 15. 2.

6 Д. 12. 6. 22. 1.

7 Д. 12. 6. 19. 4.; Д. 12. 6. 25; Д. 12. 6. 45.

8 Д. 12. 6. 19. 1.; Д. 12. 6. 65. 9.

9 Д. 12. 6. 65. 9.

10 Д. 13. 1. 18.

11 Д. 12. 4.

12 Д. 12. 7. 1. 2.



поретку (*iniusta causa* – уколико је примљена исплата недозвољених камата).<sup>13</sup> Ову кондикцију није могло употребити лице уколико је његово давање и само било неморално (награда проститутки) или противправно (подмићивање судије).

5. *Condictio furtiva* служила је за повраћај украдене ствари од лопова.<sup>14</sup>

6. *Condictio sine causa* у ужем смислу обухватала је различите случајеве правно неоснованог обогаћења који се нису могли сврстати ни у једну од наведених група (на пример, повраћај оног што је дато на основу ништавог правног посла).<sup>15</sup> Она није представљала општу тужбу из обогаћења без основа, већ је Јустинијан њоме допунио постојећи систем кондикција, те су као и за остале кондикције, претпоставке за њену примену биле строго ограничене.

Радам глосатора извршена је систематизација кондикција Јустинијановог права. Пажњу су првенствено усмерили на одређивање која од кондикција је *generalissima* услед чега је импулс ка стварању једне опште тужбе из обогаћења било то што су управо *condictio sine causa* означили као *generalissima*<sup>16</sup>, што је прихваћено и у Акурзијевој Глоси. Па ипак, глосатори нису дали никаква теоријска објашњења ове „опште тужбе”.<sup>17</sup> С друге стране, глосатори као и коментатори бавили су се анализом специфичних случајева попут побољшања на туђем земљишту код кога се против власника земљишта додељивала тужба за незвано вршење туђих послова (*negotiorum gestio*). Објашњавајући разлоге додељивања тужбе лицу које је извршило побољшање, позивали су се на Помпонијеву изреку о забрани обогаћења на штету другог.<sup>18</sup> Иако нису створили једну општу тужбу из обогаћења, глосатори и коментатори су, анализирајући поједине случајеве код којих се додељивала тужба из незваног вршења туђих послова, основ тужбе налазили у правичности која није дозвољавала да се неко неправедно обогати на рачун другог. Тиме је отворен пут да, осим кондикција, и тужбе из незваног вршења туђих послова постану предмет анализе писаца који су трагали за проналажењем правног средства којим ће се спречавати правно неосновано обогаћење.

Прилике за значајан помак у овој области створене су нововековним оживљавањем идеје природног права услед чега је споменуто Помпонијево начело постављено на ниво основних природноправних

13 Д. 12. 5. 4.

14 Д. 13. 1.

15 Д. 12. 7.

16 Azo, *Summa Codicis*, уз Just. Cod. 4.4.9., Venetiis, 1566.

17 Међу глосаторима изузетак чини Martinus који је био склон решењима на основу правичности. Он се, коментаришући Помпонијеву изреку да се нико не може обогатити на туђ рачун, залагао за увођење једне опште тужбе за повраћај неосновано стеченог. Herman Kantorowicz, *Studies in the Glossator of Roman Law*, Oxford 1938, стр. 86–87, нав. према Јелена Даниловић, „Неосновано обогаћење”, *Анали Правној факултету у Београду*, 708/2002, стр. 498.

18 Види John P. Dawson, *Unjust Enrichment*, стр. 68–69. поводом Д. 3. 5. 5. 5.

начела. Међутим, запажени рад припадника природноправне школе у области кондикција тицао се пре свега одређивања правне природе *condictio indebiti*, то јест да ли она спада у контракте или квазиконтракте.<sup>19</sup> Француски правни писци тога доба су се, опште узевши, мање бавили проблемима неоснованог обогаћења, при чему су већу пажњу посвећивали кондикцијама. *Domat* је сматрао да су кондикције типичне тужбе које се заснивају на принципу забране неоснованог обогаћења на рачун другог и да обавеза да се примљено врати постоји само онда када прибављена корист остане у рукама обогаћеног у време подизања тужбе. *Pothier*, који се у својим радовима много служио римским текстовима, потпуно је занемарио *actio de in rem verso*, док је од кондикција обрадио подробније једино *condictio indebiti*. Он је исплату недугованог заједно са незваним вршењем туђих послова сврстао у квазиконтракте. За оба института *Pothier* сматра да почивају на принципу правичности, односно на правилу да се нико не може бесправно обогатити на рачун другог. С друге стране, припадници немачке историјске правне школе у 19. веку, дали су велики допринос стварању јединствене установе правно неоснованог обогаћења. Они су, проучавајући Дигесте, закључили да се у текстовима о кондикцијама налази регулисана установа правно неоснованог обогаћења.<sup>20</sup> Практичне последице њиховог учења одразиле су се у Немачком грађанском закону (БГБ) из 1900. године, који је у члану 812.<sup>21</sup> предвидео општу тужбу из неоснованог обогаћења.<sup>22</sup>

### Верзиони захтев

*Actio de in rem verso*, као и кондикција, настала је у римском праву. За разлику од кондикције, она је током векова развоја претрпела велике промене у односу на свој изворни облик.

У римском праву *actio de in rem verso* била је једна од такозваних адјектиционих тужби (*actiones adiecticiae qualitatis*) којима је била пред-

19 Francesco Giglio, *Condictio proprietaria und europäisches Bereicherungsrecht*, Duncker&Humboldt, Berlin 2000, стр. 57.

20 Савињи је, као додаток свом капиталном делу *Систем данашњеј римској њрава*, написао монографију о правно неоснованом обогаћењу, у којој каже да се кондикција на први поглед одликује разноликошћу појавних облика али да се сви они свде на једноставан принцип који се огледа у томе да кондикција ступа уместо виндикације која нам више не стоји на располагању. Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd, V, 511. Он се залаже за јединствену кондикцију која би се примењивала увек када дође до обогаћења дужника на рачун имовине повериоца без основа или када је првобитни основ отпао.

21 „Ко чинидбом другог или на други начин на рачун другог без правног основа нешто прибави, обавезан је на повраћај прибављенога.”

22 У теорији постоји спор око тумачења чл. 812 БГБ-а у делу „на други начин – *in sonstiger Weise*”. Чињеница да се у поменутом члану нигде изричито не употребљава термин *condictio*, била је додатан аргумент присталицама схватања да су њиме обухваћени како случајеви кондикције – „ко чинидбом другог” тако и случајеви верзије – „на други начин”. Тако Јелена Даниловић, „Неосновано обогаћење”, стр. 506. Преглед различитог тумачења чл. 812. БГБ – а види код Francesco Giglio, *нав. дело*, стр. 78–93.

виђена контрактна одговорност патерфамилијаса на основу уговора које су закључила њему потчињена лица. Поверилац лица *alieni iuris* или роба који своје потраживање није могао да наплати из пекулијума свога дужника, помоћу ове тужбе наплату је вршио из имовине дужниковог патерфамилијаса, под условом да је патерфамилијас имао корист од закљученог уговора која се огледала у вредности која је ушла у његову имовину. Шеф породице одговарао је ограничено – до висине те вредности,<sup>23</sup> при чему није било потребно да она постоји и у време подизања тужбе.<sup>24</sup> Ова тужба, дакле, представља изузетак од правила римског права да се уговором не могу обавезати трећа лица.<sup>25</sup> *Actio de in rem verso* као једна од тужби *actiones adiecticiae qualitatis* примењивана је у тачно одређеним околностима условљеним специфичним устројством римске породице и робовласничких односа. У потоњим епохама она се разликовала како у области своје примене тако и у начину на који настаје верзија (корист).

Тужба *de in rem verso* временом се одвојила од осталих адјектиционих тужби. Као разлози за то истичу се *causa imputationis*,<sup>26</sup> која говори због чега је тужени обавезан уговором који он није склопио и немогућност повериоца да против посредника, то јест лица с којим је закључио уговор, подигне тужбу из уговора.<sup>27</sup> Друкчија *causa imputationis* у односу на остале адјектиционе тужбе огледала се у користи (*versio in rem*) коју је тужени стицао путем уговора.

Значајно проширење примене верзионе тужбе у римском праву настало је услед једне Диоклецијанове конституције (С. 4. 26. 7. 3.) за коју влада мишљење да је интерполирана и да је новина коју она уводи настала тек у доба Јустинијана. Према овој конституцији, *actio de in rem verso* може се употребити и ако је уговор из кога је тужени имао користити тужилац закључио са слободним лицем које је поступало као пословођа без налога (*negotiorum gestor*) туженог.

Слично као и код кондикција, и у области верзионе тужбе глосатори и коментатори нису остварили запажен помак у њеном даљем развоју. Ово је разумљиво с обзиром на њихов некритички однос према римском праву садржаном у Јустинијановој кодификацији који је за њих био писани разум (*ratio scripta*).

Запажен развој верзионе тужбе јавља се у 17. и 18. веку. Почетком 17. века, више се није сумњало у исправност споменуте Диоклецијано-

23 Д. 15. 3. 3. 1.

24 Д. 15. 3. 3. 7.; Д. 15. 3. 3. 8.

25 Строго гледано, патерфамилијас код уговора поводом којих су предвиђене адјектиционе тужбе представља треће лице.

26 *Causa imputationis* представља разлог због кога је тужени обавезан уговором који он није закључио. Код осталих адјектиционих тужби то је воља туженог да се обавезе преко уговора трећег лица. О овоме Bertold Kupisch, *Die Versionsklage*, Heidelberg 1965, стр. 24.

27 Види Јелена Даниловић, „*Actio de in rem verso* од римског права до аустријског ОГЗ-а”, *Анали Правног факултета у Београду* XV, 1968, стр. 253.

ве конституције, па се *actio de in rem verso* примењивала на уговоре без обзира на то да ли је лице са којим је тужилац закључио уговор у зависном положају према туженом или је слободно лице које води његове послове. Тужба која се темељила на уговору слободних лица називала се *actio de in rem verso utilis*.<sup>28</sup> Иако је било и друкчијих мишљења,<sup>29</sup> преовладало је оно по коме *versio in rem* мора бити постављена у оквиру вођења послова за туженог. Стога је елемент који условљава примену верзионе тужбе био *contrahere in utilitatem alterius*. Када је усвојен принцип директног заступања, примена верзионе тужбе сужена је на ситуације у којима је заступник прекорачио своју пуномоћ или је није имао, или када из других разлога није могао да обавезе лице коме је припала корист из закљученог уговора. Дешавало се да се у овим случајевима није могло доказати да је лице са којим је тужилац закључио уговор водило послове туженог, па се у делима неких правника више не захтева да је то лице делало као заступник или пословођа без налога туженог (*negotiorum gestor*). Тако се дошло до тога да је за примену верзионе тужбе довољно да постоји *alienus contractus* – уговор тужиоца са трећим лицем и *versio in rem* – да је тужени из тог уговора стекао корист.<sup>30</sup>

Временом су се у општем праву јавили случајеви такозване нетехничке верзије (*untechnische versio in rem*) који су са типичним, тространим случајевима верзије имали заједничко то што је тужилац морао да докаже постојање користи код туженог.<sup>31</sup> Као примери нетехничке верзије наводе се уговори са пословно неспособним лицима<sup>32</sup> и случајеви у којима је жена била јемац своје мужу, услед чега је одговарала у

28 Природноправним оживљавањем Помпонијевог начела да се нико не може обогатити на штету другог, правници су почели посматрати *actio de in rem verso* у светлу овог начела истичући да је то циљ ове тужбе. Тај исти циљ дозвољавао је примену тужбе и на случајеве када је средња особа (која је закључила уговор са тужиоцем) својевласна особа (*sui iuris*). *Quumque ratio huius edicti in ipsa aequitate fundamentum reperiat: merito utilis action de in rem verso datur, quando ex contractu negotiorum gestoris, qui sui iuris est, aliquid in rem domini versum est.* Heineccius §191, *циџ.* према Bertold Kupisch, *нав. дело*, стр. 17.

29 Према Wellspacher-у, за примену *actio de in rem verso* није више неопходно постојање треће особе односно потчињеног или својевласног лица, већ да поменуто начело, као релевантан, узима однос између тужиоца и туженог. Стога је за примену *actio de in rem verso* без значаја да ли је до обogaњења туженог дошло посредством пословодства треће особе или не. Види Wellspacher, *Versio in rem* 14, *циџ.* према Bertold Kupisch, *нав. дело*, стр. 18.

30 Јелена Даниловић, „Actio de in rem verso од римског права до аустријског ОГЗ-а”, стр. 252.

31 Bertold Kupisch, *нав. дело*, стр. 38.

32 Писац из тог периода С. Страјк (S. Stryck) каже да је уговор закључен са малолетником ништав све дотле док поверилац не докаже верзију односно обogaњење дужника – „*Contractus itaque cum pupillo initus tam diu erit nullus, usque dum creditor versionem in rem, sive hunc exinde factum esse locupletiozem, probaverit*”, *Continuatio – usus modernus pandectarum*, D. 12. 1.§ 17, *нав. према* Bertold Kupisch, *нав. дело*, стр. 38. Притом се на исти начин третирају и случајеви у којима лицу из других разлога а не због малолетности недостаје пословна способност.

висини користи коју је постигла из уговора који је закључио њен муж.<sup>33</sup> Разлика између типичних верзионих и случајева нетехничке верзије огледала се у томе што је код првих уговор склопио тужилац са трећим лицем, док је код других уговор закључен између тужиоца и туженог. У другој половини 18. века долази до изједначавања нетехничких и типичних верзионих случајева тиме што се и код првих, уместо тужбе из закљученог уговора на вредност верзије, додељивала *actio de in rem verso*. Дотадашња формула верзионе тужбе која је претпостављала корист насталу из уговора другог лица (*versio in rem ex contractu alterius*) није више била одржива. Отуда је, услед укључивања случајева нетехничке верзије у поље примене верзионе тужбе, као једини постављен захтев да постоји корист (верзија) прибављена на рачун туженог.<sup>34</sup> За разлику од кондикције и тужбе из незваног вршења туђих послова, које су у својој примени наилазиле на знатна ограничења, верзиона тужба показала се као веома флексибилна у свим случајевима у којима је тужени остварио корист која се сматрала правно неоснованим обогаћењем. Због тога је *actio de in rem verso* постављена као примарно средство за спречавање правно неоснованог обогаћења у немачким земљама у 18. веку.

Формулација коју је *versio in rem* на прелазу из 18. у 19. век у општем праву добила, могла је бити искоришћена за стварање једне опште тужбе из обогаћења. Па ипак, 19. век донео је нејединственост у погледу поимања верзионе тужбе. Наиме, *actio de in rem verso*, у облику у коме се она развила у општем праву, наставила је да постоји у Пруском и Аустријском грађанском законнику. С друге стране, пандектна наука вратила се изворној римскоправној *actio de in rem verso*.

Опште право (*Ius commune*) представљало је основу Пруског законика (*Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten*) из 1794. и Аустријског грађанског законика (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*) из 1811. године. Оба законика садрже верзионе тужбе или такозване тужбе из корисне употребе (*Klagen aus nützlicher Verwendung*), које регулишу употребу једне ствари која припада туђој имовини у корист другог лица. Стога се нарочито верзиона тужба Пруског законика схвата као општа тужба из неоснованог обогаћења.<sup>35</sup> Француски грађански законик из 1804. прихватио је учење Поатјеа и регулисао исплату недугованог и незвано вршење туђих послова сврставши их у квазиконтракте. Одсуство опште тужбе из неоснованог обогаћења оставило је празнину која је током 19. века причињавала тешкоће судској пракси. У доктрини је, међутим, још у доба Поатјеа и непосредно после њега писано о *actio de in rem verso* као о општој тужби из неоснованог обогаћења. Француска судска пракса је

33 S. Stryck, *нав. дело*, § 58, *нав. према* Bertold Kupisch, *нав. дело*, стр. 38–39.

34 Bertold Kupisch, *нав. дело*, стр. 40.

35 Друкчији став, када је у питању аустријска тужба *de in rem verso*, заступао је Swoboda. Он је сматрао да се у њеној основи не налази теорија правно неоснованог обогаћења, већ да она представља допуну институту *negotiorum gestio* и примењује се онда када нема условслова за његову примену по члану 1035. АГЗ-а.

*actio de in rem verso* увела у француско право 1892. одлуком Касационог суда у спору *Bourget*.

Након кратког историјата кондикција и *actio de in rem verso*, поставља се питање како је регулисан институт правно неоснованог обогаћења у српском правном систему.

### Српски грађански законик (СГЗ) из 1844. године

Србија је свој Грађански законик донела још 1844. године и он је важио пуних 100 година, до 1946. године, када је под дејством „револуционарне свести” заједно са свим законима Србије и предратне Југославије изгубио правну снагу.

СГЗ је за свој узор имао Аустријски грађански законик (АБГБ) из 1811. године који не познаје јединствено регулисан институт правно неоснованог обогаћења као ни општу кондикцију (*condictio sine causa*). Осим употребе туђе ствари у корист другог (гужбе *de in rem verso*), АБГБ регулише поједине случајеве кондикција. Тако, исплату недугованог, заједно са исплатом по основу који је доцније отпао (*condictio indebiti* и *condictio ob causam finitam*) регулише у чл. 1431–37. Осим тога, на другим местима регулисани су још и неки посебни случајеви повраћаја оног што је дато без основа.<sup>36</sup>

СГЗ је од појединачних кондикција регулисао исплату недугованог (*condictio indebiti*) у члан 902: „Ко се превари у незнању будући ствари или закона, па плати оно што није дужан био платити, онда има право натраг искати, и то да му се врати. И ако ко учини оно, што није дужан био учинити, има право награду приличну за то искати.” Овај члан одговара члану 1431. АБГБ-а. Битан елемент била је заблуда исплатиоца о постојању дуга која се могла тицати било чињеница („ко се превари, у незнању будући ствари”) било права („или закона”). Као ни у аустријском, ни у српском праву није се захтевало да заблуда буде извињива.<sup>37</sup>

СГЗ је, затим, делимично регулисао *condictio ob turpem vel ob iniustam causam* јер је у члану 722. забранио повраћај онога што је дато по неморалном или незаконитом основу, као и из уговора чији је предмет немогуће испунити. Члан 722. налази се у оквиру уговора о најму и гласи: „Ако би ко што немогуће, или што недозвољено и срамно, или забрањено од кога за награду захтевао; онај није дужан учинити баш да би и награду примио. Шта више и награда му припада, нити је може натраг искати.” Овај члан представља крњу верзију члана 1174. АБГБ-

36 Чл. 877. – повраћај датог на основу ништавог уговора; чл. 1174. – повраћај оног што је дато по недопуштеном основу; чл. 1274. – враћање вереничких дарова и др.

37 Тако Драгољуб Аранђеловић, „О неправедном обогаћењу”, *Архив за правне и друшћивене науке*, књ. XI, коло 2, 1925, стр. 412. То је у супротности са чл. 14. СГЗ-а који предвиђа: „Незнање закона већ обнародованог никоме не помаже, и нико се незнањем закона извинити или бранити не може.”

а. Такође, СГЗ није регулисао кондикцију *ob causam datorum* уопштено, али један случај ове тужбе видимо у члану 778.<sup>38</sup> који прописује да је вереник (или вереница) овлашћен да тражи повраћај оног што је дао на поклон вереници (веренику), када без његове кривице није дошло до склапања брака.

СГЗ, за разлику од АБГБ-а као свог узора, није регулисао тужбу *de in rem verso*. Отуда произилази да су у време важења СГЗ-а читава наша наука и пракса о правно неоснованом обогаћењу биле засноване на само два законска прописа – једном који регулише *condictio indebiti* и другом који прописује *condictio ob turpem vel ob iniustam causam*. Па ипак, екстензивним тумачењем које је за свој узор имало пре свега кондикције регулисане у аустријском праву, омогућена је примена ове уставне у много ширим границама него што би се очекивало само на основу споменута два члана.<sup>39</sup>

### Закон о облигационим односима (ЗОО)

Закон о облигационим односима који се данас примењује у Србији, јединствено је регулисао институт правно неоснованог обогаћења користећи назив „стицање без основа” у члановима 210–219.

Правила о правно неоснованом обогаћењу ЗОО-а садрже како елементе кондикција, тако и елементе тужбе *de in rem verso*, који се често заједно јављају у истој норми.

У члану 210. ст. 1. налази се дефиниција стицања без основа: „Кад је неки део имовине једног лица прешао на било који начин у имовину неког другог лица, а тај прелаз нема свој основ у неком правном послу или у закону, стицалац је дужан да га врати, а кад то није могуће – да накнади вредност постигнутих користи.” По питању одређења правне природе ове норме постоје различита мишљења. По једном, ова норма предвиђа општу тужбу из обогаћења која је примењива како на случајеве кондикција тако и на случајеве тужбе *de in rem verso*. Остали чланови (211–219) представљају само разраду овог основног правила.<sup>40</sup> Према другом тумачењу, чланом 210. регулисани су само случајеви који се одnose на кондикције, док су случајеви који се тичу тужбе *de in rem verso* регулисани посебно, у члановима 217. и 218. ЗОО-а.<sup>41</sup>

Широким тумачењем члана 210. ст. 1. могу се обухватити како случајеви на које се примењују кондикције тако и верзиони случајеви. Стога има основа закључку да ЗОО у члану 210. ст. 1. садржи општу тужбу

38 Члан 778. СГЗ-а: „Ако ли заручник својој заручници или ова ономе што поклони, или обећа на случај брака, па би се брак без кривице дародавца разишао, онда онај може дар порећи, или ако је дао, натраг узети.”

39 Види Драгољуб Аранђеловић, *нав. дело*, стр. 399–424.

40 То схватање заступа и С. Перовић, *Коментар Закона о облигационим односима*, књига прва, Савремена администрација, Београд 1995, стр. 483.

41 Јелена Даниловић, „Неосновано обогаћење”, стр. 507.

из обогаћења. Схватање да је у члану 210. ст. 1. законодавац имао у виду једну општу кондикцију, која искључује верзионе случајеве из поља своје примене узима у обзир распоред чланова о стицању без основа. Наиме, да је законодавац желео да верзиона тужба буде обухваћена чланом 210. ст. 1, он би правила о обиму враћања (чл. 214) и накнади трошкова (чл. 215) ставио на самом крају, то јест након чланова о верзионој тужби, а не би их уметнуо (као што је учинио) између одредби које говоре о томе шта се не сматра исплатом недугованог (*condictio indebiti*) и одредби о тужби *de in rem verso*. Таквим распоредом могло би се закључити да се правила о обиму враћања и накнади трошкова односе само на кондикције, а не и тужбу *de in rem verso*, што се, према нашем мишљењу, не би могло прихватити.

С друге стране, у прилог ставу да члан 210. ст. 1. обухвата тужбу *de in rem verso*, те да се ипак ради о општој тужби из обогаћења, говори то што је њиме прописано да уколико натурална реституција није могућа, стицалац је дужан да накнади вредност постигнутих користи. Битан елемент тужбе *de in rem verso* управо је корист коју је остварио тужени, те се у упоредном праву сусреће решење према коме се тужени обавезује на надокнаду само стварно постигнутих користи.<sup>42</sup> Напротив, правила о кондикцији дају право осиромашеном лицу на новчани еквивалент уместо немогуће натуралне реституције и у ситуацији када тужени није остварио никакву корист посредством стеченог предмета. То ће бити случај кад је предмет уништен пре него што је обогаћени остварио корист од њега или је, пак, тим предметом добродично располагао у корист трећег лица. Према језичком тумачењу члана 210. ст. 1, новчана реституција не долази у обзир уколико стицалац није остварио никакву корист од стеченог без основа.

Члан 210. ст. 2. гласи: „Обавеза враћања, односно накнаде вредности, настаје и кад се нешто прими с обзиром на основ који се није остварио или који је касније отпао”. Не би било погрешно у овој норми видети две појединачне кондикције: прва се тиче основа који се није остварио (*condictio ob causam datorum*), а друга основа који је доцније отпао (*condictio ob causam finitam*). Необично је што је законодавац пропустио да изричито регулише једну од најстаријих и у пракси веома честих појединачних кондикција – такозвану исплату недугованог (*condictio indebiti*), већ се она изводи из општег правила у члану 210. ст. 1. Међутим, иако није дато опште одређење исплате недугованог, у четири члана (211, 212, 213. и 216) регулисана су поједина питања исплате недугованог на основу којих се посредно закључује које су карактеристике исплате недугованог у српском праву. Тако из члана 211, којим је прописано када се не може тражити повраћај плаћеног, произилази да је неопходан елемент исплате недугованог заблуда исплатиоца о постојању дуга: „Ко изврши исплату знајући да није дужан платити, нема право да

<sup>42</sup> Клаузула о нестанку обогаћења (*Wegfall der Bereicherung*) узета је, на пример, у обзир у пруској верзионој тужби.



захтева враћање, изузев ако је задржао право да тражи враћање или ако је платио да би избегао принуду.”

Чланови 217. и 218. посвећени су верзионој тужби. У члану 217. говори се о употреби ствари у туђу корист: „Ако је неко своју или туђу ствар употребио на корист трећег, а нема услова за примену правила о пословодству без налога, трећи је дужан вратити ствар, односно, ако то није могућно, накнадити њену вредност.”<sup>43</sup> Притом, право на накнаду остварује се независно од тога да ли је лице које је употребило ствар било савесно или не, то јест да ли није знало или је знало да неовлашћено употребљава туђу ствар. Члан 218. одговара члану 1042. Аустријског грађанског законика, који води порекло из општег права.<sup>44</sup> Њиме је прописано: „Ко за другог учини какав издатак или нешто друго што је овај по закону био дужан учинити, има право захтевати накнаду од њега.”

## Преднацрт будућег Српског грађанског законика

Имајући у виду да су у току радови на доношењу Српског грађанског законика, накратко ћемо се осврнути на његова решења у овој материји. Предложено нормирање правно неоснованог обогаћења у Преднацрту будућег Српског грађанског законика није се битно удаљило од решења ЗОО-а. Преднацрт је начелно задржао распоред чланова из ЗОО, тако да након опште дефиниције правно неоснованог обогаћења следе појединачне кондикције, потом правила враћања и на крају правила о верзионој тужби. Будући да је Преднацрт преузео неизмењено опште правило из члана 210. ст. 1. ЗОО и ставио га у члан 235, и даље остаје спорна његова правна природа, то јест да ли у њему треба видети општу тужбу из обогаћења која обухвата све случајеве правно неоснованог обогаћења (дакле, кондикције, верзиону тужбу и све случајеве на које се не могу применити прва два правна средства) или општу кондикцију. Па ипак, без обзира на одређење правне природе општег правила из члана 235, у преднацрту је учињено добро што су појединачне кондикције посебно регулисане. Такође, изричито је регулисана исплата недугованог, чиме је исправљен недостатак ЗОО.

## Теоријске разлике

Узимајући у обзир да је основан став по коме је законодавац желео да одржи разлику између кондикција и тужбе *de in rem verso*, поставља се питање у чему се огледа њихова разлика.

43 Право на накнаду постигнуте користи има не само власник ствари већ и сваки правно овлашћени ималац ствари (на пример, купац). Упореди члан 1041. Аустријског грађанског законика.

44 Пракса судова у Немачкој, у другој половини 18. века била је таква да су лицу које је алиментирало туђе дете додељивали тужбу *de in rem verso* да би остварило накнаду од оца детета. Види Јелена Даниловић, „Actio de in rem verso од римског права до аустријског ОГЗ-а”, стр. 255.

Битан елемент кондикције је непостојање правног основа да обогашени задржи предмет обогашења, због чега је тужени обавезан на његов повраћај. У принципу, кондикцијом се захтева повраћај датог, то јест повраћај предмета који се чинидбом тужиоца нашао у имовини туженог. Кондикција је првенствено усмерена на натуралну реституцију предмета обогашења. Накнада вредности предмета обогашења (новчана реституција) не представља предмет кондикције, већ је она сурогат предмета обогашења који није више могуће у природи вратити.<sup>45</sup> Стога се новчана реституција код кондикције јавља као нужно решење. Потом, код кондикције се не води рачуна о савесности стицаоца, те је она допуштена чак и ако је стицалац био савестан, то јест оправдано веровао да је предмет обогашења стекао уз постојање правног основа. Отуда се код кондикције полази пре свега од осиромашеног лица о чијем је имовинскоправном положају реч, те се евентуалне корекције на страни туженог приликом реституције занемарују. У том смислу кондикциони поверилац има право на повраћај целог предмета а не, евентуално, само једног његовог дела. Битан елемент кондикције је непостојање правног основа да се предмет обогашења задржи, отуда, на пример, случајеви сједињења ствари различитих власника не спадају у случајеве кондикције јер код њих закон одређује које лице ће под одређеним околностима имати власништво на сједињеној ствари и тиме установљава правни основ држања дела који је пре тога био у имовини другог лица.<sup>46</sup>

Централни појам тужбе *de in rem verso* представља правичност (*aequitas*)<sup>47</sup>, која налаже свестрано разматрање имовинскоправног положаја обе стране (како осиромашеног тако и обогашеног) и њиховог психичког стања. У зависности од резултата тог разматрања одређује се висина обавезе туженог. Остварена корист туженог представља битан елемент тужбе *de in rem verso*, те ће тужени бити обавезан да накнади вредност стварно постигнутих користи. Под одређеним условима тужени може бити ослобођен накнаде вредности ствари уколико је она случајно пропала пре него што је остварио корист њеном употребом.<sup>48</sup> Нема места верзионој тужби ако је корист настала искључивом делатношћу лица које ју је стекло, то јест туженог. Накнада вредности постигнуте користи у случају немогуће натуралне реституције не представља никакав сурогат већ често примарни предмет тужбе *de in rem verso*.<sup>49</sup>

Иако воде истом циљу који се огледа у спречавању правно неоснованог обогашења, између кондикције и верзионе тужбе постоје разлике

45 Види Francesco Giglio, *нав. дело*, стр. 280.

46 Francesco Giglio, *нав. дело*, стр. 281.

47 Francesco Giglio, *нав. дело*, стр. 283.

48 Види напред тужбу *de in rem verso* пруског права.

49 Francesco Giglio, *нав. дело*, стр. 280.

које законодавац мора недвосмислено истаћи. Притом, неосновано је очекивати да норме о кондикцијама и верзионој тужби у свему следе обележја која налазимо у теорији. Примери из упоредног права такође показују одступања од теоријских модела.

## Закључак

У важећем српском праву неоснованог обогаћења сусрећу се битна обележја како кондикција тако и тужбе *de in rem verso*. Има основа схватању да ЗОО познаје општу тужбу из обогаћења регулисану у члану 210. У прилог овом схватању говори то што овај члан обухвата све случајеве код којих је „на било који начин” дошло до прелаза дела имовине с једног субјекта на други, а тај прелаз нема свој основ у неком правном послу или закону. Осим кондикционих и верзионих, овде спадају и случајеви који се не могу сврстати ни у једну од ове две групе случаја, а који се могу окарактерисати као правно неосновано обогаћење и као такви захтевају правно регулисање.

Појединачне кондикције у ЗОО-у нису прегледно формулисане, већ се изводе из члана 210. С извесним одступањима, може се рећи да се област примене кондикција налази у границама које је поставило Јустинијаново право. С друге стране, верзиона тужба савременог српског права од римскоправне тужбе *de in rem verso* није задржала готово ништа. Сличност постоји само у тространом односу (уколико је неко туђу ствар употребио у корист трећег) који опет није нужан јер је могуће да се верзиони случај код нас тиче и само две стране (уколико је неко своју ствар употребио у корист другог). Српска верзиона тужба из члана 217. ЗОО, по својој формулацији, има сличности са верзионим тужбом аустријског права из члана 1041. АБГБ-а, која води порекло из општег права. У формулацији обе тужбе изричито се каже да се она може применити уколико нема услова за примену пословодства без налога. Обе предвиђају првенствено натуралну реституцију, па тек уколико она није могућа накнаду вредности ствари. За разлику од аустријске тужбе *de in rem verso* коју може подићи власник ствари, код нас, осим власника, то може учинити сваки овлашћени ималац ствари (закупац, послугопримац и сл.). Такође, према аустријском праву, код новчане накнаде ствари процењује се њена вредност у тренутку када је била употребљена, чак и да је корист од њене употребе доцније осујећена. Насупрот томе, наш законодавац не говори који тренутак је релевантан за процену вредности ствари, као ни да ли има места накнади уколико је корист од употребе накнадно осујећена.

Mag. Valentina Cvetković Đorđević\*

## UNJUST ENRICHMENT IN SERBIAN LAW

### SUMMARY

*The aim of the paper is to examine the legal nature of the unjust enrichment in the law of Serbia. The author first considers the title of the institute and concludes that the legally unjust enrichment is the most appropriate term. In the following chapter briefly given is the history of two constitutional elements of the unjust enrichment – *condictio* and *actio de in rem verso*, beginning from the Roman law, to glossators' and postglossators' work and different perceptions of these institutes in the Prussian, Austrian, French and German legal history. Finally given is the regulation of the unjust enrichment in the Serbian legal history and the valid Law of Contract and Torts, as well as a brief review of the Draft of the future Serbian Civil Code. In the valid Serbian law of unjust enrichment present are main characteristics of both elements *condictio* and *actio de in rem verso*. It is a justifiable conclusion that the Law of Contract and Torts in art. 210 contains a general action for prevention of enrichment. Besides the cases of *condictio* and *actio de in rem verso*, this article includes certain cases which do not belong to these remedies (*condictio* and *actio de in rem verso*) but they undoubtedly do represent unjust enrichment. With certain departures, it can be said that the scope of application of conditions is in limitations set by Justinian law. On the other hand, Serbian *actio de in rem verso* in comparison to the one in the Roman law, has practically nothing in common. Its formulation in art. 217 and 218 of the Law of Contract and Torts is similar to the *actio de in rem verso* given in art. 1041 and 1042 of the Austrian Civil Code.*

Key words: *Unjust enrichment*. *Condictio*. *Actio de in rem verso*.

---

\* Valentina Cvetković Đorđević, mag. sci. Assistant, Faculty of Law University of Belgrade. This article is the result of research within the project *Perspectives of Implementation of European Standards in the Serbian Legal System* (179059), supported by the Ministry of Science of Serbia.

## UPRAVNI POSLOVI U OBLASTI UPRAVLJANJA HEMIKALIJAMA I EVROPSKE INTEGRACIJE

### Apstrakt

Važan aspekt reformi u oblasti zaštite životne sredine i evropskih integracija predstavlja i izgradnja sistema za upravljanje hemikalijama na nacionalnom nivou, uz razvoj institucionalnih kapaciteta za sprovođenje kompleksnog zakonodavstva u ovoj oblasti. U Srbiji je prethodnom periodu usvojen Zakon o upravljanju hemikalijama, strateškim dokumentima je predviđena kontinuirana izgradnja ovog sistema i ustanovljena je Agencija za hemikalije koja je obavljala značajan broj upravnih poslova u ovoj oblasti. Odlukom Narodne skupštine Republike Srbije, 25. septembra 2012. godine, usvojene su izmene i dopune Zakona kojima je predviđeno ukidanje Agencije za hemikalije i prelazak nadležnosti na Ministarstvo energetike, razvoja i zaštite životne sredine. U radu se analizira okvir upravljanja hemikalijama u Srbiji, ispituju modaliteti obavljanja upravnih (i regulatornih) poslova u oblasti upravljanja hemikalijama (i biocidnim proizvodima) u Srbiji i njihova transformacija u prethodnom periodu, položaj i uloga (ukinute) Agencije za hemikalije, određeni upravni poslovi i njihovo obavljanje.

Ključne reči: Upravljanje hemikalijama. Javne agencije. Evropske integracije. Reforma javne uprave. Agencija za hemikalije.

### Uvodne napomene

Proces evropskih integracija pred zemlje koje pristupaju Evropskoj uniji postavlja značajne izazove implementacije rastućeg *acquis*-a u mnogim oblastima, uključujući i zaštitu životne sredine. Važan aspekt reformi u oblasti zaštite životne sredine predstavlja i izgradnja sistema za upravljanje hemikalijama na nacionalnom nivou, kao i razvoj institucionalnih kapaciteta za sprovođenje kompleksnog zakonodavstva u ovoj oblasti. Oblast zaštite životne sredine je posebno interesantna u pogledu institucionalnih i legislativnih reformi zbog progresivnog razvoja normativnog okvira i na nacionalnom i na međunarodnom nivou, povećanja broja procedura i standarda koji subjekti koji utiču na životnu sredinu moraju da poštuju, kao i potrebe kontinuiranog i intenzivnog nadzora.<sup>1</sup>

\* Marko Milenković, MA, istraživač saradnik Instituta društvenih nauka u Beogradu i kandidat na doktorskim studijama na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu. Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije* (179059), koji podržava Ministarstvo nauke Republike Srbije.

1 Poslovi savremene javne uprave su raznovrsni, a naročito su složeni u oblasti zaštite životne sredine. Upravnu delatnost tako, kao ukupnost svih aktivnosti uprave, čine izvrša-

U Srbiji je prethodnom periodu usvojen Zakon o upravljanju hemikalijama (ZH), strateškim dokumentima predviđena je kontinuirana izgradnja ovog sistema i ustanovljena je Agencija za hemikalije koja je obavljala značajan broj upravnih poslova u ovoj oblasti. Odlukom Narodne skupštine Republike Srbije, 25. septembra 2012. godine, usvojene su izmene i dopune Zakona kojima je predviđeno ukidanje Agencije za hemikalije kao jedne od sedam upravnih organizacija ovog tipa koje su ukinute.

U radu se ispituju modaliteti obavljanja upravnih (i regulatornih) poslova u oblasti upravljanja hemikalijama (i biocidnim proizvodima) u Srbiji. U radu se takođe analizira i režim upravljanja hemikalijama u Evropskoj uniji i relevantni propisi. Ispitivanje ove teme je posebno interesantno u kontekstu snažnog antiagencijskog diskursa u našoj javnosti, koji je dominirao u političkim raspravama tokom poslednjeg izbornog ciklusa u Srbiji tokom 2011. i 2012. godine, koji je rezultirao ukidanjem Agencije za hemikalije i promenom institucionalnih aranžmana u ovoj oblasti.

## 1. Okvir upravljanja hemikalijama u Evropskoj uniji

### 1.1. Podela nadležnosti u oblasti zaštite životne sredine između Evropske unije i država članica i obavljanje upravnih poslovi

Nadležnosti Evropske unije u oblasti zaštite životne sredine graduelno su razvijani od početka sedamdesetih godina prošlog veka, a zaštita životne sredine kao posebna nadležnost uvršćena je u osnivački ugovor tek 1986. godine, usvajanjem Jedinstvenog evropskog akta.<sup>2</sup> Pravni izvori Evropske unije u oblasti zaštite životne sredine danas su brojni i pokrivaju široku materiju horizontalnog ekološkog zakonodavstva i sektorska pitanja zaštite prirodnih dobara, uticaja na pojedinačne medijume životne sredine, materije koje mogu uticati na životnu sredinu (uključujući hemikalije) i intersektorska pitanja poput energetike ili poljoprivrede.<sup>3</sup> Ugovor o funkcionisanju Evropske unije u članu 4. predviđa da Evropska unija ima podeljenu nadležnost sa državama članicama nad većim brojem oblasti, uključujući zaštitu životne sredine, s tim što očuvanje morskih bioloških resursa u skladu sa zajedničkom politikom ribarstva spada u isključivu nadležnost Unije (član 3).<sup>4</sup>

vanje propisa, učestvovanje u oblikovanju politika, praćenje stanja, inspeksijski nadzor i ostali stručni poslovi poput izrade analiza, prikupljanje podataka, informisanja. Uporediti: Lilić, S., *Upravno pravo – Upravno procesno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2009, str. 303–304.

2 Za istorijat razvoja Ekološkog prava i politike EU videti, Kramer, L., *EC Environmental Law*, Sweet & Maxwell, London 2007; Lee, M., *EU Environmental law, Challenges, Change and Decision-making*, Hart Publishing, Oxford 2005.

3 Za pregled relevantnog zakonodavstva u oblasti videti: Todić, D., *Vodič kroz EU politike – životna sredina*, Evropski pokret, Beograd 2011.

4 U oblastima u kojima su podeljene nadležnosti, postoji mogućnost delovanja i država članica i Evropske unije, ali su članice ograničene u pogledu delovanja time da li je Unija

## 1.2. Institucije Evropske unije i sprovođenje politike zaštite životne sredine

Evropska komisija ima značajnu ulogu u kreiranju politike zaštite životne sredine, koja se ogleda prevashodno u predlaganju komunitarnih propisa. Iako nema direktnu nadzornu ulogu nad primenom propisa (inspekcijska ovlašćenja), Komisija može da inicira procedure pred Sudom pravde Evropske unije u slučaju da države članice ne implementiraju obaveze iz komunitarnih propisa, u skladu sa članom 211. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije. U okviru Evropske komisije pitanjima zaštite životne sredine bavi se više direktorata: Direktorat za zaštitu životne sredine, Direktorat za energetiku, Direktorat za zaštitu zdravlja i potrošače, Direktorat za poljoprivredu i ruralni razvoj, Direktorat za pomorska pitanja i ribarenje, a 2010. godine osnovan je i poseban Direktorat za klimatske promene koji je preuzeo deo nadležnosti od Direktorata za zaštitu životne sredine i Direktorata za energetiku u okviru šireg angažovanja EU po pitanju rešavanja problema klimatskih promena. Evropski parlament, uz Savet ministara, donosi akte sekundarnog zakonodavstva na predlog Komisije, a u okviru njega pitanjima životne sredine se bavi Komitet za životnu sredinu. Savet ministara, uz Evropski parlament, usvaja sekundarne propise i političke akte, uključujući one koji se odnose na životnu sredinu, a kada razmatra pitanja u ovoj oblasti zaseda kao Savet ministara za životnu sredinu država članica EU. Konačno, Sud pravde Evropske unije, koji ima značajnu ulogu u ovoj oblasti, doneo je veliki broj presuda, naročito u slučajevima kada države članice nisu implementirale obaveze koje proizlaze iz sekundarnog zakonodavstva.

Sa stanovišta obavljanja sve većeg broja upravnih, regulatornih i stručnih poslova, za ovu analizu je posebno interesantno nekoliko agencija Evropske unije osnovanih u prethodnih dvadeset godina za poslove u ovoj oblasti: Evropska agencija za zaštitu životne sredine i Evropska agencija za hemikalije, ali i Evropska agencija za pomorsku bezbednost, Agencija za kontrolu ribarenja. Evropska agencija za zaštitu životne sredine (EEA) prevashodno obavlja poslove prikupljanja i obrade informacija od značaja za životnu sredinu, njihove obrade i sistematizacije kao i informisanja javnosti u ovoj oblasti.<sup>5</sup> EEA takođe koordinira nacionalne agencije (odnosno odgovarajuća tela) u ovoj oblasti, koju ostvaruje putem dve mreže direktora agencija u oblasti zaštite životne sredine. Aktivnosti EEA se prostiru i izvan domena EU putem prikupljanje podataka i njihovu razmenu i sa članicama EFTA i državama Za-

---

već koristila nadležnosti. Za analizu podele nadležnosti u oblasti zaštite životne sredine videti: Client Earth, *The impact of the Lisbon Treaty – an environmental perspective*, 2010, str. 6–17, dostupno na <http://www.clientearth.org/reports/clientearth-briefing-lisbon-treaty-march-2010.pdf>; Milenković, M., „Upravni poslovi u oblasti zaštite životne sredine u Evropskoj uniji i podela nadležnosti sa državama članicama”, u: Rašević, M. (ur) *Pomeraćemo granice*, Insitut društvenih nauka, 2012 (u štampi).

5 Za sve poslove koje obavlja Evropske agencije 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, 25.6.2008, str. 86.

padnog Balkana na nivou Eioneta (European Environment Information and Observation Network).<sup>6</sup> O ulozi Evropske agencije za hemikalije biće posebno reči u naslovu 1.4.

### 1.3. Obavljanje inspeksijskog nadzora

Zakonodavstvo Evropske unije u oblasti zaštite životne sredine čini više stotina različitih akata, uključujući regulative, direktive i akte „mekog” prava u širokom polju regulacije koje obuhvata oblast zaštite životne sredine. Osim prirode regulatornog procesa u ovoj oblasti, ključni izazov predstavlja sprovođenje propisa i nadzor uprave nad sprovođenjem. Nadzorni (kontrolni) proces karakteriše korišćenje upravnopravnih ovlašćenja, koja se vrše prema kontrolisanom subjektu u vezi sa objektom, odnosno predmetom kontrole. Inspeksijski nadzor je jedan od ključnih vidova upravne delatnosti, od velike je važnosti za uspešnu implementaciju propisa u svim oblastima i jedan je od preduslova za ostvarivanje prava pojedinaca i privrednih društava.<sup>7</sup> U domenu zaštite životne sredine ova vrsta kontrole posebno je važna zbog potencijalnih štetnih posledica po životnu sredinu i zdravlje ljudi. Obavljanje nadzora nad sprovođenjem propisa od operatora koji utiču na životnu sredinu (to jest pravnih i fizičkih lica u državama članicama) posebno je značajno za implementaciju ekoloških propisa. Na nivou EU ovo pitanje je naročito važno s obzirom na to da se inspeksijske nadležnosti nalaze na nivou država članica koje imaju različite tradicije i kapacitete zaštite životne sredine, a zadržavanje ovog oblika kontrole na nacionalnom nivou proističe i iz prirode kontrolnog procesa i širine ovlašćenja i (potencijalnog) zadiranja u prava operatera koji na životnu sredinu utiču; a za efektivnost primene ekološkog prava EU ključno pitanje je premošćavanje implementacionog jaza<sup>8</sup> koji postoji između država članica i kako dovesti do usaglašenog nivoa primene komunitarnih propisa na nacionalnom nivou.<sup>9</sup>

6 U Srbiji je 2004. godine formirana Agencije za zaštitu životne sredine kao organ u sastavu Ministarstva nadležnog za zaštitu životne sredine, a model nadležnosti Evropske agencije za zaštitu životne sredine poslužio je i za definisanje nadležnosti naše Agencije. Više o njenom položaju i ulozi videti: Milenković, M., „Položaj i uloga agencije za zaštitu životne sredine”, u: Lilić, S. (ur.) *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije – knjiga I*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2011, str. 251–259.

7 Više o inspeksijskom nadzoru u oblasti zaštite životne sredine videti: Milenković, M., „Ekološka inspekcija i decentralizacija Srbije”, u: Dimitrijević, P. Stojanović, N. (ur.), *Ekologija i pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, 2011, str. 513–528.

8 „Implementacioni jaz” je izraz koji se često koristi za označavanje razlike koja u praksi nastaje između zacrtanih ciljeva određene politike i propisa i rezultata koji nastaju njenom primenom. Konkretno u oblasti zaštite životne sredine on se često javlja. O problemima implementacionog jaza u ovoj oblasti videti: European Commission (Directorate-General Environment), *The costs of not implementing the environmental acquis – Final report*, septembar 2011.

([http://ec.europa.eu/environment/enveco/economics\\_policy/pdf/report\\_sept2011.pdf](http://ec.europa.eu/environment/enveco/economics_policy/pdf/report_sept2011.pdf)).

9 Detaljnije videti: Milenković, M., „Upravni poslovi u oblasti zaštite životne sredine u Evropskoj uniji i podela nadležnosti sa državama članicama”, u: Rašević, M. (ur.), *Pomeraćemo granice*, Institut društvenih nauka, 2012 (u štampi).



#### 1.4. Evropska agencija za hemikalije

Evropska agencija za hemikalije osnovana je sa ciljem da obavlja poslove implementacije propisa EU u ovoj oblasti, a naročito Regulative 1907/2006 (Registration, Evaluation, Authorisation and Restriction of Chemical substances – REACH; Registracija, evaluacija, autorizacija i ograničenje upotrebe hemijskih supstanci) 2007. godine sa sedištem u Helsinkiju.<sup>10</sup> Njene aktivnosti uključuju više oblika upravne delatnosti. U njih se ubrajaju: 1. poslovi registracije, evaluacije, autorizacije i restrikcija prometa hemijskih supstanci u EU (uključujući i koordinaciju država članica i njihovih organa), 2. informisanje javnosti (uključujući ostvarivanje prava na pristup informacijama o opasnim supstancama), 3. pomoć kompanijama radi primene regulative REACH, ali i 4. učešće u formiranju politika i donošenju akata obezbeđivanjem naučnih informacija u regulatornom procesu (putem delovanja komiteta osnovanih u okviru agencije). Radi koordinacije aktivnosti država članica i analize činjenica neophodnih za regulaciju u ovoj oblasti, u okviru Agencije su formirana tri komiteta – Komitet država članica, Komitet za procenu rizika i Socioekonomski komitet. Osim njih, osnovan je i Forum za razmenu informacija o primeni koji koordiniše nadležna nacionalna tela putem razmene dobre prakse, predlaganja, koordinisanja i evaluacije zajedničkih projekata za primenu i zajedničkih inspekcija, razvoja metoda koje koriste inspektori, i obavlja druge oblike saradnje.<sup>11</sup>

## II. Okvir upravljanja hemikalijama u Srbiji

U drugom delu rada biće analiziran okvir upravljanja hemikalijama u Srbiji, institucionalna rešenja, položaj i uloga (ukinute) Agencije za hemikalije, određeni upravni poslovi i njihovo obavljanje i ponuđenje opservacije o novoj organizaciji upravljanja ovom oblašću.

### 2.1. Strateški dokumenti u oblasti zaštite životne sredine i oblast upravljanja hemikalijama

Upravljanje hemikalijama je od velikog značaja za zaštitu zdravlja ljudi i zaštite životne sredine. Veći broj strateških dokumenata koje je usvojila Republika Srbije u prethodnom periodu obrađuje i ovu tematiku.

Nacionalna strategija održivog razvoja od 2009. do 2017. godine potcrta da hemijska industrija ima veoma značajnu ulogu u ukupnoj industrijskoj proizvodnji i spoljnotrgovinskoj razmeni Republike Srbije (18%), ali da zakonski okvir koji se odnosi na hemikalije u Republici Srbiji nije u saglasnosti s propisima EU i ne obuhvata sve oblasti koje su predviđene evropskim propisima. Strategija je identifikovala značajne probleme u ovoj oblasti: 1. nepo-

10 Više o REACH regulativi videti: Spencer Williams, E., Panko, J., Paustenbach, D., The European Union's REACH regulation: a review of its history and requirements, *Critical Reviews in Toxicology*, 39(7), 2009, str. 553–575.

11 Videti više: <http://echa.europa.eu/web/guest/about-us/who-we-are/enforcement-forum>.

stojanje baze podataka i sistematskog praćenja hemikalija, odnosno efekata koje mogu izazvati određene hemikalije na ljudsko zdravlje i životnu sredinu; 2. nedovoljnu tehničku opremljenost laboratorija za kvalitativno i kvantitativno ispitivanje hemikalija i nepostojanje sistema za praćenje usklađenosti rada laboratorija s dobrom laboratorijskom praksom; 3. loše stanje postojeće infrastrukture u hemijskoj industriji i nedovoljno novca za ulaganje u čistije tehnologije; 4. nedovoljnu međusektorsku povezanost državnih organa nadležnih za različite faze u životnom ciklusu upravljanja hemikalijama i njihovo neuslovno skladištenje.<sup>12</sup>

U skladu sa Strategijom, kao sektorski ciljevi su predviđeni: 1) usklađivanje nacionalnih propisa iz oblasti upravljanja hemikalijama sa zakonodavstvom EU i izgradnja administrativnih i drugih kapaciteta za njihovo sprovođenje; 2) smanjenje rizika od hemikalija štetnih po zdravlje ljudi i životnu sredinu, kao i zamena opasnih hemikalija manje opasnim 3) uspostavljanje i razvoj informacionog sistema za upravljanje hemikalijama; 4) sprovođenje aktivnosti na obrazovanju i razvijanju javne svesti o rizicima od hemikalija štetnih po zdravlje ljudi i životnu sredinu; 5) uvođenje mera podrške za uvođenje dobrih praksi u poljoprivredi.<sup>13</sup> Strategijom je takođe istaknuto da treba ojačati administrativne i profesionalne sposobnosti zaposlenih da bi se novi propisi u oblasti upravljanja hemikalijama efikasno sprovodili, kao i da treba izraditi program praćenja hemikalija s merama za smanjenje rizika, uspostaviti sistem za autorizaciju određenih opasnih hemikalija (izdavanje dozvola za korišćenje) da bi se one zamenile manje opasnim, kao i izraditi socioekonomske studije u kojima se procenjuje koliko bi koštalo da se opasne hemikalije zamene manje opasnim. Radi uspostavljanja i razvijanja informacionog sistema za upravljanje hemikalijama, Strategija je predvidela da treba sačiniti i ažurirati baze podataka hemikalija na tržištu, njihova svojstva i uticaj na zdravlje ljudi i životnu sredinu.<sup>14</sup>

Nacionalna strategija za aproksimaciju u oblasti zaštite životne sredine za Republiku Srbiju usvojena je 2011. godine i sadrži detaljnu analizu potrebnih koraka za usklađivanje domaćeg pravnog okvira sa propisima EU. Ovaj dokument (poglavlje 6.6) sadrži analizu potrebnih koraka u domenu hemikalija i genetski modifikovanih organizama. Strategija aproksimacije anticipira situaciju kada će u postpristupnom periodu doći do direktne primene Regulativa (ukupno 27) u ovoj oblasti, što će zahtevati prestanak važenja odgovarajućih zakonskih odredbi. Dokument takođe analizira potrebu daljeg usklađivanja zakonskog okvira sa direktivama EU o dobroj laboratorijskoj praksi i o eksperimentima nad životinjama.<sup>15</sup>

12 Uporediti: Vlada Republike Srbije, *Nacionalna strategija održivog razvoja*, 2009, str. 94.

13 Uporediti: Vlada Republike Srbije, *Nacionalna strategija održivog razvoja*, 2009. str. 94–95.

14 Uporediti: Vlada Republike Srbije, *Nacionalna strategija održivog razvoja*, 2009. str. 95. Takođe, uz Nacionalnu strategiju je usvojen i Akcioni plan za sprovođenje Nacionalna strategija održivog razvoja od 2009. do 2017.g. predviđa detaljne obaveze u pogledu reformi i predviđa njihovu dinamiku. Uporediti: Vlada Republike Srbije, Akcioni plan za sprovođenje Nacionalna strategija održivog razvoja od 2009. do 2017.g., str. 110–113.

15 Vlada Republike Srbije, *Nacionalna strategija za aproksimaciju u oblasti zaštitne životne sredine za Republiku Srbiju*, 2011. str. 41.

U Nacionalnom programu zaštite životne sredine usvojenom 2010. godine ističe se da hemijska industrija u Srbiji zauzima značajnu ulogu u ukupnoj industrijskoj proizvodnji i podmiruje potrebe zemlje za širokim spektrom proizvoda, kao i da, prema podacima iz 2006. godine, najveći udeo u proizvodnji hemikalija u Srbiji ima proizvodnja naftnih derivata i bitumenskih materijala (62,1%), proizvodnja industrijskih hemikalija (27,2%) i veštačkih đubriva (8,7%), a najmanji udeo imaju proizvodnja hemikalija za opštu upotrebu (1,9%) i pesticida (0,1%).<sup>16</sup> Osim toga da je neophodno ustanoviti sistem klasifikacije i ograničiti promet hemikalijama, Nacionalni program je potcetao potrebu uvođenja sveobuhvatne baza podataka o hemikalijama na tržištu Republike Srbije, što je istakao kao jedan od velikih nedostataka za pravilno upravljanje hemikalijama. Program takođe i analizira određene uzroke loše situacije u upravljanju hemikalijama do tog perioda, među kojima su: nepostojanje adekvatne klasifikacija i obeležavanje hemikalija i biocidnih proizvoda i neadekvatna preraspodela odgovornosti za klasifikaciju hemikalija između državnih organa i proizvođača, odnosno distributera; nepostojanje informacionog sistema i sveobuhvatne baza podataka o hemikalijama, biocidnim proizvodima i sredstvima za zaštitu bilja na tržištu Srbije, kao i o njihovim svojstvima i uticaju na zdravlje ljudi i životnu sredinu; nedostatak dovoljnih profesionalnih znanja koja se odnose na klasifikaciju i obeležavanje, procenu rizika i regulatornu toksikologiju, nedostak specifičnih znanja za sprovođenje inspekcijskog nadzora, naročito u vezi sa klasifikacijom i obeležavanjem, ograničenja i zabrana hemikalija i biocidnih proizvoda, kao i da korisnici hemikalija nisu adekvatno informisani i edukovani o njihovim svojstvima i merama koje se moraju sprovesti radi smanjenja rizika prilikom korišćenja i rukovanja hemikalijama. Konačno, program sadrži i listu potencijalno najrizičnijih mesta za izbijanje hemijskog udesa u skladu sa kriterijumima koje utvrđuje Direktiva Seveso II Evropske unije (Direktiva 96/82/EZ), kao i primere najvećih udesa prethodnih godina i prepoznatih uzroka.<sup>17</sup>

Nacionalni program integracije Republike Srbije u EU predviđa da se do kraja 2012. godine: 1. usvoji strategije pristupanja Republike Srbije EU u oblasti zaštite životne sredine – Environmental Approximation Strategy (EAS) – usvojena 2011. godine; 2. izrade planovi za implementaciju odabranih direktiva za čiju su implementaciju neophodna znatna finansijska sredstva); 3. izradi i primeni višegodišnji plan finansiranja politike zaštite životne sredine i višegodišnji plan finansiranja investicija u oblasti životne sredine. Program takođe ističe i neophodnost jačanja i izgradnje institucionalnih i administrativnih kapaciteta, obukom kadrova: na poslovima inspekcije, monitoringa (vazduh, voda, zemljište, nejonizujuće zračenje i istraživanja), izdavanja dozvola za vazduh, vode, upravljanje otpadom i *hemikalijama*; na poslovima procene uticaja i udesa, očuvanja i zaštite prirode, upravljanja projektima, kao i ostalim stručnim poslovima u oblasti zaštite životne sredine, a pogotovo

16 Uoprediti: tačka 5.3., Vlada Republike Srbije, *Nacionalni program zaštite životne sredine*, („Sl. glasnik RS”, br. 12/2010)

17 Za detaljne ciljeve u period 2010 – 2014, kao i ciljeve do 2019 videti: *ibid*, tačka 5.3.4.

na lokalnom nivou, gde trenutno ne postoji dovoljan broj službenika za vršenje poslova zaštite životne sredine.<sup>18</sup>

U Nacionalnom programu integracije u EU detaljno se analizira oblast upravljanja hemikalijama, uključujući potrebe usklađivanja pravnog okvira (prvenstveno usvajanjem podzakonskih akata), izgradnju administrativnih kapaciteta i razvoj odgovarajućih registara i informacionog sistema. Program sadrži prioritete po godinama za 2010, 2011. i 2012. godinu i u njemu se konstatuje da Zakon o hemikalijama daje osnov za uspostavljanje, održavanje i unapređivanje jedinstvenog sistema upravljanja hemikalijama, propisuje procedure neophodne za implementaciju obaveza država članica koje proističu iz Regulative EU 1907/2006 (Uredba REACH), sa kojom je delimično usaglašen, kao i da je potpuno usaglašen sa Regulativom 1272/2008, Regulativom 440/2008, Regulativom 689/2008, Regulativom 648/2004, Direktivom 67/548/EEZ, Direktivom 99/45/EZ i Direktivom 2004/42/EZ.<sup>19</sup>

## 2.2. Zakon o hemikalijama

Pravni okvir upravljanja hemikalijama u Srbiji čine Zakon o hemikalijama („Službeni glasnik RS”, br. 36/2009, 88/2010, 92/2011), Zakon o biocidnim proizvodima („Službeni glasnik RS”, br. 36/09), Zakon o zabrani razvoja, proizvodnje, skladištenja i upotrebe hemijskog oružja i o njegovom uništavanju („Službeni glasnik RS”, br. 36/09) i veći broj podzakonskih akata. Osim navedenih akata, Srbija je ratifikovala i Stokholmsku konvenciju o dugotrajnim organskim zagađujućim supstancama („Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori”, br. 42/09), Roterdamsku konvenciju o postupku davanja saglasnosti na osnovu prethodnog obaveštenja za određene opasne hemikalije i pesticide u međunarodnoj trgovini („Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori”, br. 38/09) i Konvenciju o zabrani razvoja, proizvodnje, skladištenja i upotrebe hemijskog oružja i njegovom uništavanju („Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori”, br. 2/00).

Zakon o hemikalijama usvojen je 2009. godine kao jedan iz seta od šesnaest zakona kojim je uređena životna sredina.<sup>20</sup> Tim zakonom je uređeno integrisano upravljanje hemikalijama, klasifikacija, pakovanje i obeležavanje hemikalija, integralni registar hemikalija i registar hemikalija koje su stavljene

18 Uoprediti: Vlada Republike Srbije, *Nacionalni program integracije Republike Srbije u Evropsku uniju*, str 571.

19 Program takođe i analizira usklađivanje izvršeno usvajanjem Zakona o biocidnim proizvodima („Službeni list SRJ” br. 36/09), potvrđivanjem Roterdamske konvencije o postupku davanja saglasnosti za uvoz na osnovu prethodnog obaveštenja za određene opasne hemikalije i pesticide u međunarodnoj trgovini i Stokholmske konvencije o dugotrajnim organskim zagađujućim supstancama, Zakonom o lekovima i medicinskim sredstvima („Službeni glasnik RS”, br. 30/10), Smernice Dobre laboratorijske prakse („Službeni glasnik RS” broj 28/08). Više o detaljnim planovima predviđenim za navedeni period videti: *ibid*, str 592-596

20 Stupanjem na snagu ovog zakona prestao je da važi Zakon o proizvodnji i prometu otrovnih materija („Službeni list SRJ”, br. 15/95, 28/96 – dr. zakon i 37/02 i „Službeni glasnik RS”, broj 101/05 – dr. zakon).

u promet, ograničenja i zabrane proizvodnje, stavljanja u promet i korišćenja hemikalija, uvoz i izvoz određenih opasnih hemikalija, dozvole za obavljanje delatnosti prometa i dozvole za korišćenje naročito opasnih hemikalija, stavljanje u promet deterdženta, sistematsko praćenje hemikalija, dostupnost podataka, nadzor i druga pitanja od značaja za upravljanje hemikalijama (član 1). I pored velikog broja hemikalija na koji se ovaj pravni režim odnosi, iz primene režima su izuzete: 1) radioaktivne hemikalije; 2) hemikalije u tranzitu i 3) transport opasnih hemikalija, kao i hemikalije: 1) koje se smatraju otpadom u smislu odredaba zakona kojim se uređuje upravljanje otpadom; 2) koje su pod carinskim nadzorom u carinskom skladištu ili slobodnim zonom radi ponovnog izvoza ili tranzita ako se tu hemikalije ne prerade ili obrade (član 4).<sup>21</sup>

Osim dela koji se odnosi na institucionalnu strukturu za sprovođenje zakonskih odredaba (sada značajno izmenjenu ukidanjem Agencije za hemikalije i odlukom da sve poslove obavlja Ministarstvo), Zakon sadrži i detaljne odredbe o klasifikaciji, pakovanju, obeležavanju i skladištenju hemikalija, savetnicima za hemikalije, integralnom registru hemikalija, ograničenjima i zabrani proizvodnje, stavljanja u promet i korišćenja hemikalija, uvozu i izvozu određenih opasnih hemikalija, izdavanju dozvola za obavljanje delatnosti prometa i dozvola za korišćenje naročito opasnih hemikalija, posebnim odredbama o deterdžentima, sistematskom praćenju hemikalija i dostupnosti podataka.

### *2.3. Organizacija javne uprave u oblasti zaštite životne sredine (i upravljanja hemikalijama)*

Poslovi javne uprave u oblasti zaštite životne sredine spadaju u najobimnije i najkompleksnije, zbog dinamičnog karaktera oblasti i potencijalnih štetnih posledica, a u Srbiji su, uz izvestan stepen centralizacije, podeljeni između centralnog, pokajinskog 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.<sup>22</sup> Navedene poslove u oblasti zaštite životne sredine, u skladu sa Zakonom o ministarstvima (2012), obavlja Ministarstvo energetike, razvoja i zaštite životne sredine. Ti poslovi se, između ostalog, odnose na: osnove zaštite životne sredine; sistem zaštite i unapređenja životne sredine; inspekcijski nadzor u oblasti zaštite životne sredine; primenu rezultata naučnih i tehnoloških istraživanja i istraživanja razvoja u oblasti energetike i životne sredine; 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

21 Za detaljnu listu izuzetaka videti član 2 ZH.

22 Uoprediti: član 136 Ustava Republike Srbije („Službeni glasnik RS”, br 83/2006).

zagađivanja radi sprečavanja pogoršanja kvaliteta površinskih i podzemnih voda; utvrđivanje i sprovođenje zaštite prirodnih celina od značaja za Republiku Srbiju; utvrđivanje uslova zaštite životne sredine u planiranju prostora i izgradnji objekata; *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*; *sprovođenje Konvencije o hemijskom oružju*; upravljanje otpadom, izuzev radioaktivnim otpadom; odobravanje prekograničnog prometa otpada i zaštićenih biljnih i životinjskih vrsta, kao i druge poslove određene zakonom.<sup>23</sup>

Osim Ministarstva, veći broj poslova obavlja i Agencija za zaštitu životne sredine kao organ u sastavu Ministarstva sa položajem pravnog lica. Zakonom je tako predviđeno da Agencija obavlja poslove državne uprave koji se odnose na: razvoj, usklađivanje i vođenje nacionalnog informacionog sistema zaštite životne sredine (praćenje stanja činilaca životne sredine putem indikatora 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.<sup>24</sup>

Osim 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. Pored nedavno ukinute Agencije za hemikalije, 2009. je osnovana i Agencija za zaštitu od jonizujućih zračenja i nuklearnu sigurnost Srbije, u skladu sa Zakonom o zaštiti od jonizujućih zračenja i o nuklearnoj sigurnosti<sup>25</sup> 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 delovanja. Imajući u vidu samostalni status Agencije, iz njenih nadležnosti je izostao inspeksijski nadzor koji se nalazi u nadležnosti Ministarstva energetike, razvoja i zaštite životne sredine (sprovođenje mera zaštite od jonizujućih zračenja) i Ministarstva prosvete, nauke i tehnološkog razvoja (sprovođenje mera nuklearne sigurnosti i upravljanje radioaktivnim otpadom).

23 Član 14. Zakona o ministarstvima („Službeni glasnik RS”, broj 71/12).

24 Više o Agenciji videti: Milenković, M., „Položaj i uloga agencije za zaštitu životne sredine”, u: Lilić, S. (ur.), *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije – knjiga I*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2011, str 251–259.

25 „Službeni glasnik RS”, broj 36/09.

### 2.3.1. INSTITUCIONALNI OKVIR UPRAVLJANJA HEMIKALIJAMA U SRBIJI

Institucionalni okvir upravljanja hemikalijama u Srbiji je doživeo velike promene u prethodnom periodu. Nakon osnivanja Agencije za hemikalije 2009. godine, za obavljanje većeg broja regulatornih i upravnih poslova u ovoj oblasti, izmenama i dopunama Zakona o hemikalijama od 25. septembra 2012. godine sve nadležnosti su prešle na Ministarstvo energetike, razvoja i zaštite životne sredine. U narednom delu biće analizirani položaj i uloga nedavno ukinute Agencije za hemikalije i modaliteti obavljanja upravnih poslova, naročito inspeksijskih.

#### 2.3.1.1. Javne agencije u našem pravu

U Srbiji je od 2000. godine osnovan veći broj javnih agencija za obavljanje upravnih poslova u mnogim oblastima. U skladu sa Zakonom o javnim agencijama, agencije su organizacije koje se osnivaju za razvojne, stručne ili regulatorne poslove od opšteg interesa, ako ti poslovi ne zahtevaju stalni i neposredan politički nadzor i ako javna agencija može da ih vrši bolje i delotvornije nego organ državne uprave, naročito ako se u celini ili pretežno mogu finansirati od cene koju plaćaju korisnici usluga.<sup>26</sup> Zakon takođe predviđa da se javnoj agenciji mogu, kao javno ovlašćenje, poveriti sledeći poslovi državne uprave: 1) donošenje propisa za izvršavanje zakona i drugih opštih akata Narodne skupštine i Vlade; 2) rešavanje u prvom stepenu u upravnim stvarima; 3) izdavanje javnih isprava i vođenje evidencija.<sup>27</sup> U pogledu položaja, zakon određuje da su javne agencije samostalne u svom radu, kao i da Vlada ne može usmeravati rad javne agencije niti ga usklađivati sa radom organa državne uprave, kao i da javna agencija ima svojstvo pravnog lica, koje stiče upisom u sudski registar.<sup>28</sup>

#### 2.3.1.1. Položaj i uloga Agencije za hemikalije

Nakon nedavnih izmena i dopuna Zakona o hemikalijama, institucija nadležna za upravljanje hemikalijama u Srbiji je Ministarstvo energetike, razvoja i zaštite životne sredine, uz određena inspeksijska ovlašćenja drugih organa (o čemu će više reći biti u narednom naslovu). Prethodno je Zakonom

26 Članovi 1 i 2, ZJA, *op.cit.*

27 Član 3, *ibid.*

28 U našoj teoriji postoji različite klasifikacije javnih agencija u srpskom pravu. Lilić ih, s obzirom na poverena javna ovlašćenja, klasifikuje kao: 1) javne agencije (javne agencije u užem smislu), 2) agencije (javne agencije u širem smislu) i 3) tzv. državne agencije, pri čemu prve dve kategorije imaju ovlašćenja za obavljanje stručnih, regulatornih i upravnih poslova, dok treća kategorija uglavnom obavlja poverene poslove državne uprave. Uporediti: Lilić, S., „Javne agencije i upravna reforma”, u: Taboroši, S. i dr., *Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom EU*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2009, str. 40). Tomić vrši podelu na dva glavna oblika javnopravnih agencija: 1) upravne (državne) agencije – kao oblika organa državne uprave, i 2) javne agencije – stručna javna tela izvan strukture državnog (upravnog) aparata. Uporediti: Z. Tomić, „Upravne i javne agencije u Srbiji – klasifikacija i pravni položaj”, *Pravo i privreda*, 5-8/2008, str. 416).

bila ustanovljena Agencija za hemikalije, koja je svoju aktivnost obavljala od juna 2010. do septembra 2012. godine. U skladu sa članom 5. Zakona o hemikalijama, ova Agencija je bila osnovana „radi obezbeđivanja administrativnih uslova za kvalitetno, efikasno i bezbedno upravljanje hemikalijama i biocidnim proizvodima”. Agencija je bila osnovana kao samostalna, razvojna, stručna i regulatorna organizaciju koja vrši javna ovlašćenja u skladu sa zakonom, a i ZH je predviđao i shodnu primenu Zakona o javnim agencijama na pitanja osnivanja, pravnog položaja i finansiranja, kao i da Vlada daje saglasnost na akta kojima se utvrđuje visina plata i broj zaposlenih u Agenciji.

U skladu sa ZH, Agencija je imala veći broj nadležnosti, koje su obuhvatale i ovlašćenja da: 1) donosi podzakonske propise za sprovođenje Zakona o hemikalijama i Zakona o biocidnim proizvodima;<sup>29</sup> 2) donosi tzv. spisak klasifikovanih supstanci; 3) donosi rešenja o upisu hemikalije u Registar hemikalija i vodi taj registar; 4) vodi Integralni registar hemikalija; 5) objavljuje Listu supstanci koje izazivaju zabrinutost; 6) sprovodi postupak prethodnog obaveštenja i postupak dobijanja saglasnosti na osnovu prethodnog obaveštenja za uvoz i izvoz određenih opasnih hemikalija; 7) izdaje dozvole za obavljanje delatnosti prometa i dozvole za korišćenje naročito opasnih hemikalija; 8) izdaje odobrenja za korišćenje surfaktanta u detergentu; 9) izrađuje i sprovodi projekte kojima se prati da li se hemikalije stavljaju u promet i koriste na takav način da nemaju štetan uticaj po zdravlje ljudi, životnu sredinu i imovinu; 10) objavljuje liste aktivnih supstanci u biocidnom proizvodu; 11) donosi rešenja o upisu biocidnog proizvoda u Privremenu listu za dostavljanje tehničkog dosijea; 12) izdaje odobrenja za stavljanje u promet biocidnog proizvoda; 13) stara se o proceni tehničkog dosijea biocidnog proizvoda; 14) priprema godišnje deklaracije o proizvodnji, preradi i korišćenju hemikalija sa lista propisanih zakonom kojima se uređuje zabrana razvoja, proizvodnje, skladištenja i upotrebe hemijskog oružja i njegovo uništavanje, kao i godišnje deklaracije o proizvodnji diskretnih organskih supstanci i obavlja druge poslove u skladu sa tim zakonom. Sve te poslove Agencija je obavljala kao poverene, dok je zakon kao izvorne poslove Agencije predviđao da Agencija: 15) vrši stručne i administrativno-tehničke poslove za potrebe Zajedničkog tela za integrisano upravljanje hemikalijama; 16) pruža informacije i stručna uputstva privrednim subjektima, jedinicama lokalne samouprave i inspektorima za sprovođenje Zakona o hemikalijama i drugih zakona za čije je sprovođenje bila nadležna, kao i da daje stručnu ocenu o svojstvima i nameni određenih hemikalija; 17) ostvaruje saradnju sa Evropskom agencijom za hemikalije, agencijama drugih zemalja i sekretarijatima međunarodnih konvencija koji uređuju upravljanje hemikalijama i drugim međunarodnim or-

29 Iako je za Agenciju bio predviđen visok nivo samostalnosti (u obavljanju regulatornih poslova) propisano je da ona, uz saglasnost Vlade, propisuje bliže kriterijume, visinu, način obračuna i plaćanja naknade za proveru podataka iz dosijea o hemikalijama, visinu naknade za procenu mera za smanjenje rizika i načina sistematskog praćenja korišćenja supstance koja izaziva zabrinutost, kao i visinu drugih naknada utvrđenih ovim zakonom.



ganizacijama koje se bave raznim aspektima upravljanja hemikalijama; 18) sprovodi aktivnosti kojima informiše javnost o uticaju hemikalija po zdravlje ljudi i životnu sredinu, merama za smanjenje rizika i bezbednom korišćenju hemikalija; 19) obavlja i druge poslove utvrđene ovim zakonom, zakonom kojim se uređuju biocidni proizvodi i drugim zakonima.<sup>30</sup>

Zakonom o hemikalijama je takođe predviđeno i da ministar nedležan za životnu sredinu osniva Zajedničko telo za integrisano upravljanje hemikalijama sa ciljem ostvarivanja principa strateškog pristupa upravljanja hemikalijama, obezbeđenja adekvatnog upravljanja hemikalijama u svim fazama životnog ciklusa hemikalija od proizvodnje odnosno uvoza do odlaganja, kao i da bi se doprinelo održivom razvoju Republike Srbije. Zakonom je predviđeno da se telo osniva u skladu sa propisima kojima se uređuje državna uprava, od predstavnika državnih organa, Agencije (u prethodnoj verziji zakona), industrije, naučnoistraživačkih organizacija i nevladinih organizacija, a bilo je predviđeno i da Agencija vrši stručne i administrativno-tehničke poslove za potrebe Zajedničkog tela. Kao zadatak Zajedničkog tela zakonom određuje pripremu Integrisanog programa upravljanja hemikalijama i akcione planove za sprovođenje tog programa, kao i da prati ostvarivanje programa i akcionih planova i koordinira poslove koji su u vezi sa bezbednim upravljanjem hemikalijama, dok je Integrisan program upravljanja hemikalijama bilo predviđeno da donosi Vlada. Ovo telo još uvek nije formirano, niti je došlo do usvajanja Integrisanog programa upravljanja hemikalijama.

### 3. Nadzor nad sprovođenjem propisa u oblasti upravljanja hemikalijama

Inspeksijski nadzor je od velike važnosti za uspešnu implementaciju legislative u svim oblastima, a u domenu zaštite životne sredine posebno zbog potencijalnih štetnih posledica po životnu sredinu i zdravlje ljudi koje nepridržavanje ekološkim propisima može da ima. Oblast zaštite životne sredine karakterišu viši nivo preventivne kontrole i njena kontinuiranost, na primer, putem neprekidnog monitoringa emisija zagađujućih materija u medijume životne sredine zbog prirode aktivnosti i potencijalne opasnosti.<sup>31</sup>

Zakonom o hemikalijama je predviđeno da nadležnost za nadzor nad sprovođenjem zakona inicijalno (od 2009) pripada ministarstvu nadležnom za poslove zaštite životne sredine, kao i ministarstvima nadležnim za poslove

30 Članom 17. Zakona o izmenama Zakona o hemikalijama („Službeni glasnik RS”, br. 93/2012) predviđeno je da prava i obaveze Agencije za hemikalije, kao i zaposlene, predmete, opremu, sredstva za rad, arhivsku građu i registraturski materijal kome nije istekao rok čuvanja, preuzima Ministarstvo energetike, razvoja i zaštite životne sredine za vršenje nadležnosti u oblasti upravljanja hemikalijama i biocidnim proizvodima, sa stanjem na dan stupanja na snagu tog zakona, kada je prestala sa radom i Agencija.

31 Više o inspeksijskom nadzoru u oblasti životne sredine videti: Marko Milenković, „Ekološka inspekcija i decentralizacija Srbije”, u: Dimitrijević, P. (ur.), *Ekologija i pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, str. 513–528.

zdravlja i trgovine (član 86 ZH). I pored toga što je Agencija za hemikalije imala značajan broj nadležnosti, uključujući i regulatorne, inspeksijski nadzor je tradicionalno van domena rada javnih agencija u Srbiji.<sup>32</sup> Takvo rešenje je u našem pravu utemeljeno u Zakonu o državnoj upravi (član 54), kojim je predviđeno da se poslovi inspeksijskog nadzora mogu poveriti jedino organima autonomne pokrajine, opštine, grada i grada Beograda. Zakonom o javnim agencijama takođe nisu predviđene mogućnosti da javne agencije obavljaju poslove inspeksijskog nadzora. Takav pristup se može kritikovati, s obzirom na to da bi zbog međusobne povezanosti različitih upravnih poslova i formiranja stručnih kapaciteta za njihovo obavljanje davanje inspeksijskih ovlašćenja agencijama moglo dovesti do unapređenja kvaliteta obavljanja inspeksijskog nadzora. To posebno dolazi do izražaja u propisima o hemikalijama, u kojima se predviđa da primenu zakona nadziru inspeksijski organi čak tri ministarstva i organi lokalne samouprave kao poverene poslove, čime se javlja mogućnost nesklada u funkcionisanju sistema upravljanja. Iz tog razloga je propisano da inspekcije međusobno saraduju, odnosno međusobno se obaveštavaju o preduzetim merama, razmenjuju informacije, pružaju neposrednu pomoć i preduzimaju zajedničke mere i aktivnosti značajne za sprovođenje nadzora. Zakonom je bilo predviđeno da inspekcije Agenciji kao stručnom telu dostavljaju informacije o rezultatima i nalazima izvršenih inspekcija, ali je ukidanjem agencije ovaj oblik prikupljanja i sistematizacije podataka prestao. Ipak, zbog izazova da inspeksijski nadzor obavljaju čak tri ministarstva, Zakonom o hemikalijama je predviđeno i rešenje da ministarstva sporazumom obrazuju zajedničko telo radi obavljanja poslova inspeksijskog nadzora, u skladu sa propisima kojima se uređuje državna uprava, dok se sporazumom uređuju pitanja programiranja inspeksijskog nadzora. Prethodno je ZH bilo predviđeno i da u radu zajedničkog tela učestvuje Agencija za hemikalije. Zakon o hemikalijama je tako predviđao da Agencija u inspeksijskom nadzoru ima ulogu 1. prikupljanja informacija i 2. učešća u koordinaciji nadležnih organa, čime je bio prepoznat značaj iskorišćavanja stručnih kapaciteta agencije.<sup>33</sup>

Zakon ekstenzivno propisuje ovlašćenja inspektora u ovoj oblasti kao i dužnosti lica od kojih se uzorci uzimaju. Inspektori za zaštitu životne sredine, sanitarni i tržišni inspektori mogu da vrše uzorkovanje i preliminarnu kontrolu sadržaja hemikalije i proizvoda radi utvrđivanja da li su ispunjeni uslovi za stavljanje u promet odnosno za korišćenje hemikalije i proizvoda.<sup>34</sup> Zakon

32 Zakonom je takođe bilo predviđeno i da nadzor nad radom Agencije u vršenju poverenih poslova iz člana 6. ovog zakona vrši ministarstvo nadležno za zaštitu životne sredine u skladu sa propisima kojima se uređuje državna uprava (bivši član 87. ZH).

33 Progres u pogledu osnivanja ovog tela konstatovala je i Evropska Komisija u Godišnjem izveštaju o napretku Srbije u procesu evropskih integracija, videti: European Commission, *Serbia 2012 progress report*, str 30.

34 Prilikom uzimanja uzoraka pravno odnosno fizičko lice ili preduzetnik dužan je da nadležnom inspektorstu stavi besplatno na raspolaganje potrebne količine uzoraka radi ispitivanja. Troškove uzorkovanja i ispitivanja hemikalije i proizvoda snosi pravno ili fizičko

takođe ekstenzivno propisuje i prava i dužnosti inspektora u vršenju inspekcijskog nadzora da utvrđuju, između ostalog: 1) da li su hemikalija i određen proizvod koji se stavljaju u promet klasifikovani, obeleženi i pakovani u skladu sa ovim zakonom i propisima donetim na osnovu njega; ... 3) da li se vodi propisana evidencija i prikupljaju propisani podaci o hemikaliji, kao i da li se evidencija i podaci čuvaju u propisanom roku; ... 7) da li se opasne hemikalije skladište tako da ne ugrožavaju život i zdravlje ljudi i životnu sredinu, odnosno da li se sa ostacima tih hemikalija i praznom ambalažom postupa u skladu sa propisom kojim se uređuje upravljanje otpadom; 8) da li se određena opasna hemikalija koja se stavlja u promet kao proizvod namenjen za opštu upotrebu prodaje u skladu sa propisanim uslovima itd.<sup>35</sup> Član 91. ZH sadrži i široka ovlašćenja specifičnog karaktera koja odgovaraju prirodi oblasti u kojima se vrše, pa je tako inspektor ovlašćen i dužan da: ... 2) zabrani da se stave u promet hemikalija i određeni proizvod klasifikovani, obeleženi i pakovani suprotno odredbama zakona i propisima donetim na osnovu njega; 2a) *naredi ili organizuje da se povuče iz prometa hemikalija i određeni proizvod klasifikovani, obeleženi i pakovani suprotno odredbama zakona i propisima donetim na osnovu njega i naredi ili organizuje da se upozore potrošači i dalji korisnici na opasnosti koje hemikalija i određeni proizvod predstavljaju*; ... 11) zabrani da se opasne hemikalije skladište tako da ugrožavaju život i zdravlje ljudi i životnu sredinu, odnosno da se sa ostacima tih hemikalija i praznom ambalažom postupa na nebezbedan način suprotno propisu kojim se uređuje upravljanje otpadom; ... 15) *zabrani rad snabdevaču dok ne obezbedi savetnika* za hemikalije sa propisanom stručnom spremom i dokazom o položenom ispitu; ... 18) zabrani korišćenje supstance koja izaziva zabrinutost dok se ne primene mere upisane u rešenje o upisu hemikalije u Registar hemikalija; 19) naredi da se postupa u skladu sa ograničenjima i zabranama; 20) *zabrani proizvodnju, stavljanje u promet i korišćenje supstance, smeše i proizvoda ako se sa njima postupa suprotno ograničenjima i zabranama*; 21) *naredi da se povuče iz prometa* supstanca, smeša i proizvod ako se ne postupa u skladu sa ograničenjima i zabranama; 21a) *naredi, koordinira ili, po potrebi, organizuje sa proizvođačima, uvoznicima, distributerima i nadležnim organima opozivanje supstance, smeše i proizvoda ako se ne postupa u skladu sa ograničenjima i zabranama, uključujući i prinudno sprovođenje mere opozivanja supstance, smeše i proizvoda, kao i njihovo uništavanje na odgovarajući način od strane i na teret proizvođača, uvoznika, odnosno distributera*; ... 25) *zabrani da stavljanje u promet ili korišćenje naročito opasnih hemikalija obavlja lice koje za to nema dozvolu*; ... 28) *zabrani stavljanje u promet detergenta* ako se ne postupa u skladu sa propisanim obavezama o detergentu.<sup>36</sup> S obzirom na prirodu opa-

---

lice ili preduzetnik od kog je uzorak uzet, ako se u konačnom postupku utvrdi da ne odgovara propisanim svojstvima. Ako uzorak odgovara propisanim svojstvima troškovi uzorkovanja i ispitivanja hemikalije i proizvoda padaju na teret sredstava predviđenih finansijskim planom nadležnog ministarstva. (član 89 ZH)

35 Za sve dužnosti uporediti član 90. ZH.

36 Za sva ovlašćenja videti član 91.

snosti i potencijalne štetne posledice, rešenje donošenjem postaje izvršno a ulaganje žalbe ne odlaže njegovo izvršenje (član 92 ZH). Zakonom je takođe predviđeno da u slučaju preduzimanja izuzetno hitnih mera radi otklanjanja neposredne opasnosti po život i zdravlje ljudi i životnu sredinu inspektor može rešenje doneti i usmeno i narediti njegovo izvršenje bez odlaganja.<sup>37</sup>

Protiv rešenja inspektora za zaštitu životne sredine, sanitarnog inspektora odnosno tržišnih inspektora dopuštena je žalba nadležnom ministru. Rešenje ministra je konačno i protiv njega može se pokrenuti upravni spor (član 93). Zakonom je takođe propisana dužnost svakog pravnog i fizičkog lica i preduzetnika da inspektoru omoguću vršenje inspekcijanskog nadzora, da mu bez odlaganja stavi na uvid i raspolaganje potrebnu dokumentaciju i druge dokaze i izjasni se o činjenicama koje su značajne za vršenje nadzora (član 94).

Inspekcija u ovoj oblasti je posebno interesantna sa gledišta kadrovske strukture. Inspektori zaštite životne sredine (kao i drugi koji vrše nadzor nad primenom propisa u oblasti upravljanja hemikalijama) obavezani su u vršenju svoje delatnosti na zaštitu javnog interesa koji je često suprotstavljen privatnom interesu za sticanjem profita ili može dovesti do značajnih socijalnih posledica u lokalnoj zajednici. Korišćenjem ovlašćenja inspektori mogu dovesti do privremenog ili trajnog prestanka delatnosti pravnog lica (uz potencijalnu mogućnost prestanka pravnog lica kao sankcije za najveća kršenja propisa, a na osnovu odluke nadležnog suda). Iz tog razloga rad u nadležnim inspekcijama zahteva visok lični integritet vršilaca ove upravne delatnosti. Dodatno, vršenje inspekcije zahteva pluralitet znanja inspektora s obzirom na to da gotovo uvek predstavlja kombinaciju pravne i stručne (tehničke) kontrole.<sup>38</sup> U ovom domenu je osnovana i Evropska mreža za sprovođenje propisa o hemikalijama (Chemicals Legislation European Enforcement Network – CLEEN) čiji je Srbija postala član 2010. godine. U okviru ove mreže, koju čini trideset članica, organizuju se zajednički projekti kontrole sprovođenja propisa o hemikalijama u zemljama članicama putem koordinacije i razmene iskustava, razvoja usaglašenih metoda primene, podizanja svesti o relevantnim propisima, a služi i kao platforma za saradnju država članica EU sa državama koje nisu članice ili su kandidati poput Srbije.

#### 4. Efekti promene organizacije uprave u oblasti upravljanja hemikalijama

Zakon o izmenama i dopunama Zakona o hemikalijama potpuno je usmeren na ukidanje Agencije za hemikalije i regulisanje da te poslove obavlja Ministarstvo. U obrazloženju je istaknuto da je cilj donošenja zakona uvo-

37 Inspektor je dužan da usmeno rešenje iz stava 2. ovog člana donese i u pismenom obliku najkasnije u roku od osam dana od dana donošenja usmenog rešenja.

38 Nacionalni program zaštite životne sredine u ovoj oblasti prepoznaje da je za kontrolu pojedinih ograničenja koja su u skladu sa propisima EU, kao i kontrolu klasifikacije, obeležavanja i pakovanja, potrebna posebna metodologija inspekcijanskog nadzora, koja podrazumeva i specifična stručna znanja koje inspekcija nema, pa je neophodno organizovati i sprovesti posebne obuke namenjene inspektorima (tačka 5.3).

đenje novih standarda u upravljanju hemikalijama i da će navedeni ciljevi biti efikasnije ostvarivani putem Ministarstva energetike, razvoja i zaštite životne sredine, u okviru unutrašnje organizacione jedinice koja je u njegovom sastavu, nego preko Agencije za hemikalije.<sup>39</sup> Ipak, iz samog teksta zakona a ni iz obrazloženja se ne vidi koji su novi standardi u pitanju. U analizi efekata usvajanja izmena i dopuna, Vlada je kao predlagač istakla da je zakon koncipiran „tako da obrađuje pitanja funkcionisanja Agencije za hemikalije i plaćanja naknada za upravljanje hemikalijama”, kao i da je „funkcionisanje Agencije kao regulatornog tela za upravljanje hemikalijama sagledano (je) sa stanovišta prakse u drugim zemljama i mogućnosti vršenja javnih ovlašćenja Agencije u drugom organizacionom obliku”.<sup>40</sup> Konačno, u obrazloženju se navodi I sledeće: „Osnovni cilj donošenja ovog zakona je uspostavljanje, održavanje i unapređivanje jedinstvenog sistema upravljanja hemikalijama na teritoriji Republike Srbije, osiguranje visokog nivoa zaštite zdravlja ljudi i životne sredine kao i poboljšanje slobodnog prometa hemikalijama sa zemljama EU i drugim zemljama, osiguravajući konkurentnost privrede, a podstičući razvoj bezbednijih alternativa.”<sup>41</sup>

Imajući u vidu pomenuti antiagencijski diskurs koji je u srpskoj javnosti i političkom životu postojao u prethodnom periodu, odluku da se ukine Agencija za hemikalije tumačimo kao konsekvencu potrebe da se jedan broj upravnih organizacija ukine u okviru proklamovanog cilja Vlade za „racionalizacijom” javne uprave. Mana takvog pristupa je svakako ukidanje organizacije koja je u prethodnom periodu stekla iskustvo sa obavljanjem specijalizovanih poslova u oblasti upravljanja hemikalijama uz značajnu regulatornu aktovnost. S druge strane, objedinjavanje svih upravnih poslova, naročito onih regulatornih i inspekcijskih u jednoj upravnoj organizaciji može imati prednosti. S tim u vezi, treba pokrenuti debatu u našoj javnosti u vezi sa daljim razvojem institucionalnih i kadrovskih kapaciteta za upravljanje zaštitom životne sredine koje podrazumeva veliko preklapanje regulatornih i različitih vidova upravnih poslova, uključujući inspekcijske, uz potrebu za viskom nivoom stručne ekspertize i regulaciju rizika.<sup>42</sup> Bez ulaženja u konkretna

39 Uporediti, Predlog zakona o izmenama i dopunama Zakona o hemikalijama (sa obrazloženjem), str. 4, dostupno na: [http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/lat/pdf/predlozi\\_zakona/2781-12Lat.pdf](http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/lat/pdf/predlozi_zakona/2781-12Lat.pdf) (poslednji pristup 10. oktobra 2012. godine).

40 *Ibid.*, str. 4. Predlagač je u obrazloženju dalje naveo: „Pri predlaganju rešenja kojim se menja status Agencije za hemikalije uzeti su primeri postojeće prakse u drugim zemljama: Slovenija (Ured za upravljanje hemikalijama), Poljska (Biro za hemikalije), Slovačka (Centar za supstance i preparate), Švedska (Švedska agencija za hemikalije) i dr.” Uporednim pregledom može se zaključiti da su u državama članicama EU nadležni organi za upravljanje hemikalijama u velikom broju slučajeva ministarstva ali i javne agencije, odnosno druga nezavisna tela. Uporediti: <http://echa.europa.eu/web/guest/contacts-of-the-member-state-competent-authorities>.

41 *Ibid.*, str. 4.

42 Za detaljnu analizu kapaciteta za upravljanje hemikalijama u Srbiji videti: IOMC, UNITAR, *Procena kapaciteta za bezbedno upravljanje hemikalijama i implementaciju SAICM u Republici Srbiji*, Beograd, s.a. U poslednjem Izveštaju o napretku Srbije u postupku

uporednopravna rešenja, može se istaći da su ti poslovi povereni različitim tipovima upravnih organizacija te bi, uz određene izmene zakonodavstva o državnoj upravi, mogli biti objedinjeni i u redefinisanoj Agenciji za zaštitu životne sredine.

## Zaključne napomene

Može se konstatovati da su u prethodnom periodu postignuti značajni rezultati u reformi okvira upravljanja hemikalijama u Srbiji. U skladu sa Zakonom o hemikalijama značajan broj poslova je poveren agenciji kao nezavisnom regulatorenom telu, što je pre svega učinjeno zbog prirode materije. Ukidanje Agencije za hemikalije i prenos njenih nadležnosti na Ministarstvo obavljeno je u okviru šireg političkog opredeljenja Vlade da smanji broj javnih agencija u Srbiji. Uporednopravna analiza ukazuje na mnoštvo rešenja u Evropskoj uniji. Iz tog razloga se može preispitati obavljanje poslova i na druge načine i od drugačije ustrojenih (ili samo imenovanih) upravnih organizacija sa različitim stepenom samostalnosti. Ipak, važno je da poslovi u okviru koji se stalno menja budu na valjan način obavljani.

Marko Milenković, MA\*

## ADMINISTRATIVE OPERATIONS AND CHEMICALS MANAGEMENT IN THE CONTEXT OF EUROPEAN INTEGRATIONS

### Summary

*An important aspect of the European integration process and reforms in the field of environmental protection is the enactment of chemicals management system at national level and development of institutional capacities for the implementation of complex legislation in the area. In the previous period, Serbia has adopted the Law on chemicals management; strategic documents provided for continuous improvement of this established system with introduction of Chemicals Agency that was performing significant number of administrative tasks in the area. The Agency was dismantled by the Decision of the Nation-*

---

evropskih integracija, Evropska komisija je istakla da je postignut značajan napredak u oblasti upravljanja hemikalijama, kao i da je neophodno sa promenom institucionalne strukture očuvati postojeće izgrađene administrativne kapacitete. Uporediti: Evropska komisija, *Serbia Progress Report 2012*, str. 47.

\* Marko Milenković, MA. Junior research fellow, Institute of Social Sciences. PhD candidate, University of Belgrade Faculty of Law. This article is the result of research within the project *Perspectives of Implementation of European Standards in the Serbian Legal System* (179059), supported by the Ministry of Science of Serbia.

*al Assembly of the Republic of Serbia on 25 September 2012 and competences transferred to the Ministry of Energy, Development and the Environment. The article analyzes the framework for chemicals management in Serbia, modalities of performance of administrative (and regulatory) tasks in the field of chemicals management in Serbia, their transformation in the past and the position of the (former) Chemicals Agency.*

*Key words: Chemical governance. Public agencies. European integrations. Public administration reform. Chemicals Agency.*

## PERSPEKTIVE IMPLEMENTACIJE EVROPSKIH UPRAVNIH NAČELA U SRBIJI

### Apstrakt

*Praksom Suda pravde Evropske unije poslednjih nekoliko decenija razvila su se određena načela takozvanog evropskog upravnog prava koja su obavezujuća za sve aktere koji vrše upravnu funkciju na nivou Evropske unije, bilo da su u pitanju institucije, ili druga tela, agencije i kancelarije Evropske unije, ili nacionalni organi koji podeljeno ili samostalno vrše upravne funkcije Evropske unije. Buduća obaveza nacionalnih uprava da poštuju načelo evropskog upravnog prava, uslovlila je analizu stava organa koji vrše kontrolu uprave o obaveznosti dosledne primene načela upravnog procesnog prava i poštovanja ljudskih prava bez obzira na nedostatke određenih zakona koji sadrže rešenja koja su u suprotnosti sa ovim načelima i ljudskim pravima.*

*Ključne reči: Evropska upravna načela. Pravo na sud. Pravo na obrazloženu odluku. Pravo na saslušanje stranke.*

### 1. Evropska upravna načela u primarnim izvorima prava Evropske unije

Praksom Suda pravde Evropske unije poslednjih nekoliko decenija razvila su se određena načela takozvanog evropskog upravnog prava koja su obavezujuća za sve aktere koji vrše upravnu funkciju na nivou Evropske unije, bilo da su u pitanju institucije, ili druga tela, agencije i kancelarije Evropske unije, ili nacionalni organi koji podeljeno ili samostalno vrše upravne funkcije Evropske unije. Nakon stupanja na snagu Lisabonskog sporazuma, u okviru evropskih akademskih krugova, pojačana je rasprava o potrebi usvajanja opšteg upravnog postupka na nivou Evropske unije. Tu potrebu prepoznao je i Evropski parlament, koji je 2011. godine oformio radnu grupu da ispita mogućnost regulisanja upravnog postupka na nivou Evropske unije.

Usvajanjem Lisabonskog sporazuma došlo je do svojevrsne konstitucionalizacije uprave Evropske unije. Pre svega, Lisabonski sporazum je uticao na to da uprava EU postane vidljiva i da ima utemeljenje u osnivačkim ugovorima. Prvi put se ističe upravna funkcija Komisije, dok se, s druge strane, kao

---

\* Katarina Golubović, MA, advokat, kandidatkinja doktorskih studija na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu. Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije* (179059), koji podržava Ministarstvo nauke Republike Srbije.



deo uprave, navode „tela, kancelarije i agencije” EU. Ti organi, kancelarije i agencije (kancelarije, evropske agencije i izvršne agencije), za razliku od institucija EU, razvili su se u poslednjih nekoliko godina i preuzeli veliki deo upravnih funkcija koje je prethodno sprovodila Komisija, tako da predstavlja ju osnovni deo sadašnje uprave EU.

Međutim, Lisabonski sporazum ne samo da priznaje postojanje uprave EU, već postavlja pred nju „ustavna ograničenja”. U tom smislu, on izričito postavlja, ne samo prema institucijama, već i drugim organima, kancelarijama i agencijama koje čine upravu EU, ograničenja putem pravila kojima se štite načela demokratije i vladavine prava u odnosima između građana i EU: 1. načelo jednakosti; 2. načelo transparentnosti i učešća; 3. načelo zaštite ličnih podataka i 4. načelo sudske zaštite za akte EU.

Lisabonskim sporazumom se uvodi i finansijska kontrola nad upravom EU i naglašava se značaj efektivne primene prava Unije od država članica i uloge koje imaju u primeni kroz saradnju između nacionalnih uprava i uprave EU.<sup>1</sup>

Povelja Evropske unije o osnovnim pravima, koja je nakon stupanja na snagu Lisabonskog sporazuma (2009) obavezujuća za sve zemlje članice, eksplicitno garantuje niz osnovnih prava koja uprava EU mora da poštuje. Najvažnije pravo vezano za upravni postupak jeste osnovno pravo na dobru upravu. To pravo, koje se odnosi samo na institucije, organe, kancelarije i agencije EU – a ne i uprave država članica kada sprovode propise EU – podrazumeva niz osnovnih procesnih garancija koje su ustanovljene praksom Suda pravde i, delimično, primarnim i sekundarnim izvorima.

Tako, osnovno pravo građana EU na dobru upravu podrazumeva da svako lice ima pravo na nepristrasan, pošten i blagovremen tretman njegovih, odnosno njenih predmeta u institucijama i telima Unije. To pravo obuhvata: pravo svakog lica da bude saslušano pre nego što se preduzme bilo koja pojedinačna mera protiv njega, odnosno nje; pravo svakog lica na uvid u njegov, odnosno njen dosije, poštujući pritom legitimne interese u pogledu poverljivosti i profesionalne i poslovne tajne; obavezu administracije da obrazloži svoje odluke. Takođe, ovo pravo podrazumeva i da svako lice ima pravo na naknadu štete koju prouzrokuju institucije Unije, ili njeni službenici u sprovođenju svojih dužnosti, u skladu sa opštim principima koji su zajednički zakonima država članica. Svako lice može da se pismeno obraća institucijama EU na jednom od ugovorenih jezika i njemu se mora odgovoriti na istom jeziku.<sup>2</sup>

U vezi sa pravom na dobru upravu, Lisabonskim sporazumom je predviđeno, prvi put, „da u obavljanju svoje misije, institucije, organi, kancelarije i agencije Unije imaju podršku otvorene, efikasne i nezavisne evropske uprave” i zahteva da Evropski parlament i Savet usvoje, u redovnom legislativnom postupku, propise neophodne za ostvarenje te uloge evropske uprave.<sup>3</sup> Uklju-

1 Ugovor o funkcionisanju Evropske unije, čl. 197.

2 S. Lilić, K. Golubović, *Evropsko upravno pravo*, Pravni fakultet u Beogradu, 2011.

3 Ugovor o funkcionisanju Evropske unije, čl. 298. st. 2.

čenje ove odredbe u Lisabonski sporazum zastupala je delegacija Švedske, sa ciljem da se osigura da nosioci legislativne funkcije u EU, putem pravnoobavezujućih pravila, omoguće ostvarenje osnovnog prava na dobru upravu koje je sadržano u Povelji, a čija je sadržina određena na osnovu Evropskog kodeksa dobrog administrativnog ponašanja koje su usvojili Evropski ombudsman i Komisija.

Ove odredbe ukazuju na to da ne može biti nikakve sumnje da je Lisabonskim sporazumom napravljen važan korak napred u postepenom procesu regulacije uprave EU u odnosu na poslednjih nekoliko godina. Novi član 298 (2) Ugovora o funkcionisanju EU ima posebno mesto jer daje nesumnjiv mandat Parlamentu da usvoji, u formi pravnoobavezujućih propisa, sve odredbe neophodne za garanciju otvorenosti, efikasnosti i nezavisnosti uprave EU.<sup>4</sup>

## 2. Načela upravnog prava u sudskoj praksi Suda pravde Evropske unije

Iako se tek donošenjem Lisabonskog sporazuma daje mandat Parlamentu da usvoji propise koji garantuju poštovanje načela otvorenosti, efikasnosti i nezavisnosti uprave, garantije navedenih načela razvijale su se tokom prethodnih pedeset godina praksom Suda pravde u različitim oblastima prava EU. Neka prava i njima odgovarajuće dužnosti dobile su status opštih pravnih principa, koji se primenjuju u svim oblastima.

Sudska praksa pravosuđa EU prepoznala je pravo na saslušanje kao opšte pravno načelo ili, štaviše, kao „osnovni princip prava EU”, koji ne može biti isključen ili ograničen nijednim pravnim propisom. Shodno tome, pravo na pravično saslušanje se primenjuje i u slučajevima kada ne postoji odredba koja propisuje ovo pravo, kao i kada postojeći propisi ne uvažavaju ovo načelo.

Jasno je da se to načelo primenjuje u postupcima čiji krajnji ishod može imati negativne pravne posledice po pojedince.

Pravo na saslušanje prvi put je priznato kao načelo u disciplinskim postupcima koji su se vodili protiv službenika EU. U slučaju *Alvis*<sup>5</sup>, Sud je objasnio da pravilo da javni službenici moraju imati mogućnost da odgovore na optužbe pre nego što se donese odluka koja se na njih odnosi moraju da poštuju sve institucije. Pravo na saslušanje je, međutim, najdetaljnije razrađeno u oblasti prava konkurencije. Tako, u slučaju *Hofman – La Roš*<sup>6</sup>, Sud je našao da „zainteresovanim preduzećima mora biti pružena mogućnost da iznesu svoje stavove o utvrđenom činjeničnom stanju i o relevantnim činjenicama i okolnostima navedenim u dokumentima koje koristi Komisija u obrazloženju svoje ocene da je došlo do povrede člana 86 [sada 82] od Ugovora”.

4 Jacques Ziller, *Alternatives in Drafting an EU Administrative Procedure Law*, European Parliament, Brussels 2011.

5 Case 32/62 *Alvis v Council* [1963] ECR 49.

6 Case 85/76 *Hoffmann-La Roche v Commission* [1979] ECR 461.

Pravo na saslušanje stranke takođe zahteva da Komisija dozvoli strankama da ostvare uvid u sve informacije sadržane u dokumentima Komisije. Sud je našao da Komisija ne može da ograniči uvid samo na dokumenta koja su, prema mišljenju Komisije, relevantna za predmet. Međutim, sudska praksa jasno ukazuje na to da se ovo pravo odnosi na stranke pod istragom, koju je pokrenuo komesar ili po službenoj dužnosti ili po zahtevu samih stranaka u postupku. Tako, u slučaju *Kiš staklo*<sup>7</sup>, Prvostepeni sud je utvrdio da se pravo na pravično saslušanje primenjuje samo na „one u pogledu kojih Komisija vrši svoju istragu”. Ovo pravo se ne primenjuje na druga zainteresovana lica (tužioce, sindikate).

Pravo na saslušanje je takođe priznato u oblasti carina, u kojoj je Sud jasno utvrdio da pravo na odbranu ima još veći značaj u slučajevima kada je **ispitivanje od strane sudova Evropske unije ograničeno**, imajući u vidu da je rešavanje u upravnoj stvari vršeno na osnovu diskrecione ocene Komisije.

Ovaj stav je zauzet u slučaju *Tehnički univerzitet u Minhenu protiv Uprave carina*<sup>8</sup>, u kome je Evropski sud pravde obrazložio još dva bitna načela koja su razvijena u budućim slučajevima, te je od velikog značaja razumeti ceo slučaj.

Tehnički univerzitet u Minhenu uvezio je jedan tip mikroskopa iz Japana, i to u periodu između 1979. i 1981. godine. Inicijalno, carinske vlasti su utvrdile da je roba koja se uvozi oslobođena plaćanja carina. Međutim, Uprava carina Nemačke zahtevala je, 1982. godine, od uvoznika da plaćaju dažbine. Nakon prigovora Tehničkog univerziteta, Uprava carina je zahtevala intervenciju Komisije EU. Komisija EU je, 1983. godine, donela odluku<sup>9</sup> kojom je odbijeno oslobađanje od plaćanja carina, i to sa obrazloženjem da na teritoriji Unije EU naučni instrument ekvivalentne naučne vrednosti, koji se može koristiti u iste svrhe, a koji se proizvodi u Holandiji. Na osnovu odluke Komisije EU, Uprava carina Nemačke donela je odluku da se zahtev za oslobađanje od plaćanja carina odbije. Tehnički univerzitet u Minhenu je podneo tužbu protiv te odluke Uprave carina. Najviša instanca u postupku, Savezni finansijski sud, doveo je u sumnju valjanost odluke Komisije EU.

Savezni finansijski sud je uputio prethodno pitanje Sudu pravde da li je Komisija EU donela pravilnu odluku da uvezeni naučni instrument ne može biti oslobođen plaćanja carina na osnovu Regulative 1798/75.

Dotadašnji stav Suda pravde bio je da Sud pravde ima samo ograničenu moć nad nadzorom odluka u sporovima koji se odnose na bescarinski uvoz naučnih instrumenata. Prema sudskoj praksi, imajući u vidu tehničku prirodu pitanja koja se javljaju u ovoj oblasti, Sud može da proglasi odluku Komisije EU nezakonitom (nelegalnom), kada nađe da postoji očigledna greška u proceni ili zloupotreba ovlašćenja.

Međutim, Savezni finansijski sud Nemačke doveo je u pitanje ovaj stav Suda pravde. Savezni finansijski sud je smatrao da utvrđivanje činjenica i pri-

7 Case T-65/96 *Kish Glass v Commission* [2001] ECR II-3261.

8 Case C-269/90 *Technische Universität München v Hauptzollamt München Mitte* [1991] ECR I-5469.

9 Odluka Komisije 83/348/EEC od 5. jula 1983. godine.

mena pravnih odredaba koje regulišu zabranu bescarinskog uvoza moraju biti stavljene pod sudsku kontrolu. Zahtev za sudskom zaštitom nije uslovljen činjenicom da je upoređivanje ekvivalentnosti naučnog instrumenta koji sprovode nadležni carinski organi u najvećoj meri tehničke prirode.

Sud pravde je, u preliminarnoj odluci po prethodnom pitanju, izneo sledeći stav: „Kako je upravni postupak podrazumevao složenu tehničku procenu, to je Komisija EU imala diskreciona ovlašćenja u postupku, kako bi mogla da izvrši svoje nadležnosti. Međutim, kada institucije Evropske unije imaju ovlašćenje da donesu odluku na osnovu diskrecionih ovlašćenja, 'poštovanje prava garantovanih pravnim poretom Evropske unije u upravnom postupku dobija još veći fundamentalni značaj'. Ove garantije, između ostalog, uključuju 1. dužnost nadležne institucije da ispita pažljivo i napristrasno sve relevantne okolnosti pojedinačnog slučaja, 2. 'pravo lica da iznese svoje stavove' i 3. pravo na adekvatno obrazloženu odluku. Samo na ovaj način je moguće da Sud potvrdi da su činjenice potpuno utvrđene i da je materijalno pravo pravilno primenjeno u odluci donetoj na osnovu diskrecione ocene.”

Polazeći od ovog stava, Sud pravde je analizirao slučaj. Materijalnim pravom<sup>10</sup> EU predviđeno je da je uvoz instrumenata koji su namenjeni za nastavni ili istraživački rad, ukoliko nema instrumenata ekvivalentne naučne vrednosti na teritoriji EU, oslobođen carina. Dakle, materijalno pravo EU predviđa bescarinski uvoz naučnih instrumenata kao pravilo. Da bi bescarinski uvoz bio odbijen, treba da se sprovede istraga, odnosno postupak<sup>11</sup> u kome će se na nesumnjiv način utvrditi da na teritoriji EU postoji instrument ekvivalentne naučne vrednosti. Postupak, u kome se utvrđuje ova činjenica, podrazumeva da Evropska unija i nacionalne vlasti zajednički vrše upravne funkcije.<sup>12</sup> Tako, Komisija EU se pri donošenju odluke da ne odobri bescarinski uvoz konsultuje sa vlastima država članica i grupom eksperata. Komisija EU je priznala da je odluke o ovim pitanjima uvek zasnivala na mišljenju grupe eksperata, imajući u vidu da nije imala drugih mogućnosti da dobije informacije o naučnim instrumentima.

U takvim okolnostima, grupa eksperata može pravilno da izvrši zadatak ukoliko se sastoji od lica koja poseduju sva neophodna tehnička znanja u različitim oblastima u kojima se naučni instrumenti primenjuju ili ako članovi te grupe imaju savetnike koji poseduju navedena znanja. Ni zapisnik sastanka grupe eksperata ni usmeno saslušanje pred Sudom nije pokazalo da su članovi grupe eksperata imali neophodna znanja u oblasti za koje je uvezen mikroskop (hemija, biologija, geografija) kao ni da su se savetovali sa ekspertima iz tih oblasti da bi odgovorili na pitanja koja su postavljena sa ciljem da se ustanovi ekvivalentnost naučnih instrumenata. Na taj način, Komisija EU je povredila svoju obavezu da pažljivo i nezavisno ispita sve relevantne okolnosti slučaja.

10 Regulation No 1798/75, Official Journal 1979 L 134, str. 14.

11 Regulation No 2784/79.

12 Više o pojmu „zajedničko vršenje upravnih funkcija” vidi: S. Lilić, K. Golubović, *Evropsko upravno pravo*, Beograd 2011.

U slučaju *Tehnički univerzitet u Minhenu protiv Uprave carina*, koji se vodio prema postupku propisanim Regulativom br. 2784/79, nije bila predviđena mogućnost da uvoznik naučnih instrumenata objasni svoju poziciju grupi eksperata ili da komentariše informacije ispred grupe ili da zauzme stav o preporuci koju je donela grupa. Međutim, viđenje Evropskog suda pravde je bilo da je uvoznik najbolje upoznat sa tehničkim karakteristikama koje bi naučni aparat trebalo da ima, imajući u vidu posao za koji se ovaj instrument nabavlja. Poređenje između uvezenog instrumenta i instrumenta koji je proizveden u EU moralo bi da bude izvršeno na osnovu informacija o planiranim istraživačkim projektima. Pravo na saslušanje u takvim upravnim postupcima zahteva da licu na koje se odluka odnosi bude omogućeno da, tokom postupka pred Komisijom, iznese svoje stavove o relevantnim okolnostima i, kada je to potrebno, o ispravama koje su institucije EU uzele u obzir. Ovaj zahtev nije poštovan prilikom donošenja sporne odluke.

U vezi sa obrazloženjem odluke, Sud je našao da obrazloženje mora da sadrži jasne i nesumnjive razloge koji su bili od značaja za odlučivanje institucije EU, tako da lica na koja se odluka odnosi razumeju razloge. Na taj način se licu na koja se odluka odnosi omogućava odbrana prava, s jedne strane, a Sudu vršenje sudske nadzora, s druge strane.

Sledi da je odluka čija je valjanost dovedena u pitanje doneta u upravnom postupku u kome je 1. povređena obaveza institucije da pažljivo i nezavisno ispita sve okolnosti pojedinačnog slučaja, 2. povređeno pravo na saslušanje i 3. povređena obaveza da se adekvatno obrazloži odluka. Na osnovu svega navedenog, Sud pravde je odgovorio nacionalnom sudu da je odluka Komisije EU 83/348 nezakonita.

U slučaju *Francuska avijacija protiv Komisije*,<sup>13</sup> Prvostepeni sud je primenio stav iznet u slučaju *Tehnički univerzitet u Minhenu protiv Uprave carina* i primenio ga na postupak za ostvarenje povraćaja carina po zahtevu uvoznika, a na osnovu člana 13 Regulative 1430/79. Pozivajući se na presudu u navedenom slučaju, Prvostepeni sud je našao da, s obzirom na donošenje odluke na osnovu diskrecionih ovlašćenja Komisije EU, „poštovanje prava na saslušanje mora biti garantovano u postupku za povraćaj carine”.

Sud pravde je našao da u slučaju kada je Komisija EU htela da odbije zahtev na osnovu „očiglednog nemara”, što je u suprotnosti sa stavom nacionalnih vlasti, ona je imala obavezu da omogući podnosiocu zahteva da bude saslušan pred francuskim vlastima.

U slučaju *Iukla unt Malt*<sup>14</sup>, prvostepeni sud je otišao dalje, nalazeći da pre nego što odbije zahtev za oslobođenje od carinskih dažbina na osnovu „očiglednog nemara” na strani podnosioca, što bi predstavljalo suprotnu odluku od one koju su donele nacionalne vlasti a koja je povoljna po podnosioca, Komisija EU mora da „omogući pristup svim službenim dokumentima koji nisu poverljivi, koji su u vezi sa pobijanom odlukom, ukoliko je to zahte-

13 Case T-246/95 *France Aviation v Commission* [1995] ECR II-2841.

14 Case T-42/96, *Eyckeler & Malt v Commission* [1998] ECR II-40.

vano". Takođe, podnosiocu zahteva mora omogućiti da „predstavi svoj slučaj i efikasno iznese svoje stavove o relevantnim okolnostima na kojima se zasniva pobijena odluka”.<sup>15</sup>

### 3. (Ne)zavisnost nacionalnih uprava država članica

Pravo Evropske unije primenjuju i nacionalne uprave, koje postaju zavisne organizacije: strukturalno, one ostaju deo sopstvenih nacionalnih uprava; funkcionalno, one formiraju deo uprave EU. Ipak, ne može se reći da nacionalne uprave vrše upravnu delatnost tako što im institucije EU delegiraju ovlašćenja. Nacionalne uprave su obavezne da primenjuju pravo EU na osnovu osnivačkih ugovora, a ne na osnovu dekoncentracije vlasti u EU.

Kako funkcioniše ovaj kompleksan sistem, koji je strukturisan pre kao mreža? Još preciznije, koji su principi sudske prakse koji omogućuju čuvanje autonomije nacionalnih uprava, s jedne strane, a s druge strane omogućuju da se pravila EU primenjuju na odgovarajući način i uniformno?

Rešenje se izvodi iz kombinacije dva komplementarna principa.

Prvi princip je autonomija nacionalnih upravnih sistema, odnosno princip „strukturalne subsidijarnosti”. Iz dana u dan, konkretna primena prava EU poverava se odgovarajućim nacionalnim upravnim propisima i relevantnim vlastima, koje postaju spoljna grana uprave EU.

Samo u ograničenom broju slučajeva pravo EU ima direktan uticaj na nacionalne sisteme kada uređuje aktivnosti organa javne vlasti (na primer, uvođenjem obaveze nadzora nad određenim postupcima) ili pozivanjem da se osnuju određena tela (i u nekim slučajevima, čak, propisujući njihov sastav).

Jasno je da postoje pojedinačni slučajevi, ali njihov značaj ne treba potceniti. Tako, zakonodavci su u kratkom roku intevenisali u oblast javnih nabavki usvajajući uniformna pravila koja javni službenici moraju da poštuju pri dodeljivanju ugovora. U ovoj oblasti, centralnoj za vladinu potrošnju, nacionalno upravno pravo mora biti u skladu sa zajedničkim upravnim pravom EU.

Osim ovih slučajeva, opšte pravilo je da pravni sistem EU treba da ostavi institucionalnu i upravnu organizaciju država članica netaknutom. Zbog toga, bez određenih smernica za harmonizaciju i uspostavljanje uniformnih pravila postupka, primena prava EU je poverena nacionalnim upravama, koje funkcionišu u skladu sa pravilima koja su proizišla iz njihovog domaćeg prava.<sup>16</sup>

Drugi princip upotpunjuje prvi. Iako je tačno da pravo EU po pravilu ne razmatra kako su nacionalni upravni sistemi uspostavljeni, ono i dalje zahteva rezultate: odnosno – efikasnu, efektivnu i uniformnu primenu pravila EU. Od nacionalnih uprava, na osnovu dužnosti lojalne saradnje predviđene osnivačkim ugovorima, zahteva se da preduzmu sve neophodne mere da obezbede punu primenu odredaba prava EU. Efektivna primena prava EU (princip

15 Alexander H. Türk, *Judicial review in EU law*, Cheltenham 2009.

16 Vidi: Judgement of 21 September 1983, Cases 205/82, *Deutsche Milchkontor*, ECR, str. 2633.

efektivnosti), koja je obaveza država članica proizašla iz ugovora, potvrđuje Sud pravde od slučaja do slučaja. Sudska praksa Suda pravde u pogledu odgovornosti država članica za neispunjenje obaveze primene prava EU oslikava ovaj stav krajnjeg rezultata, odnosno fokus je na krajnjem rezultatu a ne na tome kako je rezultat postignut. U načelu, Sud prihvata pristup zasnovan na pojmu „stroge odgovornosti” država članica za propuštanje i pogrešnu primenu prava EU, što kao posledicu ima i štetu po pojedica.

#### 4. Izvori načela upravnog procesnog prava u Srbiji

Srbija, kao država sa statusom kandidata za članstvo u EU, može se pohvaliti propisima koji regulišu upravni postupak i zaštitu zakonitosti upravnih akata u skladu sa najvišim evropskim standardima. Nacionalni izvori upravnog procesnog prava su brojni, s obzirom na postojanje brojnih posebnih upravnih postupaka. Ipak, najvažniji izvori načela upravnog procesnog prava su Ustav RS (2006) i Zakon o opštem upravnom postupku (1997).

Govoreći o ustavu kao izvoru upravnog prava, prof. Pavle Dimitrijević i prof. Ratko Marković navode: „Ustav je uglavnom posredni, a u znatno manjoj meri neposredni izvor upravnog prava. To znači da je ustav najčešće izvor upravnog prava posredstvom zakona, a ne neposredno svojim odredbama, jer one nisu podobne za neposrednu primenu. Uostalom, ustavne odredbe se najčešće i ne primenjuju, one sadrže načela koja su naredbe za zakonodavca da ih zakonima razradi i oživotvori.”<sup>17</sup> Posredno, ustav se javlja kao izvor upravnog prava kada propisuje da su organi uprave u svom radu dužni da zakone i druge propise tumače i primenjuju u skladu sa duhom i načelima ustava.<sup>18</sup>

S druge strane, sadašnji Ustav RS garantuje neposrednu primenu brojnih ljudskih prava. Venecijanska komisija<sup>19</sup> je ocenila da je sadržaj zajemčenih ljudskih prava, u najmanju ruku, u skladu sa evropskim standardima i u nekim aspektima ide i dalje od njih. Međutim, Venecijanska komisija je istakla da usled visoko postavljenih standarda, postoji generalni problem sprovođenja Ustava, te da je zadatak vlasti da obezbede da prava zajemčena Ustavom postanu ostvarljiva i u praksi. Ove konstatacije imaju veliki značaj i za pravičnost upravnog postupka i kontrole rada uprave. Osnovna načela upravnog postupka ne treba promatrati samo kao opšta načela pojedine grane prava (upravnog procesnog prava) već i kao ustavnopravna načela. Osim toga, procesna pravila upravnog postupka, koja su sadržana u ZUP-u, neodvojiva su komponenta procesnih garantija pravičnog suđenja, zaštićenih Ustavom.<sup>20</sup>

17 Pavle Dimitrijević, Ratko Marković, *Upravno pravo*, Beograd 1986, str. 267.

18 Stevan Lilić, *Upravno pravo*, Beograd 2012.

19 Evropska komisija za demokratiju putem prava (Venecijanska komisija), *Mišljenje o Ustavu Srbije*, Venecija, 17–18. mart 2007. Dostupno na: [http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD\(2007\)004-srb.pdf](http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-srb.pdf)

20 Uporedi: M. Šikić, L. Ofak, „Nova načela upravnog postupka (s posebnim naglaskom na razmjernost, legitimna očekivanja i stečena prava”, *Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci* (1991), v. 32, r. 1, 127–163 (2011).

Zakonom o opštem upravnom postupku propisana su načela i opšta pravila upravnog postupka, a odnos odredaba posebnog upravnog postupka u posebnim zakonima, kojima su predviđena neophodna odstupanja od pravila opšteg upravnog postupka zbog specifične prirode upravnih stvari u pojedinim upravnim oblastima, stavlja u obavezan okvir načela opšteg postupka, iako određuje njegovu supsidijarnu primenu u odnosu na posebne.<sup>21</sup>

Članstvo Srbije u međudržavnim organizacijama uslovalo je proširenje liste izvora načela upravnog postupka. Iako je upravno pravo deo javnog prava i upravni postupak predmet javnog prava, imajući u vidu da se u ovom postupku rešava o pravima i obavezama pojedinaca, upravni postupak može biti predmet interesovanja ugovora kojima se garantuju i štite osnovna ljudska prava. Tako se odredbe *Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda*, koju je Srbija ratifikovala 2004. godine, mogu primenjivati na upravni postupak i upravni spor.

Može se zaključiti da su u Srbiji, u svom radu, organi i organizacije javne uprave, kao i organi koji kontrolišu upravu, dužni da poštuju brojna načela upravnog procesnog prava. Za pitanje primene tih načela od ključnog je značaja da njihova sadržina i hijerarhija budu precizirane u odnosu na zakonske norme, kao i pitanje neposredne primene, što se ostvaruje pre svega u postupku kontrole uprave.

## 5. Obaveznost neposredne primene načela i poštovanja ljudskih prava pri kontroli rada uprave

### a) Stav Evropskog suda za ljudska prava

Pristupanjem Srbije Savetu Evrope, praksa Evropskog suda za ljudska prava u Stazburu postaje osnov tumačenja načela upravnog procesnog prava. Analizom slučaja koji se vodio pred Evropskim sudom za ljudska prava, može se doneti zaključak o stavu prema obaveznosti neposrednog poštovanja načela, odnosno ljudskih prava u postupku rešavanja u upravnim stvarima.

U slučaju *Backović protiv Srbije*,<sup>22</sup> Evropski sud za ljudska prava istakao je da je isključenje vođenja upravnog spora zakonom predstavljalo povredu člana 6. stav 1, odnosno prava na pravično suđenje, u delu koji se odnosi na pravo na sud. Konkretno, g. Backović se žalio na nekadašnji Zakon o državnom premeru i katastru i upisima prava na nepokretnosti, kojim je bilo predviđeno da preispitivanje odluke o upisu koju je doneo Republički geodetski zavod nije moguće u upravnom sporu.<sup>23</sup>

U obrazloženju presude, Evropski sud za ljudska prava objašnjava sadržinu prava na sud u postupcima kojima se rešava u upravnim stvarima. Tako,

21 *Zakon o opštem upravnom postupku*, „Službeni list SRJ”, br. 33/97, 31/2001, „Službeni glasnik RS”, br. 30/2010, čl. 3.

22 Presuda Evropskog suda za ljudska prava, *Backović protiv Srbije* (p. 47997/06) od 7. februara 2012. godine.

23 *Zakon o državnom premeru i katastru i upisima prava na nepokretnosti* („Službeni list RS”, br. 83/92, 53/93, 67/93, 48/94, 12/96, 15/96, 34/01, 25/02 i 101/05), čl. 105. st. 3.



na „pravo na sud” može se osloniti svako ko smatra na dokazivoj osnovi da je mešanje u vršenje njegovih ili njenih građanskih prava nezakonito i žali se da mu nije pružena mogućnost da tu pritužbu podnese sudu ili tribunalu koji ispunjavaju zahteve iz člana 6. stav 1. EKLJP.<sup>24</sup> Samo institucija koja ima potpunu nadležnost i ispunjava jedan broj zahteva, kao što je nezavisnost od izvršne vlasti, a takođe i od stranaka, predstavlja „tribunal” u okviru značenja navedenih odredbi.<sup>25</sup> Prilikom određivanja da li se neko telo može smatrati „nezavisnim” mora se uzeti u obzir način imenovanja njegovih članova, trajanje njihovog mandata, postojanje garancija protiv spoljašnjih pritisaka i pitanje da li se to telo pojavljuje kao nezavisno.<sup>26</sup> Sud dalje podseća da bi odluke upravnih organa koje same ne ispunjavaju zahteve iz člana 6. stav 1. trebalo da podležu kasnijoj kontroli od „pravosudnog organa koji ima punu nadležnost”.<sup>27</sup>

Može se zaključiti da Evropski sud za ljudska prava daje primat poštovanju ljudskih prava u upravnom postupku u odnosu na konkretnu zakonsku normu koja ne uvažava ljudsko pravo i čija sadržina predstavlja povredu ljudskog prava.

#### *b) Stav Ustavnog suda Republike Srbije*

O dužnosti poštovanja zakona i drugih propisa u skladu sa načelima Ustava stara se Ustavni sud Republike Srbije, koji je ustanovljen 2007. godine nakon usvajanja Ustava Republike Srbije 2006. Kontrola poštovanja ljudskih prava stavljena je u nadležnost Ustavnog suda. Osim ljudskih prava sadržanih u Ustavu RS, Ustavni sud se stara i o poštovanju ljudskih prava zajemčenih međunarodnim ugovorima, od kojih je svakako najznačajnija Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda usvojena 2004. godine. Praksa Ustavnog suda pri odlučivanju po ustavnim žalbama postaje važan izvor tumačenja načela upravnog procesnog prava koja obezbeđuju poštovanje ljudskih prava u upravnom postupku.

Analizom pojedinih slučajeva može se ustanoviti doprinos Ustavnog suda u preciziranju načela upravnog prava, pre svega prava na obrazloženu odluku, načelo saslušanje stranke, prava na sud, prava na delotvoran pravni lek.

Pred Ustavnim sudom RS od početka njegovog osnivanja podneto je više ustavnih žalbi<sup>28</sup> zbog povrede ljudskih prava prilikom odbijanja davanja dozvole za oružje, odnosno prilikom oduzimanja oružja prema Zakonu o oružju i municiji.<sup>29</sup> Taj zakon nije dozvoljavao vođenje upravnog spora pro-

24 *Roche protiv Ujedinjenog Kraljevstva* [VV], broj 32555/96, stav 117, ECHR 2005-X.

25 *Beaumont protiv Francuske* od 24. novembra 1994. godine, stav 38, serija A, broj 296-B.

26 *Campbell i Fell protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 28. jun 1984. godine, stav 78, serija A, broj 80.

27 *Ortenberg protiv Austrije*, 25. novembar 1994. godine, stav 31, serija A, broj 295-B.

28 Ustavni sud je odlučivao u 13 predmeta po ustavnim žalbama zbog odredaba i primene ZOM-a. Podnosioci su se žalili na različite povrede prava, a najčešće prava na imovinu (zbog oduzimanja oružja), prava na pravno sredstvo i prava na pravično suđenje. Nijedan predmet nije završen odlukom o usvajanju ustavne žalbe.

29 *Zakon o oružju i municiji*, „Službeni glasnik RS”, br. 9/92, 53/93, 67/93, 48/94, 44/98, 39/2003, 85/2005, 101/2005.

tiv konačne odluke Ministarstva unutrašnjih poslova (MUP). S druge strane, imajući u vidu da zakon primenjuje policijska uprava, te specifične odredbe o poverljivosti podataka do kojih dolazi MUP, pozivom na Zakon o policiji, većina rešenja po žalbi sadržala je kratko „obrazloženje” u vidu navoda da je odluka doneta na osnovu podataka koji su poverljivi.<sup>30</sup>

Tako u predmetu V. M, V. M. je 2003. godine, nakon preseljenja iz Republike Hrvatske, Odeljenju unutrašnjih poslova (OUP) Bajina Bašta podneo zahtev za zamenu oružnog lista, koji je, skupa s oružjem, doneo sa sobom iz Rijeke. S obzirom na to da je, u međuvremenu, protiv njega pokrenut krivični postupak, OUP Bajina Bašta donosi 2003. godine rešenje kojim se odbija podnosiocev zahtev za zamenu oružnog lista i, istovremeno, od njega privremeno oduzima oružje, do okončanja krivičnog postupka koji se protiv njega vodi. Godine 2005. V. M. je presudom oslobođen od optužbe za krivično delo koje mu je stavljeno na teret. Nakon toga, na ponovljeni zahtev podnosioca da mu se izda oružni list i privremeno oduzeto oružje vrati jer više ne postoje zakonski razlozi za privremeno oduzimanje, PS Bajina Bašta donosi novo rešenje kojim se podnosiocev zahtev odbija i, istovremeno, oduzima pištolj za koji je tražio izdavanje oružnog lista. Po žalbi podnosioca protiv takvog rešenja, drugostepeni organ MUP-a donosi rešenje kojim se podnosioceva žalba odbija kao neosnovana. Podnosilac smatra da navedena rešenja nisu doneta na osnovu zakona, već kršenjem načela kojih je organ unutrašnjih poslova trebalo da se pridržava. Ukazuje na to da su mu time povređena ljudska prava zajemčena odredbama čl. 18. do 81. Ustava, kao i da je Zakon o oružju i municiji neustavan u delu kojim je isključena mogućnost vođenja upravnog spora protiv rešenja nadležnog državnog organa, što je suprotno članu 198. stav 2. Ustava.

Ustavni sud je 22. decembra 2009. godine doneo odluku o odbijanju. U konkretnom slučaju vođenje upravnog spora protiv drugostepenog rešenja bilo je isključeno odredbom člana 8. stav 10. ZOM.

Odredbom člana 198. stav 2. Ustava od 2006. godine utvrđeno je da zakonitost konačnih pojedinačnih akata kojima se odlučuje o pravu, obavezi ili na zakonu zasnovanom interesu podleže preispitivanju pred sudom u upravnom sporu, ako u određenom slučaju zakonom nije predviđena drugačija sudska zaštita. Prema odredbi člana 15. Ustavnog zakona za sprovođenje Ustava, svi zakoni koji nisu bili u skladu sa Ustavom, trebalo je da budu usklađeni do 31. decembra 2008. godine. Osporeno drugostepeno rešenje MUP-a RS – Direkcije policije, Uprave za upravne poslove doneto je 23. januara 2007. godine – dakle, pre nego što je istekao opšti rok za usklađivanje zakona sa Ustavom od 2006. godine. S obzirom na navedeno, Ustavni sud ocenjuje da osporenim

30 U rešenju, MUP navodi: „U donošenju ovakve odluke prvostepeni organ se rukovodio ocenom činjenica i podataka koji su utvrđeni proverama i operativnim radom pripadnika ovog ministarstva, za kojima nije prestala potreba za korišćenjem, u skladu sa članom 80. Zakona o oružju i municiji, a što se vidi iz spisa predmeta. Stoga je, po mišljenju donosioca osporenog akta, predmetno oružje oduzeto saglasno odredbama člana 24. u vezi člana 8. stav 2. Zakona o oružju i municiji, jer je to neophodno za zaštitu lične i imovinske sigurnosti drugih lica.”

drugostepenim rešenjem nije moglo biti povređeno podnosiocovo pravo na jednaku zaštitu prava i na pravno sredstvo iz člana 36. Ustava na koje ukazuje jer je isključenje vođenja upravnog spora bilo propisano odredbom člana 8. stav 10. ZOM, na osnovu koje je rešenje doneto. Kako u vreme donošenja osporenog rešenja nije istekao opšti rok za usklađivanje zakona sa Ustavom od 2006. godine, Ustavni sud je, saglasno odredbi člana 89. stav 1. Zakona o Ustavnom sudu, ustavnu žalbu u tom delu odbio kao neosnovanu.

Ustavni sud, povodom ustavne žalbe E. Š.<sup>31</sup> izjavljene protiv rešenja MUP-a RS, Policijske uprave u Subotici, kojim je odbijeno davanje dozvole za nabavku oružja, u kojoj se žalio na povredu prava na pravno sredstvo, a povodom odsustva sudske zaštite prema ZOM, konstatuje da podnosiocu nije povređeno pravo na pravno sredstvo jer je o žalbi protiv prvostepenog rešenja odluku doneo drugostepeni organ, čime je, prema oceni Suda, zadovoljeno navedeno Ustavom zajemčeno pravo podnosioca.

Međutim, Evropski sud za ljudska prava stao je na drugačije stanovište od Ustavnog suda RS. U predmetu *Backović protiv Srbije*, Evropski sud za ljudska prava je smatrao da je isključenje vođenja upravnog spora zakonom predstavljalo povredu člana 6. stav 1, odnosno prava na pravično suđenje, u delu koji se odnosi na pravo na sud. Činjenica da je sama predstavka u ovom slučaju podneta 2006. godine, dakle pre isteka opšteg roka za usaglašavanje zakona sa Ustavom,<sup>32</sup> ukazuje na to da Evropski sud za ljudska prava uvažava princip neposredne primene međunarodnih ugovora, u ovom slučaju prava građana odnosno obaveze države proisteklih iz Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. To praktično znači da se zajemčena ljudska prava imaju poštovati i u slučaju kada sam zakon to ne dozvoljava.

Neposredna primena ljudskih i manjinskih prava, bilo da su zajemčena Ustavom ili opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava, potvrđenim međunarodnim ugovorima i zakonima, ima i utemeljenje u Ustavu RS.<sup>33</sup> Ustavni sud, suprotno odredbama o neposrednoj primeni ljudskih prava i oglašujući se o ratifikovane međunarodne ugovore, ovakvim stavom u odlukama po ustavnim žalbama na odredbe i primenu Zakona o oružju i municiji, daje i odgovor da se daje primat važećem zakonu nad poštovanjem zajemčenih ljudskih prava koja se imaju poštovati pri rešavanju u upravnim stvarima.

Međutim, već datoj oceni rada Ustavnog suda, neophodno je dodati i zamerku zbog neujednačene prakse rešavanja po ustavnim žalbama i po inicijativi za ocenu ustavnosti. Ustavni sud je spornu odredbu člana 8. stav 10. Zakona o oružju i municiji stavio van snage odlukom o utvrđivanju nesaglasnosti sa Ustavom.<sup>34</sup> Krajnji ishod ocene ZOM-a, iako pozitivan sa aspekta poštovanja ljudskih prava, pokazuje da rad Ustavnog suda ne doprinosi pravnoj predvidivosti, kao najvišem pravnom načelu.

31 Odluka Ustavnog suda UŽ. 946/2008 od 17. juna 2010. godine.

32 Vidi: *Ustavni zakon o sprovođenju Ustava RS*, čl. 18.

33 Uporedi: *Ustav Republike Srbije*, čl. 18.

34 Vidi: Odluka Ustavnog suda RS, IU-117/2007, od 10. marta 2011. godine.

### c) Stav Vrhovnog kasacionog suda

Zakonom o upravnim sporovima predviđena je nadležnost Vrhovnog kasacionog suda za odlučivanje o zahtevu za preispitivanje sudske odluke protiv odluke Upravnog suda. Sudska praksa Vrhovnog kasacionog suda u ovim predmetima na taj način postaje izvor tumačenja načela upravnog procesnog prava.

Vrhovni kasacioni sud je u jednom slučaju, odlučujući po zahtevu za preispitivanje sudske odluke,<sup>35</sup> obrazložio primenu *prava na obrazloženu presudu* kao deo prava na pravično suđenje u upravnom sporu. „Osnovano se navodima zahteva ukazuje da Upravni sud pobijanom presudom nije ocenio navode tužbe, koji su i po nalaženju ovog suda od bitnog uticaja na pravilnost i zakonitost rešavanja ove upravne stvari. Naime, podnosilac zahteva je u tužbi, što ponavlja i u zahtevu, detaljno ukazao na povrede pravila postupka i povrede zakona u odnosu na odlučne činjenice koje su od značaja za donošenje pravilne i zakonite odluke u ovom upravno-sudskom postupku, koje je Upravni sud morao da ceni u smislu člana 39. stav 1. Zakona o upravnim sporovima<sup>36</sup> (‘Službeni list SRJ’, br. 46/96) koji Zakon se u konkretnom slučaju primenjuje na osnovu člana 77. stav 1. Zakona o upravnim sporovima (‘Službeni glasnik RS’, broj 111/09).

Postupajući na navedeni način, Upravni sud je, po oceni ovog suda, povredio i pravo podnosioca zahteva na obrazloženu sudsku odluku kao element prava na pravično suđenje zajamčeno članom 32. stav 1. Ustava Republike Srbije. Saglasno navedenoj odredbi Ustava, obaveza sudova i drugih državnih organa i organizacija kojima su poverena javna ovlašćenja je da, između ostalog, obrazlože svoje odluke. Ispitujući u upravnom sporu zakonitost osporenog rešenja u granicama zahteva iz tužbe, sud ne mora da prihvati razloge tužioca, ali je dužan da ih razmotri i da se o njima izjasni, što Upravni sud pobijanom presudom nije učinio.”

Dakle, Vrhovni kasacioni sud u postupku se neposredno poziva na ljudska prava zajamčenim Ustavom i uslovljava zakonitost postupka njihovim poštovanjem.

### d) Stav Upravnog suda Republike Srbije

Zakonom o upravnim sporovima<sup>37</sup> predviđena je nadležnost Upravnog suda RS da odlučuje o zakonitosti konačnih upravnih akata. U vršenju svoje nadležnosti, Upravni sud, između ostalog, razmatra poštovanje načela upravnog postupka propisanim Zakonom o opštem upravnom postupku. Na taj način, praksa Upravnog suda RS postaje izvor tumačenja sadržine ovih načela, kao i dometa njihove primene.

35 Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Yzp 166/10, od 10. februara 2012. godine.

36 Zakonitost osporenog upravnog akta sud ispituje u granicama zahteva iz tužbe, ali pri tom nije vezan razlozima tužbe (čl. 39. st. 1. ZUS).

37 Zakon o upravnim sporovima, „Službeni glasnik RS”, br. 111/2009.

Tako je Upravni sud RS, obrazloženjem sadržine prava stranke na razgledanje spisa, objasnio primenu opštih načela upravnog procesnog prava u odnosu na posebna načela koja su garantovana u posebnim upravnim postupcima. Kako Upravni sud navodi „u Glavi II Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji (ZPPA) propisana su načela poreskog postupka u odredbama člana 4-9. ZPPA. U cilju sprovođenja načela omogućavanja uvida u činjenice, članom 6. ZPPA propisano je da je pre donošenja akta kojim se utvrđuju obaveze i prava poreskog obveznika, Poreska uprava dužna da, na njegov zahtev, omogući poreskom obvezniku uvid u pravnu i činjeničnu osnovu za donošenje akta. Kako je citiranom odredbom isključivo propisana obaveza, odnosno dužnost Poreske uprave da pre donošenja poreskog upravnog akta kojim se utvrđuju obaveze i prava poreskog obveznika, omogući poreskom obvezniku na njegov zahtev uvid u isprave (zapisnik i sl.) kojim se utvrđuju njegove poreske obaveze (član 119-125. i čl.126-129. ZPPA), a ne pravo ili obaveza poreskog obveznika, po oceni suda, pogrešili su poreski organi kada su svoju odluku zasnovali na citiranoj odredbi člana 6. ZPPA. Budući da Zakon o poreskom postupku i poreskoj administraciji ne sadrži odredbe o pravu stranke na razgledanje spisa, Upravni sud nalazi da je prilikom odlučivanja o zahtevu stranke za razgledanje spisa Poreska uprava trebalo da primeni odredbe člana 70. Zakona o opštem upravnom postupku, čija se primena zasniva na odredbi člana 3. stav 2. Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji prema kojoj se poreski postupak sprovodi po načelima i u skladu sa odredbama zakona kojim se uređuje opšti upravni postupak, ako Zakonom o poreskom postupku i poreskoj administraciji nije drugačije propisano. Prema članu 70. Zakona o opštem upravnom postupku, stranke i treća lica koja učine verovatnim svoj pravni interes imaju pravo da razgledaju spise predmeta i o svom trošku, prepisu odnosno fotokopiraju potrebne spise pod zakonskim uslovima – ograničenjima, pa je poreski organ bio dužan da odluku o zahtevu stranke, za razgledanje spisa donese primenom čl. 70. ZUP-a.”<sup>38</sup>

Ovim pravnim shvatanjem, Upravni sud RS je potvrdio da se opšta načela procesnog prava primenjuju i u posebnim upravnim postupcima, te da njihovo nepoštovanje vodi poništenju akta donetog u upravnom postupku.

## 6. Zaključak

Evropska unija i Srbija dele ideju pravičnog i efektivnog rada uprave zasnovanog na sličnim načelima upravnog procesnog prava. Razlika između ta dva sistema je u tome što su se načela pravičnog postupka u Evropskoj unija razvila u praksi, dok srpski pravni sistem teži visokim standardima – na papiru, dok im razvoj u praksi tek predstoji. Ipak, uočljivo je da si neposredna primena načela i poštovanje ljudskih prava u upravnom postupku i sporu zaživeli u praksi sudova, od kojih se naročito ističe Vrhovni kasacioni sud.

Od velikog je značaja za nacionalnu upravu i organe koji vrše kontrolu uprave da poznaju domet evropskih ali i domaćih upravnih načela, da ih neposredno primenjuju i da pozivanjem na njih učestvuju u oblikovanju pravičnijeg postupka prema fizičkim i pravnim licima na koje se primenjuje pravo Evropske unije. Sud pravde Evropske unije razvija načela upravnog procesnog prava postupajući u slučajevima koje, putem postavljanja prethodnog pitanja,

38 Presuda Upravnog suda 7 U 11452/10 (2009), od 9. decembra 2010. godine.

pred njega iznose najviše nacionalne sudske instance, u odbrani dostignutih načela u EU, ali i samoj državi. Samo aktivnim pristupom pravu Evropske unije i načelima evropskog i nacionalnog upravnog procesnog prava, uprava i pravosuđe Srbije će vršiti jedan od svojih osnovnih zadataka – zaštitu prava i pravnih interesa fizičkih i pravnih lica pod njihovom jurisdikcijom.

*Katarina Golubović, MA\**

## PERSPECTIVES OF IMPLEMENTATION OF EUROPEAN ADMINISTRATIVE PRINCIPLES IN SERBIA

### Summary

*The practice of the Court of Justice of the European Union in recent decades has developed certain principles of the so-called European administrative law that are binding on all actors who exercise administrative functions at the level of the European Union, whether within institutions, other bodies, offices and agencies of the European Union or national organs that together with others or independently perform administrative functions of the European Union. Future obligation to respect the principles of European administrative law by national administrations has conditioned the analysis of the position of organs exercising control of the administrations' obligation of consistent application of the principles of administrative procedural law and respect for human rights, regardless of the shortcomings of certain laws that contain solutions that are inconsistent with the principles and human rights.*

**Keywords:** *European administrative principles. The right to trial. The right to a reasoned decision. The right to fair hearing.*

---

\* Katarina Golubović, MA, licenced lawyer. PhD candidate, Faculty of Law University of Belgrade. This article is the result of research within the project *Perspectives of Implementation of European Standards in the Serbian Legal System* (179059), supported by the Ministry of Science of Serbia.

CIP – Каталогизација у публикацији  
Народна библиотека Србије, Београд  
340.137(4-672EU:497.11)(082)

